



Radicado: 050012333000-2014-00167-02 (0968-2015)
Demandante: Universidad de Antioquia

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN A**

CONSEJERO PONENTE: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá D.C., siete (7) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
(LESIVIDAD)

Radicación: 05001233300020140016702 (0968-2015)

Demandante: UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA

Demandada: QUEIPO FRANCO TIMANÁ VELÁSQUEZ.

Tema: Ingreso Base de Liquidación pensional.
Subrogación de la entidad empleadora.
Incompetencia constitucional y legal para asumir
obligaciones de las administradoras de pensiones

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

Ley 1437 de 2011

O-255-2019

ASUNTO

Decide la Subsección los recursos de apelación contra la sentencia proferida el 21 de noviembre de 2014 por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL

En el marco de la parte oral del proceso, bajo la Ley 1437 de 2011, la principal función de la audiencia inicial es la de establecer el objeto del proceso y de la prueba.¹

En esta etapa se revelan los extremos de la demanda o de su reforma, de la contestación o de la reconvención. Además, se conciertan las principales decisiones que guiarán el juicio.

Con fundamento en lo anterior, se realiza el siguiente resumen de la audiencia inicial en el presente caso, a modo de antecedentes:

Excepciones previas (art. 180-6 CPACA)

Bien podría decirse que esta figura, insertada en la audiencia inicial, es también una faceta del despacho saneador o del saneamiento del

¹ Módulo *Audiencia inicial y audiencia de pruebas*. (2015). EJRLB.

proceso, en la medida que busca, con la colaboración de la parte demandada, que la verificación de los hechos constitutivos de excepciones previas, o advertidos por el juez, al momento de la admisión, se resuelvan en las etapas iniciales del proceso, con miras a la correcta y legal tramitación del proceso, a fin de aplazarlo, suspenderlo, mejorarlo o corregirlo.²

En el presente caso a folio 406 se indicó lo siguiente en la etapa de excepciones previas:

«[...] La parte accionada [...] formuló las excepciones de legalidad del acto impugnado, buena fe del demandado y prescripción.

Frente a las excepciones de “legalidad del acto impugnado” y “buena fe del demandado”, el Despacho advierte que las mencionadas excepciones no tienen carácter de previas y su resolución se efectuará en la sentencia que ponga fin a esta instancia.

Prescripción. En lo que respecta a esta excepción, para la Sala resulta claro que, a pesar de que el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo consagra en el numeral 6º del artículo 180 que también podrá proponerse como excepción de resolución previa, en el presente caso la misma es precisamente uno de los problemas jurídicos fundamentales que se discuten, por lo tanto, su resolución se efectuará en la sentencia que ponga fin a la instancia.

Por último, la Sala no advierte de oficio, la configuración de ninguna excepción previa, ni de alguna de las excepciones de resolución previa previstas en el artículo 180 numeral 6º del CPACA [...]»

Se notificó la decisión en estrados y no se presentaron recursos.

Fijación del litigio (art. 180-7 CPACA)

La fijación del litigio es la piedra basal del juicio por audiencias; la relación entre ella y la sentencia es la de “tuerca y tornillo”, porque es guía y ajuste de esta última.³

En la audiencia inicial a folios 406 a 408 se fijó el litigio respecto de los hechos aceptados, la diferencia entre las partes, las pretensiones y el problema jurídico, así:

«[...] ANTECEDENTES

1. El señor QUEIPO FRANCO TIMANÁ VELÁSQUEZ laboró como empleado público – docente, en el cargo de profesor de tiempo completo, para la entidad accionante desde el día veintiséis (26) de agosto de mil novecientos setenta y seis (1976).

2. Hasta la expedición de la Ley 100 de 1993 la Universidad de Antioquia reconoció directamente las pensiones de vejez a sus empleados, sin

² Módulo *El juicio por audiencias en la jurisdicción de lo contencioso administrativo*. (2012). EJRLB.

³ Módulo *Audiencia inicial y audiencia de pruebas*. (2015). EJRLB.



descontar aporte alguno, siendo afiliados sus empleados [...] al ISS [...] a partir del 30 de junio de 1995, realizando los aportes correspondientes.

3. Toda vez que la entidad accionante definía los factores de liquidación de la pensión de vejez, sin efectuar deducción alguna, en consecuencia y por lo preceptuado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 tenía entendido que a quien se encontrara en el régimen de transición y que le hiciera falta menos de diez (10) años para obtener la pensión de vejez, debía serle reconocida la prestación económica por el ISS, tomando como base de liquidación todo lo devengado.

4. La Universidad [...] cotizó al ISS por todo su personal teniendo en cuenta todos los factores salariales, sin embargo, los mismos fueron devueltos por éste, por lo que solicitó por escrito del 21 de agosto de 2001, el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación a quienes se encontraban en transición y les faltaba menos de diez (10) años para adquirir el derecho, con inclusión de todo aquello devengado y que constituía factor salarial.

5. El ISS resolvió desfavorablemente la solicitud de la actora, mediante comunicación del 25 de febrero de 2002, por considerar taxativos los factores que integraban el IBL, por lo que la entidad accionante procedió a expedir la Resolución [...] 12094 del 4 de mayo de 1999, sustentada en la interpretación que hizo la Universidad del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de manera que los beneficiados no se vieran afectados por la negativa del ISS de liquidar la pensión con base en lo devengado, subrogándose la obligación reclamada al ISS hasta que se agotaran las vías judiciales, fijándose mediante Resolución [...] 16628 de 1999 los destinatarios del beneficio.

6. Mediante comunicación del 7 de junio de 2004 el accionado presentó su renuncia al cargo, la cual fue aceptada mediante el Oficio 1010-26414 a partir del 6 de julio de 2004, fecha a partir de la cual le fue reconocida la pensión de vejez al actor mediante Resolución 11528 del 21 de julio de 2004⁴, siéndole reconocido por la Universidad al accionado un bono pensional mediante la Resolución [...] 610 del 12 de diciembre de 2003 [...]

7. La entidad demandante mediante la Resolución [...] 457 del 26 de octubre de 2004 ordenó cancelar al demandado la diferencia del IBL de conformidad con lo consagrado en el artículo 3 de la Ley 100/93 a partir del reconocimiento de la pensión y hasta que el ISS lo reconociera motu proprio o por orden judicial, para lo cual el accionado presentó ante el ISS solicitud de reliquidación de la pensión de vejez, correspondiendo como valor temporalmente reconocido directamente por la Universidad al pensionado la suma de [...] (\$992.065) mensuales, con los aumentos anuales sobre el IPC correspondiente.

8. Varios pensionados han demandado a la entidad accionante con el fin de que les sea reconocido el pago establecido en la Resolución [...] 12094 de 1999, generándose un precedente judicial de acuerdo con el cual el IBL de la pensión de vejez corresponde independientemente del beneficiario, a las cotizaciones efectivamente sufragadas a la AFP, y que debe tenerse en cuenta para tomar decisiones administrativas manteniéndose la posición de que la Universidad [...] se encuentra obligada a realizar dicho pago.

⁴ Pensión reconocida por el Instituto de Seguros Sociales.



9. Los pagos realizados a favor del actor hasta el 31 de octubre de 2013 ascienden a los [...] (\$161.920.772.95), y actualizados al 1º de diciembre de 2013 a la suma de [...] (\$273.620.148).

10. Aduce que la Resolución [...] 12094 de 1999 fue demandada por la Asociación de Profesores de la Universidad de Antioquia, por el contenido de su artículo 1º, encontrándose radicada con el N° 2009-01178, a cargo del Despacho del Magistrado [...] Juan Guillermo Arbeláez Arbeláez, quien profirió sentencia el 10 de octubre de 2013, indicando que el acto no generaba ninguna discriminación y que era entendible la interpretación hecha en su momento por la entidad.

11. Mediante Resolución [...] 35823 del 17 de octubre de 2012, se derogó la Resolución [...] 12094 del 4 de mayo de 1999, ordenando resolver las situaciones de carácter individual creadas a partir de la misma, siendo demandado dicho acto por la Asociación de Profesores de la Universidad de Antioquia [...] y en sentencia del 17 de octubre de 2013, decidió negar las pretensiones [...] con fundamento en que la aquí accionante – la Universidad – actuó con mera liberalidad sin estar obligada a mantener en el tiempo el acto administrativo.

12. Mediante Oficio del 10 de octubre de 2013, notificado el 16 de octubre de 2013 se requirió al demandado con el fin de que solicitara a Colpensiones la extensión de jurisprudencia y se le aplicara la sentencia SU del Consejo de Estado, para que fuera dicha AFP y no [que] la accionante fuera quien continuara pagando el valor reconocido sin que el demandado allegara respuesta alguna.

4.2.- HECHOS INCONTROVERTIDOS Y/O PROBADOS

De acuerdo con lo expuesto en la demanda y en la contestación se tienen por probados:

Hechos PRIMER, TERCERO, QUINTO, SEXTO y SÉPTIMO de la síntesis de los hechos realizada por el Despacho [...]

Así mismo, frente a los hechos SEGUNDO, DÉCIMO, UNDÉCIMO y DUODÉCIMO de la síntesis de los hechos de la demanda, en cuanto al reconocimiento de las pensiones de vejez por la entidad accionante sin realizar descuento alguno y la afiliación del accionado al ISS aclarándose por el demandado que no tiene certeza de ello respecto de los demás empleados; así mismo, en lo atinente a la demanda en contra de la Resolución [...] 12094 de 1999, aunque se advierte que ello no es relevante, y no es equiparable la situación de dichos empleados a la del accionado, e igualmente en lo relacionado con que la Resolución [...] 35823 de 2012 derogó la Resolución [...] 12094 de 1999, indicándose que ello no afecta el derecho adquirido del accionado. Por otra parte, manifiesta que es cierto lo relacionado con la demanda interpuesta en contra de la Resolución [...] 35823 de 2012, pero advierte que de la decisión adoptada en relación con la medida cautelar y la sentencia no tienen la virtud de afectar un derecho consolidado y no existe decisión judicial que permita establecer que al accionado no le corresponde el pago de la cuota parte que le fue reconocida. Finalmente, expone que es cierto que se remitió al accionado el Oficio del 10 de octubre de 2013, con el fin de que solicitara la extensión de la jurisprudencia a Colpensiones, per se advierte que a causa de la subrogación de la entidad accionante, es ésta la legitimada para formular dicha reclamación.



4.3.- DIFERENCIA

La diferencia radica en si el Ingreso Base de Liquidación Pensional debe ser calculado por lo devengado o únicamente por lo cotizado, la existencia de un precedente jurisprudencial en la jurisdicción contenciosa administrativa que respalde las pretensiones de la entidad accionante, el valor exacto de las sumas otorgadas por la Universidad como cuota parte pensional a título de subrogación a favor del demandado, la legalidad del acto administrativo demandado, y que las decisiones adoptadas dentro del proceso adelantado es en contra la Resolución [...] 35823 del 17 de octubre de 2012, puedan afectar el derecho adquirido del accionado, frente al cual no existe una decisión judicial que indique que no tiene derecho a la cuota parte asumida por la entidad accionante.

4.4.- PRETENSIONES

PRIMERA: Que se **DECLARE** la **NULIDAD** del Acto Administrativo Resolución [...] 457 del 26 de octubre de 2004, "Por la cual se ordena un pago" [...] y en virtud de la cual se paga al accionado el valor resultante de la aplicación del IBL consagrado en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, hasta que el ISS asumiera el mismo.

SEGUNDA: Como consecuencia de lo anterior [...] **CONDENAR** al accionado a restituir a la UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA, las sumas de dinero pagadas en virtud del mencionado acto administrativo desde el 6 de julio de 2004, hasta el 31 de octubre de 2013 [...] más los valores que se causen hasta el momento en que se causen hasta el momento en que adquiera firmeza la sentencia.

TERCERA: Que se condene en costas.

4.5.- PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala resolver, si [...] la Resolución 457 del 26 de octubre de 2004 [...] está viciada de nulidad y como consecuencia de ello, hay lugar al restablecimiento del derecho, por las razones expuestas por la entidad demandante toda vez que para la liquidación de la pensión debe tenerse en cuenta sólo los factores constitutivos de salario por los que se haya cotizado y no la totalidad de aquellos devengados; o si por el contrario, como lo señala el accionado la subrogación realizada por la actora se realizó en una aplicación acertada de la norma, acorde con la jurisprudencia del Consejo de Estado.

[...]

El Despacho [...] adiciona la fijación del litigio, de acuerdo a si ha obrado el demandado con buena o mal fe, dado que dicho tema debe definirse para determinar la calidad en que el accionado recibió las sumas otorgadas por parte de la Universidad accionante. [...]». (Mayúscula, subrayado y negrita del texto original).

Se notificó la decisión en estrados y no se presentaron recursos.



SENTENCIA APELADA⁵

El *a quo* profirió sentencia escrita el 21 de noviembre de 2014, en la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la entidad demandante, con fundamento en las siguientes consideraciones:

En primer lugar, el Tribunal se refirió a la competencia para reconocer y pagar las pensiones de jubilación a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, para lo cual hizo referencia al artículo 279 *ejusdem* que enunció uno a uno los sectores exceptuados de la aplicación del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones. Asimismo, señaló que los beneficiarios del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley citada podían acceder a la pensión con los requisitos de edad, tiempo de servicio y monto de la norma anterior; y que el Sistema General de Pensiones entró a regir para los empleados del sector público del orden territorial el 30 de junio de 1995, según el artículo 151, reglamentado por el Decreto 691 de 1994.

En segundo lugar, hizo alusión al Decreto 692 de 1994 que regló lo concerniente a las afiliaciones de carácter obligatorio y voluntario, según la cual consideró que la entidad responsable del reconocimiento y pago sería aquella que recibió o a la que le correspondía recibir la cotización por el periodo en el cual se causó el derecho. Y respecto a la obligación de afiliación de los docentes universitarios, señaló que el Decreto 2337 de 1996 determinó en el parágrafo 1.º del artículo 2 que las universidades oficiales tenían la obligación de afiliar a sus servidores a uno de los dos regímenes pensionales regulados en la Ley 100 de 1993, a más tardar el 30 de junio de 1995.

Por consiguiente, señaló que desde el 30 de junio de 1995 la entidad competente para el reconocimiento y pago de la pensión de vejez de los docentes universitarios oficiales era la administradora de pensiones que recibió o debía percibir el monto de las cotizaciones al momento en que se causare el derecho a la pensión. Al respecto, agregó que la autonomía universitaria conferida en virtud del artículo 69 Constitucional no comprende la facultad para reglamentar el régimen pensional de sus empleados y que está radica exclusivamente en el Congreso de la República.

De acuerdo con lo anterior, sostuvo frente al señor Queipo Franco Timaná Velásquez que la Universidad de Antioquia no tenía competencia para reconocer y pagar la diferencia que, en su criterio, existía entre lo reconocido por el ISS y lo que tenía que reconocerse según su interpretación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y que era al ISS al que correspondía pronunciarse sobre esto. Es decir, que una vez proferido el acto de reconocimiento de la pensión era el Instituto de Seguros Sociales quien debía determinar si procedía la inclusión de las primas de servicios, navidad y vacaciones en la liquidación de su pensión.

⁵ Folios 475 a 489.



Asimismo, indicó que la entidad demandante tampoco era competente para reconocer pagos por conceptos no incluidos en la Ley como factores a tener en cuenta en el ingreso base de cotización, el cual se encuentra regulado en el Decreto 1158 de 1994 y que excluyó las primas de navidad, vacaciones y servicios. En consecuencia, concluyó que la resolución demandada no otorgó ningún derecho adquirido en favor del pensionado y que esta vulneró el ordenamiento constitucional y legal vigente, razón por la cual debía declararse su nulidad.

Respecto a la devolución de sumas percibidas de buena fe por parte del señor Timaná Velásquez, el Tribunal señaló que desde el Decreto 01 de 1984 el legislador definió que no hay lugar a recuperar prestaciones pagadas a los particulares de buena fe y que dicha regla no sufrió variación con la expedición de la Ley 1437 de 2011. En ese sentido, manifestó que pese a recibir dineros de parte de la Universidad de Antioquia por conceptos a los que no tenía derecho, estos no fueron percibidos por el demandado por medio de conductas fraudulentas o engañosas, sino que se originaron en un acto administrativo de la demandante; además agregó que la presunción de buena fe del aquí demandado no fue desvirtuada de modo tal que, concluyó, no era procedente ordenar la devolución de dineros deprecada.

Por último, consideró que en virtud el numeral 5 del artículo 365 del CGP, al prosperar la pretensión principal de la demanda, debía condenarse en costas a la parte demandada.

Acorde con los anteriores razonamientos, el Tribunal de primera instancia profirió sentencia que se resume así: i) declaró la nulidad del acto administrativo demandado; ii) condenó en costas al señor Queipo Franco Timaná Velásquez y; iii) negó las demás pretensiones de la demanda.

RECURSOS DE APELACIÓN

La **parte demandada** apeló la decisión del Tribunal. El recurso obrante en folios 491 a 507 se fundamenta en las siguientes razones:

El señor Timaná Velásquez consideró que la sentencia se abordó con un orden metodológico diferente al que debía someterse, donde lo lógico era determinar las consecuencias en el *sub examine* de que la Universidad de Antioquia no hubiera demandado la Resolución 12094 de 1999, cuando el acto aquí demandado fue proferido con base en dicha Resolución; luego estudiar si para la liquidación de la pensión de vejez debían computarse las primas de servicios, navidad y vejez; y en caso de respuesta afirmativa, indicar si la entidad demandante tenía competencia para reconocer, a título de subrogación, la obligación pensional dejada de pagar por el ISS, hoy Colpensiones.

De acuerdo con lo anterior, señaló en primer término que el hecho de la derogatoria de la Resolución 12094 de 1999 no era un argumento idóneo para sostener que no era necesario demandar esta, por cuanto

el acto administrativo aún produce efectos con respecto a los pensionados a los que se les reconoció la cuota parte pensional, que solo podía tener efectos a futuro y con respecto a situaciones jurídicas no consolidadas. En ese orden de ideas, resaltó que la derogatoria no tiene efectos retroactivos ni la capacidad de afectar situaciones jurídicas consolidadas; era necesario que se demandara la Resolución 12094 de 1999 para efectos de anular la Resolución 457 de 2004; y que si la Resolución 12094 conserva su eficacia jurídica no era posible anular el acto particular por vicios que recaerían sobre el primero.

En segundo lugar, sostuvo que como beneficiario del régimen de transición pensional al que le faltaba menos de 10 años para la causación de la pensión a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el IBL aplicable en su caso era el promedio de lo devengado en el tiempo que le hacía falta, y que este no podía confundirse con el concepto de promedio de lo cotizado. En relación con lo anotado hizo alusión a la línea jurisprudencial del Consejo de Estado, de la cual resaltó la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, y de las que concluyó que le asiste derecho al cómputo de las primas de vacaciones, navidad y servicio en su pensión de vejez.

En tercer término, adujo que la Universidad de Antioquia no creó un régimen pensional ni tampoco se trata de una regulación que desborde el marco legal, para lo cual indicó que no se puede equiparar el acto de reconocimiento pensional con un acto mediante el cual se paga una cuota pensional a la que el empleado público tiene derecho a través de la subrogación. En ese sentido, consideró que nada se opone a que una entidad pública acuda al pago con subrogación de servidores cuando estos se ven afectados por la conducta del responsable del pago de esta.

Para el efecto, resaltó que la subrogación es una figura regulada por la legislación civil que permite que un tercero asuma el pago de la obligación insoluble en cabeza del deudor, de modo tal que se le transmiten por la ley los derechos del acreedor primigenio, con el fin de recobrar del deudor aquello que decidió pagar. Por consiguiente, afirmó que la subrogación no deja desamparada a la Universidad de Antioquia porque esta puede cobrar a Colpensiones la obligación asumida por el ente universitario.

Por último, se opuso a la condena en costas en primera instancia al señalar que aun con la nulidad del acto, las pretensiones restitutorias no prosperaron y que, en todo caso, la ilegalidad de la Resolución demandada es imputable exclusivamente a la Universidad de Antioquia.

En consecuencia, solicitó revocar la sentencia de primera instancia para, en su lugar, negar las pretensiones de la demanda.

La **Universidad de Antioquia** presentó adhesión al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, en escrito visible de folios 508 a 511 del expediente. Su oposición se sustentó en los siguientes razonamientos:



El ente universitario manifestó su inconformidad con la decisión del Tribunal de no acceder al restablecimiento del derecho, al considerar que aun cuando la buena fe se presume, en el acto administrativo demandado se le informó al pensionado que la subrogación era temporal y que debía iniciar las acciones administrativas y judiciales en contra de la administradora de pensiones con el fin de que esta incluyera en el IBL las primas de servicios, navidad y vacaciones. De igual forma, sostuvo que la universidad instó a los beneficiarios de la subrogación a través de comunicado del 5 de junio de 2013, a presentar a Colpensiones la solicitud de extensión de jurisprudencia para efectos de que esta continuara con el pago de la obligación pensional y que con la omisión del demandado debe concluirse que este no obró con buena fe, por lo que debe restituir los valores percibidos desde el reconocimiento.

De acuerdo con lo anterior, solicitó confirmar la sentencia en cuanto declaró la nulidad del acto administrativo demandado y revocar la decisión con respecto a la pretensión de restablecimiento del derecho.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante⁶: la Universidad de Antioquia indicó respecto a la supuesta improcedencia de las pretensiones de la demanda por no haber demandado el acto administrativo general en que se fundó el reconocimiento al señor Queipo Franco Tímaná Velásquez que no tiene efecto alguno sobre la decisión adoptada en este proceso porque ni la derogatoria, ni la nulidad del primero tienen la virtualidad de afectar situaciones jurídicas particulares reconocidas bajo su amparo. Por lo anterior sostuvo que corresponde al juez administrativo revisar la legalidad de cada acto particular.

De igual modo, frente a la inclusión de todos los factores salariales devengados en la liquidación de pensiones de los servidores públicos afirmó que la jurisprudencia de las Altas Cortes no ha sido pacífica, para lo cual hizo alusión a la posición asumida por la Corte Suprema de Justicia y a la Corte Constitucional, particularmente a las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015.

Finalmente, adujo que la Universidad de Antioquia, como entidad pública solo puede hacer lo que expresamente le está permitido, y que en lo relacionado con la regulación de las prestaciones laborales y sociales la competencia es exclusiva del legislador, razón por la cual concluyó que es evidente el vicio de nulidad por incompetencia del ente universitario para realizar el pago ordenado en el acto administrativo demandado.

La parte demandada y el Ministerio Público guardaron silencio en esta etapa procesal según constancia secretarial a folio 557.

CONSIDERACIONES

⁶ Folios 548 a 556.

Competencia

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo⁷, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto. De igual forma, según el artículo 328 del Código General del Proceso, por haber sido apelada por ambas partes el juez de segunda instancia puede resolver sin limitaciones los argumentos expuestos en los recursos.

Cuestión previa

La subsección observa que el Tribunal Administrativo de Antioquia, a través de providencia del 19 de marzo de 2014⁸, decretó la suspensión provisional de los efectos de la Resolución 457 del 26 de octubre de 2004 proferida por la Universidad de Antioquia. Contra la anterior decisión, el señor Queipo Franco Timaná Velásquez interpuso recurso de apelación, el cual se encuentra a Despacho del suscrito magistrado ponente para decidir, con el radicado 05001233300020140016701, número interno 2324-2014.

Sobre la suspensión provisional objeto de recurso de apelación, la Sala considera que como el objeto de esta era la pérdida de fuerza ejecutoria temporal del acto administrativo demandado por ser contrario a la Constitución mientras se decidía definitivamente su legalidad mediante sentencia judicial, resulta inane en este caso proceder a decidir si había lugar a su decreto o no, por cuanto con la decisión que se adopta en esta providencia se pone fin a la controversia, en la que se surte el control de legalidad a partir de los cargos formulados por los demandantes, tal y como lo prevé el artículo 323 del CGP, según el cual «[...] En caso de apelación de la sentencia, el superior decidirá en esta todas las apelaciones contra autos que estuvieren pendientes, cuando fuere posible [...]». En ese orden de ideas, la Sala estima que en este caso se debe ordenar la eliminación del registro del proceso con radicación interna 2324-2014.

Problemas jurídicos

En ese orden, los problemas jurídicos a resolver en esta instancia se resumen en las siguientes preguntas:

1. ¿La Universidad de Antioquia tenía competencia para reconocer y pagar en favor del señor Timaná Velásquez la diferencia resultante entre la pensión otorgada por Colpensiones y lo que, en criterio de la demandante, se debía cancelar al incluir en el IBL las primas de navidad, vacaciones y servicio?

⁷ El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia.

⁸ Folios 266 a 275 del cuaderno contentivo de la solicitud de suspensión provisional.



2. En caso negativo, ¿es procedente el reintegro de las sumas a las que se subrogó la Universidad de Antioquia en favor del señor Timaná Velásquez?
3. ¿Procedía la condena en costas en primera instancia en contra del beneficiario de la subrogación cuando es la entidad pública quien demanda su propio acto?

Primer problema jurídico

¿La Universidad de Antioquia tenía competencia para reconocer y pagar en favor del señor Timaná Velásquez la diferencia resultante entre la pensión cancelada por Colpensiones y lo que, en criterio de la demandante, se debía cancelar al incluir en el IBL las primas de navidad, vacaciones y servicio?

Al respecto, la Sala sostendrá la siguiente tesis: La Universidad de Antioquia carecía de competencia para subrogarse una obligación a cargo del ISS, porque la competencia para expedir el régimen prestacional de los servidores públicos, incluidos los docentes universitarios oficiales, radica exclusivamente en el Congreso de la República, lo que deviene en la ilegalidad del acto administrativo demandado, como se explica a continuación:

Competencia para reconocer la pensión de jubilación de los servidores públicos

Con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el artículo 75 del Decreto 1848 de 1969⁹ regulaba la competencia para el reconocimiento de la pensión de jubilación de los servidores públicos en los siguientes términos:

«Artículo 75. 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.

2. Si el empleado oficial no estuviere afiliado a ninguna entidad de previsión social al tiempo de retirarse del servicio oficial, el reconocimiento y pago se hará directamente por la **última entidad o empresa oficial empleadora**.
[....]» (Negrita fuera del texto).

Conforme a la disposición normativa antes citada, la obligación de reconocer y pagar la pensión de jubilación de los funcionarios y empleados públicos estaba radicada en la entidad de previsión a la que

⁹ «Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968».

estuviere afiliado el servidor; sin embargo, si tal afiliación no se verificó, la carga prestacional correspondía a la última entidad pública empleadora.

Posteriormente, en desarrollo del artículo 48 de la Constitución Política, la Ley 100 de 1993 creó el Sistema General de Seguridad Social Integral (art.5), ordenó su aplicación a todas las personas del territorio nacional (art.11) y reguló la obligatoriedad de afiliarse al sistema a todas las personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos salvo las excepciones previstas en la Ley (art.15.1)¹⁰.

Por su parte, el artículo 1.º del Decreto 691 de 1994¹¹, incorporó a los siguientes servidores al Sistema General de Pensiones: 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 República.

A su turno, el artículo 14 del Decreto 692 de 1994¹² definió la entidad competente para el reconocimiento y pago de las pensiones y prestaciones económicas propias del Sistema de Seguridad Social Integral, así:

«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.»

Por su parte, el Decreto 1068 de 1995¹³ fijó el límite temporal para que los servidores públicos del orden departamental, municipal y distrital seleccionaran el régimen pensional al cual querían afiliarse, esto es, prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad¹⁴. A su turno, el artículo 2 *ibídem*, precisó que en el nivel territorial la afiliación a cualquiera de los dos regímenes mencionados

¹⁰ 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. [...].

¹¹ «Por el cual se incorporan los servidores públicos al sistema general de pensiones y se dictan otras disposiciones».

¹² «Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993».

¹³ 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.

¹⁴ El artículo 12 de la Ley 100 de 1993, creó los siguientes regímenes pensionales:

«ARTÍCULO 12. Regímenes del sistema general de pensiones. El Sistema General de Pensiones está compuesto por dos regímenes solidarios excluyentes pero que coexisten, a saber:

a. Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida.

b. Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.



debía hacerse a más tardar el 30 de junio de 1995. Textualmente se indicó:

«Artículo 2. 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.

[...]

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.»

Posteriormente, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 2337 de 1996¹⁵ con el objeto de «[...] 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 [...], para lo cual respetó el límite temporal previamente fijado por el Decreto 1068 de 1995, en el que se indicó que antes del 30 de junio de 1995 todos los servidores públicos vinculados a los entes universitarios debían estar afiliados a uno de los dos regímenes pensionales creados por la Ley 100 de 1993. En tal sentido, el artículo 2 del Decreto 2337 dispuso:

«Artículo 2. Reconocimiento del pasivo pensional. El presente Decreto, se aplicará a aquellas universidades oficiales e instituciones oficiales de educación superior, que con anterioridad al 23 de diciembre de 1993, tenían a su cargo el reconocimiento y pago de las pensiones en calidad de empleadoras y así mismo a aquellas que a través de una caja con personería jurídica, reconocían y pagaban directamente las obligaciones pensionales, de los servidores públicos, trabajadores oficiales y personal docente, con vinculación contractual, legal o reglamentaria con las universidades o instituciones de educación superior.

Parágrafo 1. 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.

[...]» (Negrita fuera del texto).

Así las cosas, todos los servidores públicos que prestaban sus servicios en las universidades oficiales e instituciones oficiales de educación superior, para el 30 de junio de 1995 ya debían estar afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, por tratarse de afiliados obligatorios en los términos del artículo 15 de la Ley 100 de 1993.

¹⁵ «Por el cual se reglamenta el artículo 131 y el 283 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto-ley 1299 de 1994».

Por lo anterior, esta Corporación ha concluido 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 [...].»¹⁶

La entidad competente para el reconocimiento de la pensión de jubilación del señor Timaná Velásquez era el ISS

Según se observa a folios 77 a 81, el ISS reconoció al señor Queipo Franco Timaná Velásquez una pensión de vejez mediante Resolución 11528 del 21 de julio de 2004, en cuantía de \$4.161.771 mensuales. Frente al anterior acto administrativo se interpusieron los recursos de reposición y apelación por considerar, entre otros motivos, que el IBL no fue debidamente computado al no incluir todos los factores salariales devengados, los que fueron decididos negativamente a través de las Resoluciones 22313 del 24 de noviembre de 2004 a folios 82 a 85 y 33254 del 19 de diciembre de 2007 a folios 86 a 92.

Por su parte, la Universidad de Antioquia dispuso en Resolución 457 del 26 de octubre de 2004 «[...] pagar 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 no reconoce el Seguro Social, al señor QUEIPO FRANCO TIMANÁ VELÁSQUEZ [...] la suma de [...] (\$992.065) mensuales a partir del 6 de julio de 2004 [...]», es decir que el ente universitario se subrogó parcialmente la obligación pensional.

Ahora, de acuerdo con lo indicado en el párrafo 1.º del artículo 2 del Decreto 1068 de 1995, el personal docente de las universidades públicas debían encontrarse afiliados al Sistema General de Seguridad Social el 30 de junio de 1995, por lo que a partir de dicha fecha la competencia para resolver todas las reclamaciones relacionadas con el reconocimiento y pago de pensiones radicaba en la administradora pensional elegida por el empleado público (ya fuera el ISS como administrador del régimen de prima media o los fondos privados que hacían lo propio con el régimen de ahorro individual) y que recibiera las cotizaciones de dichos servidores oficiales.

De acuerdo con lo anterior, se advierte que la Universidad de Antioquia no tenía competencia para pronunciarse sobre la adjudicación de un derecho pensional en favor del señor Queipo Franco Timaná Velásquez,

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia de 31 de enero de 2018, radicado: 05001 23 33 000 2014 00058 02 (0341-2017), demandante: Universidad de Antioquia. Igual tesis ha sido sostenida en sentencias de 21 y 27 de abril de 2017, dictadas dentro de los siguientes procesos: 05001 23 33 000 2014 00194 01 (0804-2016); 05001 23 33 000 2014 01573 01 (0802-2016); y 05001 23 33 000 2015 00110 01 (2366-2016).



en este caso respecto al presunto derecho que le asistía a una mesada superior a la otorgada por el ISS con base en la inclusión de factores salariales devengados por el docente no computados por la administradora de pensiones, facultad que recaía en el Instituto por tratarse del ente de previsión al que se realizaban las respectivas cotizaciones a pensión.

En ese sentido, se reitera que fue el Instituto de Seguros Sociales quien reconoció la prestación por vejez a través de la Resolución 11528 del 21 de julio de 2004, motivo por el cual era esta quien tenía la competencia para determinar si al pensionado se le debía incluir en el IBL lo correspondiente a las primas de navidad, vacaciones y servicios conforme las normas aplicables de la Ley 100 de 1993 y las anteriores a esta, aplicadas en virtud del régimen de transición, y no correspondía a la Universidad de Antioquia asumir dicha obligación en forma de subrogación.

Por consiguiente, para la Sala debe concluirse que la Resolución 457 del 26 de octubre de 2004 es ilegal por la causal de expedición sin competencia toda vez que la Universidad de Antioquia no era competente para reconocer en todo o parte pensiones a sus empleados con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, así como lo declaró el *a quo*¹⁷, es decir, no tenía facultad legal o constitucional alguna para asumir el pago de las diferencias de las mesadas pensionales canceladas al señor Timaná Velásquez entre lo que consideraba el establecimiento de educación superior que debía pagarse al pensionado de incluirse todos los factores salariales devengados en el IBL, y lo que pagaba el ISS por dicho concepto.

Inaplicación por inconstitucionalidad de la Resolución Rectoral 12094 del 4 de mayo de 1999

Ahora bien, en lo relacionado con los efectos de la Resolución Rectoral 12094 de 1999 emitida por la Universidad de Antioquia, sobre la subrogación parcial en la obligación pensional a cargo del ISS, y en la cual se sustentó la Resolución 457 del 26 de octubre de 2004, acto demandado en el *sub lite*, se advierte que esta no fue objeto de declaratoria de nulidad en el presente caso, así como tampoco ha sido anulada por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, como lo sostuvo el demandado.

Sobre el punto, la Subsección B de la Sección Segunda en sentencia del 22 de octubre de 2018¹⁸ decidió inaplicar la Resolución 12094 del 4 de mayo de 1999 en virtud de la excepción de inconstitucionalidad en un asunto similar, al considerar que:

¹⁷ Así también lo ha definido la Subsección B de la Sección Segunda de esta Corporación en sentencias del 27 de abril de 2017, radicación 05001233300020140157301 (0862-16); 31 de enero de 2018, radicación 05001233300020140005802 (0341-17); y 22 de octubre de 2018, radicación 05001233300020140006302 (1074-15).

¹⁸ Proceso con radicación 05001233300020140006302 (1074-15) donde actuó como demandante la Universidad de Antioquia y como demandado el señor Gustavo Silvio Quintero Barrera.



«[...] conforme al artículo 4º superior, («En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales»), comoquiera que la función de establecer el régimen prestacional de los servidores públicos está reservada al Congreso de la República y al Gobierno Nacional, pero este último bajo los lineamientos del legislador, por lo que el ente universitario carecía de atribución para asumir una obligación de carácter pensional motu proprio, sin que mediara norma emitida por la autoridad constitucionalmente competente frente a la materia, que así lo determinara. [...]»

En efecto, la competencia para fijar el régimen prestacional de los empleados públicos radica en el Congreso desde antes de entrar en vigencia la Constitución Política de 1991, lo que se advierte del artículo 11 del Acto Legislativo 1 de 1968, donde se le atribuye al órgano legislativo la potestad de determinar las escalas de remuneración correspondientes a las diferentes categorías de empleos, así como el régimen de sus prestaciones sociales, y en lo atinente a los requisitos para acceder a la pensión de jubilación, el artículo 62 de la Constitución de 1886 preveía que correspondía a la ley determinar las condiciones de jubilación.

Por su parte, la Constitución Política de 1991 prevé en el artículo 150 numeral 19, literal e, que el Congreso de la República tiene la competencia de dictar normas generales en relación con la fijación de los regímenes salariales y prestacionales de los servidores públicos, entre otros, y en ejercicio de dicha potestad expidió la Ley 4ª de 1992, «Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.»

En ese sentido, la citada Ley 4ª de 1992 reglamentó en sus artículos 10 y 12 lo siguiente:

«Artículo 10. Todo régimen salarial o prestacional que se establezca contraviniendo las disposiciones contenidas en la presente Ley o en los decretos que dicte el Gobierno Nacional en desarrollo de la misma, carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos.»

«Artículo 12. El régimen prestacional de los servidores públicos de las entidades territoriales será fijado por el Gobierno Nacional, con base en las normas, criterios y objetivos contenidos en la presente Ley.

En consecuencia, no podrán las corporaciones públicas territoriales arrogarse esta facultad.

Parágrafo. El Gobierno señalará el límite máximo salarial de estos servidores guardando equivalencias con cargos similares en el orden nacional.»

Por su parte, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada del artículo 12 de la Ley 4ª de 1992, bajo el supuesto de

que «[...] siempre que se entienda que las facultades conferidas al gobierno se refieren, en forma exclusiva, a la fijación del régimen prestacional de los empleados públicos territoriales, al régimen prestacional mínimo de los trabajadores oficiales territoriales y al límite máximo salarial de los empleados públicos de las entidades territoriales [...]»¹⁹.

Ahora, en lo relacionado con el régimen prestacional de los docentes oficiales universitarios, esta subsección ha sostenido que el artículo 69 de la Constitución Política reconoce y garantiza la autonomía de los entes universitarios de modo tal que estos tienen facultad para darse sus propios reglamentos, estatutos y directivas. De acuerdo con este, por autonomía universitaria debe entenderse la capacidad de disponer, conforme lo regula la Constitución y la Ley, de un margen administrativo y de organización que permite a estos entes dirigirse a sí mismos según sus propios objetivos, pero siempre bajo la dirección del Estado²⁰.

En virtud del marco constitucional previsto para los entes universitarios se expidió la Ley 30 de 1992, que en su artículo 77 señaló:

«**Artículo 77.** El régimen salarial y prestacional de los profesores de las universidades estatales u oficiales se regirá por la Ley 4ª de 1992, los Decretos Reglamentarios y las demás normas que la adicionan y complementan.»

Sobre la autonomía universitaria y la facultad de los entes universitarios para crear regímenes salariales y prestacionales la subsección B de la Sección Segunda de esta Corporación en providencia del 21 de agosto de 2008²¹, indicó:

«[...] Las normas referidas ponen de manifiesto la equivocación en que incurre el actor, cuando sostiene que, en la materia que ocupa la atención de la Sala, la única atribución del Presidente de la República es ejercer la inspección y vigilancia de la enseñanza conforme a la ley “más no el de expedir normas sobre el régimen salarial y prestacional de los docentes universitarios”, pues, de conformidad con las normas constitucional (art. 150, núm. 19, íts. e) y f) y legales citadas (Lys. 4/92 y 30/92) y sin mucho esfuerzo, se evidencia que el Gobierno Nacional tenía competencia para establecer el régimen salarial y prestacional del personal docente de las universidades estatales u oficiales de los órdenes Nacional, Departamental, Municipal y Distrital. [...]»

En ese orden de ideas, el principio de autonomía universitaria no es absoluto y, por tanto, las universidades están en la obligación de sujetarse a las normas que regulan lo relacionado con el régimen laboral y prestacional de los empleados públicos en lo que tenga que ver con estos.

¹⁹ Sentencia C-315 de 1995.

²⁰ Ver sentencia del 19 de mayo de 2010. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Radicación 08001233100020000152602 (0801-07). Demandante José Gabriel Colley Pérez contra Universidad del Atlántico.

²¹ Radicación 11001032500020020012101 (2549-02). Demandante: Andrés de Zubiria Samper.

Para ese efecto, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1444 de 1992²², el cual en su artículo 1.º reguló:

«**Artículo 1º** La remuneración mensual en tiempo completo de los empleados públicos docentes de las universidades públicas del orden nacional se establecerá sumando todos los puntos que a cada cual corresponda, multiplicado por el valor del punto.

Los puntajes se establecerán de acuerdo con la valoración de los siguientes factores:

- a) Los títulos correspondientes a estudios universitarios;
- b) La categoría dentro del escalafón docente;
- c) La experiencia calificada;
- d) La productividad académica;
- e) Las actividades de dirección académico - administrativas.

Parágrafo I. La remuneración de los empleados públicos docentes en otra dedicación será proporcional a la misma.

Parágrafo II. Cuando el puntaje correspondiente a un docente deba ser cambiado la modificación tendrá efectos salariales a partir del mes siguiente a la fecha en la cual el órgano o autoridad competente la apruebe. Se exceptúan aquellos casos en los cuales las leyes prevean la retroactividad.»

Asimismo, el artículo 21 *ejusdem* hace referencia a las prestaciones del personal docente así:

«**Artículo 21.** El régimen prestacional que establece el presente Decreto, se aplicará a los empleados públicos docentes de carrera de la Universidad Nacional y a los de las universidades públicas del orden nacional que se acojan al mismo.

Parágrafo I. Los docentes de cátedra vinculados en los términos del artículo 98 del Decreto-ley 080 de 1980, tendrán las prestaciones sociales señaladas en este Decreto y se liquidarán así: las de carácter económico que se causen a favor de los docentes, se harán de acuerdo con las normas que regulen la correspondiente prestación del docente de tiempo completo, teniendo en cuenta la remuneración de aquél; las de carácter asistencial serán asumidas por la respectiva universidad obligada, a razón de un cuarentavo (1/40) por cada una de las horas semanales de cátedra o lectivas contratadas y el valor de la diferencia será asumido por el docente. Las universidades públicas del orden nacional podrán reconocer las prestaciones sociales económicas y asistenciales del docente de cátedra a la terminación del respectivo período académico, teniendo en cuenta las que correspondan al docente de tiempo completo, en la proporción indicada en el presente parágrafo.

²² Por el cual se dictan disposiciones en materia salarial y prestacional para los empleados docentes de las universidades públicas del orden nacional.



Parágrafo II. Para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los empleados públicos docentes que se retiren de una universidad pública del orden nacional y se vinculen a otra del mismo orden, se entenderá que hay solución de continuidad cuando entre el retiro y la fecha de la nueva posesión transcurrieren más de quince (15) días hábiles.»

Finalmente, el Decreto 55 de 1994²³ dispuso en sus artículos 1.º y 2.º lo siguiente:

«**Artículo 1o.** Los empleados públicos docentes de las Universidades Estatales u Oficiales del orden departamental, municipal y distrital que se vinculen por concurso, a partir de la vigencia del presente decreto se les aplicará el régimen salarial y prestacional previsto en el Decreto 1444 de 1992, el Decreto 26 de 1993, y aquellos que los adicionan o modifiquen.

Parágrafo. El régimen de liquidación y pago de las cesantías será el previsto en el artículo 99 y normas concordantes de la Ley 50 de 1990.»

«**Artículo 2o.** Los empleados públicos docentes de las Universidades Estatales u Oficiales del orden departamental, municipal y distrital vinculados actualmente por el estatuto docente vigente de la respectiva Universidad, podrán optar por el régimen salarial y prestacional previsto en el Decreto 1444 de 1992, el Decreto 26 de 1993 y aquellos que los adicionan o modifiquen. Quienes no se acojan al nuevo régimen continuarán rigiéndose por el régimen salarial y prestacional que efectivamente se les reconoció y pagó hasta el 31 de diciembre de 1993.

Parágrafo 1o. para optar por este régimen se tendrá como plazo máximo el 30 de abril 1994. [...]»

Conforme las normas citadas se extrae que el régimen salarial y prestacional de los docentes de universidades públicas es definido por el legislador y regulado por el Gobierno Nacional, por lo que se les aplican, de acuerdo con lo previsto en la Ley 4ª de 1992, las normas que sobre el tema se reglamenten para los empleados públicos del orden nacional, sin importar si sus nominadores son entes universitarios del orden territorial.

De acuerdo con lo anterior, a pesar de que la Resolución Rectoral 12094 de 1999 no ha sido declarada nula por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la subsección considera que es procedente su inaplicación en el *sub examine* por cuanto, se reitera, la Universidad de Antioquia no tenía competencia alguna para fijar el régimen pensional de sus empleados.

En conclusión: ante la ausencia de competencia por parte de la Universidad de Antioquia para subrogarse una obligación que correspondía al ISS, máxime por fundarse en un acto administrativo manifiestamente inconstitucional, resulta evidente la ilegalidad de la Resolución 457 de 2004 y, en consecuencia, se comparte la decisión adoptada por el *a quo* en el sentido de declarar su nulidad.

²³ Por el cual se dictan disposiciones en materia salarial y prestacional para los empleados públicos docentes de las universidades estatales u oficiales del orden departamental, municipal y distrital.

Segundo problema jurídico

¿Es procedente el reintegro de las sumas a las que se subrogó la Universidad de Antioquia en favor del señor Timaná Velásquez?

Al respecto, la Sala sostendrá la siguiente tesis: no debe ordenarse el reintegro de las sumas percibidas por parte del señor Timaná Velásquez en virtud de lo ordenado por la Resolución 457 del 26 de octubre de 2004, porque la entidad no demostró la mala fe de la conducta desplegada por el demandado, como se explica a continuación:

Del principio de la buena fe para devolución de prestaciones periódicas

Conforme al artículo 83 Superior, el principio de buena fe implica que: (i) las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deben estar gobernadas por el principio de buena fe y; (ii) ella se presume en las actuaciones que los particulares adelanten ante las autoridades públicas, es decir en las relaciones jurídico administrativas. Esta última característica opera como presunción legal que admite prueba en contrario²⁴.

Cabe resaltar, que el principio de buena fe no constituye un postulado absoluto, sino que tiene límites demarcados por principios de igual categoría constitucional, como la prevalencia del interés general, la vigencia de un orden justo y el desarrollo de la función administrativa con base en los principios de igualdad, moralidad, eficacia y economía, entre otros²⁵.

En cuanto al alcance del citado principio, la Corte Constitucional²⁶ ha sostenido:

«[...] La jurisprudencia constitucional ha entendido el principio de buena fe como una exigencia de honestidad, confianza, rectitud, decoro y credibilidad que otorga la palabra dada, a la cual deben someterse las diversas actuaciones de las autoridades públicas y de los particulares entre sí y ante éstas, la cual se presume, y constituye un soporte esencial del sistema jurídico; de igual manera, cada una de las normas que componen el ordenamiento jurídico debe ser interpretada a la luz del principio de la buena fe, de tal suerte que las disposiciones normativas que regulen el ejercicio de derechos y el cumplimiento de deberes legales, siempre deben ser entendidas en el sentido más congruente con el comportamiento leal, fiel y honesto que se deben los sujetos intervinientes en la misma. En pocas palabras, la buena fe incorpora el valor ético de la confianza y significa que el hombre cree y confía que una declaración de voluntad surtirá, en un caso concreto, sus efectos usuales, es decir, los mismos que ordinaria y normalmente ha producido en casos análogos. De igual manera, la buena fe

²⁴ Ver Sentencia C-071 de 2004, Corte Constitucional. Sentencia del 3 de febrero de 2004. Referencia: expediente D-4692.

²⁵ Ver sentencia de la Sección Segunda, Subsección B, Sentencia del 8 de mayo de 2008, dentro del proceso con radicado interno 0949-2006.

²⁶ Sentencia T-437/12 del 12 de junio de 2012. Referencia: Expediente T-2809770.

*orienta el ejercicio de las facultades discrecionales de la administración pública y ayuda a colmar las lagunas del sistema jurídico.*²⁷

Así, la buena fe es uno de los principios que rige las relaciones entre la Administración y los administrados y se caracteriza por ser leal, honesta y esperada. A partir de lo esbozado anteriormente, es claro que uno de los componentes esenciales de las actuaciones de buena fe es el respeto por la confianza otorgada por las partes. [...]» (Cursiva del texto).

A su turno, el literal c) del numeral 1 del artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, prevé que la demanda deberá ser presentada, en cualquier tiempo cuando «[...] se dirija contra actos que reconozca o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas. Sin embargo, no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe. [...]». (Subraya la Sala).

Respecto de la recuperación de dineros pagados a particulares de buena fe, la Sección Segunda de esta Corporación²⁸, ha manifestado:

«[...] Sin embargo, ella considera que no es viable disponer el reintegro de las mesadas pensionales que han sido pagadas a el señor (...), como se solicita en el escrito introductorio del proceso, en virtud del reconocimiento de pensión de jubilación por el acto administrativo acusado, pues de acuerdo con lo previsto en el artículo 136 del C.C.A, no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe, situación aplicable en el caso sub-judice, ya que le correspondía a la parte actora probar debidamente que el demandado cuando solicitó la pensión actuó de mala fe y ello no ocurrió así»²⁹.

“No obstante lo anterior, la entidad demandada no estaba facultada para pretender unilateralmente recuperar las sumas de dinero que por equivocación pagó pues fueron recibidas por la actora de buena fe. En esa medida, los pagos efectuados por la entidad tienen amparo legal porque fueron recibidos de buena fe por la demandante y en ese orden, no obstante la legalidad del acto que dispuso el reintegro, la Sala considera que la administración no probó ni en la vía gubernativa ni en la judicial la mala fe de la demandante en la obtención de los reajustes pagados”.

“Por ello, la Sala estima que no existen elementos probatorios suficientes para determinar que el demandado al recibir la cantidad de \$73.647.865, 54 actuó de mala fe, pues, conforme al artículo 83 de la Carta Política, la buena fe se presume, y para desvirtuar su existencia debe operar prueba en contrario porque —se repite— en el desprendible de pago no se detallan los conceptos. Dicha suma, según se afirma en el recurso de apelación, corresponde a mesadas pensionales atrasadas, desde el 31 de marzo de 2008, fecha en que el fallo de tutela del Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pasto ordenó la reliquidación de la pensión de jubilación con el 100% de la bonificación por servicios prestados (f. 309).

²⁷ Sentencia C-131 de 2004, citado en la sentencia C-1094 de 2004.

²⁸ Sentencia del 15 de septiembre de 2016, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Radicado 5200123-33-000-2012-00121-01(4402-13).

²⁹ Sentencia de 2 de marzo de 2000, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, expediente No. 12.971.

Sobre la buena fe, es oportuno recordar lo que la Corte Constitucional ha dicho:

[...]

Así las cosas, bajo el criterio de que el principio de la buena fe debe presidir las actuaciones de los particulares y de los servidores públicos, quiso el Constituyente que sólo en el caso de los primeros ella se presuma. Por lo mismo, mientras no obre prueba en contrario, la presunción de buena fe que protege las actuaciones de los particulares se mantiene incólume. En cuanto a los servidores públicos no es que se presuma, ni mucho menos, la mala fe. Sencillamente, que al margen de la presunción que favorece a los particulares, las actuaciones de los funcionarios públicos deben atenerse al principio de constitucionalidad que informa la ley y al principio de legalidad que nutre la producción de los actos administrativos [...]

Por lo visto, se ha de revocar el ordinal tercero de la sentencia de primera instancia, puesto que el demandado, al actuar de buena fe, no tiene que reintegrar las prestaciones que le pagaron, de conformidad con el artículo 164, numeral 1, letra c), del CPACA.[...]»

Acorde con la normativa y jurisprudencia citada en precedencia, esta subsección observa que el principio de la buena fe, incorpora una presunción legal, que admite prueba en contrario y por ello, le corresponde a quien lo echa de menos, probar que el peticionario o en este caso, el demandado, actuó de mala fe.

Bajo dicho entendido, no hay lugar a recuperar las prestaciones periódicas pagadas a los particulares de buena fe, salvo que se pruebe por la entidad Estatal que el demandado incurrió en conductas deshonestas, fraudulentas, dolosas, es decir, que actuó de mala fe con el fin de obtener un beneficio al cual no tenía derecho.

No se acreditó la mala fe por parte del beneficiario

Acorde con el estudio efectuado en apartes anteriores, para que proceda el reintegro de prestaciones periódicas pagadas a los particulares de buena fe, se debe probar por parte de la administración que el demandado incurrió en conductas deshonestas, fraudulentas, dolosas, motivo por el cual, y, en atención al recurso de alzada, encuentra la Subsección que no se demostró que el señor Queipo Franco Timaná Velásquez hubiese incurrido en estas, es decir, que obrase de mala fe.

En efecto, en el *sub examine* no se acreditó que el señor Timaná Velásquez haya llevado a cabo comportamientos que comprometieran la lealtad, rectitud y honestidad, pues aun cuando la entidad demandante considera probada la mala fe del demandado con el argumento de que, pese a indicársele que debía solicitar la extensión de la jurisprudencia ante el ISS éste no lo hizo, lo cierto es que dicha situación no es demostrativa del quebrantamiento al principio constitucional de buena fe y, en todo caso, se observa que el demandado solicitó ante esta

Corporación la extensión de la jurisprudencia en virtud de lo dispuesto por el artículo 269 del CPACA³⁰

En ese orden de ideas, la Sala reitera que teniendo la carga probatoria la entidad demandante para desvirtuar la presunción de buena fe del pensionado, ésta no demostró que el señor Queipo Franco Timaná Velásquez actuó de mala fe al percibir las diferencias entre la pensión reconocida por el ISS y lo que la Universidad de Antioquia consideraba que debía percibir, razón por la cual no es posible ordenar el reintegro de los dineros devengados por el demandado de acuerdo con lo dispuesto en la Resolución 457 del 26 de octubre de 2004.

En conclusión: No se desvirtuó la presunción de buena fe que ampara al demandado porque la entidad demandante no demostró que hubiera incurrido en actos dolosos y de mala fe al recibir mensualmente las sumas reconocidas por la Universidad de Antioquia por subrogación de una obligación pensional a cargo del ISS, hoy Colpensiones.

Tercer problema jurídico

¿Procedía la condena en costas en primera instancia en contra del beneficiario de la subrogación cuando es la entidad pública quien demanda su propio acto?

Al respecto, la subsección sostendrá la siguiente tesis: la decisión del *a quo* de condenar en costas a la parte demandada es improcedente en atención a que la demanda se interpuso en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en su modalidad de lesividad, en la que se ventiló un asunto de interés público, caso excepcional en el cual la Sala ha considerado que no hay lugar a la condena en costas en virtud de lo dispuesto por el artículo 188 del CPACA. Se amplían las razones a continuación:

De la condena en costas y agencias en derecho

Esta subsección en providencias del 7 de abril de 2016³¹ sentó su posición respecto a la condena en costas en vigencia del CPACA en los siguientes términos:

El concepto de las costas del proceso está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y comprende los denominados gastos o expensas del proceso llamados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo gastos ordinarios del proceso³² y otros como son los necesarios para traslado de testigos y para la práctica de la prueba pericial, los honorarios de auxiliares de la justicia como peritos y

³⁰ Proceso con radicación 11001032500020150050200 (1382-2015). Peticionario Queipo Franco Timaná Velásquez contra Colpensiones.

³¹ Al respecto ver sentencias de 7 de abril de 2016, Expedientes: 4492-2013, Actor: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, Actor: José Francisco Guerrero Bardi.

³² Artículo 171 No. 4 en concordancia con el artículo 178 *ibídem*.

secuestres, transporte de expediente al superior en caso de apelación, pólizas, copias, etc.

Igualmente, el concepto de costas incluye las agencias del derecho que corresponden a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, que el juez reconoce discrecionalmente a favor de la parte vencedora atendiendo a los criterios sentados en los ordinales 3.º y 4.º del artículo 366 del Código General del Proceso³³, y que no necesariamente deben corresponder al mismo monto de los honorarios pagados por dicha parte a su abogado³⁴ los cuales deberán ser fijados contractualmente entre éstos conforme los criterios previstos en el artículo 28 ordinal 8.º de la ley 1123 de 2007³⁵.

En materia de lo contencioso administrativo, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura a través del Acuerdo 1887 de 2003³⁶ «vigente al momento de la expedición de la sentencia de primera instancia» fijó las agencias en derecho, de la siguiente manera:

«[...] 3.1.2. Primera instancia.

[...]

Sin cuantía: Hasta quince (15) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Con cuantía: Hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

PAR.—En los procesos ejecutivos, hasta el quince por ciento (15%) del valor del pago ordenado o negado en la pertinente decisión judicial; si, además, la ejecución comprende el cumplimiento de obligaciones de hacer, se incrementará en un porcentaje igual al que fije el juez.

En los casos en que únicamente se ordene o niegue el cumplimiento de obligaciones de hacer, hasta seis (6) salarios mínimos mensuales legales vigentes. [...]»

Ahora bien, a raíz de la expedición del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en anteriores oportunidades y en materia de condena en costas, la Subsección A

³³ «[...] Falta de legitimación en la causa por pasiva [...] En este sentido, 3. La liquidación incluirá el valor de los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, y las agencias en derecho que fije el magistrado sustanciador o el juez, aunque se litigue sin apoderado.

Los honorarios de los peritos contratados directamente por las partes serán incluidos en la liquidación de costas, siempre que aparezcan comprobados y el juez los encuentre razonables. Si su valor excede los parámetros establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura y por las entidades especializadas, el juez los regulará.

4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas. [...]».

³⁴ Criterio aceptado por la Corte Constitucional en Sentencia C-043 de 2004 y C-539 de 1999.

³⁵ Regula la norma como deber de los abogados, el de "...fijar sus honorarios con criterio equitativo, justificado y proporcional frente al servicio prestado o de acuerdo a las normas que se dicten para el efecto, y suscribirá recibos cada vez que perciba dineros, cualquiera sea su concepto".

³⁶ Modificado por el Acuerdo PSAA16-10554 de 5 de agosto de 2016.

sostuvo que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, no implicaba la condena de manera «automática» u «objetiva», frente a aquel que resultara vencido en el litigio.

Ello, en consideración a que debían observarse una serie de factores, tales como la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre los gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez debía ponderar dichas circunstancias y sustentar la decisión, existiendo un margen de análisis mínimo en el que el juez evaluara las circunstancias para imponerla, o no³⁷.

Sin embargo, esta Subsección varió aquella posición y acogió el criterio objetivo para la imposición de costas (incluidas las agencias en derecho) al concluir que no se debe evaluar la conducta de las partes (temeridad o mala fe), sino los aspectos objetivos respecto de la causación de las costas, tal como lo prevé el Código General del Proceso, con el fin de darle plena aplicación a su artículo 365.

Por lo anterior, se colige que la condena en costas implica una valoración objetiva valorativa que excluye como criterio de decisión la mala fe o la temeridad de las partes. En efecto, el artículo 188 del CPACA, regula que tratándose de costas en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en la sentencia el juez tiene la obligación de pronunciarse sobre dicho aspecto, con excepción de los asuntos en los que se ventile un interés público³⁸.

Ahora bien, con base en dicha excepción que introdujo el legislador en materia de costas, esta misma subsección³⁹ también ha sostenido que cuando quien demanda es una entidad pública que persigue a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en la modalidad de lesividad no es procedente la condena en costas en ninguna de las instancias, por cuanto en este tipo de asuntos se ventilan intereses públicos, como lo es el patrimonio estatal, razón por la cual no se puede afirmar que el titular de la prestación sea la parte vencida en el litigio, aun cuando resulte afectado con dicha decisión.

En efecto, en providencia del 21 de abril de 2016 se definió la siguiente regla en materia de costas⁴⁰:

«[...] En este caso tenemos que debido a la naturaleza del medio de control ejercido, que es el de nulidad y restablecimiento del derecho pero en la modalidad de lesividad, en tanto la Caja Nacional de Previsión Social EICE

³⁷ Ver entre otras, sentencias de 15 de abril de 2015, expediente No. 1343-2014. Demandante: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP; sentencia de 15 de octubre de 2015, Expediente: 4383-2014, Actor: Rosa Yamile Ángel Arana; sentencia de 20 de enero de 2015, expediente número: 4583-2013, Demandante: Ivonne Ferrer Rodríguez.

³⁸ Regula la norma lo siguiente: "[...] salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se registrarán por las normas del Código de Procedimiento Civil [...]".

³⁹ Ver sentencia del 8 de febrero de 2018. Expediente con radicación 68001233300020140074702 (0176-16). Demandante: UGPP.

⁴⁰ Sentencia de 21 de abril de 2016. Expediente: 3400-2013, Demandante: Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal EICE en Liquidación, demandada: Ligia Eugenia Álvarez Ponce.



en Liquidación ataca sus propios actos administrativos mediante los cuales reconoció y reliquidó una pensión gracia, es decir, la entidad pública propende por anular unos actos administrativos que, no obstante su contenido particular, dada su ilegalidad afectan igualmente intereses públicos, en la medida en que reconocen y ordenan el pago de sumas a las que el beneficiario no tiene derecho, y ello deriva en una afectación patrimonial, no sólo de la Institución pública que cometió el yerro respectivo, sino de todos los ciudadanos que aportan al sistema pensional Colombiano, es el interés superior público patrimonial el que está en juego.

Así las cosas, no es posible afirmar que la titular de la prestación que se debate sea la parte “vencida” en el litigio –como lo exige la norma-, y por ello la señora Álvarez Ponce no tiene la obligación de pagar costas en el proceso. En tal sentido, se revocará la decisión del Tribunal Administrativo de Nariño. [...]»

Por consiguiente, toda vez que en el sub judice la Universidad de Antioquia demandó la nulidad de un acto administrativo proferido por esta y del cual fue beneficiario el señor Queipo Franco Timaná Velásquez, por medio del cual se ordenó el pago de una suma de dinero correspondiente a la diferencia entre la pensión reconocida por el ISS y a la que tendría derecho de incluirse las primas de navidad, vacaciones y servicios por subrogación voluntaria, la Sala considera que en el presente caso el demandado no tiene la obligación de pagar las costas de que trata el artículo 365 del CGP, razón por la cual se revocará el ordinal cuarto de la sentencia de primera instancia.

En conclusión: Por tratarse de una demanda interpuesta por una entidad pública en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en la modalidad de lesividad, en la que se ventiló un asunto de interés público, no es procedente la condena en costas en ninguna de las instancias.

Decisión de segunda instancia

Según se ha expuesto, se impone revocar el ordinal cuarto de la sentencia del 21 de noviembre de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia porque prosperaron parcialmente los argumentos del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, y se confirmará en lo demás la sentencia de primera instancia.

Asimismo, se ordenará cancelar el registro del proceso con radicación interna 2324-2014 contentivo de la apelación contra el auto del 19 de marzo de 2014 proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia por medio del cual se decretó la suspensión provisional de los efectos de la Resolución 457 del 26 de octubre de 2004.

De la condena en costas

De conformidad con lo señalado al resolver el último problema jurídico de esta providencia, la subsección se abstendrá de condenar en costas en el presente caso por tratarse de un asunto en el que se ventilan intereses públicos.



En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero: Revocar el ordinal cuarto de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 21 de noviembre de 2014, en la demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en la modalidad de lesividad, interpuso la Universidad de Antioquia contra el señor Queipo Franco Timaná Velásquez.

Segundo: Confirmar en lo demás la sentencia de primera instancia.

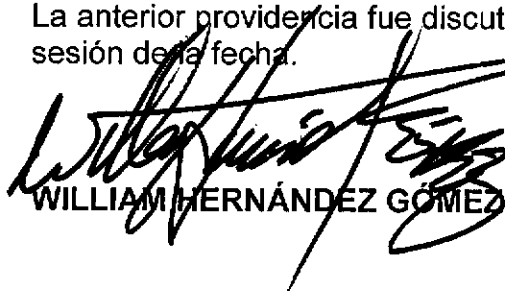
Tercero: Sin condena en costas de segunda instancia por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Cuarto: Ordenar a la Secretaría de la Sección Segunda del Consejo de Estado cancelar el registro del expediente con radicación interna 2324-2014 contentivo de la apelación contra el auto del 19 de marzo de 2014 proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia por medio del cual se decretó la suspensión provisional de los efectos de la Resolución 457 del 26 de octubre de 2004.

Quinto: Ejecutoriada esta providencia devolver el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones correspondientes en el programa "Justicia Siglo XXI".

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Subsección en la sesión de la fecha.


WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ


RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS


GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Proceso recibido en secretaría
10 DIC 2019
Hoy

