

## **RECONOCIMIENTO DE PENSIÓN DE JUBILACIÓN CON BASE EN NORMAS TERRITORIALES – Fala de competencia / SUBROGACIÓN PENSIONAL DE LA ENTIDAD EMPLEADORA POR DIFERENCIA NO RECONOCIDA POR LA ENTIDAD PREVISIONAL – Improcedencia**

Ni a la luz de la Constitución de 1886 ni a partir de la Carta de 1991, las entidades territoriales o las universidades públicas pueden expedir actos de reconocimiento pensional con fundamento en acuerdos internos o extralegales, pues no tenían facultades para ello. (...) 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. (...). Siendo ello así, se tiene que para el caso de la accionada, no era la Universidad de Antioquia la autoridad competente para pronunciarse acerca 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 y administradora de las cotizaciones realizadas por la demandada, la de asumir dicho reconocimiento. Así las cosas, conforme al análisis realizado por la Sala, se concluye que es ilegal la decisión contenida dentro del acto enjuiciado, máxime si se tiene en cuenta que fue expedido con fundamento en la Resolución rectoral 12094 de 4 de mayo de 1999, la que a pesar de no haber sido anulada por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, es claramente inconstitucional.

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la competencia privativa del Congreso y del Gobierno para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados territoriales, ver: C. de E., Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 15 de abril de 1998, radicación: 1076, C.P.: Augusto Trejos Jaramillo. Sobre la inexistencia de subrogación pensional de la entidad de previsión en la entidad empleadora en relación con los empleados territoriales pensionados a partir del 30 de junio de 1995, ver: C. de E, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 22 de octubre de 2018, radicación: 1074-15.

**FUENTE FORMAL:** LEY 4 DE 1992 – ARTÍCULO 1 / LEY 4 DE 1992 – ARTÍCULO 2 / LEY 4 DE 1992 – ARTÍCULO 10 / LEY 30 DE 1992 – ARTÍCULO 77 / DECRETO 1848 DE 1969 – ARTÍCULO 2 / DECRETO 1848 DE 1969 – ARTÍCULO 75 / DECRETO 691 DE 1994 – ARTÍCULO 1 / DECRETO 691 DE 1994 – ARTÍCULO 2 / DECRETO 1068 DE 1995 – ARTÍCULO 2 / DECRETO 2337 DE 1996 – ARTÍCULO 2

## **RECUPERACIÓN SUMAS DE DINERO PAGADAS SIN JUSTO TÍTULO A PARTICULAR QUE LAS OBTUVO DE BUENA FE – Improcedencia / MALA FE – Carga de la prueba**

El literal c) del numeral 1º del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011 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 Decreto 01 de 1984 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 se ha 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.

**CONDENA EN COSTAS – Criterio objetivo valorativo / CUANTÍA EN LA CONDENA EN COSTAS – Determinación / ACCIÓN DE LESIVIDAD – No da lugar a la causación de costas procesales**

Esta Subsección en sentencia del 7 de abril de 2016, respecto de la condena en costas en vigencia del CPACA concluyó que la legislación varió del Código Contencioso Administrativo al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de un criterio subjetivo a uno objetivo valorativo. Objetivo, en cuanto prescribe que en toda sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, bien sea total o parcial o con abstención, según las reglas del Código General del Proceso; y valorativo, en cuanto se requiere que el juez revise si ellas se causaron y en la medida de su comprobación (como sucede con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad profesional realizada dentro del proceso), sin que en esa valoración se incluya la mala fe o temeridad de las partes. Asimismo, se definió que la cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de las partes, pues varía según sea la parte vencida el empleador o el trabajador (Acuerdo 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura) y la complejidad e intensidad de la participación procesal; que las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por estas, que la liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho) la hará el juez de primera o única instancia y que procede condenar en costas tanto en primera como en segunda instancia.

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la condena en costas, ver: C. de E., Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 7 de abril de 2016, radicación: 1291-14.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN SEGUNDA**

**SUBSECCIÓN A**

**Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS**

Bogotá, D.C., veinte (20) de noviembre de dos mil diecinueve (2019).

**Radicación número: 05001-23-33-000-2014-00067-01(4270-16)**

**Actor: UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA**

**Demandado: LUZ ELENA OSPINA LLANO**

**Referencia: nulidad y restablecimiento del derecho**

**Tema: Reconocimiento diferencia pensional**

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

---

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia del 30 de junio de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, por la cual se accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

## **1. Antecedentes**

### **1.1. La demanda**

#### **1.1.1. Pretensiones**

La Universidad de Antioquia, por conducto de apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en la modalidad de lesividad, solicitó declarar la nulidad de la Resolución 0195 de 20 de mayo de 2005 por la cual ordenó pagar en favor de la señora Luz Elena Ospina LLano «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 a partir del 20 de diciembre de 2004, hasta que el Instituto de Seguros Sociales lo reconozca de oficio o en virtud de una orden judicial».

A título de restablecimiento del derecho pidió que se ordene a la señora Luz Elena Ospina Llano, restituir a la universidad las sumas pagadas con ocasión de la expedición del acto acusado, esto es, entre el 20 de diciembre de 2004 y el 31 de octubre de 2013, las cuales ascienden a la suma de \$105.853.047; y, que se condene en costas y agencias en derecho a la parte demandada.

#### **1.1.2. Hechos**

**1.1.2.1.** La señora Luz Elena Ospina LLano se vinculó a la Universidad de Antioquia el 25 de septiembre de 1972, como empleado público en el cargo de docente de tiempo parcial.

**1.1.2.2.** A la entrada en vigencia del sistema general de pensiones para el nivel territorial, la Universidad de Antioquia procedió a efectuar la afiliación de todos sus empleados al Instituto de Seguros Sociales y a realizar los aportes correspondientes por los riesgos de invalidez, vejez y muerte, en virtud de lo establecido en el artículo 25 del Decreto 692 de 1994, según el cual, «si el empleado no manifestaba su voluntad de acogerse a uno de los dos regímenes establecidos por la Ley 100 de 1993, el empleador debía trasladar los aportes a la entidad administradora del sistema general de pensiones con la posibilidad de que el trabajador se trasladara posteriormente».

**1.1.2.3.** La Universidad de Antioquia sin efectuar deducción alguna, reconocía las pensiones de jubilación de sus empleados con base en todo lo devengado, pues el único referente legal que definía los factores que harían parte de la liquidación eran las Leyes 6.<sup>a</sup> de 1945, 4.<sup>a</sup> de 1966 y los Decretos 1743 de 1966 y 1848 de 1969, pues a partir de la vigencia de la Ley 33 de 1985, la liquidación de los empleados públicos se estableció en el equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios.

**1.1.2.4.** De conformidad con lo anterior y con lo establecido por el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la institución universitaria tenía la convicción de que todo aquel que fuera beneficiario del régimen de transición y que a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones le hiciera falta menos de diez años para adquirir la pensión de vejez, el ISS le debía reconocer la prestación con base en todo lo devengado, incluyendo las primas de navidad, de servicios, y de vacaciones, lo cual se entendía como una excepción a la regla general contenida en el artículo 33 de la citada ley, que establecía que las pensiones se liquidaban sobre los mismos factores que sirvieron de base para liquidar las cotizaciones.

En virtud de lo expuesto, efectuó cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales por todo su personal teniendo en cuenta los factores constitutivos de salario, los cuales fueron devueltos por esta entidad por lo que fue necesario que « la universidad luego de intentar conciliar dicha diferencia de manera verbal y sin

llegar a un acuerdo respecto del recibo de tales aportes, procediera a formalizar la solicitud con el fin de que el ISS reconociera la pensión a los docentes y empleados de la universidad que están en transición y que al momento de entrar en vigencia el sistema general de pensiones les faltara menos de 10 años para adquirir el derecho, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados», petición que fue negada por el ISS el 25 de febrero de 2002.

**1.1.2.5.** El Instituto de Seguros Sociales sustentó la negativa en que la inclusión de los factores salariales en el ingreso base de liquidación de los servidores públicos sólo depende de lo previsto por el artículo 1.º del Decreto 1158 de 1994, normatividad que no ordena la inclusión de los factores correspondientes a las primas de servicios, de navidad y de vacaciones en la conformación de la base prestacional.

**1.1.2.6.** Con ocasión de la respuesta anterior, la universidad expidió la Resolución Rectorial 12094 de 4 de mayo de 1999 la cual dispuso en sus artículos 1 y 3 «subrogarse en la parte de la obligación que tiene y no reconoce el ISS con los servidores de la universidad en el régimen de transición y que al momento de entrar en vigencia el sistema les faltaba menos de diez años para adquirir su derecho, de liquidarles sus pensiones según el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, conforme al inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, hasta que el ISS bien *motu proprio* o por orden judicial la asuma».

**1.1.2.7.** El Instituto de Seguros Sociales le reconoció la pensión de vejez a la demandada mediante la Resolución 00546 de 17 de enero de 2005, en cuantía mensual de \$3.101.552, a partir del 20 de diciembre de 2004, sin tener en cuenta en su liquidación las primas de navidad, de servicios y de vacaciones.

**1.1.2.8.** Con fundamento en lo dispuesto en el acto administrativo 12094 de 1999, la universidad expidió la Resolución 0195 de 20 de mayo de 2005 por la cual ordenó pagarle a la señora Ospina Llano el valor que resulte de la aplicación del ingreso base de liquidación que consagra el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, a partir del 20 de diciembre de 2004, por la suma de \$675.302 mensuales, hasta que el seguro social decida reconocerlo.

**1.1.2.9.** La aludida resolución 12094 de 1999 fue derogada por la 35823 de 17 de octubre de 2012, y fue objeto de demanda por parte de la Asociación de profesores jubilados de la universidad cuyas pretensiones fueron negadas por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 17 de octubre de 2013.

**1.1.2.10.** Mediante oficio de 10 de octubre de 2013, la demandada fue requerida por la universidad a fin de que solicitara a Colpensiones la extensión de la jurisprudencia y le fuera aplicada la sentencia de Unificación del Consejo de Estado, para que la Administradora Colombiana de Pensiones, continuara efectuando dicho pago, llamado que no respondió.

### **1.1.3. Normas violadas y concepto de violación**

Citó como normas vulneradas los artículos 48 de la Constitución Política; 10 de la Ley 4.<sup>a</sup> de 1992; 77 de la Ley 30 de 1992; 1.<sup>o</sup> del Decreto 1158 de 1994; 18 inciso 3.<sup>o</sup>, 228, 151 y 131 de la Ley 100 de 1993.

En el concepto de la violación precisó que a pesar de que la universidad interpretó en su momento que el inciso 3.<sup>o</sup> del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 diferenció los conceptos «devengado» y «cotizado», con la expedición del acto legislativo 01 de 2005 en concordancia con el Decreto 1158 de 1994, las pensiones habrán de liquidarse única y exclusivamente teniendo en cuenta lo cotizado, de donde resulta cuestionado el contenido de la Resolución 12094 de 4 de mayo de 1999.

Adujo que en el evento en que pudiera concretarse que pese a las posiciones jurisprudenciales referidas, los pensionados que se encuentran en el régimen de transición tienen derecho a que en el reconocimiento de la prestación le sean incluidas las primas de navidad, de servicios y vacaciones, se plantee el interrogante sobre quien es el responsable de dichas erogaciones.

Relató que en virtud de la obligación consagrada en la Ley 100 de 1993 «de que los empleadores afiliaran a su personal al sistema general de pensiones», la universidad ya no estaría obligada a responder por obligaciones prestacionales de los empleados, máxime si en el caso del actor no acreditaba, a 30 junio de 1995, los requisitos para obtener la pensión de jubilación.

Refirió que la Universidad de Antioquia no está obligada a cubrir la parte de la pensión que inicialmente se subrogó temporalmente y por ende se encuentra legitimado para demandar la Resolución administrativa 149 de 22 de abril de 2005.

## **1.2. Contestación a la demanda**

El apoderado de la señora Luz Elena Ospina LLano se opuso a las pretensiones de la demanda y expuso como excepciones las de legalidad del acto impugnado, buena fe, y prescripción<sup>1</sup>

Consideró que los fundamentos en que se apoyó el acto administrativo acusado, evidenciaron su conformidad con lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y con la jurisprudencia del Consejo de Estado, que han sido claros en reconocer el derecho que le asiste a los empleados públicos beneficiarios del citado régimen de transición a que la pensión de vejez se les liquide teniendo en cuenta el salario y los factores devengados en el último año de servicios.

Advirtió que la decisión de la universidad de asumir la cuota parte pensional no otorgada por el ISS, tuvo como fundamento un acto libre y voluntario, tal y como lo evidencian las actas del consejo académico y del Consejo Superior, que no evidencian una imposición de un tercero, pues por el contrario se atendió a lo dispuesto en los artículos 25 del Decreto 692 de 1994, 3 del Decreto 1642 de 1995 y 2337 de 1996.

## **1.3. La sentencia de primera instancia**

El Tribunal Administrativo de Antioquia mediante providencia del 30 de junio de 2016, declaró la nulidad de la Resolución 0195 de 20 de mayo de 2005 por medio de la cual la Universidad de Antioquia «asumió a su cargo, el valor que resulta de la aplicación del ingreso base de liquidación que consagra el inciso 3.º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y no reconoció el Instituto de Seguros Sociales a la señora Luz Elena Ospina Llano». Denegó las demás pretensiones de la demanda<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Folios 383 a 406

<sup>2</sup> Folios 703 a 709 vto

En primer lugar, aclaró que en el presente caso no es viable analizar el derecho que le asiste o no a la parte demandada de obtener la liquidación de su pensión con la totalidad de los factores devengados, pues quien reconoció la prestación fue el Instituto de Seguros Social, entidad que no hace parte del proceso.

En segundo lugar, efectuó un análisis del artículo 150 numeral 19 de la Constitución y de lo dispuesto en las Leyes 30 y 4.<sup>a</sup> de 1992, para arribar a la conclusión de que la Resolución 195 del 20 de mayo de 2005 carece de soporte legal, pues trasgrede las competencias fijadas por la Constitución y la ley en materia pensional respecto de las cuales corresponde al Congreso de la República y al Gobierno Nacional la regulación del régimen prestacional de los empleados públicos.

En efecto, precisó que el acto administrativo acusado fue expedido con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, fecha a partir de la cual las universidades, y en general los empleadores, perdieron la competencia para los reconocimientos prestacionales que venían efectuando, pues la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES fue la que asumió tales contingencias.

En relación con la pretensión de reintegro de las sumas pagadas en exceso, señaló que no fue desvirtuada la mala fe de la parte accionada, pues el acto acusado fue expedido por la Universidad de Antioquia de manera libre y voluntaria, según el cual reconoció unas prestaciones sociales a pesar de la existencia de normas constitucionales y legales contrarias que regulaban tal situación y bajo ese entendido, no hay lugar a que lo pagado sea retornado por la demandada.

## **1.4. El recurso de apelación**

### **1.4.1. Universidad de Antioquia**

La Universidad de Antioquia, actuando por intermedio de apoderado, interpuso recurso de apelación que sustentó con los siguientes planteamientos<sup>3</sup>:

---

<sup>3</sup> Folios 726 a 729



Señaló a pesar de que puede presumirse la buena fe al momento de la expedición del acto acusado, debe destacarse tal decisión le fue notificada personalmente a la demandada haciendo la advertencia que el pago allí ordenado era temporal y que a ella le correspondía iniciar las acciones contra la administradora de pensiones a fin de que la entidad incluyera en la liquidación de la pensión las primas de servicios, de navidad y de vacaciones.

Advirtió que la universidad ha desplegado múltiples acciones administrativas y judiciales con el fin de que el ISS, hoy Colpensiones reliquide las pensiones de vejez de su ex servidores de régimen de transición, a quienes a la entrada en vigencia del sistema les hiciera falta menos de 10 años para adquirir el derecho y con la inclusión de todos los factores devengados, los cuales han sido infructuosas dada la reiterada negativa de dicha administradora de acceder a la solicitud.

#### **1.4.2. Parte demandada**

La señora Luz Elena Ospina Llano, por conducto de apoderado, solicitó se revoque el fallo, luego de precisar 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 cuestionado 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 que la derogatoria de la Resolución 12094 de 1999 no era un argumento idóneo para sostener que no era necesario demandarla, 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, 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 el acto acusado.

Sostuvo que como beneficiaria 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.

Por último, 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.

### **1.5. Alegatos de conclusión**

La entidad demandante reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación<sup>4</sup>. La parte demandada guardó silencio en esta etapa procesal.

### **1.6. Concepto del Ministerio Público**

La Procuraduría Tercera Delegada ante el Consejo de Estado, rindió concepto en el que solicitó confirmar la sentencia de primera instancia. Dijo, en síntesis, lo siguiente<sup>5</sup>:

---

<sup>4</sup> Folios 746 a 751

<sup>55</sup> Folios 752 a 759

Señaló que no es dable controvertir los derechos pensionales de la accionada puesto que el análisis de que debe centrarse en esta Litis es sobre la legalidad del acto por el cual la universidad se subrogó en un pago por mera liberalidad y en ejercicio de su autonomía administrativa e institucional.

Advirtió que 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 de la demandada, 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 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.

## **2. Consideraciones**

### **2.1. Problema jurídico**

De conformidad con los argumentos expuestos en el recurso de apelación, el problema jurídico se circunscribe a determinar lo siguiente:

- i) ¿La Universidad de Antioquia carecía de competencia para reconocer en favor del demandado la diferencia por los factores no incorporados por el ente previsional al determinar el IBL pensional respectivo?.
- ii) ¿Es procedente el reintegro de las sumas a las que se subrogó la Universidad de Antioquia en favor de la señora Luz Elena Ospina Llano?.

Con el fin de resolver los problemas jurídicos planteados, se abordará el estudio bajo el siguiente derrotero:

#### **2.1.1. Competencia para fijar el régimen prestacional de los empleados públicos de las universidades estatales.**

La Constitución Política de 1886 consagró en el artículo 62 la competencia del legislador para fijar, entre otros asuntos, las condiciones de jubilación en todos los órdenes y la clase de servicios que darían derecho a la pensión del Tesoro Público, en los siguientes términos:

**Artículo 62.-** La ley determinará los casos particulares de incompatibilidad de funciones; los de responsabilidad de los funcionarios y modo de hacerla efectiva; las calidades y antecedentes necesarios para el desempeño de ciertos empleos, en los casos no previstos por la Constitución; las condiciones de ascenso y de jubilación; y la serie o clase de servicios civiles o militares que dan derecho a pensión del Tesoro público».

Con ocasión de la reforma constitucional consignada en el Acto Legislativo 01 de 11 de diciembre de 1968, la competencia para fijar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos del orden nacional y el régimen prestacional de los empleados públicos se radicó exclusivamente en el Congreso de la República, tal como quedó establecido en el numeral 9 del artículo 76 de la Carta así:

9. Determinar la estructura de la administración nacional mediante la creación de Ministerios, Departamentos Administrativos y Establecimientos Públicos, y fijar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, así como el régimen de sus prestaciones sociales.

Por su parte, el numeral 2.1 del artículo 120 *ibidem*, autorizó al presidente de la República para fijar la asignación salarial de los empleos del orden nacional central, dentro de las escalas de remuneración fijadas por el Congreso de la República de conformidad con el numeral 9 del artículo 76 previamente transcrito.

Con la expedición de la Constitución Política de 1991, le corresponde al Congreso mediante la expedición de leyes marco, señalar las normas generales, objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el gobierno nacional para fijar el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos y el régimen de los trabajadores oficiales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 150, numeral 19 literales e) y f). Igualmente, el artículo 48 *ibidem* dispuso que la seguridad social, a la cual pertenece la materia pensional, es un servicio público que se presta con sujeción a los principios allí enunciados, en los términos que establezca la ley.

En desarrollo de lo anterior, fue expedida la Ley 4.<sup>a</sup> 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». La citada disposición en sus artículos 1 y 10 señaló lo siguiente:

ARTÍCULO 1o. El Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta Ley, fijará el régimen salarial y prestacional de:

a) Los empleados públicos de la Rama Ejecutiva Nacional, cualquiera que sea su sector, denominación o régimen jurídico;

(...)

ARTÍCULO 2o. Para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores enumerados en el artículo anterior, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta los siguientes objetivos y criterios:

a) El respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. En ningún caso se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales;

b) El respeto a la carrera administrativa y la ampliación de su cobertura;

c) La concertación como factor de mejoramiento de la prestación de los servicios por parte del Estado y de las condiciones de trabajo;

(...).

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.

Así pues, la Ley 30 de 1992 por la cual se organiza el servicio público de la educación superior, en el artículo 77 dispuso: «El régimen salarial y prestacional de los profesores de las universidades estatales u oficiales se regirá por la Ley 4<sup>a</sup> de 1992, los decretos reglamentarios y las demás normas que la adicionan y complementan».

Ahora bien, con base en las facultades otorgadas por la ley 4<sup>a</sup> de 1992, se expedieron los Decretos 1444 de 1992 y 055 de 1994, el primero de ellos contiene disposiciones en materia salarial y prestacional que rigen a los docentes vinculados a las universidades públicas de orden nacional, y el segundo, a los vinculados a universidades públicas del orden territorial.

Debe anotarse que el Gobierno Nacional es el competente para establecer el régimen prestacional aplicable al personal administrativo que labora en dichas

entidades, tal y como lo analizó la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación con el siguiente razonamiento:

Dado que las personas que prestan sus servicios tanto en el área docente como administrativa de las universidades del Estado son servidores públicos, que el presupuesto de estas entidades proviene casi en su totalidad del Estado, que por expresa disposición legal corresponde al Gobierno Nacional regular el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos y que la ley 30 de 1992 consagró en el artículo 77 que el régimen salarial y prestacional de los profesores de las universidades estatales se regirá por la ley 4ª de 1992 y demás normas complementarias, la Sala considera que compete al Presidente de la República fijar el régimen salarial y prestacional del personal docente y administrativo de las universidades oficiales.<sup>6</sup>

De ahí se concluye, que ni a la luz de la Constitución de 1886 ni a partir de la Carta de 1991, las entidades territoriales o las universidades públicas pueden expedir actos de reconocimiento pensional con fundamento en Acuerdos internos o extralegales, pues no tenían facultades para ello.

### **2.1.2. Régimen pensional de los empleados públicos de los Entes Universitarios:**

De conformidad con lo establecido en el Decreto 1848 de 1969, la pensión de jubilación fue reconocida a los empleados oficiales «que hubieren prestado sus servicios durante veinte (20) años, continua o discontinuamente, en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos, unidades administrativas especiales, empresas industriales o comerciales de tipo oficial y sociedades de economía mixta, definidos en los artículos 5, 6 y 8 del Decreto Legislativo 1050 de 1968».

La anterior disposición en su artículo 75 estableció que la pensión de jubilación correspondiente se reconocerá y pagara 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». En su artículo 2 señaló:

---

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, providencia del 15 de abril de 1998, Radicación: 1076, C.P.: Augusto Trejos Jaramillo.

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.

Conforme a lo expuesto, 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 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, disposición que en sus artículos 5, 11 y 15 ordenó su aplicación a todas las personas del territorio nacional y reguló la obligatoriedad de su afiliación a quienes se encuentren vinculados mediante contrato de trabajo o como servidores públicos salvo las excepciones previstas en la Ley.

Luego, el presidente de la República, en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política expidió el Decreto 691 de 1994 «Por el cual se incorporan los servidores públicos al sistema general de pensiones y se dictan otras disposiciones» cuyos artículos 1 y 2 establecieron lo siguiente:

**Artículo 1.** Incorporación de servidores públicos. Incorporase al sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 a los siguientes servidores públicos:

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.

**PARÁGRAFO.** —La incorporación de los servidores públicos de que trata el presente decreto se efectuará sin perjuicio de lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 28 del Decreto 104 de 1994, Decreto 314 de 1994 y Decreto 1359 de 1993 y las normas que los modifiquen y adicionen.

**Artículo 2**—Vigencia del sistema general de pensiones para los servidores públicos. El sistema general de pensiones contenido en la Ley 100 de 1993, comenzará a regir para los servidores públicos del orden nacional incorporados mediante el artículo 1º de este decreto, el 1º de abril de 1994.

El sistema general de pensiones para los servidores públicos departamentales, municipales y distritales, y de sus entidades descentralizadas, entrará a regir a más tardar el 30 de junio de 1995, en la fecha en que así lo determine el respectivo gobernador o alcalde. La entrada en vigencia podrá hacerse de manera gradual para determinados servidores públicos teniendo en cuenta, entre otros factores, la capacidad económica del organismo o entidad territorial y las proyecciones actuariales.

Por su parte, el Decreto 692 del 29 de marzo de 1994<sup>7</sup> 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 que «es 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».

Ahora bien, con la expedición del Decreto 1068 de 1995, «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» se 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 solidaridad<sup>8</sup>. A su turno, el artículo 2 *ibídem*, precisó que en el nivel territorial la afiliación a cualquiera de los dos regímenes mencionados debía hacerse a más tardar el 30 de junio de 1995. Señaló la referida norma lo que sigue:

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 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.

---

<sup>7</sup> Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993.

<sup>8</sup> 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.



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 1996<sup>9</sup>, disposición que en su parágrafo 1º del artículo 2.º, señaló lo siguiente:

**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 señora Antonio Puerta Zapata debían estar afiliados para el día 30 de junio de 1995, al Sistema General de Pensiones, como quiera que ella 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.

La anterior tesis jurisprudencial ha sido reiterada por esta sección en las sentencias del 21 y 27 de abril de 2017, dictadas dentro de los procesos con radicados (0804-2016) y (2366-2016) con ponencia de la consejera de Estado Sandra Lisset Ibarra Vélez.

## 2.2. Del caso concreto.

---

<sup>9</sup> «Por el cual se reglamenta el artículo 131 y el 283 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto-ley 1299 de 1994».

-Dentro del expediente se encuentra acreditado que a través de la Resolución 12094 de 14 de mayo de 1999, el rector de la Universidad de Antioquia, en uso de las facultades consagradas en los literales b) y h) del artículo 42 del Estatuto general, dispuso en su artículo primero lo siguiente:

Subrogarse en la parte de la obligación que tiene y no reconoce el Instituto de Seguros Sociales con los servidores de la Universidad en régimen de transición, y que al momento de entrar en vigencia el sistema les faltaba menos de diez años para adquirir su derecho, de liquidarles sus pensiones según el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, conforme al inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, hasta que el Instituto de Seguros Sociales, bien motu proprio, o por orden judicial, asuma la misma.

-Por medio de la Resolución 16628 de 25 de junio de 1999 el vicerrector administrativo de la Universidad de Antioquia reglamentó la Resolución rectoral 12094 con el fin de precisar que los destinatarios «son los jubilados, los empleados públicos docentes, y los empleados no docentes que se encuentren en el régimen de transición, y que al momento de entrar en vigencia el sistema les faltaba menos de diez años para adquirir su derecho, y cuya pensión es reconocida, liquidada y pagada por el Instituto de Seguros Sociales, sin tener en cuenta lo devengado por el servidor, conforme lo ordena el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993». De igual manera estableció el monto, los requisitos, la duración y el pago de lo reconocido en el mentado acto administrativo.

-A través de la Resolución 00546 de 17 de enero de 2005 el Instituto de Seguros Sociales reconoció a favor de la señora Luz Elena Ospino Llano la pensión de jubilación en los siguientes términos<sup>10</sup>:

Que para resolver la solicitud de prestación económica se realizó el estudio del expediente administrativo de acuerdo con lo cual se hacen las siguientes consideraciones:

Que según obra constancia en el certificado de nacimiento aportado por la asegurada OSPINA LLANO nació el 4 de mayo de 1949 es decir, que a la fecha acredita más de 55 años, edad mínima exigida para la pensión de vejez por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

Que según las pruebas obrantes en el expediente, específicamente los certificados laborales de las entidades públicas, se establece que la asegurada ha laborado como servidor público remunerado durante los periodos indicados a continuación:

---

<sup>10</sup> Folios 52 a 55

ENTIDAD	PERIODO DESDE-HASTA	DIAS	INTERRUPCIONES DIAS	SIMULTANEOS DIAS	TOTAL
U DE A	12/07/76 A 04/05/77 06/05/77 A 30/06/95	293	88	25	180
		6538	0	0	8638

TOTAL DIAS SECTOR PÚBLICO SIN COTIZACIÓN AL ISS	6.712
TOTAL SEMANAS SECTOR PÚBLICO SIN COTIZACIÓN AL ISS	969.43

A partir del 30 de junio de 1995 se inició la vigencia del sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993 en la Universidad de Antioquia, por consiguiente, a partir del 1 de julio de 1995 la mencionada señora fue afiliada al ISS por el citado empleador, periodo que se contabilizó como semanas al ISS

Que el tiempo laborado en el sector público sin cotización al ISS genera la obligación a cargo de las entidades públicas empleadoras o de la respectiva caja donde estuvo afiliado el trabajador, de emitir Bono pensional tipo B a favor del ISS para convalidar ese tiempo y poder tomarlo en cuenta al momento de definir la prestación a cargo del Instituto.

Que a la fecha ya se encuentra emitido y pagado el bono pensional causado por la asegurada OSPINA LLANO según oficio VPBP -2004-14330 proferido por la vicepresidencia de pensiones – oficina de bonos pensionales, en virtud de lo cual se procedió a validar el tiempo acreditado como servidor público sin cotizaciones al ISS.

Que según el reporte de semanas proferido por el Departamento de Historia laboral y nómina de pensionados del ISS se establece que la asegurada ha cotizado al ISS a través de distintas empresas un total de 4.280 días que equivalen a 1.567 semanas.

De lo que se deriva que la asegurada ajusta el tiempo requerido para la pensión de vejez por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

Que la pensión se reconoce y paga a partir de la fecha de retiro del servicio o de la fecha de cumplimiento de los requisitos mínimos, la última de las dos, según lo dispuesto por el artículo 8 de la Ley 71 de 1988 y los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, disposiciones aplicables por expresa remisión que hace el artículo 31 de la Ley 100 de 1993.

Que según obra constancia en la historia laboral del expediente del asegurado en el ISS, su retiro de la entidad pública operó a partir del 20 de diciembre de 2004, fecha para la cual ya acreditaba las cotizaciones mínimas exigidas para la pensión, en consecuencia es procedente el reconocimiento de ésta a partir de dicha fecha.

Que para liquidar la pensión se tiene en cuenta el promedio de lo devengado o cotizado durante los últimos 10 años hasta la fecha de causación, actualizado con el índice de precios al consumidor (IPC) al cual se le aplica el porcentaje que le corresponde según el número de semanas cotizadas conforme a lo dispuesto en los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993.

Que efectuada la liquidación de la prestación con base en un total de 1567 semanas cotizadas que fijan un monto porcentual del 80% y un ingreso base de liquidación de \$3.872.583, se estableció la cuantía de la prestación en la suma de \$3.101.552 a partir del 20 de diciembre de 2004, más los reajustes de ley para los siguientes años.

Que en mérito de lo expuesto,

**RESUELVE**

**ARTÍCULO PRIMERO:** Conceder PENSION DE VEJEZ a la asegurada LUZ ELENA OSPINA LLANO identificada con la cédula de ciudadanía 32.451.735 [...] en cuantía mensual de \$3.101.552 a partir del 20 de diciembre de 2004, más los reajustes de ley para los siguientes años,

Por lo tanto se adeuda por concepto de retroactivo hasta el 31 de diciembre de 2004, la suma de \$1.000.768 descontando los aportes por los servicios de salud.[...]

- La Universidad de Antioquia mediante la Resolución 0195 de 20 de mayo de 2005<sup>11</sup> ordenó pagarle 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 1999. Así discurrió:

El Vicerrector administrativo de la Universidad de Antioquia en uso de la facultad delegada por la Resolución Rectoral 0746A de 1981 con apoyo en lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y en la Resolución Rectoral 12094 de 4 de mayo de 1999 y

**CONSIDERANDO**

1. Que el instituto de Seguros Sociales mediante Resolución 00546 de 17 de enero de 2005 concedió pensión de vejez a la señora LUZ ELENA OSPINA LLANO identificada con la cédula de ciudadanía 32.451.735 a partir del 20 de diciembre de 2004 y por la suma mensual de \$3.101.552.

2. Que la pensionada es beneficiaria del régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y al momento de entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones en la Universidad de Antioquia, esto es, el 30 de junio de 1995, le faltaba menos de 10 años para adquirir su derecho.

3. Que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establece un ingreso base de liquidación especial para las personas que son beneficiarias del régimen de transición y que al momento de entrar en vigencia el sistema les faltaba menos de 10 años para adquirir el derecho, de liquidar la pensión con base en el promedio de lo devengado durante el tiempo que le hiciera falta para ello.

4. Que el Instituto de Seguros Sociales no ha aplicado debidamente el ingreso base de liquidación expresada en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

5. Que por medio de la Resolución Rectoral 12094 de 1999 la Universidad resolvió subrogarse en la parte de la obligación que tiene y no reconoce el Instituto de Seguros Sociales con los servidores de la Universidad en el régimen de transición, que al momento de entrar en vigencia el Sistema les faltaba menos de 10 años para adquirir su derecho, de liquidarle sus pensiones según el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciera falta para ello.

6. Que la liquidación conforme a lo señalado anteriormente, tomando en cuenta lo devengado por el empleado entre el 26 de julio de 1995 y el 30 de mayo de 2004 incluyendo las primas de navidad, prima vacacional y prima semestral, que constituyen factor salarial, queda de la siguiente manera:

CONCEPTO	VALOR
Ibl de las primas	900.402
Valor del 75%	675.302
Valor subrogado	675.302

7. Que la liquidación que resulta de la aplicación del Ingreso base de liquidación que consagra el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es de \$675.302 mensuales a partir del 20 de diciembre de 2004.

8. Que la Resolución rectoral 12094 de 4 de mayo de 1999 establece en su artículo primero que la universidad se subroga en la obligación del seguro social, hasta que dicho instituto asuma la misma a motu propio o por orden judicial, lo cual únicamente puede obtenerse agotando los recursos de la vía gubernativa y entablando la correspondiente demanda.

<sup>11</sup> Folios 48 a 50

9. Que dado lo anterior, se ordena el pago señalado en el considerando de la presente resolución a favor de la señora LUZ ELENA OSPINA LLANO condicionado a que después de agotada la vía gubernativa ante el seguro social o configurado el silencio administrativo, en un término no superior a dos meses, allegue a la universidad constancia de haber presentado demanda contra el seguro social y copia auténtica del auto admisorio de la misma, continuando con el proceso hasta el fallo judicial, de lo contrario, la universidad procederá a suspender de pleno derecho el pago sin que sea necesario emitir un nuevo acto administrativo.[...]

Que en mérito de lo expuesto, se

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: Pagar temporalmente el valor que resulta 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 a la señora LUZ ELENA OSPINA LLANO identificada con la cédula de ciudadanía 32.451.735, a partir del 20 de diciembre de 2004, por valor de SEISCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS DOS PESOS y a partir del 1 de enero de 2005 un valor de SETECIENTOS DOCE MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y TRES PESOS, hasta que seguro social lo reconozca bien motu proprio o por orden judicial [...]

-A folios 56 a 57 obra certificación expedida por la coordinadora de Desarrollo de Talento Humano de la Universidad de Antioquia en la que hizo constar los valores que la demandada percibió por concepto de subrogación pensional dentro del periodo comprendido entre junio de 2004 y diciembre de 2013.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2 del parágrafo 2° del Decreto 1068 de 1995, es claro que 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 ello así, se tiene que para el caso de la accionada, no era la Universidad de Antioquia la autoridad competente para pronunciarse acerca 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 y administradora de las cotizaciones realizadas por la señora Ospina Llano, la de asumir dicho reconocimiento.

Así las cosas, conforme al análisis realizado por la Sala, se concluye que es ilegal la decisión contenida dentro del acto enjuiciado, máxime si se tiene en cuenta que fue expedido con fundamento en la Resolución rectoral 12094 de 4 de mayo de

1999, la que a pesar de no haber sido anulada por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, es claramente inconstitucional.

En efecto, como se señaló en líneas anteriores, la función de establecer el régimen prestacional de los servidores públicos solo está reservado al Congreso de la República y al gobierno nacional –este último bajo los lineamientos del legislador- por lo que el ente universitario carecía de atribución para asumir una obligación de carácter pensional, sin que mediara norma expedida por la autoridad competente frente a la materia.

En un asunto de similares contornos, esta corporación en la sentencia del 22 de octubre de 2018, expediente 1074-15 consejero Ponente: Carmelo Perdomo Cuete, señaló lo siguiente:

La Resolución rectoral 12094 de 4 de mayo de 1999 de la Universidad de Antioquia resulta a todas luces inconstitucional, al haberla expedido en desconocimiento de las claras competencias que la Constitución atribuye al Congreso de la República y al Gobierno nacional en materia de prestaciones sociales de los servidores estatales del orden territorial, como es el tema pensional de los docentes oficiales de tal ente universitario de carácter público, razón por la cual al haber servido como fundamento de la resolución aquí demandada, por encima de lo dispuesto en la Carta Política resulta procedente su inaplicación.

De acuerdo a lo expuesto, se confirmará la declaratoria de nulidad de la resolución acusada, toda vez que la Universidad de Antioquia carecía de competencia para su expedición.

Agotado lo anterior, se analizará la pretensión de restablecimiento del derecho invocado por la entidad demandante.

Sobre el particular, es preciso indicar que 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 1.º del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011<sup>12</sup> 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 Decreto 01 de 1984<sup>13</sup> 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 se ha 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.

### **3. De la condena en costas**

Esta Subsección en sentencia del 7 de abril de 2016<sup>14</sup>, respecto de la condena en costas en vigencia del CPACA, concluyó que la legislación varió del Código Contencioso Administrativo al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de un criterio subjetivo a uno objetivo valorativo.

Objetivo, en cuanto prescribe que en toda sentencia se dispondrá sobre la

---

<sup>12</sup> CPACA.

<sup>13</sup> CCA

<sup>14</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Radicado 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014), actor: José Francisco Guerrero Bardi, Consejero Ponente: William Hernández Gómez.

condena en costas, bien sea total o parcial o con abstención, según las reglas del Código General del Proceso; y valorativo, en cuanto se requiere que el juez revise si ellas se causaron y en la medida de su comprobación (como sucede con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad profesional realizada dentro del proceso), sin que en esa valoración se incluya la mala fe o temeridad de las partes.

Asimismo, se definió que la cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de las partes, pues varía según sea la parte vencida el empleador o el trabajador (Acuerdo 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura) y la complejidad e intensidad de la participación procesal; que las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por estas, que la liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho) la hará el juez de primera o única instancia y que procede condenar en costas tanto en primera como en segunda instancia.

No obstante, cuando es la entidad pública la que demanda su propio acto en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en la modalidad de lesividad, esta corporación, en armonía con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, definió la siguiente regla en materia de costas<sup>15</sup>:

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 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.

Así las cosas, no es viable en estos casos condenar en costas en ninguna de las instancias, pues en este tipo de eventos en los cuales se ventilan intereses

---

<sup>15</sup> Sentencia de 21 de abril de 2016, Consejero ponente Luis Rafael Vergara Quintero, expediente: 3400-2013, Actor: Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal EICE en Liquidación, demandado: Ligia Eugenia Álvarez Ponce.



económicos, no es posible afirmar que el titular de la prestación sea la parte «vencida» en el litigio, aun cuando resulte afectado con la decisión<sup>16</sup>.

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: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 30 de junio de 2016, dentro del proceso promovido por la Universidad de Antioquia contra la señora Luz Elena Ospina Llano.

**SEGUNDO:** Sin condena en costas

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

### **COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**

**WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ**

**GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**

**RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS**

---

<sup>16</sup> No aplica cuando se haya demostrado mala fe en las actuaciones administrativas y judiciales del beneficiario de la prestación.

