



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN A
CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá, D.C., nueve (9) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado: 05001-23-33-000-2021-02114-01 (5356-2022)
Demandante: UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA
Demandado: ANTONIO EMERSON MONCADA ÁNGEL
Tema: RESUELVE APELACIÓN DE AUTO QUE DECRETA MEDIDA CAUTELAR. LEY 1437 DE 2011

RECURSO DE APELACIÓN

La Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado decide el recurso de apelación subsidiariamente interpuesto al de reposición por la parte demandada, «... contra el auto interlocutorio No. (sic) 85 de 2022, por medio del cual decreta medida cautelar de suspensión provisional de la Resolución Administrativa No. No. (sic) 055 del 26 de febrero de 2004...»; providencia proferida el 4 de mayo de 2022, por el Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia, Sala Unitaria de Oralidad.



I. ANTECEDENTES

1. Medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho¹

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la Universidad de Antioquia formuló las siguientes pretensiones:

«IV. PRETENSIONES

En virtud de lo anteriormente expuesto, solicito que se acceda a las siguientes declaraciones y condenas:

PRIMERO: DECLÁRASE la nulidad del acto administrativo consignado en la Resolución Administrativa 055 del 26 de febrero de 2004 de la UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA, en la que ordenó pagarle al señor ANTONIO EMERSON MONCADA ANGEL (SIC), 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.

¹ SAMAI, índice 2, Actuación: «EXPEDIENTE DIGITAL». Archivo: «01DEMANDA ANTONIO HEMERSON MONCADA ANGEL.pdf».



Radicado: 05001-23-33-000-2021-02114-01
Número Interno: 5356-2022
Demandante: Universidad de Antioquia

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior y a modo de restablecimiento del derecho de la entidad que represento, CONDÉNESE al señor ANTONIO EMERSON MONCADA ANGEL (SIC), identificado con la cédula de ciudadanía Nro. 6.239.203, a restituir a LA UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA, las sumas pagadas con base en la Resolución Administrativa 055 del 26 de febrero de 2004, desde el 28 de diciembre de 2001 hasta el 31 de octubre de 2021, que corresponde a \$243.572.124, más los valores que se generen con posterioridad y hasta que la sentencia se encuentre en firme.

TERCERO. Dispóngase que, de mediar oposición, se condene en costas al demandado.»

Entre los **hechos** que sustentan las anteriores pretensiones, el apoderado de la parte demandante relacionó los que a continuación se sintetizan:

- Antes de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, la Universidad de Antioquia, sin efectuar deducción alguna, reconocía las pensiones de sus empleados con base en todo lo devengado.
- Con la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, la Universidad de Antioquia afilió a todos sus empleados al Instituto de Seguros Sociales, por quienes realizó los aportes correspondientes a la mencionada entidad, en relación con los riesgos de invalidez, vejez y muerte. Así mismo, en virtud del Decreto 2337 de 1996, el ente universitario perdió competencia para continuar asumiendo el pago de las pensiones.
- De conformidad con el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y la sentencia del Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010, la Universidad de Antioquia tenía la firme convicción de que todo aquel que se encontrara en régimen de transición y que a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones le hiciera falta menos de diez (10) años para adquirir la pensión de vejez, el Seguro Social le debía reconocer la prestación económica con base en todo lo devengado, incluyendo las primas de navidad, servicios y vacaciones.
- El señor Antonio Emerson Moncada Ángel estuvo vinculado con la Universidad de Antioquia, y cumplidos los requisitos para acceder a la pensión de vejez, tramitó el reconocimiento con el Instituto de Seguros Sociales, entidad competente para dicho efecto, quien le reconoció la prestación económica de vejez, mediante Resolución 001212 del 6 de febrero de 2004. Sin embargo, posteriormente, a través de la Resolución 9385 del 2 de junio de 2004 se dejó sin efectos dicha resolución y dispuso conceder la prestación económica de vejez en cuantía mensual de





\$2.284.544 a partir del 28 de diciembre de 2001 sin tener en cuenta en su liquidación las primas de navidad, servicios y vacaciones.

- Ante el desconocimiento del Seguro Social de la inclusión en la liquidación de la pensión de vejez de las primas de navidad, servicios y vacaciones, la Universidad de Antioquia expidió la Resolución Rectoral 12094 del 4 de mayo de 1999, la cual fue reglamentada por la Resolución Administrativa 16628 de 1999 y, con sustento en ellas, el ente universitario emitió la Resolución Administrativa 055 del 26 de «octubre (sic)» de 2004, en la que ordenó:

«ARTÍCULO PRIMERO: 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 ANTONIO EMERSON MONCADA ANGEL identificado con cédula de ciudadanía 6.239.203, por valor de QUINIENTOS SEIS MIL QUINIENTOS CUARENTA PESOS (\$506.540) a partir del 28 de diciembre de 2001, a partir del 1° de enero de 2002 la suma de QUINIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS NOVENTA PESOS (\$545.290), a partir del 1° de enero de 2003 la Suma de QUINIENTOS OCHENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS SEIS PESOS (\$583.406) y a partir del 1° de enero de 2004 la suma de SEISCIENTOS VEINTIUN MIL DOSCIENTOS SESENTA Y NUEVE PESOS (\$621.269); hasta que el Seguro Social lo reconozca bien motu proprio o por orden judicial, valor que se incrementara (sic) anualmente según lo establecido en los Arts. 21 y 36 de la Ley 100.»



2. Solicitud de la medida cautelar²

La Universidad de Antioquia solicitó la suspensión provisional del acto administrativo demandado por cuanto viola en forma flagrante el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, modificado por el artículo 1.º, numeral 6.º, «el Acto Legislativo 01 de 1999 (sic)», la Ley 4ª de 1992, art. 10, la Ley 30 de 1992, artículos 18, inciso 3.º, y 228, el Decreto 1158 de 1994, artículo 1.º; al interpretar erróneamente el contenido del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Así mismo, los artículos 151 de la Ley 100 de 1993, concordado con el Decreto 1068 de 1995, artículo 5.º y el artículo 131 de la Ley 100 de 1993, concordado con el Decreto 2337 de 1996, que asignan la competencia para el reconocimiento de las pensiones, en el caso objeto de demanda, a la administradora de aquellas a la que se encontrara afiliado el empleado o trabajador.

² SAMAI, índice 2, Actuación: «EXPEDIENTE DIGITAL». Archivo: «01DEMANDA ANTONIO HEMERSON MONCADA ANGEL.pdf», páginas 19 a 28.



Para sustentar la solicitud en comento, el apoderado del ente demandante sostuvo lo siguiente:

- Al confrontarse el contenido de la Resolución Rectoral 12094 de 1999, es evidente su contradicción con el Acto Legislativo 01 de 2005, por el cual se adicionó el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia.
- La Universidad de Antioquia no estaba facultada por la ley para incluir como factor de cotización las primas de servicios, navidad y vacaciones por no estar expresamente contempladas como tales en la normatividad vigente.
- Es palmaria la discordancia que presenta la resolución administrativa demandada con normas de orden legal, tales como el artículo 10 de la Ley 4ª de 1992.
- La contradicción con el ordenamiento legal va más allá de la interpretación que se diera al inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues la Universidad de Antioquia, sin ser la entidad competente para el reconocimiento de la pensión, asumió temporalmente un pago que en el evento de considerarse que había lugar a efectuar, le correspondía a la administradora de pensiones y no al empleador, tal como lo dispuso en su momento el artículo 14 del Decreto 692 de 1994 y como lo reiteró el hoy vigente Decreto 1068 de 1995, en su artículo 5.º, pues en virtud del contenido del artículo 151 de la Ley 100 de 1993, era obligación de todo empleador efectuar la afiliación de su personal al Sistema General de Seguridad Social, a más tardar el 30 de junio de 1995, tratándose de entidades del orden departamental.
- Aunque la interpretación que en su momento le diera la Universidad al inciso 3.º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, procurara brindar protección y favorabilidad a sus exservidores públicos, es claro que ninguna obligación le asistía para asumir temporalmente dicho pago, motivo por el que no cabe duda de que el acto administrativo demandado contraviene abiertamente el ordenamiento jurídico.
- Ha sido tan reiterada la jurisprudencia de lo contencioso administrativo sobre la falta de competencia de la parte demandante para proferir los actos administrativos de contenido particular que se sustentaron en la Resolución Rectoral 12094 de 1999, que el vicio que se presenta es palpable, motivo por el que es necesario decretar la medida cautelar de suspensión provisional.





3. Pronunciamiento de la parte demandada³

El apoderado de la parte demandada adujo, en síntesis, lo siguiente:

- El artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005 no fue vulnerado, ni es admisible que se presente una inconstitucionalidad sobreviniente para la resolución administrativa atacada.
- El Acto Legislativo 01 de 2005 es posterior a la fecha de vigencia de la Resolución Administrativa atacada.
- A la Universidad de Antioquia, como empleadora, es a la que corresponde cumplir sus deberes frente a los empleados que le reclaman derechos, como lo ordena el artículo 22 de la Ley 100 de 1993.
- La Resolución Administrativa atacada no consagra un régimen salarial y prestacional en la Universidad de Antioquia.
- El Decreto 1158 de 1994, artículo 1°, señala taxativamente los factores salariales que se deben tener en cuenta para obtener el Ingreso Base de Liquidación. Esta relación de factores salariales no tiene aplicación ni es violada por la Resolución Administrativa atacada, porque corresponde acatar el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y no otra norma.
- «...el artículo 151 de la Ley 100 de 1993, se refiere a la vigencia del sistema general de pensiones, que empezó el 1° de abril de 1994, Y el Decreto 1068 de 1995, que tiene que ver con la vigencia del sistema general de pensiones en los niveles departamental, municipal y distrital, y el artículo 5, es relativo a los efectos de la afiliación, que tampoco se viola. Y en el caso de la Universidad de Antioquia, por ser entidad departamental, el sistema general de pensiones empezó el 1 de julio de 1995, como lo ordenó la norma pertinente.»
- La Ley 100 de 1993, artículo 131, en concordancia con el Decreto 2337 de 1996, artículo 4, «Se refiere al Fondo de Pensiones para el pago del pasivo pensional. Por tanto, la relación con el caso que nos convoca, se fundamenta en el posterior desarrollo de dicho Fondo, mediante el contrato interadministrativo de concurrencia celebrado en el año 2002,



³ SAMAI, índice 2, Actuación: «EXPEDIENTE DIGITAL», Archivo: «48RespTrasladoOposicionMedidaCautelar202102114.docx»



que establece la forma y el porcentaje de aportes que hacen la Nación, el Departamento de Antioquia y la Universidad de Antioquia para pagar el pasivo pensional, que como veremos más adelante, su trascendencia radica en que se tienen los recursos económicos para pagar la cuota parte de la pensión de vejez, correspondiente a las primas de servicio, navidad y vacaciones, porque el Instituto de Seguros Sociales, ISS y, actualmente, COLPESIONES (sic), violan la ley en dicha materia, como lo reconoce la misma Institución al formular la demanda en los HECHOS cuarto y quinto, al no incluir el ISS y COLPENSIONES, las primas para liquidar la pensión de vejez, a pesar de que sobre ellas, el trabajador cotizó.»

- El señor Antonio «Hemerson (sic)» Moncada Ángel cumple a plenitud los requisitos para ser titular y beneficiario del derecho de estar en el régimen de transición, establecido en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que es un derecho fundamental, adquirido, cierto, irrenunciable, indivisible e imprescriptible, el cual se mantiene incólume y protegido jurídicamente.
- La situación laboral, prestacional y pensional del profesor Antonio «Hemerson (sic)» Moncada Ángel, como lo dispone nuestra Constitución Política, se mantiene incólume, por tener un derecho fundamental adquirido y no una mera expectativa
- El contrato interadministrativo de concurrencia firmado por la universidad el 12 de julio de 2002 es trascendental para apreciar los deberes que ha cumplido la Universidad de Antioquia para el pago de la pensión de vejez completa, mediante la figura de la subrogación. A partir del citado contrato interadministrativo de concurrencia, la cuota parte pensional por las primas está a cargo del Fondo del pasivo pensional establecido en la Ley 100 de 1993.
- «...el pago de la cuota pensional, correspondiente a las primas de servicio, navidad y vacaciones, debe salir del dinero que está en el fondo para el pago del (sic) pensional, que ahora paga la Universidad de Antioquia, como subrogación, para que ésta, legalmente, desaparezca, e, (sic) igualmente, quede sin soporte legal alguno, la actual demanda de nulidad y restablecimiento del derecho.»
- En el eventual caso, al concederse la medida cautelar, se afecta un derecho fundamental.
- La Universidad de Antioquia nunca ha dicho ni tácita ni





Radicado: 05001-23-33-000-2021-02114-01
Número Interno: 5356-2022
Demandante: Universidad de Antioquia

expresamente, que es competente para el pago que hizo, porque si así fuere, el funcionario que adoptó la determinación que se cuestiona, tendría responsabilidad jurídica.

- Es requisito esencial un juicio de debida ponderación, específico, pertinente y necesario de intereses.
- No se probó cuál sería el perjuicio irremediable que se causaría o cuáles son los serios motivos para considerar que, de no otorgarse la medida cautelar, los efectos de la sentencia serían nugatorios para la parte demandante. En cambio, conceder la medida cautelar sí afecta gravemente a la parte demandada porque le están arrebatando parte de la esencia de su derecho fundamental a la seguridad social como es la pensión.

Finalmente, el apoderado de la parte demandada solicitó que, por tener hasta el momento una situación que puede tornarse bastante confusa, mientras no haya un examen de las normas invocadas en el proceso como violadas y de otros aspectos, no se acceda a la medida de suspensión provisional impetrada por la parte demandante.

Como petición subsidiaria, deprecó que, tal y como dicta el artículo 302 del CGP, la providencia que decreta la medida de suspensión provisional no rija de manera inmediata, sino que sus efectos, entren a regir luego de un plazo prudencial, que propone sea transcurridos seis meses contados a partir de la «notificación de la ejecutoria» del auto.

4. La providencia recurrida⁴

El Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia, Sala Unitaria de Oralidad, en la parte resolutive de la providencia del 4 de mayo de 2022, dispuso:

«RESUELVE

1. SE DECRETA LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL de la Resolución No. (sic) 055 del 26 de febrero de 2004 *“Por la cual se ordena un pago”* expedida por la **Universidad de Antioquia**, mediante la que se ordena pagarle al señor Antonio Emerson Moncada Ángel 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

⁴ SAMAI, índice 2, Actuación: «EXPEDIENTE DIGITAL». Archivo: «54AutoDecretoMedidaCautelar202102114.pdf»





Radicado: 05001-23-33-000-2021-02114-01
Número Interno: 5356-2022
Demandante: Universidad de Antioquia

del 28 de diciembre de 2001, con base en la aplicación de la Resolución Rectoral 12094 de 1999.

2. Como lo dispone el artículo 201 del CPACA infórmesele a las partes de este auto al correo electrónico.

3. No se ordenará prestar caución a la parte demandante porque se decretó como medida cautelar la suspensión provisional de los efectos de actos administrativos, además, la suspensión fue solicitada por una entidad pública. Lo anterior, teniendo en cuenta lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 232 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

4. Se reconoce personería al abogado **Azael de Jesús Carvajal Martínez** (...).»

El *a quo* indicó en su providencia, que:

«A partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se atribuyeron a los empleadores obligaciones como la de afiliar a todos sus servidores a este sistema, con ciertas excepciones determinadas en la norma.

El Gobierno Nacional expidió el Decreto 691 de 1994, a través del cual se incorporó al Sistema General de Pensiones establecido en la Ley 100 de 1993 a los funcionarios de la rama ejecutiva nacional, departamental, municipal o distrital, a los de sus entidades descentralizadas, a los servidores públicos del Congreso, de la Rama Judicial, del Ministerio Público, de la Fiscalía, de la Contraloría y a los de la Organización Electoral. De igual manera se estableció que para los servidores del orden nacional la vigencia del sistema general de pensiones comenzaría a regir el 1º de abril de 1994, y para los demás órdenes territoriales a partir del 30 de junio de 1995.

De otro lado, en el artículo 9º del Decreto 692 de 1994 se dispuso que las afiliaciones al Sistema General de Pensiones serían de carácter obligatorio para los servidores públicos incorporados al Sistema General de Pensiones.

Y en el artículo 5º 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 estableció que la entidad administradora de pensiones que hubiera recibido o le correspondiera recibir el monto de las cotizaciones sería la responsable del pago de las pensiones o prestaciones económicas a que hubiera lugar.

Teniendo en cuenta las normas citadas, la afiliación al Sistema General de Seguridad Social de los servidores públicos, trabajadores oficiales y personal docente de las Universidades Oficiales e Instituciones Oficiales de Educación Superior debía realizarse a más tardar al 30 de junio de 1995





Radicado: 05001-23-33-000-2021-02114-01
Número Interno: 5356-2022
Demandante: Universidad de Antioquia

y, el reconocimiento y pago de las pensiones y demás prestaciones económicas sería competencia de la entidad administradora de pensiones que haya recibido o le correspondiera recibir el monto de las cotizaciones del período en el cual ocurriera el siniestro o hecho que diera lugar al pago de la prestación correspondiente, que en el presente caso es el Instituto de Seguros Sociales.

En principio al parecer, la Universidad de Antioquia no tenía competencia para reconocer la diferencia que consideraba existía en lo dispuesto por el Instituto de Seguros Sociales y lo que debía reconocerse conforme al inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tal como lo hizo en las resoluciones que son objeto de control.

Como se dijo, después de la entrada en vigencia del Sistema General de Seguridad Social los entes universitarios de carácter oficial perdieron la competencia para el reconocimiento de pensiones de sus servidores y en razón de la vinculación de los mismos al sistema general de pensiones era la entidad administradora de pensiones que hubiera recibido o le correspondiera recibir el monto de las cotizaciones del período en el cual ocurriera el siniestro o hecho que diera lugar al pago de la prestación correspondiente, en este caso, al Instituto de Seguros Sociales, al que le correspondía pronunciarse al respecto.

Una vez proferido el acto administrativo por medio del cual el Instituto de Seguros Sociales reconoció la pensión de vejez a el (sic) señor Antonio Emerson Moncada Ángel, era esa entidad la competente para analizar si procedía o no la inclusión de las primas de navidad, vacaciones y servicios en la liquidación de la pensión de vejez o, en su defecto, era el Juez competente el que debía dirimir el conflicto.

Ahora, en virtud de la Ley 1437 de 2011 el Juez Contencioso Administrativo debe realizar un análisis interpretativo de las normas que se predicen violadas y de los actos acusados, así como de las pruebas aportadas al plenario para definir si procede la medida cautelar.

En este caso se advierte que al parecer se expidió el acto administrativo acusado sin competencia y desconociendo las normas Constitucionales y legales en que debía fundarse. La Universidad de Antioquia no tenía la facultad de realizar reconocimientos de carácter pensional ni de establecer el régimen de pensiones a través de actos administrativos.

El Consejo de Estado al respecto se ha pronunciado en varias providencias, en el proceso con radicado No. (sic) 05001 23 33 000 2019 00258 01, mediante auto del 12 de agosto de 2021, precisó:

“(…)”

Por último, se precisa que cualquier disposición que se tome en contravía de disposiciones constitucionales y legales no puede crear situaciones particulares amparables bajo la figura de los derechos adquiridos.





Radicado: 05001-23-33-000-2021-02114-01
Número Interno: 5356-2022
Demandante: Universidad de Antioquia

Teniendo en cuenta lo expuesto y que se puede producir una afectación al patrimonio público se decretará la medida cautelar solicitada.»

5. Recurso de reposición y en subsidio apelación presentado por la parte demandada⁵

El apoderado de la parte demandada presentó y sustentó «...el recurso de reposición, como principal, y el recurso de apelación, como subsidiario, contra el auto interlocutorio No. (sic) 85 de 2022, por medio del cual decreta medida cautelar de suspensión provisional de la Resolución Administrativa No. No. (sic) 055 del 26 de febrero de 2004...».

Para el efecto expuso, en síntesis, los siguientes argumentos:

- «...frente a la actual situación del profesor demandado, como ante los demás docentes también demandados, tanto la Universidad de Antioquia como el entonces Instituto de los Seguros, ISS, tenían una serie de obligaciones que el ISS ha incumplido permanentemente, como es no acatar el mandato del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, declarado constitucional por la C-168 de 1995, que es cosa juzgada constitucional, en el sentido de que la pensión de jubilación de quienes les faltaba menos de diez años para adquirir su derecho pensional, se liquidaba con el promedio de los (sic) DEVENGADO en el tiempo que les faltaba, teniendo como referencia el 1 de julio de 1995. Pero el Seguro Social no lo hizo así.»
- Falta mucho debate probatorio, ya que el verdadero problema jurídico es la colisión entre el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones del docente jubilado, y el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho planteado por la Universidad de Antioquia
- Falta el requisito fundamental **sine qua non**, lo que constituye una violación al derecho fundamental al debido proceso, que le quita toda la validez a la decisión que tomó el Tribunal. Se refiere al juicio de debida ponderación de intereses que permita llegar a la conclusión de que es más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.



⁵ SAMAI, índice 2, Actuación: «EXPEDIENTE DIGITAL». Archivo: «57RecursoReposicionParteDda202102114.docx»



- Se pregunta el recurrente: «¿qué dijo la Señora Magistrada, en qué términos hizo el análisis, cuáles son las conclusiones sobre la posible violación de normas superiores y cuáles son esas normas, si siempre se expresó en términos dubitativos? Igualmente, es procedente indagar, ¿qué dijo la Señora Magistrada sobre los argumentos y los razonamientos de la parte demandada, antes de tomar la decisión?». Refiere nuevamente el juicio de debida ponderación de intereses y afirma que se carece por completo de dicho análisis y que parece que la figura de la subrogación, «no fuera parte de todo nuestro derecho».
- «...la Universidad de Antioquia, nunca ha dictado norma alguna, ni la parte demandante lo ha probado, en el sentido de que ella haya dicho, tácita o expresamente, que después de la Ley 100 de 1993, tenía competencia para pagar la diferencia que existía entre lo reconocido por el Instituto de los Seguros Sociales y lo que debía reconocer conforme al inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 a las personas que trabajaron en dicha Institución y cumplieron los requisitos. Porque en caso de que así lo hubiera afirmado, como lo hemos expresado, el funcionario que lo hubiera dicho, habría incurrido, posiblemente, en los delitos de peculado y de abuso de funciones públicas. (...)»
- No hubo el examen de procedibilidad de la medida cautelar, que debió verificarse para apreciar la concurrencia de los elementos tradicionales que ameritan la imposición de la medida cautelar, como son: (i) *fumus boni iuris*, o apariencia de buen derecho, (ii) *periculum in mora*, o perjuicio de la mora, y, (iii) la ponderación de intereses.
- La magistrada, al decretar la suspensión provisional del acto atacado, debió hacer un análisis de la normatividad constitucional y legal presuntamente transgredida. Pero en este caso, aquel no existe. Faltó el juicio de debida ponderación específico, pertinente y necesario, que es también decir que no existe congruencia en todo el contenido del auto interlocutorio.
- El juez debe realizar un estudio cuidadoso, porque puede, como en este caso, al decretar la medida cautelar de suspensión, sin análisis, hacer un prejuizgamiento, conceder lo pedido en la demanda y anunciar el fallo, sin que exista una muy clara, expresa y fundamentada interpretación de la magistrada sobre las normas señaladas como violadas y que





Radicado: 05001-23-33-000-2021-02114-01
Número Interno: 5356-2022
Demandante: Universidad de Antioquia

también tienen relación con el posible detrimento patrimonial público, que escasamente menciona, pero ni explica por qué se puede producir, cuando el verdadero afectado patrimonialmente es el jubilado que tiene derecho a recibir su mesada pensional completa, y al suspenderle la subrogación, se le merman sus ingresos en un veinte por ciento.

- Es evidente que no se desató la colisión o choque entre el derecho fundamental a la seguridad en pensiones y el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, a pesar de que el primero goza de la protección especial y preferente que parte de la Constitución Política. Por tanto, en este caso, «se debe rectificar porque sí resulta más gravoso para la parte demandada, decretar la medida cautelar...».

6. El auto que resolvió el recurso de reposición⁶

Mediante auto del 14 de julio de 2022, el Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia, Sala Unitaria de Oralidad, resolvió:

«RESUELVE

1. **NO REPONER** el auto interlocutorio No. 85 del 4 de mayo de 2022 por las razones expuestas.
2. **SE CONCEDE** en el efecto devolutivo y ante el CONSEJO DE ESTADO el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra la (sic) providencia interlocutoria No. (sic) 85 del 4 de mayo de 2022 que decretó la medida cautelar de suspensión provisional de la Resolución No. (sic) 055 del 26 de febrero de 2004.
3. Por conducto de la secretaria del Tribunal, se deberá **REMITIR DE MANERA INMEDIATA** el expediente a la Alta Corporación.»



II. CONSIDERACIONES

Para resolver la solicitud antes expuesta, la Sala estima oportuno hacer las siguientes precisiones:

1. Competencia

Teniendo en cuenta que se trata de un recurso de apelación presentado contra el auto que decreta una medida cautelar, el cual fue proferido por un tribunal administrativo durante el trámite de la primera instancia, esta Corporación es competente para conocer

⁶ SAMAI, índice 2, Actuación: «EXPEDIENTE DIGITAL». Archivo: «59NoReponeConcedeApelacion202102114.pdf »



del mismo de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2. literal h) del artículo 125 del CPACA y el numeral 5 del artículo 243 de dicho código.

2. Problema jurídico

En el presente caso, el problema jurídico se contrae a establecer si era procedente o no decretar «...**LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL** de la Resolución No. (sic) 055 del 26 de febrero de 2004 *“Por la cual se ordena un pago”* expedida por la **Universidad de Antioquia...**»

3. La suspensión provisional de los actos administrativos: requisitos

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 238 de la Constitución Política «La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial».

Los requisitos a que hace referencia la norma en comento son los consagrados en el artículo 231 del CPACA, así:

«Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos. [...]»

De lo anterior se colige con meridiana claridad que, tratándose de la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo, el solicitante tendrá la carga procesal de sustentar razonadamente en qué consiste la violación de las normas superiores que genera o generó el acto acusado, para que sea a partir de esa sustentación, en conjunto con el análisis de las pruebas allegadas con la respectiva solicitud (si es del caso), que el operador judicial realice la valoración inicial (o primigenia) de legalidad del acto y determine si existe mérito o no para el decreto de dicha cautela⁷.

⁷ Sobre el particular, véase: Consejo de Estado. Sala Plena. Sentencia del 17 de marzo de 2015. Rad. 11001-03-15-000-2014-03799-00 (IJ).





Aunado a ello, la norma igualmente señala que en aquellos eventos en los que se pretenda el restablecimiento de derechos y la indemnización de perjuicios, quien solicita la cautela deberá probar la existencia de los mismos, siquiera de forma sumaria.

No sobra anotar que si bien es cierto el artículo en cita (231 CPACA) consagra otros requisitos para el decreto de medidas cautelares, aquellos solo serán exigibles, como cargas al solicitante, cuando la cautela que se deprecia sea diferente de la suspensión provisional del acto.

4. Caso en concreto

4.1. De los argumentos de apelación formulados por el apoderado de la parte demandada

Para efectos metodológicos, y por guardar relación entre sí, la Sala analizará los argumentos de inconformidad planteados por el apelante, en conjunto, y en el siguiente orden:

4.1.1. De los argumentos de inconformidad expuestos por el apoderado de la parte demandada con relación a que: «...frente a la actual situación del profesor demandado, como ante los demás docentes también demandados, tanto la Universidad de Antioquia como el entonces Instituto de los Seguros, ISS, tenían una serie de obligaciones que el ISS ha incumplido permanentemente, como es no acatar el mandato del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, declarado constitucional por la C-168 de 1995, que es cosa juzgada constitucional, en el sentido de que la pensión de jubilación de quienes les faltaba menos de diez años para adquirir su derecho pensional, se liquidaba con el promedio de los (sic) DEVENGADO en el tiempo que les faltaba, teniendo como referencia el 1 de julio de 1995. Pero el Seguro Social no lo hizo así.»



Al respecto, la Sala considera preciso poner de presente que el ente demandante deprecó la suspensión provisional del acto administrativo demandado, es decir, de la **Resolución Administrativa 055 del 26 de febrero de 2004**.

En las condiciones descritas, el análisis primigenio de legalidad a efectuar para resolver sobre la medida cautelar solicitada, solamente puede versar sobre la manifestación de voluntad de la administración (y de manera específica, de la Universidad de Antioquia) consignada en dicha resolución, por lo tanto, el supuesto incumplimiento por parte del ISS, es un aspecto que escapa al objeto de análisis en la presente litis, pues no es la actuación de dicho instituto la cuestionada por la parte demandante.



Así las cosas, este motivo de apelación no tendrá vocación de prosperidad.

4.1.2. De los argumentos de inconformidad expuestos por el apoderado de la parte demandada con relación a que:

- a. Falta mucho debate probatorio, ya que el verdadero problema jurídico es la colisión entre el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones del docente jubilado, y el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho planteado por la Universidad de Antioquia.
- b. Se pregunta el recurrente: «¿qué dijo la Señora Magistrada, en qué términos hizo el análisis, cuáles son las conclusiones sobre la posible violación de normas superiores y cuáles son esas normas, si siempre se expresó en términos dubitativos? Igualmente, es procedente indagar, ¿qué dijo la Señora Magistrada sobre los argumentos y los razonamientos de la parte demandada, antes de tomar la decisión?». Refiere nuevamente el juicio de debida ponderación de intereses y afirma que se carece por completo de dicho análisis y que parece que la figura de la subrogación, «no fuera parte de todo nuestro derecho».
- c. «...la Universidad de Antioquia, nunca ha dictado norma alguna, ni la parte demandante lo ha probado, en el sentido de que ella haya dicho, tácita o expresamente, que después de la Ley 100 de 1993, tenía competencia para pagar la diferencia que existía entre lo reconocido por el Instituto de los Seguros Sociales y lo que debía reconocer conforme al inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 a las personas que trabajaron en dicha Institución y cumplieron los requisitos. Porque en caso de que así lo hubiera afirmado, como lo hemos expresado, el funcionario que lo hubiera dicho, habría incurrido, posiblemente, en los delitos de peculado y de abuso de funciones públicas. (...)»
- d. La magistrada, al decretar la suspensión provisional del acto atacado, debió hacer un análisis de la normatividad constitucional y legal presuntamente transgredida. Pero en este caso, aquel no existe.
- e. El juez debe realizar un estudio cuidadoso, porque puede, como en este caso, al decretar la medida cautelar de suspensión, sin análisis, hacer un prejuzgamiento, conceder lo pedido en la demanda y anunciar el fallo.



Al respecto, debe tener en cuenta el recurrente que la Ley 1437 de 2011 - en lo concerniente a la medida cautelar de suspensión provisional - consagra un marco de acción más amplio que permite al juez de lo contencioso administrativo proceder a su decreto cuando advierta la vulneración de las normas superiores invocadas como violadas, mediante el análisis del acto administrativo demandado y su confrontación con aquellas.



Radicado: 05001-23-33-000-2021-02114-01
Número Interno: 5356-2022
Demandante: Universidad de Antioquia

Es entonces por lo anterior que, en los asuntos que se rigen por las disposiciones contenidas en el CPACA, no se requiere para el decreto de dicha cautela que la violación de las normas invocadas sea flagrante, ostensible o manifiesta.

Así pues, en lo tocante a este último aspecto, esta Corporación en providencia del 24 de enero de 2013, señaló:

«De esta manera, lo que en el nuevo Código representa variación significativa en la regulación de esta figura jurídico-procesal de la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo acusado, con relación al estatuto anterior, radica en que antes era exigencia sine quanon (sic) que la oposición normativa apareciera manifiesta por confrontación directa con el acto o mediante los documentos públicos adicionales con la solicitud. Entonces ello excluía que el operador judicial pudiera incursionar en análisis o estudio pues la trasgresión debía aparecer prima facie. Ahora, la norma da la apertura de autorizar al juez administrativo para que desde este momento procesal, obtenga la percepción de si hay la violación normativa alegada, pudiendo al efecto: 1º) realizar **análisis** entre el acto y las normas invocadas como transgredidas, y 2º) que también pueda **estudiar** las pruebas allegadas con la solicitud.

Pero a la vez es necesario que el juez tenga en cuenta el perentorio señalamiento del 2º. inciso del artículo 229 del C.P.A.C.A., en cuanto ordena que “la decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento”.»⁸



Por lo anterior, se reitera, teniendo en cuenta el marco de acción que la Ley 1437 de 2011 confiere al juez de lo contencioso administrativo en lo relativo a la medida cautelar de suspensión provisional, aquel está facultado, en esta etapa procesal, para analizar y determinar si las normas que se aducen como violadas efectivamente lo han sido o no, sin que dicho estudio implique un prejuzgamiento.

De otra parte, observa la Sala que la Universidad de Antioquia solicitó la suspensión provisional del acto administrativo demandado, por cuanto considera que viola en forma flagrante el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, modificado por el artículo 1.º, numeral 6.º, «el Acto Legislativo 01 de 1999 (sic)», la Ley 4ª de 1992, art. 10, la Ley 30 de 1992, artículos 18, inciso 3.º, y 228, el Decreto 1158 de 1994, artículo 1.º; al interpretar erróneamente el contenido del inciso tercero del artículo 36 de la

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejera ponente: Susana Buitrago Valencia. Bogotá D.C., veinticuatro (24) de enero de dos mil trece (2013). Expediente N° 110010328000201200068 – 00, Radicado interno N° 2012 – 0068.



Radicado: 05001-23-33-000-2021-02114-01
Número Interno: 5356-2022
Demandante: Universidad de Antioquia

Ley 100 de 1993. Así mismo, los artículos 151 de la Ley 100 de 1993, concordado con el Decreto 1068 de 1995, artículo 5.º y el artículo 131 de la Ley 100 de 1993, concordado con el Decreto 2337 de 1996, «que asignan la competencia para el reconocimiento de las pensiones, en el caso objeto de demanda, a la administradora de pensiones, a la que se encontrara afiliado el empleado o trabajador.»

Igualmente, el ente universitario, en su argumentación señaló lo siguiente:

«5. La contradicción con el ordenamiento legal va más allá de la interpretación que se diera al inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues la Universidad de Antioquia, **sin ser la entidad competente** para el reconocimiento de la pensión, asumió temporalmente un pago que en el evento de considerarse que había lugar a efectuar, le correspondía a la administradora de pensiones y no al empleador, tal como lo dispuso en su momento el artículo 14 del Decreto 692 de 1994 y como lo reiteró el hoy vigente Decreto 1068 de 1995, en su artículo 5º; pues en virtud del contenido del artículo 151 de la Ley 100 de 1993, era obligación de todo empleador, efectuar la afiliación de su personal al Sistema General de Seguridad Social, a más tardar el 30 de junio de 1995, tratándose de entidades del orden Departamental.»



Por su lado, el *a quo*, en la providencia recurrida, entre las consideraciones que sustentaron su decisión, expuso:

«A partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se atribuyeron a los empleadores obligaciones como la de afiliar a todos sus servidores a este sistema, con ciertas excepciones determinadas en la norma.

El Gobierno Nacional expidió el Decreto 691 de 1994, a través del cual se incorporó al Sistema General de Pensiones establecido en la Ley 100 de 1993 a los funcionarios de la rama ejecutiva nacional, departamental, municipal o distrital, a los de sus entidades descentralizadas, a los servidores públicos del Congreso, de la Rama Judicial, del Ministerio Público, de la Fiscalía, de la Contraloría y a los de la Organización Electoral. De igual manera se estableció que para los servidores del orden nacional la vigencia del sistema general de pensiones comenzaría a regir el 1º de abril de 1994, y para los demás órdenes territoriales a partir del 30 de junio de 1995.

De otro lado, en el artículo 9º del Decreto 692 de 1994 se dispuso que las afiliaciones al Sistema General de Pensiones serían de carácter obligatorio para los servidores públicos incorporados al Sistema General de Pensiones.

Y en el artículo 5º del Decreto 1068 de 1995 “*Por el cual se*



Radicado: 05001-23-33-000-2021-02114-01
Número Interno: 5356-2022
Demandante: Universidad de Antioquia

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 estableció que la entidad administradora de pensiones que hubiera recibido o le correspondiera recibir el monto de las cotizaciones sería la responsable del pago de las pensiones o prestaciones económicas a que hubiera lugar.

Teniendo en cuenta las normas citadas, la afiliación al Sistema General de Seguridad Social de los servidores públicos, trabajadores oficiales y personal docente de las Universidades Oficiales e Instituciones Oficiales de Educación Superior debía realizarse a más tardar al 30 de junio de 1995 y, el reconocimiento y pago de las pensiones y demás prestaciones económicas sería competencia de la entidad administradora de pensiones que haya recibido o le correspondiera recibir el monto de las cotizaciones del período en el cual ocurriera el siniestro o hecho que diera lugar al pago de la prestación correspondiente, que en el presente caso es el Instituto de Seguros Sociales.

En principio al parecer, la Universidad de Antioquia no tenía competencia para reconocer la diferencia que consideraba existía en lo dispuesto por el Instituto de Seguros Sociales y lo que debía reconocerse conforme al inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tal como lo hizo en las resoluciones que son objeto de control.

Como se dijo, después de la entrada en vigencia del Sistema General de Seguridad Social los entes universitarios de carácter oficial perdieron la competencia para el reconocimiento de pensiones de sus servidores y en razón de la vinculación de los mismos al sistema general de pensiones era la entidad administradora de pensiones que hubiera recibido o le correspondiera recibir el monto de las cotizaciones del período en el cual ocurriera el siniestro o hecho que diera lugar al pago de la prestación correspondiente, en este caso, al Instituto de Seguros Sociales, al que le correspondía pronunciarse al respecto.

Una vez proferido el acto administrativo por medio del cual el Instituto de Seguros Sociales reconoció la pensión de vejez a el (sic) señor Antonio Emerson Moncada Ángel, era esa entidad la competente para analizar si procedía o no la inclusión de las primas de navidad, vacaciones y servicios en la liquidación de la pensión de vejez o, en su defecto, era el Juez competente el que debía dirimir el conflicto.

(...)

En este caso se advierte que al parecer se expidió el acto administrativo acusado sin competencia y desconociendo las normas Constitucionales y legales en que debía fundarse. La Universidad de Antioquia no tenía la facultad de realizar reconocimientos de carácter pensional ni de establecer el





Radicado: 05001-23-33-000-2021-02114-01
Número Interno: 5356-2022
Demandante: Universidad de Antioquia

régimen de pensiones a través de actos administrativos.»

Así las cosas, no encuentra la Sala que el *a quo* hubiese decretado la medida cautelar sin un análisis, y mucho menos, que por esa misma razón hubiese incurrido en prejuzgamiento.

De otra parte, al revisar la providencia apelada, se observa que el Tribunal, en los acápites denominados «**II. ARGUMENTOS PARA DECRETAR LA MEDIDA CAUTELAR**» y «**III. ARGUMENTOS DEL DEMANDADO**», relacionó, respectivamente, tanto los razonamientos expuestos por el ente demandante en la solicitud de medida cautelar, como los términos en los que el demandado se pronunció dentro del traslado de aquella, por lo tanto, los planteamientos de ambas partes fueron plasmados en el auto bajo estudio antes de la exposición de las consideraciones y de la decisión objeto de alzada.

Con relación a los motivos de apelación restantes, la Sala considera preciso señalar que, en desarrollo del artículo 48 de la Constitución Política, el artículo 5.º de la Ley 100 de 1993 dispuso organizar el Sistema de Seguridad Social Integral cuya dirección, coordinación y control estaría a cargo del Estado.

Ahora bien, sobre la competencia para el reconocimiento de pensiones de los servidores de entes universitarios de carácter oficial una vez entró en vigor la Ley 100 de 1993, la Sección Segunda, Subsección B, del Consejo de Estado, en providencia del 27 de enero de 2017, concluyó:

«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 a 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 (sic) respectivo.»⁹ (Subrayado fuera de texto.)

Dicha tesis fue reiterada por la Corporación, en pronunciamiento del 30 de mayo de 2019, con el siguiente estudio normativo y

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Bogotá D.C., 27 de enero de 2017. Expediente: 050012333000201401906 01 (2598-2015).





jurisprudencial:

«2.2. Competencia de la Universidad de Antioquia para el (sic) 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 1969¹⁰ reguló quién sería el competente para el reconocimiento de la pensión de jubilación de los servidores públicos.

Conforme a la referida norma, la obligación de reconocer y pagar la pensión de jubilación de los empleados públicos estaba radicada en la entidad de previsión a la que estuvo afiliado el servidor; sin embargo, si tal afiliación no se hizo, la carga prestacional correspondía a la última entidad pública empleadora.

Por otra parte, el artículo 1.º del Decreto 692 de 1994, incorporó a los siguientes servidores al sistema general de pensiones: i) Los servidores públicos de la rama ejecutiva del orden nacional, departamental, municipal o distrital, así como de sus entidades descentralizadas; y ii) 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.

Aunado a ello, el artículo 14 del Decreto 692 de 1994¹¹ definió que la entidad competente para el reconocimiento y pago de las pensiones y prestaciones económicas propias del sistema de seguridad social integral, serían los fondos administradores de pensiones. Mientras que el Decreto 1068 de 1995¹² estableció el límite temporal para que los servidores



¹⁰ «Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968».(...) 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.»

¹¹ Decreto 692 de 1994, artículo (sic) 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.

¹² 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



Radicado: 05001-23-33-000-2021-02114-01
Número Interno: 5356-2022
Demandante: Universidad de Antioquia

públicos del orden territorial y distrital seleccionaran el régimen pensional al cual querían afiliarse, precisando que en dicho nivel la afiliación debía hacerse a más tardar el 30 de junio de 1995.

Posteriormente, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 2337 de 1996 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 estableció el límite temporal previamente fijado por el Decreto 1068 de 1995, indicando que antes del 30 de junio de 1995 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.

Así pues, 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.

Por lo anterior, la Sección Segunda del Consejo de Estado 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 (sic) respectivo. (...)”¹³



2.3 Caso Concreto.

(...)

De acuerdo con lo dispuesto en el parágrafo 2 del Decreto 1068 de 1995, es claro que los servidores públicos y por supuesto, el personal docente de las universidades oficiales 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

declaratoria de solvencia de las cajas, fondos o entidades de previsión social del sector público del nivel territorial.

¹³ Consejo de Estado, Sección Segunda-Subsección A, Consejero Ponente: William Hernández Gómez, Sentencia de 19 de julio de 2018.

Consejo de Estado, Sección Segunda-Subsección B, Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Sentencia de 31 de enero de 2018. Igual tesis había sido sostenido por la mencionada Consejera en sentencias de 21 y 27 de abril de 2017, dictadas dentro de los siguientes procesos: 0804-2016; 0802-2016; y 2366-2016.



Radicado: 05001-23-33-000-2021-02114-01
Número Interno: 5356-2022
Demandante: Universidad de Antioquia

para declarar el reconocimiento y pago de las pensiones y demás prestaciones económicas contempladas en la Ley 100 de 1993 y propias del sistema general de seguridad social integral de los servidores de los entes universitarios del sector territorial se radicó en cabeza de la entidad administradora de pensiones que recibiera las cotizaciones de dichos empleados.

La Sala encuentra que, para el caso *sub examine*, no es la Universidad de Antioquia la autoridad competente para pronunciarse acerca del reconocimiento del derecho pensional y específicamente, en lo relacionado con el excedente que consideraba se adeudaba a la accionada por concepto del mayor valor que en su sentir debía aplicarse al ingreso base de liquidación pensional y al consecuente monto de las mesadas; puesto que, el órgano que tenía la facultad para reconocer y determinar el contenido del derecho pensional era el fondo de pensiones al que se afilió el señor Guzmán Ríos, que en el caso *sub iudice* es el Instituto de Seguro Social, hoy Colpensiones.»¹⁴

Establecido lo anterior, se encuentra que en el *sub lite*, en la parte considerativa de la Resolución Administrativa 055 del 26 de febrero de 2004 «Por la cual se ordena un pago»¹⁵, se indicó que «...el 31 de octubre de 2000 el señor ANTONIO EMERSON MONCADA ANGEL (sic) identificado con cédula de ciudadanía 6.239.203, presentó ante el Instituto de Seguros Sociales solicitud de pensión de vejez, la cual le fue concedida mediante Resolución N° (sic) 1212 del 06 de febrero de 2005, a partir del 28 de diciembre de 2001 y por la suma mensual de \$2.356.129.»



En el mencionado acto (Resolución Administrativa 055 del 26 de febrero de 2004), el Vicerrector Administrativo de la Universidad de Antioquia resolvió lo siguiente:

«RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: 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 ANTONIO EMERSON MONCADA ANGEL (sic) identificado con cédula de ciudadanía 6.239.203, por valor de QUINIENTOS SEIS MIL QUINIENTOS CUARENTA PESOS (\$506.540) a partir del 28 de diciembre de 2001, a partir del 1° de enero de 2002 la suma de QUINIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección B. Bogotá D.C., treinta (30) de mayo de dos mil diecinueve (2019). Radicado: 05001-23-33-000-2014-01712-01. N° interno: 2872-2015.

¹⁵ SAMAI, índice 2, Actuación: «EXPEDIENTE DIGITAL». Archivo: «05Anexo1.Resolución Administrativa 055 del 26 de febrero de 2004.pdf»



Radicado: 05001-23-33-000-2021-02114-01
Número Interno: 5356-2022
Demandante: Universidad de Antioquia

NOVENTA PESOS (545.290), a partir del 1° de enero de 2003 la suma de QUINIENTOS OCHENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS SEIS PESOS (\$583.406) y a partir del 1° de enero de 2004 la suma de SEISCIENTOS VEINTIUN MIL DOSCIENTOS SESENTA Y NUEVE PESOS (\$621.269); hasta que el Seguro Social lo reconozca bien motu proprio o por orden judicial, valor que se incrementara (sic) anualmente según lo establecido en los Arts. 21 y 36 de la Ley 100.»

En este punto es preciso señalar que el Instituto de Seguros Sociales Seccional Antioquia, en los artículos primero y segundo de la parte resolutive de la Resolución número 9385 de fecha 2 de junio de 2004 «Por medio de la cual se resuelve una solicitud de Prestaciones Económicas En el Sistema de Seguridad Social en Pensiones – Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida CON BONO PENSIONAL»¹⁶, dispuso lo siguiente:

«ARTÍCULO PRIMERO DEJAR SIN EFECTOS la Resolución Nro 1212 del 06 de febrero de 2.004 por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

ARTÍCULO SEGUNDO CONCEDER PENSIÓN DE VEJEZ al (a la) asegurado (a) ANTONIO EMERSON MONCADA ANGEL (SIC), identificado con la cédula de ciudadanía No. 6.239.203, afiliación 906239203, última entidad UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA, NIT patronal 890980040, en cuantía mensual de \$2.284.544.00 a partir de 28 de Diciembre de 2001 mas (sic) los reajustes de Ley para los siguientes años
(...)».



De acuerdo con el estudio normativo y jurisprudencial citado en párrafos que anteceden, según lo dispuesto en el párrafo 2.° del artículo 2.° del Decreto 1068 de 1995, los funcionarios públicos cuyas pensiones eran reconocidas y pagadas por las entidades empleadoras, tendrían que afiliarse a cualquiera de los dos regímenes previstos en la Ley 100 de 1993 a más tardar el 30 de junio de 1995.

Con base en lo anterior, se reitera, esta Corporación ha arribado a la conclusión de que, a partir de esa fecha, el reconocimiento y pago de las pensiones y prestaciones económicas consagradas en la Ley 100 de 1993, correspondería a la entidad administradora de pensiones que recibiera las cotizaciones de dichos servidores

¹⁶ SAMAI, índice 2, Actuación: «EXPEDIENTE DIGITAL». Archivo: «08Anexo4. Apartes hoja de vida - Antonio Moncada Angel.pdf»



públicos.

En ese orden de ideas, para la Sala resulta palmario que, en el *sub examine*, la Universidad de Antioquia, al expedir el acto administrativo cuya suspensión provisional se deprecó, asumió una obligación sin ser la competente para ello y respecto de la cual, el único facultado para pronunciarse era el Instituto de Seguros Sociales por haber sido este el que expidió el acto administrativo a través del cual fue reconocida la pensión de vejez.

Así las cosas, frente al argumento del recurrente según el cual, «...la Universidad de Antioquia, nunca ha dictado norma alguna, ni la parte demandante lo ha probado, en el sentido de que ella haya dicho, tácita o expresamente, que después de la Ley 100 de 1993, tenía competencia para pagar la diferencia que existía entre lo reconocido por el Instituto de los Seguros Sociales y lo que debía reconocer conforme al inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 a las personas que trabajaron en dicha Institución...», la Sala considera preciso reiterar y señalar que, teniendo en cuenta la jurisprudencia aquí transcrita, así como la normatividad en ella citada, después de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los entes universitarios de carácter oficial perdieron competencia para el reconocimiento de pensiones de sus servidores y, aunado a ello, según 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, la que debe efectuar el reconocimiento respectivo.



No obstante, la Universidad de Antioquia **profirió la resolución** acusada y en ella **ordenó 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 Antonio Emerson Moncada Ángel, pronunciándose, en consecuencia, en **dicho acto administrativo**, sobre el **contenido del derecho pensional**, sin tener la facultad para ello.

4.1.3. De los argumentos de inconformidad expuestos por el apoderado de la parte demandada con relación a que:

- a. Falta el requisito fundamental ***sine qua non***, lo que constituye una violación al derecho fundamental al debido proceso, que le quita toda la validez a la decisión que tomó el Tribunal. Se refiere al juicio de debida ponderación de intereses que permita llegar a la conclusión de que es más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.



Radicado: 05001-23-33-000-2021-02114-01
Número Interno: 5356-2022
Demandante: Universidad de Antioquia

- b. No hubo el examen de procedibilidad de la medida cautelar, que debió verificarse para apreciar la concurrencia de los elementos tradicionales que ameritan la imposición de la medida cautelar, como son: (i) *fumus boni iuris*, o apariencia de buen derecho, (ii) *periculum in mora*, o perjuicio de la mora, y, (iii) la ponderación de intereses.
- c. Faltó el juicio de debida ponderación específico, pertinente y necesario, que es también decir que no existe congruencia en todo el contenido del auto interlocutorio.
- d. Es evidente que no se desató la colisión o choque entre el derecho fundamental a la seguridad en pensiones y el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, a pesar de que el primero goza de la protección especial y preferente que parte de la Constitución Política. Por tanto, en este caso, «se debe rectificar porque sí resulta más gravoso para la parte demandada, decretar la medida cautelar...».

Sobre estos motivos de inconformidad, la Sala precisa que el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, establece que «Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.».



Ahora, si lo que se depreca es **otra medida cautelar, se exigirá al solicitante demostrar** la apariencia de buen derecho, la ponderación de intereses y el peligro en la mora.

Sobre este aspecto, en providencia de fecha once (11) de noviembre de dos mil veinte (2020), el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección A, Consejero Ponente: William Hernández Gómez¹⁷, se dijo lo siguiente:

«De la lectura de los artículos 229, 230 y 231 del CPACA se llega a las siguientes conclusiones: (i) cuando se trata de la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo es necesario que el juez o magistrado ponente

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección A, Consejero ponente: William Hernández Gómez, Bogotá, D.C., once (11) de noviembre de dos mil veinte (2020). Referencia: Nulidad. Radicado: 11001-03-25-000-2019-00457 00 (3474-2019).



Radicado: 05001-23-33-000-2021-02114-01
Número Interno: 5356-2022
Demandante: Universidad de Antioquia

realice la confrontación del acto demandado con las normas superiores invocadas y las pruebas allegadas con la solicitud, tal como lo dispone el artículo 231 ibidem; (ii) la ley concedió al juez o al magistrado ponente la potestad de adoptar las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, entre las cuales se encuentra suspender un proceso o una actuación administrativa, artículo 230 de CPACA; y (iii) en aquellos casos en que se declara una medida cautelar diferente a la suspensión de los efectos de un acto administrativo se deben observar los supuestos de apariencia de buen derecho y periculum in mora.» (Subrayado y negrilla fuera de texto.)

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, aspectos tales como: el juicio de ponderación de intereses, o que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios, constituyen **requisitos** que deben ser analizados cuando la medida cautelar solicitada **sea diferente a la de suspensión provisional**, situación que no corresponde al presente asunto dado que fue, precisamente, esta última la medida deprecada por el ente universitario.

Por lo tanto, el juicio de debida ponderación que el apoderado de la parte demandada echa de menos en el auto apelado, no era necesario en el caso bajo estudio, en consecuencia, la ausencia de aquel no afecta el análisis efectuado por el Tribunal, el cual fue congruente con las razones que sustentaron la solicitud de la medida cautelar.

Teniendo en cuenta, entonces, que ninguno de los argumentos de apelación formulados por el apoderado de la parte demandada está llamado a prosperar, la Sala confirmará el auto de fecha 4 de mayo de 2022, proferido por el Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia - Sala Unitaria de Oralidad; providencia en la que, en el numeral primero de su parte resolutive, se dispuso: «**1. SE DECRETA LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL** de la Resolución No. (sic) 055 del 26 de febrero de 2004 “*Por la cual se ordena un pago*” expedida por la **Universidad de Antioquia...**».

Finalmente, es preciso señalar que las conclusiones aquí plasmadas son producto de un análisis primario sobre la controversia, que no implica prejuzgamiento.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado





Radicado: 05001-23-33-000-2021-02114-01
Número Interno: 5356-2022
Demandante: Universidad de Antioquia

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el auto de fecha 4 de mayo de 2022, proferido por el Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia - Sala Unitaria de Oralidad; providencia en la que, en el numeral primero de su parte resolutive, se dispuso: «**1. SE DECRETA LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL** de la Resolución No. (sic) 055 del 26 de febrero de 2004 “*Por la cual se ordena un pago*” expedida por la **Universidad de Antioquia...**».

SEGUNDO: Por secretaría, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior decisión fue discutida y aprobada en sesión del nueve (9) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Consejero de Estado

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Consejero de Estado

La anterior providencia ha sido firmada electrónicamente y se encuentra visible en su respectivo expediente digital, el cual esta disponible en el **Sistema de Gestión Judicial del Consejo de Estado – SAMAI**, al que puede acceder escaneando el código QR visible en este documento o visitando la página web <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080>

