

Tribunal Administrativo de Antioquia



República de Colombia
Sala Segunda de Decisión Oral
Magistrada Ponente: *Beatriz Elena Jaramillo*

Medellín, veinticinco de abril de dos mil trece

Referencia:	Simple Nulidad
Demandante:	Asociación de Profesores Jubilados de la Universidad de Antioquia (APROJUDEA)
Demandado:	Universidad de Antioquia
Radicado:	05 001 23 33 000 2012 00945 00
Asunto:	Niega suspensión provisional.

La Asociación de Profesores Jubilados de la Universidad de Antioquia – APROJUDEA¹- demandó a la Universidad de Antioquia en ejercicio del medio de control de nulidad (artículo 137 de la Ley 1437 de 2011) pretendiendo la nulidad de la “Resolución Rectoral 35823 del 17 de octubre de 2012”²

Procede la Sala a pronunciarse respecto de la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto demandado.

I. ANTECEDENTES

Como atrás se indicó se pretende la nulidad de la resolución rectoral N° 35823 del 17 de octubre de 2012 “por medio de la cual se deroga la Resolución 12094 del 4 de mayo de 1999³” la que en su parte resolutoria es del siguiente contenido:

“ARTÍCULO 1º Derogar la Resolución Rectoral 12094 del 4 de mayo de 1999 “Por la cual la Universidad se subroga en una obligación del Instituto de Seguros Sociales, para dar cumplimiento a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993”, con fundamento en o expuesto en la parte motiva de esta Resolución.

ARTÍCULO 2º Ordénese a la Vicerectoría Administrativa resolver las situaciones jurídicas de carácter individual y concreto, creadas a partir de la expedición de la Resolución 12094 del 4 de mayo de

¹ A Folios 11 obra el certificado de existencia y representación legal.

² Folio 7.

³ Obra en copia autentica a folio 14

1999, conforme a los principios, normas jurídicas y jurisprudencia vigentes en la materia.

ARTICULO 3º La presente resolución entra en vigencia a partir de su promulgación y deroga las disposiciones que le sean contrarias”.

Acusa dicha resolución por violación de: **a)** Normas constitucionales: Preámbulo, artículos 1, 2, 13, 29, 48, 53, y 58; **b)** legales: artículos 93 y 97 de la Ley 1437 de 2011; **c)** Violación al principio de pleito pendiente.

En el escrito de suspensión provisional se sustentó la petición así:

La demandante manifestó que la resolución que se pretende se suspenda derogó la resolución que le ordenaba a la Universidad de Antioquia subrogarse, asumir el pago “de 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 dicha Ley, hasta que el Instituto de Seguros Sociales, bien a motu proprio, o por orden judicial, asuma la misma”⁴.

En cuanto al concepto de violación de la resolución que se pretende se suspenda refirió:

Que el preámbulo de la Constitución Política promueve los valores, los principios y los derechos como la justicia y la igualdad, para lo cual las autoridades actuarán como es su deber para lograrlo; haciendo énfasis en el trabajo, la convivencia democrática que garantice un orden político, económico y social justo; así, el Rector de la Universidad de Antioquia, procedió arbitrariamente con un grave desconocimiento de sus deberes.

Al referirse a los artículos 1 y 2 de la Constitución Política manifestó que con la resolución que se pretende la suspensión no se respetó la dignidad humana, ni el trabajo, ni el orden justo. Los trabajadores que alcanzan la jubilación tienen el derecho a gozarla sin obstáculos o impedimentos.

⁴ Folio 1 cuaderno 2.

Manifestó que el artículo 13 de la Constitución Política de 1991 consagra la protección del Estado para todas las personas, con base en el derecho a la igualdad; así con la resolución impugnada – N° 35.823 del 17 de octubre de 2012- , que deroga una norma que está a la espera de un fallo de nulidad parcial la Resolución 12.094 del 4 de mayo de 1999, para evitar un trato diferente a quienes se encuentran en una misma situación jurídica como lo es el régimen de transición, es una clara violación del derecho fundamental.

Que en ese caso se está ante la figura de la prejudicialidad, porque de la decisión judicial sobre la nulidad de la Resolución Rectoral 12.094 de 1999 es esencial para clarificar la situación de los empleados del régimen de transición vinculados a la Universidad de Antioquia, en otras palabras, tendrá efectos entre los empleados del régimen de transición.

Afirmó que la decisión de derogar la Resolución Rectoral 12.094 de 1999, se hizo sin observar el debido proceso, establecido en el artículo 29 de la Constitución Política, porque la actuación fue por la vía de hecho y con abuso de autoridad. El Rector, como servidor público, no puede interpretar y aplicar las normas de manera arbitraria, pues, de esa manera, desconoce al Estado de Derecho y, específicamente, el principio de legalidad, que consiste en someterse y observar todo nuestro ordenamiento para actuar.

Indicó que la Resolución Rectoral 12.094 de 1999 reconoce el derecho que tienen los empleados en el régimen de transición para gozar de una pensión liquidada con todos los factores salariales, que incluyen las primas; que derogarla, cuando muchos empleados aún no se han jubilado, es arrebatárles el derecho concedido e impedir que lo puedan reclamar más tarde.

Refirió que, además de ser un abuso de derecho que riñe con el derecho fundamental al debido proceso, la norma **demandada contiene una falsa e indebida motivación, como también se expidió en forma irregular.** Los fundamentos jurídicos citados en la Resolución Rectoral 35.823 del 17 de octubre de 2012 son inadmisibles, como creer que no existe certeza jurídica, sino que es un mero supuesto, en el sentido de que a los beneficiarios del régimen de transición, se les incluyan las primas de navidad, de vacaciones y semestral como factor salarial para liquidarles la

pensión de vejez, cuando lo ha reiterado la sentencia de unificación del Consejo de Estado, citado en la presente demanda.

En cuanto al artículo 48 de la Constitución Política, indicó que la seguridad social también es aplicable a las personas jubiladas y a las que tienen un derecho cierto pendiente de reclamar; por lo que derogar, sin suficiente argumentación jurídica, una norma que beneficia a empleados en régimen de transición, muchos de los cuales aún no se han jubilado, es una evidente actuación arbitraria y violadora de derechos fundamentales.

Respecto al artículo 53 de la Constitución Política, manifestó que es deber de las autoridades respetar los derechos que le corresponden al trabajador y con mayor razón, cuando están en proceso de jubilación. Lo mismo que debe dárseles un tratamiento con prelación en principios constitucionales, como la favorabilidad y el reconocimiento de todos los beneficios laborales.

Que el artículo 58 de la Constitución Política ampara los derechos adquiridos y ordena que no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores, menos aún, podrán serlo, por medio de una Resolución Rectoral que deroga otra, la cual pretende amparar a los empleados del régimen de transición y porque debe ser para todos, está demandada y en espera de un fallo de nulidad parcial, con la pretensión de que se incluya a todos los beneficiarios de la transición.

Referente al artículo 93 de la Ley 1437 – causales de revocatoria directa de los actos administrativos- indicó que la resolución rectoral 12.094 de 1991, derogada por la resolución rectoral que se impugna, no es una norma que con manifiesta oposición a la Constitución o a la Ley, todo lo contrario, la Resolución Rectoral 12.094 de 1999, da cumplimiento al artículo 58 de la Constitución Política y a la Ley 100 de 1993 su contenido conforme con el interés público o social, y el interés colectivo de los jubilados de la Universidad de Antioquia, en régimen de transición y de acuerdo a la resolución que fue derogada, mediante la resolución impugnada con esta demanda no constituye un agravio injustificado a una persona, porque se reconoce el derecho que tienen los empleados en régimen de transición

para gozar de una pensión liquidada con todos los factores salariales, que incluyen las primas.

Frente a la violación del artículo 97 de la Ley 1437 de 2011, - revocatoria de actos administrativos de carácter particular y concreto- afirmó que como la Resolución Rectoral 12.094 del 4 de mayo de 1999, creó una situación jurídica de carácter particular y concreto, porque, como ella misma lo dispuso en su artículo primero, al "*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 dicha Ley, hasta que el Instituto de Seguros Sociales, bien motu proprio, o por orden judicial, asuma la misma*", considera que, en forma concreta se refirió a un grupo de empleados de la Universidad de Antioquia, claramente identificados, muchos de los cuales todavía no gozan de la pensión de vejez, por lo que, la Rectoría jurídicamente no podría derogar dicha Resolución.

En cuanto la "*VIOLACIÓN AL DE PRINCIPIO DE PLEITO PENDIENTE*", manifestó que se está a la espera del fallo de la demanda de nulidad parcial, contra la Resolución Rectoral 12.094 del 4 de mayo de 1999, promovida por la Asociación de Profesores de la Universidad de Antioquia, radicado el 26 del de agosto de 2009, con el numero 05 001 23 31 000 2009 01178 00, ante el Tribunal Administrativo de Antioquia.

Que el Rector de la Universidad de Antioquia, sabiendo de la existencia del proceso, deroga Resolución, por lo que actuó por la vía de hecho, con abuso de poder y desconociendo el principio de pleito pendiente, puesto que aun no se sabe cuál será el sentido del fallo, ni los efectos que éste pueda tener, con el agravante de que, eventualmente no se podría aplicar, si la norma demandada ya no existe; señaló que derogar una norma vinculada a una demanda de nulidad parcial, es una forma de abusar del poder y de la autoridad para huir e intentar liberarse de un proceso judicial que aun no ha concluido y que, forzosamente tiene unida a las dos partes, las cuales están en el deber de mantener lealtad durante todo el desarrollo del proceso.

Advirtió que recordar que la demanda de nulidad parcial lo que pretende es incluir a todos los empleados beneficiarios del

régimen de transición, para que las primas de servicios, navidad y vacaciones tengan el carácter de factor salarial y se les incluya en la liquidación de la pensión de vejez, como ya lo reiteró el Consejo de Estado, en la sentencia de unificación citada en la demanda.

II. CONTESTACION AL TRASLADO DE LA MEDIDA DE SUSPENSION PROVISIONAL

La universidad de Antioquia expuso los antecedentes de la Resolución Rectoral 12.094 de 1994 así:

Que de acuerdo al artículo 31 de la Ley 100 de 1993, las instituciones de educación superior de carácter oficial y de naturaleza territorial, debían constituir un fondo para el pago del pasivo pensional a favor de sus empleados, disposición que fue reglamentada por el Decreto 2337 de 1996, el cual dispone en su artículo 4º, que estaría a cargo del fondo las pensiones de vejez o jubilación, invalidez o sobrevivencia de las personas que cumplieran con los requisitos para acceder a alguna de las prestaciones económicas al 31 de diciembre de 1996 o que habiendo cumplido con el tiempo de servicios, estuvieran en la espera de alcanzar la edad exigida por la norma, siempre y cuando no se afiliaran al Sistema General de Pensiones; en este contexto la Universidad de Antioquia no continúa con la obligación a su cargo como lo es el reconocimiento de pensiones, a diferencia de aquellas de carácter convencional.

La Universidad de Antioquia para el reconocimiento de la pensión antes de la entrada de la vigencia de la Ley 100 de 1993, se hacía con base en todo lo devengado de acuerdo al literal b) de artículo 17 de la Ley 6 de 1945; artículo 4 de la Ley 4 de 1966; Decreto 1743 de 1966 reglamentario de la Ley 4 de 1966 artículo 5º; artículo 73 del Decreto 1848 de 1969; y posteriormente con base en lo dispuesto por el artículo 1 de la Ley 33 de 1985.

Afirmó que la Universidad de Antioquia no tenía caja ni fondo de pensiones, por lo que asumía directamente el reconocimiento de las pensiones sin efectuar deducción alguna, teniendo como referente para definir los factores salariales la cotización establecida en la ley 33 de 1985 y los factores de salario concedidos por la universidad.

Que a raíz de la expedición de la Ley 100 de 1993 entre la Universidad de Antioquia y el Instituto de Seguros Sociales - ISS- se presentó una diferencia interpretativa del inciso 3 del artículo 36 de la referida Ley 100 de 1993⁵, por lo cual la universidad mediante comunicado del 21 de agosto de 2001, le solicitó al ISS que tuviera en cuenta en la liquidación de la pensión todos los factores salariales para aquellas personas que les faltara menos de diez (10) años para pensionarse a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 y el Instituto de Seguros Sociales respondió negativamente el día 25 de febrero de 2002, con fundamento en que las primas no hacían parte del ingreso base de cotización, por lo que no podía recibir cotizaciones sobre ellas y menos tenerlas en cuenta para liquidar la pensión; sin embargo mientras se definía la situación, la Universidad de Antioquia expidió la Resolución Rectora 12.094 del 4 de mayo de 1999, para subrogarse en la obligación del ISS y no reconocía a los servidores que se encontraban en el régimen de transición y que al entrar en vigencia la ley 100 les faltaba menos de diez años para adquirir su derecho.

Consideró la Universidad de Antioquia que el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, difería del contenido del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, que señalaba las condiciones para adquirir el derecho a la pensión de vejez y los artículos 21 y 34, los cuales consagraban que la liquidación se efectuaba con base en lo "**cotizado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión**" cuyo monto porcentual podría fluctuar entre el 65 y el 85%, de acuerdo con el número de semanas cotizadas"⁶. Y agregó que:

*"Por tanto, para la Universidad la regla general era que las pensiones se liquidaban sobre los mismos factores que sirvieron de base para calcular las cotizaciones, tal como lo dispone el artículo 33 de la ley 100 de 1993, no obstante para la entidad educativa esta regla fue excepcionada **por el legislador** en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, estableciendo así una diferencia, al consagrar que para obtener una liquidación de la pensión con base en todo lo devengado, era necesario no solamente encontrarse en régimen de transición, sino también que le hicieran falta menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión de vejez (contados desde*

⁵ "El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior (esto es, quienes se encuentran en régimen de transición) que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo **devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello**, o el cotizado durante todo el periodo si este fuere superior" (negrilla del texto).

⁶ Folio 8, resalto del texto.

la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones - 30 de junio de 1995), pues como ya se transcribió, el citado inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, utiliza para este tipo de situaciones el término "devengado", mas no "cotizado".

De éste modo, la expedición de la resolución Rectoral 12094 de 1999 se sustentó en la interpretación que hizo la Universidad del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sobre un pago que consideraba le correspondía a un tercero, esto es, al Seguro Social, y lo que buscaba era que los empleados de la Universidad vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia el sistema y que además cumplieran las condiciones señaladas por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no se vieran afectados por la decisión del Seguro Social de no liquidar su pensión teniendo en cuenta lo devengado, mientras que se agotaban las vías judiciales.

Ahora bien, es importante acotar que del contenido de la Resolución Rectoral 12094 de 1999, se concluye sin dubitación alguna, que la Universidad se subrogaría 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, **hasta que el Instituto de Seguros Sociales, bien motu proprio o por orden judicial, asuma la misma**", de tal manera que necesariamente este asunto sería debatido en los estrados judiciales, en el evento en que el Seguro Social no accediera al reconocimiento por voluntad propia. Así mismo se extrae, que se trataba de un **pago temporal**, que en definitiva se encontraba a cargo de un tercero, esto es, del Instituto de Seguros Sociales"⁷.

Que ya existen diversos pronunciamientos judiciales del Tribunal Superior de Medellín y de la Corte Suprema de Justicia, en los que se indicó que no había lugar a la inclusión de las primas de navidad, servicios y vacaciones en las liquidaciones de las pensiones; por lo que la Universidad de Antioquia procedió a expedir la Resolución Rectoral 35.823 del 17 de octubre de 2012, que derogó la Resolución Rectoral 12.094 de 1999, teniendo en cuenta que en virtud del artículo 114 de la Ley 1395 de 2010, las entidades públicas deben tener en cuenta el precedente judicial para resolver peticiones o expedir actos administrativos.

Indicó que como consta en las certificaciones que se anexan, no existe acto administrativo por medio del cual se haya ordenado cesar el pago a los beneficiarios actuales de la Resolución Rectoral 12.094 de 1999.

⁷ Folios 8 y 9, resaltos del texto.

Afirmó que la Resolución Rectoral 12.094 de 1999 que dispuso ese pago era temporal, puesto que solo eran beneficiarias las personas que les faltaban menos de diez (10) años para pensionarse, contados a partir de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, esto es 30 de junio de 1995, fecha límite establecida por el artículo 151 de la Ley 100 de 1993; resolución que fue clara en su vigencia, culminaba el día 30 de junio de 2010. La Asociación de Profesores Jubilados (APROJUDEA), instauró demanda de nulidad parcial contra dicho acto administrativo para que se extendiera en el tiempo a todo aquel que se encontrara en régimen de transición.

La parte demandada manifestó que con la "expedición de la Resolución Rectoral 35.823 del 17 de octubre de 2012, tuvo como objeto efectuar un reconocimiento público de la obligatoriedad de respetar el precedente jurisprudencial, en las solicitudes que se sucedieran, sin que con ella se afectaran derechos individuales reconocidos mediante actos administrativos, tal como lo expresó la Rectoría en el Comunicado del 2 de octubre de 2012, en el que indicó que la Universidad no suspendería los pagos, pues para ella es claro que no procede la revocatoria directa de las Resoluciones individuales que reconocieron el concepto denominado "subrogación" y en consecuencia, debe demandar cada uno de los actos administrativos, teniendo en cuenta que como se expondrá a continuación, la Universidad de Antioquia, en su calidad de empleador no es la competente para continuar efectuando los mismos"⁸.

Expuso que se han presentado posiciones contrarias entre la jurisdicción ordinaria y la contenciosa relacionadas con la resolución rectoral N° 12.094 de 1994, en cuanto a quien le corresponde hacer dicho pago –folios 10 a 13-. Manifestó que en ambas jurisdicciones, pese a las posiciones diversas, la Universidad ha sido absuelta en la jurisdicción ordinaria, al encontrar que no pueden incluirse factores salariales diferentes a los del Decreto 1158 de 1994, y en la jurisdicción contenciosa, pese a que considera que deben incluirse todos los factores que se consideran salario ha dicho que la reliquidación de la pensión le corresponde efectuarla a la administradora de pensiones y no al empleador, indicando que la Universidad no está legitimada en la causa para responder por este tipo de pretensiones que han de incoarse ante la administradora de pensiones.

⁸ Folio 10

Señaló que para que proceda de la suspensión provisional del acto administrativo, es necesario que se encuentre produciendo efectos en el tiempo, puesto que si sus efectos ya se cumplieron carece de sentido suspenderlo. La resolución Rectoral 12.094 de 1999, tenía solo vigencia hasta el día 30 de junio de 2010, careciendo de objeto la solicitud de suspensión provisional.

Manifestó que no existe perjuicio irremediable por cuanto al afirmar que los que no se hayan jubilado se encontrarán con la derogatoria de la Resolución 12094 de 1999 y por lo tanto se verán perjudicados, pues el reconocimiento de las pensiones incluyendo todo lo devengado no se sustenta en la Resolución 12094 de 1999, sino en la Ley 33 de 1985, la Ley 100 de 1993, artículo 36, tercer inciso, en la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010 y en el concepto de la misma corporación del 16 de febrero de 2012, en los que resulta contundente que es la administradora de pensiones la llamada a efectuar el pago.

Concluyó que a no presentarse violación a las normas invocadas no es procedente la suspensión del acto administrativo demandado.

III. CONSIDERACIONES

En este proceso de control de nulidad, establecido en el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, pretende la demandante la suspensión provisional de la Resolución Rectoral N° 35.823 del 17 de octubre de 2012.

Respecto a la suspensión provisional del acto administrativo referido dispone el artículo 229 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo:

“Artículo 229. Procedencia de medidas cautelares. En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.

La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento.

Parágrafo. Las medidas cautelares en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos y en los procesos de tutela del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se regirán por lo dispuesto en este capítulo y podrán ser decretadas de oficio”.

Respecto al contenido y alcance de las medidas cautelares establece el artículo 230 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo:

“Artículo 230. Contenido y alcance de las medidas cautelares. Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas:

- 1. Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible.*
- 2. Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.*
- 3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.*
- 4. Ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos.*
- 5. Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer.*

Parágrafo. Si la medida cautelar implica el ejercicio de una facultad que comporte elementos de índole discrecional, el Juez o Magistrado Ponente no podrá sustituir a la autoridad competente en la adopción de la decisión correspondiente, sino que deberá limitarse a ordenar su adopción dentro del plazo que fije para el efecto en atención a la urgencia o necesidad de la medida y siempre con arreglo a los límites y criterios establecidos para ello en el ordenamiento vigente”.

El artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala los siguientes requisitos para decretar las medidas cautelares:

Artículo 231. Requisitos para decretar las medidas cautelares. 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.

En los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurren los siguientes requisitos:

- 1. Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.*
- 2. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.*
- 3. Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.*
- 4. Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:*
 - a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o*
 - b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.*

Respecto al procedimiento para la adopción de las medidas cautelares el artículo 233 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo dispone:

“Artículo 233. Procedimiento para la adopción de las medidas cautelares. La medida cautelar podrá ser solicitada desde la presentación de la demanda y en cualquier estado del proceso.

El Juez o Magistrado Ponente al admitir la demanda, en auto separado, ordenará correr traslado de la solicitud de medida

cautelar para que el demandado se pronuncie sobre ella en escrito separado dentro del término de cinco (5) días, plazo que correrá en forma independiente al de la contestación de la demanda.

Esta decisión, que se notificará simultáneamente con el auto admisorio de la demanda, no será objeto de recursos. De la solicitud presentada en el curso del proceso, se dará traslado a la otra parte al día siguiente de su recepción en la forma establecida en el artículo 108 del Código de Procedimiento Civil.

El auto que decida las medidas cautelares deberá proferirse dentro de los diez (10) días siguientes al vencimiento del término de que dispone el demandado para pronunciarse sobre ella. (...).

Con todo, si la medida cautelar se solicita en audiencia se correrá traslado durante la misma a la otra parte para que se pronuncie sobre ella y una vez evaluada por el Juez o Magistrado Ponente podrá ser decretada en la misma audiencia.

Cuando la medida haya sido negada, podrá solicitarse nuevamente si se han presentado hechos sobrevinientes y en virtud de ellos se cumplen las condiciones requeridas para su decreto. Contra el auto que resuelva esta solicitud no procederá ningún recurso”.

De la normatividad transcrita, no cabe duda que la suspensión provisional del acto administrativo se debe someter a la parte Segunda, Título V, Capítulo XI de la Ley 1437 de 2011. Para la procedencia de la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, en este caso el contenido en la Resolución Rectoral No 35.823 del 17 de octubre de 2012, se debe ajustar a los contenido del artículo 231 del Código de Procedimiento Contencioso Administrativo y de lo contencioso Administrativo que refiere a que cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá:

- 1) Por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o**
- 2) En la solicitud que se realice en escrito separado;** además que
- 3) la procedencia de la suspensión provisional de los efectos de un acto que se acusa de nulidad puede acontecer si la **violación de las disposiciones invocadas, surge**, es decir, aparece presente, desde esta instancia procesal – cuando el proceso apenas comienza-, como conclusión del: **i) análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como****

violadas, o, ii) del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

En esta norma autoriza al juez administrativo para que, a fin de que desde este momento procesal obtenga la percepción de que hay la violación normativa alegada, pueda: **1º)** realizar **análisis** entre el acto y las normas invocadas como transgredidas, y **2º)** que también pueda **estudiar** las pruebas allegadas con la solicitud.

El Consejo de Estado⁹ ha indicado que, según la Real Academia de la Lengua Española el término “surgir” - (del latín surgere)- significa aparecer, manifestarse, brotar.¹⁰ Que este punto esencial es donde radica la innovación de la regulación en el Código Contencioso Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de la institución de la suspensión provisional de los actos administrativos, recordó que en el anterior Código Contencioso Administrativo -Decreto 01 de 1984-, artículo 152, la procedencia de esta medida excepcional solicitada y sustentada de modo expreso en la demanda o en escrito separado, estaba sujeta o dependía de que la oposición o la contradicción del acto con las disposiciones invocadas como fundamento de la suspensión provisional fuera **manifiesta**, apreciada por **confrontación directa** con el acto o con documentos públicos aducidos con la solicitud. Y agrego que de las expresiones “*manifiesta*” y “*confrontación directa*” contenidas en el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo anterior, tradicionalmente la doctrina y la jurisprudencia dedujeron que la procedencia de esta figura **excluía** que el operador judicial pudiera incursionar en **análisis** o **estudio**, pues la transgresión por el acto de las normas en que debería fundarse, alegadas como sustento de la procedencia de la suspensión, debía aparecer “*prima facie*”, esto es, sin implicar estudio ni esfuerzo analítico alguno; y, que, no obstante que **la nueva regulación permite que el juez, previo a pronunciarse sobre la suspensión provisional lleve a cabo el análisis de la sustentación de la medida y estudie las pruebas**, ocurre que ante el perentorio señalamiento del 2º inciso del artículo 229 del Código Contencioso Administrativo (Capítulo XI Medidas Cautelares- procedencia),

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejera Ponente (e): Susana Buitrago Valencia, 13 de septiembre de dos mil doce (2012), Radicado número: 11001-03-28-000-2012-00042-00

¹⁰ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición, consultado en <http://lema.rae.es/drae/?val=surja>

conforme al cual: "La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento", es preciso entonces que el juez sea muy cauteloso y guarde moderación, con el fin que el decreto de esta medida cautelar no signifique tomar partido definitivo en el juzgamiento del acto ni prive a la autoridad pública que lo produjo o al demandado, de que ejerzan su derecho de defensa y que para la decisión final se consideren sus argumentos y valoren sus medios de prueba. Partiendo de este análisis, el Tribunal procede a decidir respecto de la suspensión provisional solicitada:

La Resolución Rectoral N° 35.823 de 17 de octubre de 2012 "por medio de la cual se deroga la Resolución 12094 del 4 de mayo de 1999¹¹" es del siguiente tenor:

"CONSIDERANDO

1. Que el artículo 1° de la Resolución Rectoral 12094 del 4 de mayo de 1999, ordenó:

"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 dicha Ley, hasta que el Instituto de Seguros Sociales, bien motu proprio, o por orden judicial, asuma la misma." (Subrayas del texto).

2. Que dicha resolución se expidió, entre otras consideraciones, partiendo del supuesto que existía certeza jurídica de los derechos de los servidores de la Universidad, beneficiarios del régimen de transición, en relación al deber de incluir en la liquidación de su pensión como factor salarial, las primas de navidad, de vacaciones y semestral.
3. Que el pago temporal denominado subrogación se encontraba condicionado a que el Instituto de Seguros Sociales, bien motu proprio, o por orden judicial, incluyera las primas de servicios, navidad y vacaciones, en la liquidación de la pensión de vejez del personal Universitario, que cumpliera las condiciones indicadas en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

¹¹ Obra en copia autentica de folios 14 a 18.

4. Que la Universidad de Antioquia realizó todas las gestiones pertinentes para lograr que el Instituto de Seguros Sociales incluyera las primas de servicios, navidad y vacaciones, en la liquidación de la pensión de vejez del personal Universitario, obteniendo siempre una respuesta negativa de dicha entidad.
5. Que en virtud de lo anterior, la Universidad de Antioquia interpuso demanda contra el Seguro Social, de manera conjunta con algunos pensionados, proceso que fue de conocimiento en primera instancia del Juzgado Octavo Laboral del Circuito, quien en Sentencia del 14 de agosto de 2009, absolvió al Seguro Social, motivo por el que el apoderado de la parte demandante procedió a interponer el recurso de apelación.
6. Que el recurso de apelación fue resuelto por la Sala Quinta Laboral de Descongestión, del Tribunal Superior de Medellín, en Sentencia del 31 de agosto de 2010, quien confirmó la decisión de segunda instancia, con base en los siguientes argumentos:

(...)
7. Que de igual manera se generaron diferentes demandas contra el instituto de Seguros Sociales y contra la Universidad de Antioquia, por parte de algunos pensionados, que pretendían obtener el reconocimiento pensional sobre las primas de servicios, navidad y vacaciones y los jueces en sus providencias absolvieron a ambas entidades demandas.
8. Que ha sido reiterada y homogénea la declaratoria judicial de la inexistencia de la obligación por parte del Seguro Social, de liquidar la pensión de vejez incluyendo todo lo devengado, es decir, las primas de navidad, servicios y vacaciones, de quienes estando en régimen de transición les faltaba menos de 10 años para pensionarse.
9. Que el artículo 114 de la Ley 1395 de 2010, consagró que "Las entidades públicas de cualquier orden, encargadas de reconocer y pagar pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salariales de sus trabajadores o afiliados, o comprometidas en daños causados con armas de fuego, vehículos oficiales, daños a reclusos, conscriptos, o en conflictos tributarios o aduaneros, para la solución de peticiones o expedición de actos administrativos, tendrán en cuenta los precedentes jurisprudenciales que en materia ordinaria o contenciosa administrativa, por los mismos hechos y pretensiones, se hubieren proferido en cinco o más casos análogos", motivo por el que la Universidad deberá dar

plena aplicación al precedente jurisprudencial existente sobre la materia.

En consecuencia,

RESUELVE

ARTÍCULO 1º Derogar la Resolución Rectoral 12094 del 4 de mayo de 1999 "Por la cual la Universidad se subroga en una obligación del Instituto de Seguros Sociales, para dar cumplimiento a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993", con fundamento en o expuesto en la parte motiva de esta Resolución.

ARTÍCULO 2º Ordénese a la Vicerectoría Administrativa resolver las situaciones jurídicas de carácter individual y concreto, creadas a partir de la expedición de la Resolución 12094 del 4 de mayo de 1999, conforme a los principios, normas jurídicas y jurisprudencia vigentes en la materia.

ARTICULO 3º La presente resolución entra en vigencia a partir de su promulgación y deroga las disposiciones que le sean contrarias".

La Resolución Rectoral 12.094 del 4 de mayo de 1999, "Por la cual la Universidad se subroga en una obligación del Instituto de Seguros Sociales, para dar cumplimiento a lo dispuesto por el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993"¹², tiene el siguiente contenido:

"CONSIDERANDO

1. Que la ley 100 de 1993 definió el Sistema General de Pensiones compuesto por dos regímenes: Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, y Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, administrado por el Instituto de Seguros Sociales -ISS-.
2. **Que la Universidad asume el reconocimiento, liquidación y pago de las pensiones de los servidores universitarios que cumplieron con los requisitos para el reconocimiento de su derecho antes del 1º de enero de 1997, según el régimen que tenían vigente.**

Los empleados públicos, los trabajadores oficiales y el personal docente que han cumplido con el tiempo de servicios al 31 de diciembre de 1996 y no han llegado a la edad señalada para adquirir el derecho a la pensión, según el régimen que los venía rigiendo, siempre y cuando no se encuentren afiliados a alguna de las Administradoras del Sistema General de Pensiones.

¹² Obra copia autentica a folios 20 a 24.

3. **Que el Instituto de Seguros Sociales debe reconocer, liquidar y pagar las pensiones de los servidores de la Universidad que cumplan requisitos a partir del 1 de enero de 1997, se encuentren en el régimen de transición y que al momento de entrar en vigencia el Sistema, les faltare menos de 10 años para gozar de su pensión.**
4. Que el legislador en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagró un Ingreso Base de Liquidación específico, para quienes se encuentren en el régimen de transición y les faltaren menos de 10 años para gozar de su pensión:

"El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de la devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de Precios al Consumidor, según certificación que expida el DAÑE...".
5. Que tal Ingreso Base de Liquidación se reitera en el artículo 4 del Decreto 691 del 29 de marzo de 1994; el inciso segundo del artículo 3 del Decreto 813 del 21 de abril de 1994; el inciso primero del artículo 34 e inciso tercero del artículo 44 del Decreto 1748 del 12 de octubre de 1995; el inciso séptimo del artículo 13 y el inciso tercero del artículo 22 del Decreto 1474 del 30 de mayo de 1997; el inciso trece del artículo 18 del Decreto 1513 del 4 de agosto de 1998.
6. Que la Universidad reconoce, liquida y paga las pensiones de los servidores universitarios a su cargo, según el ingreso base de liquidación que consagra el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es decir, con el promedio de lo devengado, que incluye las primas de vacaciones, de navidad y semestral.
7. Que el Instituto de Seguros Sociales reconoce, liquida y paga las pensiones de los servidores universitarios a su cargo que se encuentra en régimen de transición y al momento de entrar en vigencia el Sistema les faltare menos de diez años para adquirir su derecho, asimilando el Ingreso Base de Liquidación al Ingreso Base de Cotización, en consecuencia, no aplica el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ya citado.
8. Que existe certeza jurídica de los derechos de los servidores de la Universidad beneficiarios del régimen de transición y que al momento de entrar en vigencia la Ley les faltare menos de 10 años para adquirir su derecho a la pensión de jubilación, para que se les liquide su pensión según "el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello", es decir, incluyendo las primas de vacaciones, de navidad y semestral, que para nuestros empleados públicos, docentes o no, constituyen factor salarial.
9. Que la Universidad ha realizado diferentes gestiones ante el Instituto de Seguros Sociales para que éste liquide las pensiones referidas en los términos del inciso tercero del artículo 36 de la Ley

100 de 1993, sin que hasta la fecha se tenga una respuesta satisfactoria.

10. Que la Honorable Corte Constitucional manifestó, en sentencia del 10 de septiembre de 1997:

"La pensión es un derecho irrenunciable, de naturaleza programática, que puede dar lugar a una tutela cuando por conexión directa resulta desconocido un derecho fundamental, como es el derecho al mínimo vital. Cuando a un anciano se le han dejado de cancelar las pensiones por cuenta de una diferencia de interpretación entre el antiguo patrono y el I.S.S.; ya que el primero estima que el seguro ha debido asumir el pago de dicha prestación social por haber cumplido con la obligación de cotizar durante el tiempo señalado en la ley, y el otro considera todo lo contrario, corresponde al empleador llevar el conflicto ante la justicia ordinaria para que sea esta la que defina quien debe pagar la pensión, pero no puede abandonar al extrabajador, pues ello vulnera el derecho al mínimo vital..."

11. Que la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional es obligatoria para los aplicadores e intérpretes de las normas.
12. Que no se concibe un Estado Social de Derecho que niegue o dificulte el acceso a los derechos conseguidos por servicios prestados al mismo Estado, máxime cuando la pensión se ha concebido por la doctrina como un salario diferido.
13. **Que son funciones del Rector el cumplir y hacer cumplir las normas constitucionales y legales; en consecuencia, con la certeza de la existencia de los derechos de los servidores de la Universidad beneficiarios del régimen de transición y que al momento de entrar en vigencia el Sistema les faltare menos de 10 años para adquirir su derecho, de que en la liquidación de su pensión se incluyan como factor salarial las primas de navidad, de vacaciones y semestral; en aras de cumplir con el deber de procurar la efectividad de los derechos y principios constitucionales de sus servidores y acatando la jurisprudencia constitucional y la ley, la Universidad se subrogará en la cuota parte de la obligación que el Instituto de Seguros Sociales no les reconoce.**

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: 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 dicha Ley, hasta que el Instituto de Seguros Sociales, bien motu proprio, o por orden judicial, asuma la misma.

ARTÍCULO SEGUNDO: En consecuencia, se subrogan las pensiones que ha reconocido el Instituto de Seguros Sociales a los

servidores referidos y a los que a partir de la fecha les reconozca la pensión, en el porcentaje que dicha entidad no cancela conforme al inciso tercero del artículo 36 de la ley 100 de 1993, es decir, sobre el derecho que tienen, con base en las primas de navidad, de vacaciones y semestral, que constituyen factor salarial.

ARTICULO TERCERO: La Universidad continuará con las acciones administrativas y judiciales necesarias, a fin de que el Instituto de Seguros Sociales asuma debidamente su obligación".

Partiendo del inciso segundo del artículo 229 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en cuanto a que la decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento y de los requisitos establecidos en el artículo 231 ídem para que proceda la medida solicitada, en el presente caso se está dentro del rango del inciso primero de la referida norma por cuanto se pretende la nulidad de un acto administrativo, así entonces para que proceda la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas ya sea en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, para lo cual como atrás se indicó, el juez decretará la medida cuando la violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas o del estudio de las pruebas allegadas con el escrito.

El acto administrativo que pretende se suspenda en sus efectos – Resolución Rectoral 35.823 del 17 de octubre de 2012, por la cual se derogó la Resolución Rectoral 12.094 del 4 de mayo de 1999, por considera el demandante que vulneró el preámbulo, los artículos 1, 2, 13, 29, 48 de la Constitución Política y los artículos 93 y 97 de la ley 1437 de 2011, como también el que denominó principio de pleito pendiente encuentra el tribunal que no se accederá a la medida solicitada por lo que pasa a explicarse.

El demandante argumentó la medida de suspensión provisional que derogó el referido acto administrativo diciendo que la resolución derogada reconocía *“el derecho que tienen los empleados en régimen de transición para gozar de una pensión liquidada con todos los factores salariales, que incluyen las primas. Derogarla, cuando muchos empleados aún no se han jubilado, es arrebatarles el derecho concedido el impedir que lo puedan reclamar más tarde”*¹³.

¹³ Folio 2 cuaderno 2.

Del análisis de las disposiciones invocadas, del acto demandado y de las pruebas allegadas, se tiene que la Resolución Rectoral 35.823 del 17 de octubre de 2012 que derogó la Resolución Rectoral 12.094 del 4 de mayo de 1999 "*por medio de la cual la Universidad se subroga en una obligación del Instituto de Seguros Sociales, para dar cumplimiento a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993*", se tiene que en la parte considerativa de esta resolución la Universidad de Antioquia dice asumir **1)** el conocimiento, liquidación y pago de las pensiones de sus empleados que cumplieron con los requisitos para el reconocimiento de su derecho antes del 1º de enero de 1997, según el régimen que tenían vigente; y **2)** el de los empleados que a 31 de diciembre de 1996 hayan cumplido con el tiempo de servicios y no han llegado a la edad para adquirir el derecho a la pensión, según el régimen que los venía rigiendo, siempre y cuando no se encuentren afiliados a la Administradora del Sistema General de Pensiones.

También se indicó las consideraciones de la referida Resolución 12.094 que el ISS debe reconocer, liquidar y pagar las pensiones de los servidores de la Universidad que cumplan requisitos a partir del 1 de enero de 1997, se encuentren en el régimen de transición y que al momento de entrar en vigencia el sistema, les falten menos de diez (10) años para gozar la pensión; que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 estableció el ingreso base de liquidación para este tipo de personas, estableciéndolo en el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciera falta para pensionarse o el cotizado durante todo el tiempo si fuere superior. La Universidad reconoce, liquida y paga las pensiones a su cargo teniendo en cuenta el ingreso base de liquidación establecido en el artículo 36 de la referida Ley 10 de 1993, con el promedio devengado, **incluyendo las primas de vacaciones, de navidad y semestral;** pero que el ISS reconoce, liquida y paga las pensiones a los servidores Universitarios que se encuentran en el régimen de transición y que al momento de entrar en vigencia el sistema les faltare menos de diez años para adquirir el derecho, **les asimila el ingreso base de liquidación al ingreso base de cotización,** por lo que no les aplica el inciso 3º de la ley 100 de 1993.

Que a pesar de haber hecho las gestiones ante el ISS para que a los empleados de la universidad que se encontraban en dicha circunstancia, se les reconociera, liquidada y pagara la pensión en los términos del inciso 3º de la ley 100 de 1993, **es decir, les**

incluyera las primas de vacaciones, de navidad y semestral, pero que para la fecha de expedición del referido acto administrativo, la universidad no había tenido respuesta satisfactoria, e indica la resolución que: *“ son funciones del Rector el cumplir y hacer cumplir las normas constitucionales y legales; en consecuencia, con la certeza de la existencia de los derechos de los servidores de la Universidad beneficiarios del régimen de transición y que al momento de entrar en vigencia el Sistema les faltare menos de 10 años para adquirir su derecho, de que en la liquidación de su pensión se incluyan como factor salarial las primas de navidad, de vacaciones y semestral; en aras de cumplir con el deber de procurar la efectividad de los derechos y principios constitucionales de sus servidores y acatando la jurisprudencia constitucional y la ley, la Universidad se subrogará en la cuota parte de la obligación que el Instituto de Seguros Sociales no les reconoce”*¹⁴.

En el presente asunto no cabe duda en cuanto a que la Universidad de Antioquia, a través de su rector, diciendo actuar con la certeza de la existencia de los derechos de los servidores de la Universidad beneficiarios del régimen de transición y que al momento de entrar en vigencia el Sistema – Ley 100 de 1993- les faltare menos de 10 años para adquirir su derecho, de que en la liquidación de su pensión se incluyan como factor salarial las primas de navidad, de vacaciones y semestral; se subroga¹⁵ en la cuota parte de la obligación que el Instituto de Seguros Sociales no les reconoce en su pensión.

De lo anterior se tiene que la Universidad actuó con mera liberalidad, en subrogarse en un deber que no le correspondía, por lo que no está obligada en el tiempo a mantener el acto administrativo.

En consecuencia, el Tribunal no se encuentra que se reúnan los requisitos establecidos en el inciso 1º del artículo 231 del Código Contencioso Administrativo para decretar la suspensión provisional de la Resolución 35.823 del 17 de octubre de 2012.

En mérito de lo expuesto, se

¹⁴ Folio 23 cuaderno 1.

¹⁵ El artículo 1666 del Código Civil, define la subrogación como *“la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero que le paga”*.

RESUELVE:

No acceder a la solicitud de suspensión provisional de la Resolución N° 35.823 del 17 de octubre de 2012, expedida por el Rector de la Universidad de Antioquia

NOTIFÍQUESE

**BEATRIZ ELENA JARAMILLO MUÑOZ
MAGISTRADA**