

UNIVERSIDAD DE PAMPLONA – Naturaleza jurídica

La certificación expedida por el Subdirector de Inspección y Vigilancia, del Viceministro de Educación Superior, del Ministerio de Educación Nacional, la Entidad acusada es una Institución de Educación Superior de carácter Oficial y su carácter académico es el de Universidad, creada mediante Resolución No. 1 de 24 de enero de 1967, expedida por el Gobernador de Norte de Santander. Que ésta Institución adquirió el carácter de Institución de enseñanza superior oficial del orden Departamental, a través de los Decretos 553 de 5 de agosto de 1970 y 80 de 7 de febrero de 1974, expedidos por el Gobernador de Norte de Santander, y obtuvo su reconocimiento Institucional como Universidad mediante Decreto 1550 de 13 de agosto de 1971.

FUENTE FORMAL: RESOLUCION 1 DE 1967 / DECRETO 553 DE 1970 / DECRETO 80 DE 1974 / NDECRETO 1550 DE 1971

AUTONOMIA UNIVERSITARIA – Límites / REGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL DE LOS EMPLEADOS PUBLICOS – Competencia

La autonomía universitaria no incluye la facultad de reglamentar el régimen pensional de sus empleados dado que tal función es exclusiva del Congreso de la República por expresa disposición de la Constitución Política, lo que significa que es ilegal cualquier disposición perteneciente a normas de carácter local, como Ordenanzas, Acuerdos Municipales, Resoluciones o Acuerdos de Establecimientos Públicos bien sean Nacionales o del orden Departamental, que regulen la materia.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 69

RETIRO DEL SERVICIO POR RECONOCIMIENTO DE LA PENSION – Facultad del empleador. No es aplicable a los beneficiarios del régimen de transición

Para la Sala, si bien el cumplimiento de los requisitos pensionales constituyen una justa causa de retiro, no quiere decir, que la misma sea una obligación, puesto que la mencionada Ley expresamente señala que el empleador 'podrá', facultándolo para que elija si es o no conveniente el retiro; porque debe recordarse que la Corte Constitucional al referirse a la exequibilidad de la Ley 797 de 2003, dijo que si bien es necesario brindar oportunidades laborales a quienes están en edad de emplearse, no es menos cierto que la conexidad que existe entre el derecho al trabajo y el derecho a la Seguridad Social siendo éste el fruto del primero, donde se encuentra la posibilidad de mejorar la cuantía de la pensión una vez se ha adquirido el derecho. En conclusión las súplicas de la demanda están llamadas a prosperar, teniendo en cuenta que el demandante consolidó su status pensional, encontrándose amparado con el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo que su retiro del servicio no era posible mediante el procedimiento establecido en la norma que aplicó la Administración, configurándose una causal de nulidad del acto, como es la falsa motivación por indebida aplicación de la Ley.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la no aplicación del retiro del servicio por reconocimiento pensional a los beneficiarios del régimen de transición, sentencia de 4 de agosto de 2010, Sección Segunda, Rad. 2533-07, M.P., Gustavo Gómez Aranguren

FUENTE FORMAL: LEY 797 DE 2003

EDAD DE RETIRO FORZOSO DE DOCENTES UNIVERSITARIOS- 75 años de edad. No fue modificada por regulación del retiro del servicio por reconocimiento pensional

Concluye la Corte que el interés constitucional por mantener, en sus puestos de trabajo, a quienes han cumplido con las condiciones de idoneidad suficientes para poder servir a la mejor formación de los educandos, razón por la cual establece a favor de los Docentes Universitarios, la excepción que se analiza, de permitirles permanecer en el cargo durante diez años más, adicionales a la edad de retiro forzoso, por considerar que es útil y necesaria para alcanzar el objetivo perseguido. Ahora bien la Universidad de Pamplona alega en su defensa que lo previsto en el artículo 19 de la Ley 344 de 1996, fue derogado tácitamente por el artículo 24 de la Ley 797 de 29 de enero de 2003, según el cual: “La presente ley rige al momento de su publicación y deroga los artículos 30 y 31 de la Ley 397 de 1997 y demás normas que le sean contrarias.” La Sala no comparte la afirmación de la Universidad, toda vez que el artículo 1° de la Ley 797 de 2003 dejó a salvo los derechos de los trabajadores que habían adquirido su derecho a la entrada en vigencia del renombrado ordenamiento jurídico, es decir el 29 de enero de 2003, según da cuenta el Diario Oficial No. 45079, además que resultan infundados los argumentos de la accionada por cuanto la norma cuya aplicación se pretende no hace más que proteger situaciones consolidadas a la entrada de su vigencia.

FUENTE FORMAL: LEY 344 DE 1996 – ARTICULO 19 / LEY 2400 DE 1968 – ARTICULO 12 / DECRETO 1950 DE 1973 – ARTICULO 122

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCIÓN ‘B’

Consejera ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ

Bogotá D.C., tres (3) de mayo de dos mil doce (2012)

Radicación número: 54001-23-31-000-2006-00767-01(0556-11)

Actor: GUILLERMO LEON DIAZ CARVAJAL

Demandado: UNIVERSIDAD DE PAMPLONA

AUTORIDADES DEPARTAMENTALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 21 de octubre de 2010, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Norte de Santander, que negó las súplicas de la demanda incoada por Guillermo León Díaz Carvajal contra la Universidad de Pamplona.

LA DEMANDA

Estuvo encaminada a obtener la nulidad de las **Resoluciones Nos. 166 y 304 de 27 de enero y 13 de febrero de 2006**, proferidas por el Rector de la Universidad de Pamplona – Norte de Santander, en cuanto dispusieron retirar al demandante del servicio a partir de 1° de febrero de 2006, del cargo de Docente Universitario, porque le fue reconocida la pensión de jubilación, con base en el párrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003.

A título de restablecimiento del derecho, pretende que una vez decretada la nulidad de los actos acusados, se ordene “el pago de la INDEMNIZACIÓN por tiempo de servicio por supresión del cargo”; dando cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 a 178 del C.C.A.

Para fundamentar las anteriores pretensiones expuso los siguientes hechos:

El 31 de enero de 2006 mediante Resolución No. 166, la Rectoría de la Universidad de Pamplona, tomó la decisión de desvincular al demandante sobre la base de la aplicación del párrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003.

Decisión contra la que interpuso recurso de reposición para que se revocara la decisión, por considerar que se debía dar aplicación preferente a lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley 344 de 1996, que le permite a los Profesores permanecer en el cargo hasta los 75 años.

El 17 de febrero de 2006 por Resolución No. 304 el Rector del Ente acusado resolvió el recurso de reposición negándolo.

Con los precitados actos se violaron los derechos adquiridos, igualdad, legalidad, favorabilidad, afectando las condiciones mínimas de vida del actor.

NORMAS VIOLADAS

Como normas violadas se citaron las siguientes:

Constitución Política, artículos 13, 23 y 29; Ley 909 de 2004; artículo 41; Ley 344 de 1996, artículo 19.

CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Acusa los actos de incurrir en desviación de poder por cuanto se aplica una norma legal que no puede aplicarse a los catedráticos universitarios, pues el actor, le manifestó a la Universidad su deseo de continuar laborando conforme al artículo 19 de la Ley 344 de 1996 y el Rector le aplicó una decisión de desvinculación que obedece por supresión del cargo, pues el objetivo de la norma especial es la existencia de la necesidad del servicio del capital humano en preservarse para el interés de la Institución, más aún el interés de la Ley 797 de 2003 es que las Entidades deban vincular funcionarios y generar empleo, pues los fondos de pensiones asumen el pago de dicha prestación y no las Entidades como en el presente caso; sin embargo se puede constatar que el objetivo no era otro distinto que desvincular a un persona humano necesario para la accionada, dando aplicación preferente a las normas de carácter general, en lugar de las especiales.

“Por lo anterior considera que al generarse una desvinculación por supresión del cargo, la persona puede optar en sus pretensiones solicitar el reintegro o la indemnización por supresión del cargo, conforme a sus condiciones especiales como en el presente caso se ha manifestado la no necesidad de los funcionarios debe procederse al pago del derecho adquirido.” (Fls. 2-5 y 25-26)

En el escrito inicial de oposición se expresó que no debe usted pensionar, y que en el fondo hay un proceso de supresión de cargos tanto así que se observa en el Consejo Académico Extraordinario que su Despacho convocó el día 20 de diciembre de 2005 que se debía pensionar profesores por ausencia de necesidad del cargo, tanto así que si Usted suscribió así: “Que ante el aumento gradual y diversidad de los programas ofrecidos por la Universidad de Pamplona, así como el auge de sus relaciones nacionales e internacionales, ha decaído el interés de la población estudiantil por ingresar a la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, y con el paso de los días se vienen registrando menos solicitudes de ingreso para este programa.”

Por lo anterior consideró que el Rector debió manifestar en la parte resolutive la causal para dar por terminada la relación legal y reglamentaria, es decir, determinar si por falta de necesidad del servicio, por supresión del cargo, o en su defecto por la norma que Usted menciona tantas veces, debía modificar el numeral primero para manifestar la causal de terminación de la relación legal y terminación, y por tal motivo, es que se niega a dar aplicación a la Ley 344 de 1996.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Rector de la **Universidad de Pamplona – Norte de Santander**, por intermedio de apoderado de folios 47 a 63 y de 154 a 163 dio contestación a la demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones.

Propuso las excepciones de falta de requisitos formales y caducidad de la acción, por considerar que el concepto de violación no estaba lo suficientemente fundamentado como lo prevé el numeral 4° del artículo 137 del C.C.A., además no se presentó la demanda dentro del término previsto en numeral 2° del artículo 136 ibídem, por lo tanto la acción se impetró por fuera del término de Ley.

Indicó que la motivación de los actos implica que la manifestación de la Administración, tiene una causa que lo justifica y ella debe obedecer a criterios de legalidad, certeza de los hechos, debida calificación jurídica y apreciación razonable; y la falsa motivación se configura cuando para fundamentar el acto se dan razones engañosas, simuladas, contrarias a la realidad.

Precisó que la Universidad dando cumplimiento al mandato del Legislador y haciendo uso de la discrecionalidad, profirió el acto administrativo por el cual se reconoció el derecho a la pensión de jubilación del actor, liquidando el monto y ordenando su inclusión en la nómina de jubilados, conforme lo establece la Ley 797 de 2003.

Agregó que la Ley 797 de 2003, en su artículo 9°, parágrafo 3°, establece que: “(...) se considera justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o relación legal o reglamentaria, que el trabajador del sector privado o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo, para tener derecho a la pensión. El empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo o relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las Administradoras del Sistema General de Pensiones”. Lo dispuesto en este artículo rige para todos los trabajadores o servidores públicos afiliados al Sistema General de Pensiones.

Además el mismo ordenamiento jurídico en su artículo 24 ordenó: “La presente Ley rige al momento de su publicación y deroga los artículos 30 y 31 de la Ley 397

de 1997 y **las demás normas que le sean contrarias**", dentro de las cuales se encuentra el artículo 19 de la Ley 344 de 1996, norma que no era especial como equivocadamente lo afirma el demandante, sino de carácter general dado el propósito de su expedición, que corresponde a la racionalización del gasto público y no únicamente la docencia. (Negrilla y subrayado fuera de texto)

El demandante aduce que el Legislador en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales establecidas en los artículos 114 y 150 de la Carta Política, dispuso de esta causal de terminación de la relación laboral, la cual fue avalada por la Corte Constitucional al declarar su exequibilidad, condicionada a la orden "a la orden efectiva y notificada al servidor del reconocimiento de la pensión y su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente", tal como ocurrió en el presente caso sin existir solución de continuidad entre el salario y la pensión, hecho que no viola normatividad alguna, ni constituye un vicio de la decisión de la Administración.

Finalmente con relación a la supuesta supresión del cargo que alega el actor, precisó que es una afirmación carente de prueba ya que el cargo de Docente nunca fue suprimido, es decir, que ante la evolución de la Universidad se hizo necesario la creación de nuevos cargos. Afirma que el cargo del accionante era el de docente y que este cargo durante el periodo 2005 a 2008, no fue suprimido tal como lo certificó el Director de la Oficina de Gestión del Talento Humano de la Universidad.

LA SENTENCIA

El Tribunal Contencioso Administrativo de Norte de Santander, mediante sentencia de 21 de octubre de 2010 (Fls. 178-184), negó las súplicas de la demanda, con la siguiente fundamentación:

Es verdad como lo alega la accionada la falta de argumentación y prueba que adolece la demanda, pues de los escritos presentados no se aprecia ciertamente en qué consistió o consiste la violación de la normatividad citada por parte de los actos acusados, haciendo difícil, por no decir casi imposible realizar la confrontación normativa para el debido control de legalidad.

Sin embargo, señaló que salvo excepciones expresamente contempladas en la Ley para determinados trabajadores y servidores, la regla general para las personas que trabajan en Colombia cuya relación laboral se rige por el Código

Sustantivo del Trabajo, es la que acepta el reconocimiento y pago de la pensión como justa causa para dar por terminada la relación laboral con el trabajador, sin que haya lugar a pagar indemnización.

Con el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, que fue modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, "por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales", cuyo parágrafo 3° autorizó al empleador para dar por terminado el contrato de trabajo, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las Administradoras del Sistema General de Pensiones.

El parágrafo 3° de la precitada Ley, fue declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-1037 de 5 de noviembre de 2003, M.P. Dr. Jaime Araujo Rentería, afirmando que: "(...) siempre y cuando además de la notificación del reconocimiento de la pensión no se pueda dar por terminada la relación laboral sin que se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente."

Quiere decir, que si la determinación de dar por terminada la relación laboral por justa causa con base en el reconocimiento y pago de la pensión, se debe comunicar al servidor para hacer efectiva dicha determinación, y que de la lectura de la Resolución No. 166 de 27 de enero de 2006 (acto acusado), se aprecia que la Rectoría mediante Oficio de 14 de diciembre de 2005 le solicitó al Docente la acreditación de los requisitos para su pensión, la que fue respondida por el actor en el sentido de acogerse a lo establecido en el artículo 19 de la Ley 344 de 1996, que concede a los Docentes la posibilidad de permanecer en servicio activo durante diez años más.

Conforme a lo anotado, se advierte en primer lugar que la Ley 344 de 1996 es contraria a lo dispuesto en el parágrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003, que autorizó al empleador para dar por terminada la relación laboral, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las Administradoras del Sistema General de Pensiones y que hace parte de disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, y como tal es aplicable, además en su artículo 24 (de la Ley 797 de 2003) derogó las normas que le sean contrarias como la establecida en la Ley 344 de 1996 invocada por el demandante.

En esas condiciones, es claro que si la relación laboral termina por el reconocimiento de la pensión de jubilación del servidor, se da o se entiende que es en razón de la justa causa dispuesta en el parágrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003; vale decir, que esta causal se puede invocar en cualquier momento posterior a la inclusión en la nómina de pensionados, como efectivamente ocurrió con el Docente Díaz Carvajal a partir del 1° de febrero de 2006, como lo ordenó la Resolución No. 166 de 27 de enero de 2006, en el artículo cuarto.

EL RECURSO

El demandante inconforme con el anterior proveído, interpuso recurso de apelación visible de folios 187 a 189, con la siguiente fundamentación:

En primer lugar se demandó el acto por el cual se le reconoció la pensión al demandante, la cual no fue solicitada y fue decretada por la Universidad de Pamplona, y que luego de ello ordenó su desvinculación.

“Conforme a la sentencia de exequibilidad del artículo 137 numeral 4° del C.C.A. establece la Corte Constitucional C-197 de 1999 este artículo quedó condicionado a esta norma que se debía proteger los derechos cuando había quebranto de orden constitucional e incompatibilidad, por lo tanto no es una actuar oficioso de parte de la Sala como argumentan los Magistrados, sino que se observa de manera palmaria el mal proceder del Rector en la misma resolución la cual como muy bien dice el Despacho tiene una presunción la cual se cae con la simple vista a ojo de buen cubero.”

Insiste que los argumentos del actor como Docente Universitario, que su derecho se funda en la Ley 344 de 1996, como es decidir cuándo se retira de la Universidad por pensión conforme al artículo 19 a la edad de 75 años, y como la aplicación del artículo 9° de la Ley 797 de 2003, se aplica en el parágrafo tercero de manera inconsulta.

Indica que el Tribunal parte de una premisa falsa o proposición errónea, en el entendido que actúan de manera oficiosa, por así decirlo cuando pretende desestimar los argumentos prácticos de la desviación de poder y la falta de

competencia de la Resolución 166 de 27 de enero de 2006, ya las mismas operan en el presente caso, así:

La Resolución No. 166 de 27 de enero de 2006, el Rector de la Universidad de Pamplona violó la normativa vigente de competencia, ya que la misma retira al demandante, porque la accionada unilateralmente decidió pensionarlo.

La falta de competencia, por cuanto el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, que tiene su fundamento en la sentencia de constitucionalidad C-1037 de 2003, M.P. Dr. Jaime Araujo Rentería, es claro que primero debía solicitar al servidor público que tramite la solicitud de pensión ante el Sistema General de Pensiones, y si éste se niega en el término de treinta (30) días, la autoridad nominadora, es decir, el Rector de la Universidad, solicitó a la Entidad a que estaba adscrito por pensión el trabajador que se le inicie el trámite de reconocimiento de pensión.

Según el Sistema General de Pensiones quien debe en última decidir si pensiona o no al demandante y posterior a la expedición de la Resolución de pensión de la Entidad a la cual está adscrito por pensión, es decir, al Sistema General de Pensiones, el nominador sabiendo la fecha precisa que no debía pensionarlo, porque invocó la Ley 344 de 1996, artículo 19 a los 75 años, y éste es el punto que se debate en el proceso y los actos administrativos que debe resolver el fallador, decidir si se podía o no, que el Ente acusado estuviera facultado para sumir competencias del Sistema General de Pensiones, existiendo la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, en nada los actos administrativos posteriores en especial la Resolución No. 304 de 13 de febrero de 2006, que confirma la primigenia, resuelve la solicitud del actor, por ello hay desviación de poder, por que el objeto como dice la Corte Constitucional en su estudio de la norma utilizada de manera torcida por el rector, es que el Estado pueda contratar una persona a cambio de otra, y la que se pensiona sea asumida por el Fondo de Pensiones, que como todos sabemos no son del Tesoro Público, como lo ha expresado la Corte Constitucional y todos y cada uno de los órganos de la Rama Judicial, los Fondos tienen dineros privados

Insiste que está probada la desviación de poder ya que el acto hizo que el señor Díaz Carvajal fuese pensionado con cargo a la Universidad de Pamplona, la norma utilizada no buscó los fines que debían hacerse y la actuación ilegal del Rector, concluyó con el retiro del actor.

EL CONCEPTO FISCAL

La Procuradora Tercera Delegada ante el Consejo de Estado, de folios 205 a 210 rindió el concepto No. 219-2011, en solicitó se confirme la decisión del Tribunal, teniendo en cuenta los siguientes argumentos:

En primer lugar llama la atención acerca de la variación de los planteamientos del actor, al exponer en la alzada el vicio de incompetencia del Representante Legal del centro Universitario accionado por el hecho de pensionarlo, pues, según su nuevo entender, ello era de competencia del "Sistema General de Pensiones", mientras que en el texto de la demanda y en la subsanación, con evidentes errores de técnica, esbozó el vicio de desviación de poder, fundado en que se aplicó "una norma legal que no puede aplicarse", el cual, valga decir, propiamente se identifica con la causal de nulidad de ilegalidad directa.

Con relación a éste punto novísimo y particular de la incompetencia no puede ser atendido, dado que de él no se tuvo conocimiento en el debate de primera instancia, lo que conlleva, a variar el proceso en desmedro del derecho al debido proceso y de defensa del interviniente pasivo.

Por tanto, en el presente caso se debate se contrae a determinar si el actor como Docente Universitario, le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la indemnización por supresión del cargo que desempeñaba como Servidor Público de la Universidad de Pamplona; supresión acaecida por intermedio del reconocimiento de la pensión de jubilación que se le hiciera a través de los actos administrativos acusados.

Indicó que si esa fue la decisión que se adoptó por la Universidad de Pamplona en cabeza del funcionario idóneo para ello, y la misma fue atacada en sede judicial, encuentra claro que nada tiene que ver esa manifestación de voluntad administrativa propiamente jubilatoria, con una supresión del cargo, como lo interpreta erróneamente y lo alega el actor.

Aduce que no existe relación de causalidad, próxima ni remota, entre el hecho jurídico de ser reconocida la pensión con el hecho jurídico de la supresión de cargos, para fincar una indemnización como reconocimiento del derecho.

Denota una gran confusión del apoderado del accionante al plantear la situación fáctica y jurídica de esa manera, pues advierte además que no existe pedimento de invalidez de los actos de supresión del cargo de su mandante y ello acontece por la única y potísima razón de su inexistencia.

Sabido es que la restauración económica laboral debe estar precedida, indefectiblemente, de la nulidad de los actos administrativos que hayan creado la reprochada situación irregular, y mal puede deducirse un restablecimiento del derecho, cuando el acto atacado conserva incólume la presunción de legalidad y, menos, como en el presente caso, inferirse de una decisión que no apunta a esa clase de restablecimiento.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado procede la Sala a decidir previas las siguientes

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Consiste en determinar si el actor podía ser retirado del servicio una vez se le reconoció la pensión de jubilación conforme a la causal de que trata el artículo 9º de la Ley 797 de 2003 ó si por el contrario “tiene derecho al reconocimiento y pago de la indemnización por supresión del cargo”; ó si debió permanecer en el cargo hasta la edad de retiro forzoso, por encontrarse amparada por el régimen de transición, incluso hasta la edad de 75 años por tratarse de un Docente Universitario y según lo previsto en la Ley 344 de 1996.

ACTOS ACUSADOS

Resolución No. 166 de 27 de enero de 2006, emanada del Rector de la Universidad de Pamplona, por la cual se retiró del servicio al demandante a partir del 1º de febrero de 2006, del cargo de Docente Universitario, por considerar que tiene reconocida la pensión vitalicia de vejez. (Fls. 8-11)

Resolución No. 304 de 13 de febrero de 2006, suscrita por el Rector de la Universidad de Pamplona, por la cual se confirmó la Resolución 166 de 27 de enero del mismo año, mediante la cual se retiró del servicio al actor y no tuvo en cuenta que optó por permanecer en el cargo hasta los 75 años, en aplicación de lo previsto en la Ley 344 de 1996. (Fls. 6-7)

ANÁLISIS DE LA SALA

Cuestión Previa

Previo a proferir decisión definitiva en el proceso de la referencia, la Sala observa, al igual que la Agencia Fiscal, que la demanda adolece de argumentación y el acervo probatorio allegado al expediente es paupérrimo; además que como restablecimiento solicitó, que una vez decretada la nulidad de los actos acusados, se ordene “el pago de la INDEMNIZACIÓN por tiempo de servicio por supresión del cargo”; dando cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 a 178 del Código Contencioso Administrativo.

Sin embargo la Universidad de Pamplona al dar contestación a la demanda, a folio 49 del expediente, claramente entiende que se trata “**DE LA DESVINCULACIÓN DEL ACTOR POR RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN. PARÁGRAFO 3° DEL ARTÍCULO 33 DE LA CITADA LEY 797/03 CAUSAL AUTÓNOMA. JUSTA CAUSA PARA DAR POR TERMINADA LA RELACIÓN LEGAL Y REGLAMENTARIA.**” (Se resalta)

En esas condiciones la Sala entrará a conocer de las súplicas de la demanda dando prevalencia al Derecho Sustancial sobre el Procesal.

De la Naturaleza Jurídica de la Universidad de Pamplona

Según da cuenta la certificación expedida por el Subdirector de Inspección y Vigilancia, del Viceministro de Educación Superior, del Ministerio de Educación Nacional, la Entidad acusada es una Institución de Educación Superior de carácter Oficial y su carácter académico es el de Universidad, creada mediante Resolución No. 1 de 24 de enero de 1967, expedida por el Gobernador de Norte de Santander.

Que ésta Institución adquirió el carácter de Institución de enseñanza superior oficial del orden Departamental, a través de los Decretos 553 de 5 de agosto de 1970 y 80 de 7 de febrero de 1974, expedidos por el Gobernador de Norte de Santander, y obtuvo su reconocimiento Institucional como Universidad mediante Decreto 1550 de 13 de agosto de 1971.

De la Autonomía Universitaria

El artículo 69 de la Constitución Política garantiza la autonomía universitaria que se traduce en comportamientos administrativos de gestión tales como darse sus propios reglamentos, estatutos y directivas, su tenor literal es el siguiente:

“Se garantiza la autonomía universitaria. Las universidades podrán darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos, de acuerdo con la ley. La ley establecerá un régimen especial para las universidades del Estado. El Estado fortalecerá la investigación científica en las universidades oficiales y privadas y ofrecerá las condiciones especiales para su desarrollo. El Estado facilitará mecanismos financieros que hagan posible el acceso de todas las personas aptas a la educación superior.”

Esta autonomía significa que la Institución puede organizarse internamente dentro de los parámetros que el Estado le permite al reconocerle la calidad de Universidad.

La llamada autonomía universitaria debe entenderse como la capacidad de disponer conforme a la misma Constitución y a la Ley, de un margen de manejo y organización que le permite al Ente Universitario dirigir sus destinos con arreglo a sus propios objetivos, pero siempre bajo la dirección del Estado.

Por mandato expreso del artículo 63 de la Constitución de 1886, con sus reformas, en especial la de 1957, la Ley debía determinar las condiciones de jubilación y la serie o clase de servicios civiles o militares que dan derecho a pensión del Tesoro Público y el Presidente de la República, los Gobernadores, los Alcaldes y, en general, todos los funcionarios que tengan facultad de nombrar y remover empleados administrativos, no podrán ejercerla sino dentro de las normas que expida el Congreso para regular las condiciones de acceso al servicio público y de jubilación, retiro o despido.

El artículo 150, numeral 19, ordinal e) de la Constitución Política de 1991, dispone:

“Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...)

19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el gobierno para los siguientes efectos: (...)

e). Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la fuerza pública. (...)

Empero la autonomía universitaria no incluye la facultad de reglamentar el régimen pensional de sus empleados dado que tal función es exclusiva del Congreso de la República por expresa disposición de la Constitución Política, lo que significa que es ilegal cualquier disposición perteneciente a normas de carácter local, como Ordenanzas, Acuerdos Municipales, Resoluciones o Acuerdos de Establecimientos Públicos bien sean Nacionales o del orden Departamental, que regulen la materia.

De la Aplicación de la Ley 797 de 2003

La Ley 797 de 29 de enero de 2003, por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales, en el parágrafo 3° del artículo 9°, expresó:

“Se considera justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, que el trabajador del sector privado o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión. El empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones.

Transcurridos treinta (30) días después de que el trabajador o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión, si este no la solicita, el empleador podrá solicitar el reconocimiento de la misma en nombre de aquel.

Lo dispuesto en este artículo rige para todos los trabajadores o servidores públicos afiliados al sistema general de pensiones.”

La Corte Constitucional mediante sentencia C-1037 de 5 de noviembre de 2003, M.P. Dr. Jaime Araújo Rentería, declaró exequible la norma precitada, con las siguientes consideraciones:

“(...) 7.- El cargo de inconstitucionalidad formulado por el actor contra el párrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003 está fundado en el argumento de que el Legislador quebrantó la libertad laboral, la intimidad, el libre desarrollo de la personalidad, la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos laborales, la favorabilidad y “la primacía de la realidad sobre las formalidades de las disposiciones legales” de las personas titulares de relaciones laborales públicas o privadas, al permitir que puedan ser retirados del servicio al cumplir con los requisitos para tener derecho a la pensión, y al facultar al empleador terminar la relación laboral cuando sea reconocida o notificada la pensión, así como, también, al facultarlo para solicitar el reconocimiento de la misma a nombre del empleado.

La Corte no comparte ese argumento, pues no tiene respaldo constitucional alguno. Así, el mismo Constituyente facultó al Legislador para que estableciera causales adicionales a las reguladas directamente por la Constitución para el retiro del servicio de los empleados públicos.

En consecuencia, compete al Legislador, en ejercicio de la potestad de configuración política, determinar las demás causales de terminación de las relaciones laborales públicas y privadas, respetando los límites, principios y valores constitucionales. Por tanto, la regulación prevista en el párrafo 3° del artículo 9° de Ley 797 de 2003, al establecer una causal de terminación de la relación laboral, tiene amparo constitucional, si se entiende como más adelante se indicará.

8.- En ese orden ideas, cuando un trabajador particular o un servidor público han laborado durante el tiempo necesario para acceder a la pensión, es objetivo y razonable que se prevea la terminación de su relación laboral. Por un lado, esa persona no quedará desamparada, pues tendrá derecho a disfrutar de la pensión, como contraprestación de los ahorros efectuados durante su vida laboral y como medio para gozar del descanso, en condiciones dignas, cuando la disminución de su producción laboral es evidente. Por otro lado, crea la posibilidad de que el cargo que ocupaba sea copado por otra persona, haciendo efectiva el acceso en igualdad de condiciones de otras personas a esos cargos, pues no puede perderse de vista que los cargos públicos no son patrimonio de las personas que lo ocupan.

9.- Además de lo anterior, en anteriores oportunidades cuando esta Corporación estudió las disposiciones legales sobre edad de retiro forzoso, manifestó que era legítimo ese retiro por cuanto permitía la realización de varios derechos. Al servidor público se le hacía efectivo su derecho al descanso, con el disfrute de la pensión. Se permitía, asimismo, el acceso de las nuevas generaciones a los cargos públicos. Y a la función pública enrumbarse por caminos de eficacia y eficiencia, al contar con nuevo personal. (...)”

A la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003 existía la posibilidad de seguir trabajando y cotizando durante 5 años más para aumentar el monto pensional o para completar los requisitos si fuere el caso a la luz de lo dispuesto por el párrafo 3°

del artículo 33 de la Ley 100 de 1993;¹ empero éste artículo fue modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, estableciendo como justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación laboral legal y reglamentaria, que el trabajador cumpla con los requisitos establecidos para tener derecho a la pensión.

Quedando supeditada dicha posibilidad a la decisión del empleador, quien a partir de la modificación normativa, podrá dar o no por terminada la relación laboral, siempre y cuando se tenga certeza de la notificación del reconocimiento pensional y de la inclusión en nómina del llamado a pensionarse.

Al respecto la Sección Segunda de esta Corporación en sentencia de 4 de agosto de 2010, expediente 2533-07, M.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, unificó el criterio de la Sala, con el siguiente contenido literal.

“(...) Ahora, el tiempo de servicio y la edad para alcanzar el status pensional pleno, es parte singular de lo previsto en el artículo 36 inciso 2° de la Ley 100 de 1993; ya lo era en la Ley 33 de 1985 que en el párrafo 2° de su artículo 1° excluyó de su contenido regulador en materia pensional, a quienes a la fecha de expedición de la misma habían cumplido 15 años continuos o discontinuos de servicios, y a su vez, la Ley 797 de 2003 que estableció un sistema de transición por éste factor que luego fuera declarado inexecutable.² La jurisprudencia ha reconocido régimen de transición en razón de la edad con aplicación de la Ley 6° de 1945 en función de las situaciones jurídicas consolidadas a la luz del Decreto 3135 de 1968, cuyos preceptos fueron afectados por su derogatoria en virtud de la Ley 33 de 1985, y además en atención a que el Decreto 3135 tenía aplicabilidad a empleados del orden nacional y no territorial.

En lo concerniente al monto de la pensión, los elementos que describen la integración del régimen de transición son quizá más amplios que los atrás analizados pues dada la cantidad de sistemas excepcionales de pensión de jubilación, las situaciones jurídicas consolidadas dentro del tránsito legislativo resultan de difícil sistematización, aun así, habrá que precisar que hacen parte del régimen de transición la totalidad de elementos con capacidad de determinar o influir el valor de la pensión y que dentro del ámbito del régimen de transición hayan tenido vocación jurídica para estructurar y consolidar en cada caso una determinada situación. En efecto, integran el régimen de transición el derecho a permanecer en el empleo hasta la edad de retiro forzoso -asunto precisamente debatido

¹ Ley 100 de 1993, ARTICULO 33. Requisitos para Obtener la Pensión de Vejez. Para tener derecho a la pensión de vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones: (...)

PARAGRAFO 3. No obstante el requisito establecido en el numeral 2 de este artículo, cuando el trabajador lo estime conveniente, podrá seguir trabajando y cotizando durante 5 años más, ya sea para aumentar el monto de la pensión o para completar los requisitos si fuere el caso.”

² Ley 797 de 2003. Artículo 18. Modifica el inciso segundo, se modifica el inciso quinto y se adiciona el párrafo 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. INEXEQUIBLE. Corte Constitucional. Sentencia C-1056 de 2003.

en esta causa, porque esta prerrogativa es particularmente incidente en la fijación del valor del monto pensional, o en algunos casos, el derecho a obtener la liquidación del valor de la pensión a partir de la totalidad de los ingresos percibidos de forma mensual sin descontar aquellos en los que estrictamente se hicieron aportes conforme al régimen anterior, de manera que la integración de este elemento en los regímenes de transición se completa con todos aquellos que de manera directa tienen capacidad para determinar el valor de la liquidación o reliquidación pensional, por lo que el fallador debe abarcar su análisis para identificar en cada caso el derecho a la transición más allá del mero contenido descriptivo de la norma al fijar los condicionantes para el cálculo del quantum pensional.

En esta perspectiva, la aplicación de la Ley 797 de 2003 en su artículo 9° parágrafo 3°, en cuanto estipula como justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal y reglamentaria el cumplimiento de los requisitos establecidos para tener derecho a la pensión, se supedita al respeto del derecho de transición en el componente que examinamos, pues si el empleado consolidó sus derechos atendiendo la posibilidad de diferir el goce de su pensión y acceder a la reliquidación del monto de pensión prevista en el artículo 150 de la Ley 100 de 1993, es indiscutible que por efecto del derecho a la transición: i) podrá quedarse en el empleo para reajustar su derecho pensional mas allá de la fecha en que se le notificó el acto administrativo que reconoce su derecho a la pensión de jubilación, y ii) no podrá ser obligado a retirarse por el solo hecho de haberse expedido a su favor resolución de jubilación si no ha llegado a la edad de retiro forzoso, toda vez que el derecho a la transición y la concreción del derecho pensional a la luz del mismo, le preservan y habilitan la posibilidad de reliquidar el valor de su pensión en los eventos allí determinados.

En estas condiciones el componente económico del derecho de transición, convoca en su estructura a otras normas que ciertamente poseen relación directa con los elementos integradores del mismo, sin que el fallador pueda alegar una situación de derogatoria de la Ley como pretexto para desconocer los alcances de un régimen de transición configurado y habilitado por el propio Legislador. Aquí sin duda milita una situación de confianza legítima que el orden jurídico no puede desconocer.

Consecuencialmente y como puede apreciarse de lo expuesto, para la Sala es objetivo que el principio de inescindibilidad de régimen para efectos de la reliquidación pensional, nacido del desarrollo jurisprudencial del principio de favorabilidad laboral contenido en el artículo 53 de la Constitución, ha de interpretarse de manera racional, esto es cuidando en no llegar al absurdo de, so pretexto de aplicar la inescindibilidad de un régimen, en la práctica, desconocer condiciones más favorables a las que eventualmente habría accedido un empleado, y que por razón de retrotraer su status a normas anteriores, tales beneficios eventualmente no tengan lugar, como suele ocurrir con ciertos sistemas de liquidación del quantum pensional, circunstancialmente más favorables en la norma actual y menos beneficiosos a la luz del régimen de transición que habilita la

normatividad anterior, creando con ello una hipótesis en la que es posible reconocer que el empleado consolidó derechos a la luz de una y otra norma. En esta circunstancia es evidente que la razón de favorabilidad aconseja atenuar el principio de inescindibilidad, en función de las particularidades del régimen que in factum resulte de mejor beneficio para el trabajador.

Esta Sala ya se había pronunciado sobre el punto en sentencia de 4 de septiembre de 2003,³ cuando observó el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que por supuesto remite en tiempo de servicio, edad y monto al régimen anterior, más en lo atinente a la liquidación optó por lo establecido en el inciso 3° ibidem por encontrar que dicho procedimiento resulta más beneficioso de aquel que emergía del régimen anterior, por lo que es evidente, que la jurisprudencia de esta Corporación no discute la posibilidad de atenuar el principio de inescindibilidad de regímenes en función de razones de favorabilidad específica, al fin y al cabo la fuente del principio en mención es la misma, es decir las condiciones más beneficiosas para el titular de los derechos laborales. Claro que se trata de una flexibilidad sujeta a la aplicabilidad concurrente de las normas que constituyen o crean la circunstancia de favorabilidad, de tal modo que la inescindibilidad opera de manera plena si esta hipótesis no tiene lugar, es decir, es jurídicamente inadmisibles que so pretexto de la atenuación de este principio, expuesto en función de la favorabilidad, se llegue al extremo de mezclar regímenes especiales con regímenes genéricos, cuestión que por la mera razón lógica de la estructura del régimen jurídico es inadmisibles. En conclusión, la figura expuesta es un elemento más para reconocer el alcance y contenido del derecho pensional a la transición como una prerrogativa autónoma, cuya naturaleza jurídica participa de la jerarquía constitucional atribuida a la seguridad social. (...)"

Para la Sala, si bien el cumplimiento de los requisitos pensionales constituyen una justa causa de retiro, no quiere decir, que la misma sea una obligación, puesto que la mencionada Ley expresamente señala que el empleador 'podrá', facultándolo para que elija si es o no conveniente el retiro; porque debe recordarse que la Corte Constitucional al referirse a la exequibilidad de la Ley 797 de 2003, dijo que si bien es necesario brindar oportunidades laborales a quienes están en edad de emplearse, no es menos cierto que la conexidad que existe entre el derecho al trabajo y el derecho a la Seguridad Social siendo éste el fruto del primero, donde se encuentra la posibilidad de mejorar la cuantía de la pensión una vez se ha adquirido el derecho.

Teniendo que observarse igualmente que si el funcionario público se encuentra amparado con el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 1993, igualmente le son aplicable las previsiones del parágrafo del

³ Expediente No. 3636-02.

artículo 150 ibídem, según el cual “no podrá obligarse a ningún funcionario o empleado público a retirarse del cargo por el sólo hecho de haberse expedido a su favor la resolución de jubilación, si no ha llegado a la edad de retiro forzoso.” **(Se resalta)**

Caso Concreto

En el sub-lite está probado que el actor prestó sus servicios a la Universidad de Pamplona y que a la fecha tiene 55 años (Fls. 9 Vto.), es decir, que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993-1° de abril de 1994-, contaba con más de 15 años de servicio y 40 años de edad, por tanto quedó cobijado con el régimen de transición previsto en el artículo 36 ibídem.

Con relación al reconocimiento pensional según da cuenta la Resolución No. 166 de 27 de enero de 2006 (acto Acusado), se pudo establecer que:

“(...) 17. Que en razón de que el Docente GUILLERMO LEÓN DÍAZ CARVAJAL, se encontraba afiliado y cotizaba al Instituto de Seguro Social al momento de entrar en vigencia la Ley 100, la Universidad deberá pensionar al funcionario y continuar cotizando al Instituto de Seguro Social para el seguro de invalidez, vejez y muerte, hasta tanto el Instituto reconozca y asuma la pensión definitiva.

18. Que en caso de presentarse diferencia entre la pensión reconocida por la Universidad y la reconocida por el Instituto de Seguro Social, la Universidad seguirá reconociendo la diferencia.

19. Que la Ley 33 de 1985 unificó en 55 años la edad de varones y mujeres y veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos para acceder a la pensión mensual vitalicia de jubilación.

20. Que el Docente GUILLERMO LEÓN DÍAZ CARVAJAL reúne los requisitos de edad y tiempo de servicio exigidos por la Ley 33 de 1985, toda vez que ha laborado durante treinta dos años y cuenta con una edad mayor a los 55 años.

21. Que por parte de la Universidad de Pamplona se ha efectuado liquidación de la pensión a la que tiene derecho el profesor GUILLERMO LEÓN DÍAZ CARVAJAL, en los términos del Artículo 36 de la Ley 100 de 1993, (...).

RESUELVE:

(...)

ARTÍCULO SEGUNDO: La Universidad de Pamplona pagará la suma determinada en el Artículo anterior, hasta el momento en que el Docente GUILLERMO LEÓN DÍAZ CARVAJAL cumpla con los requisitos

exigidos por el Instituto de Seguros Sociales para acceder a la pensión de vejez por cuenta de la Entidad. (...)" (Fls. 9 Vto.)

Del acto acusado se infiere por un lado que la Universidad de Pamplona no le comunicó al demandante la inclusión en nómina de pensionados conforme a lo previsto en la Ley y la Jurisprudencia de esta Corporación, por tanto no era posible que la accionada hubiera dado por terminada la relación laboral, coartándole la posibilidad de mejorar el derecho pensional a partir de los sueldos devengados con posterioridad; por otro lado que la Entidad encargada del reconocimiento pensional del actor, es el Instituto de Seguros Sociales, quien hasta la fecha (según lo probado) no ha efectuado reconocimiento prestacional alguno; finalmente que el reconocimiento efectuado mediante la Resolución No. 166 de 27 de enero de 2006, está condicionado a que el accionante "cumpla con los requisitos exigidos por el Instituto de Seguros Sociales para acceder a la pensión de vejez por cuenta de la Entidad. (...)"

Lo anterior, teniendo en cuenta que su situación se encuentra amparada por lo dispuesto en el artículo 150 ibídem, según el cual "los funcionarios y empleados públicos que hubiesen sido notificados de la resolución de jubilación y que no se hayan retirado del cargo, tendrán derecho a que se les reliquide el ingreso base para calcular la pensión, incluyendo los sueldos devengados con posterioridad a la fecha de notificación de la resolución."

Además en su parágrafo expresa que no podrá obligarse a ningún funcionario o empleado público a retirarse del cargo por el sólo hecho de haberse expedido a su favor la Resolución de jubilación, si no ha llegado a la edad de retiro forzoso.

Además que la misma Ley 797 de 2003 en su artículo 1°, dispuso que las normas allí contenidas se aplicarían a todos los habitantes del Territorio Nacional, conservando y respetando todos los derechos, garantías, prerrogativas servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones anteriores, Pactos, Acuerdos o Convenciones Colectivas de Trabajo, para quienes a la fecha de su entrada en vigencia - 29 de enero de 2003-, hayan cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores públicos, oficial, semioficial en todos los órdenes.

En conclusión las súplicas de la demanda están llamadas a prosperar, teniendo en cuenta que el demandante consolidó su status pensional, encontrándose amparado con el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo que su retiro del servicio no era posible mediante el procedimiento establecido en la norma que aplicó la Administración, configurándose una causal de nulidad del acto, como es la falsa motivación por indebida aplicación de la Ley.

En esas condiciones sobre el particular se revocará la decisión de primera instancia que negó las súplicas de la demanda, y en su lugar ordenará el reintegro del actor con las consecuencias económicas que ello conlleva.

De la Aplicación de la Ley 344 de 1996

Ahora bien, el actor en la alzada pretende se tomen los 75 años de edad, como edad de retiro forzoso, con fundamento en lo previsto en el artículo 19 de la Ley 344 de 1996,⁴ según la cual:

“Sin perjuicio de lo estipulado en las Leyes 91 de 1989, 60 de 1993 y 115 de 1994, el servidor público que adquiera el derecho a disfrutar de su pensión de vejez o jubilación podrá optar por dicho beneficio o continuar vinculado al servicio, hasta que cumpla la edad de retiro forzoso. Los docentes universitarios podrán hacerlo hasta por diez años más. La asignación pensional se empezará a pagar solamente después de haberse producido la terminación de sus servicios en dichas instituciones.” (Resaltado fuera de texto)

La Corte Constitucional, declaró exequible el precitado artículo, mediante Sentencia C-584-97 de 13 de noviembre de 1997, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, con la siguiente fundamentación:

“La constitucionalidad de las excepciones consagradas en la norma estudiada
23. El artículo 19 consagra dos excepciones. En primer lugar indica que la prohibición de gozar simultáneamente de la pensión y el salario no se aplican a los docentes afiliados al Fondo de prestaciones sociales del magisterio. En segundo término, señala que los profesores universitarios pueden seguir trabajando durante diez años más después de haber cumplido la edad de retiro forzoso.

24. En cuanto se refiere a la garantía de regímenes especiales, como los contenidos en las leyes 91 de 1989, 60 de 1993 y 115 de 1994, cabe recordar que la Corte ya ha indicado que es exequible si persigue la

⁴ Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones.

protección de bienes o derechos del grupo de trabajadores vinculado a tal régimen. Al respecto la Corporación señaló: (...)

En consecuencia, nada obsta para que, en el presente caso, la ley hubiese permitido la subsistencia del régimen excepcional anterior aplicable a los maestros afiliados al fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio, que es, en efecto, más favorable que el régimen general. (...)

26. En el presente caso, el legislador consagra, a favor de un tipo de servidores vinculados al régimen de carrera administrativa, una prerrogativa que no se atribuye a la generalidad de los restantes servidores sometidos al mismo régimen, consistente en concederles la facultad de diferir, durante diez años, la edad de retiro forzoso.

La excepción consagrada, tiene la finalidad de permitir que los docentes universitarios ejerzan sus funciones hasta los setenta y cinco años, **si así lo consideran conveniente y si no han incurrido en ninguna causal de retiro. El objetivo no es otro que el de autorizar a los centros de educación superior y a las personas que han demostrado sus calidades docentes para que estas puedan permanecer en el servicio de la educación superior. (...)**

En el presente caso, los eventuales grupos excluidos de la prerrogativa que concede, a los docentes universitarios, la disposición estudiada, se encuentran en la denominada “zona de penumbra”. En efecto, no existen criterios objetivos suficientes que le permitan al juez constitucional afirmar con toda certeza quienes deberían gozar de beneficio similar. En estas condiciones, en atención al principio democrático, debe afirmarse que corresponde al legislador, la definición de tales asuntos. En otras palabras, es probable que servidores públicos distintos de los docentes universitarios tengan iguales razones para permanecer un tiempo más largo que el conjunto de los funcionarios sometidos al régimen de carrera, al servicio del Estado. Sin embargo, no es el juez constitucional el llamado a hacer estas clasificaciones, pues las mismas obedecen a criterios vagos que sólo pueden ser definidos por el legislador.” (Resaltado fuera de texto)

Así tenemos que el artículo 19 de la Ley 344 de 1996, busca disminuir el número de solicitudes de pensión a favor de servidores públicos, no obstante, si no alcanza este objetivo, persigue una segunda finalidad, consistente en una distribución más equitativa de los cargos y funciones públicas hasta llegar a la edad de retiro forzoso (65 años), para lo cual, hace referencia a dos excepciones, a saber:

1. La prohibición de gozar simultáneamente de la pensión y el salario no se aplica a los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.
2. Los profesores universitarios pueden seguir trabajando durante diez (10) años más después de haber cumplido la edad de retiro forzoso.

Es decir, que se constituyen en excepción a la regla general sobre edad de retiro forzoso, la que viene a adicionar otras previamente definidas por el Legislador, como las contenidas en los artículos 29 y 31 del Decreto-Ley 2400 de 1968⁵ y en el artículo 122 del Decreto 1950 de 1973.⁶

La Corte Constitucional⁷ ya ha puesto de manifiesto la protección especial que la Constitución confiere a la educación superior, pues el artículo 68 de la Carta Política, señala que la enseñanza estará a cargo de personas de reconocida idoneidad ética y pedagógica, adicionalmente, le impone al Legislador la obligación de garantizar la profesionalización y dignificación de la actividad Docente.

En esas condiciones, concluye la Corte que el interés constitucional por mantener, en sus puestos de trabajo, a quienes han cumplido con las condiciones de idoneidad suficientes para poder servir a la mejor formación de los educandos, razón por la cual establece a favor de los Docentes Universitarios, la excepción que se analiza, de permitirles permanecer en el

⁵ [DECRETO LEY 2400 DE 1968, Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones, en lo pertinente, prevé:](#)

[“ARTICULO 29. <Ver Notas del Editor> <Artículo modificado por el Artículo 1 del Decreto 3074 de 1968. El nuevo texto es el siguiente:> El empleado que reúna las condiciones para tener derecho a disfrutar de una pensión de jubilación, cesará definitivamente en sus funciones y será retirado del servicio, dentro de los seis \(6\) meses siguientes a la fecha en que reúna tales condiciones. No obstante, el Gobierno podrá establecer excepciones para el retiro, cuando las necesidades del servicio lo exijan.](#)

[ARTICULO 31. Todo empleado que cumpla la edad de sesenta y cinco \(65\) años será retirado del servicio y no será reintegrado. Los empleados que cesen en el desempeño de sus funciones por razón de la edad, se harán acreedores a una pensión por vejez, de acuerdo a lo que sobre el particular establezca el régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos. Exceptúense de esta disposición los empleos señalados por el inciso 2o. del artículo 29 de este Decreto.](#)

⁶ [DECRETO LEY 1950 de 1973, por el cual se reglamentan los decretos-leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil, en lo pertinente, prevé: “ARTICULO 122. La edad de sesenta y cinco \(65\) años constituye impedimento para desempeñar cargos públicos, salvo para los empleos señalados en el inciso segundo del artículo 29 del Decreto 2400 de 1968, adicionado por el 3074 del mismo año.”](#)

⁷ [CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-584-97 de 13 de noviembre de 1997, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz](#)

cargo durante diez años más, adicionales a la edad de retiro forzoso, por considerar que es útil y necesaria para alcanzar el objetivo perseguido.

Ahora bien la Universidad de Pamplona alega en su defensa que lo previsto en el artículo 19 de la Ley 344 de 1996, fue derogado tácitamente por el artículo 24 de la Ley 797 de 29 de enero de 2003, según el cual: "La presente ley rige al momento de su publicación⁸ y deroga los artículos 30 y 31 de la Ley 397 de 1997 y demás normas que le sean contrarias."

La Sala no comparte el anterior argumento, teniendo en cuenta que el artículo 1° de la Ley 797 de 2003, con relación al campo de aplicación, prevé que: "(...) se aplicará a (...) quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una pensión", y en el presente caso, el actor (según dan cuenta los actos acusados) cumplió los requisitos con anterioridad a la precitada fecha. (Fls. 9 Vto.)

La Corte Constitucional en sentencia C-408 de 15 de septiembre de 1994,⁹ M.P. Dr. Fabio Morón Díaz, declaró exequible el artículo 11 de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta los siguientes argumentos:

"(...) Se sostiene que el artículo 11 de la ley es violatorio de la parte final del artículo 53 en concordancia con la primera parte del artículo 56 de la Constitución, porque "pareciera" negar el derecho de huelga, pues plantea como única solución del presunto conflicto el tribunal de arbitramento, lo que es a todas luces restrictivo.

Dispone el artículo 11 sub examine, sobre el campo de aplicación de la ley, preceptuando en sus dos incisos finales lo siguiente: "para efectos de este artículo se respetarán y por tanto mantendrán su vigencia los derechos adquiridos conforme a disposiciones normativas anteriores, pacto o convención colectiva del trabajo."

Lo que está en perfecta armonía y es desarrollo del inciso final del artículo 53 de la Carta que establece la imposibilidad de la ley, los contratos, los acuerdos y

⁸ La publicación de la Ley 797 de 29 de enero de 2003, tuvo lugar en el Diario Oficial No. 45079 de 29 de la misma fecha.

⁹ Corte Constitucional, sentencia C-408 de 15 de septiembre de 1994, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz en el artículo tercero resolvió: "Tercero. Declarar EXEQUIBLES, el artículo 11 en la parte que dice: "Lo anterior será sin perjuicio del derecho de denuncia que le asiste a las partes y que el tribunal de arbitramento dirima las diferencias entre las partes"; 13 literal d); 17; 18 párrafo 3; 20; 44, en la parte que dice: "(...) Los gastos de este nuevo dictamen serán pagados por el afiliado", (...) "(...) a su costa"; 60 literal c); 168; 193, en la parte que dice: "el Gobierno podrá establecer un régimen de estímulos salariales y no salariales los cuales en ningún caso constituirán salario"; 194; 195; 196; 197; 204; 236 en la parte que dice: "en un plazo de cuatro años a partir de la vigencia de esta ley, éstos pagarán las cotizaciones dispuestas en el artículo 204", y en la parte que dice: "con el carácter de plan complementario, en los términos del artículo 169"; 242 en la parte que dice: "A partir de la vigencia de la presente ley no podrán reconocerse ni pactarse para los nuevos servidores del sector salud, retroactividad en el régimen de cesantías a ellos aplicable"; 273 y 288 de la Ley 100 de 1993, "por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones."

convenios de trabajo de menoscabar la libertad, la dignidad humana y los derechos de los trabajadores. Luego, no se entiende, de donde extrae su argumento el libelista, para deducir que el inciso final del artículo 11 que dice: "Lo anterior será sin perjuicio del derecho de denuncia que le asiste a las partes y de que el tribunal de arbitramento dirima las diferencias entre las partes", puede atentar contra el derecho de huelga consagrado en el artículo 56 de la C.N. Pues el derecho de denuncia (artículo 479 del C.S. del T., modificado D.L. 616 de 1954 art. 14), es independiente del derecho de huelga y se rige igualmente por los mandatos constitucionales y legales. Sobre los efectos de la denuncia de las convenciones colectivas, son prolijas la jurisprudencia y la doctrina nacionales y no es del caso detenerse aquí para explicar sus connotaciones, que en ningún caso son incompatibles con el derecho de huelga, y, como lo expresa el precepto, tampoco lo son con los derechos adquiridos de los trabajadores.

Por otra parte, el arbitramento también es un instituto del derecho laboral, cuya regulación (art. 452 C.S.T.), establece claramente las oportunidades de su procedencia, indicando que los conflictos colectivos de trabajo que se presenten en los servicios públicos y que no hubieren podido resolverse mediante arreglo directo o por conciliación, se solucionarán por vía arbitral.

Por su parte el derecho de huelga, en la Carta Política de 1991, se extiende a los servicios públicos, salvo los de carácter esencial, expresamente definidos por la ley (art. 56 C.N.).

Como se observa claramente las figuras de la huelga, el arbitramento, la denuncia de las convenciones colectivas, tienen un marco legal, cuyos perfiles el propio constituyente y el legislador no sólo definen sino que delimitan en sus órbitas de aplicación. (...)"

Conforme a la normatividad que se analiza y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la Sala no comparte la afirmación de la Universidad, toda vez que el artículo 1° de la Ley 797 de 2003 dejó a salvo los derechos de los trabajadores que habían adquirido su derecho a la entrada en vigencia del renombrado ordenamiento jurídico, es decir el 29 de enero de 2003, según da cuenta el Diario Oficial No. 45079, además que resultan infundados los argumentos de la accionada por cuanto la norma cuya aplicación se pretende no hace más que proteger situaciones consolidadas a la entrada de su vigencia.

Quiere decir que el actor tiene derecho a permanecer en el cargo de Docente en la Facultad de Ciencias de la Educación, no solamente hasta llegar a la edad de retiro forzoso (65 años), sino hasta por diez años más como lo

dispone el artículo 19 de la Ley 344 de 1996, es decir, hasta completar 75 años de edad.

En esas condiciones la Sala procederá a revocar la sentencia impugnada que negó las súplicas de la demanda y en su lugar acceder, para lo cual será necesario declarar la nulidad de los actos acusados y ordenar el reintegro del demandante, con las consecuencias económicas que ello conlleva.

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

FALLA

1°. REVÓCASE la sentencia de 21 de octubre de 2010, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Norte de Santander, que negó las súplicas de la demanda incoada por Guillermo León Díaz Carvajal contra la Universidad de Pamplona, y en su lugar se dispone:

2°. DECLARASE la nulidad de las Resoluciones Nos. 1666 y 304 de 27 de enero y 27 de febrero de 1996 respectivamente, proferidas por el Rector de la Universidad de Pamplona, que retiró del servicio al demandante en el cargo de Docente Universitario de la Facultad de Ciencias de la Educación.

3° A título de restablecimiento del derecho, condenase a la Universidad de Pamplona a reintegrar al señor Guillermo León Díaz Carvajal, al cargo de Docente Universitario de la Facultad de Ciencias de la Educación y, en su defecto, o en uno igual o equivalente dentro de la planta de cargos de la Entidad.

4°. Pagar al demandante los salarios y prestaciones sociales que dejó de percibir como consecuencia de los actos acusados, hasta la fecha en que se produzca el reintegro efectivo al servicio.

5°. Las sumas anteriores deberán ser reajustadas conforme al artículo 178 del C.C.A, aplicando la siguiente fórmula:

$$R = RH \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

En la que el valor (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es lo dejado de percibir por el demandante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente al momento del retiro.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, para cada mesada salarial y prestacional, comenzando por lo que debió devengar en el momento de su retiro, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

6°. Se dará cumplimiento a esta sentencia en los términos establecidos en los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

7°. NIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

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

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PAÉZ

GERARDO ARENAS MONSALVE

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

