



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER

Magistrada Ponente: **Dra. MARIBEL MENDOZA JIMÉNEZ**

San José de Cúcuta, treinta y uno (31) de enero del dos mil trece (2013)

Radicación número: 54-001-23-33-000-2012-00119-00
Actor: **Luis Cesar Carrasco Villamizar**
Demandado: Universidad de Pamplona
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho

Medida Cautelar

De conformidad con el informe Secretarial que antecede, corresponde a la Sala pronunciarse sobre la medida de suspensión provisional solicitada por la parte actora en contra de las **Resoluciones N° 0504 del 9 de diciembre de 2011**, por medio de la cual se dispuso retirar del servicio activo al Doctor Luis Cesar Carrasco Villamizar, como docente tiempo completo de la Universidad de Pamplona; y **N° 142 del 9 de abril de 2012**, por medio de la cual se confirmó el retiro del servicio del demandante.

I. ANTECEDENTES

1.1 Solicitud de Suspensión Provisional

Solicita el demandante que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 231. 232 inciso 3º y 277 inciso final del CPACA, se disponga la suspensión provisional de los efectos de las Resoluciones i) N° 504 del 9 de diciembre de 2011, expedida por la Rectora de la Universidad de Pamplona, por medio de la cual se dispuso el retiro del servicio activo como docente de tiempo completo en la Universidad de Pamplona al Doctor Luis Cesar Carrasco Villamiza y ii) 142 del 9 de abril de 2012, que confirmó la anterior, y en su lugar se ordene el reintegro del actor, dada la flagrante vulneración de sus derechos laborales.

Como fundamentos de dicha pretensión alega:

- Vulneración directa de los derechos contemplados en los artículos 29, 46 y 53 del ordenamiento jurídico superior, así como también el derecho a la estabilidad laboral consagrada en el protocolo del Salvador y en los tratados internacionales de la OIT, toda vez que dicha desvinculación

abrupta le dejó desprotegido en materia de seguridad social, afectando la continuidad de sus tratamientos médicos, en la producción de recursos económicos para su núcleo familiar, incluso, en la posibilidad de cumplir con la obligación onerosa contraída con la misma universidad.

- **Desconocimiento del párrafo 3 del artículo 9º de la Ley 797 de 2003.** Sostiene que se le está vulnerando el debido proceso del señor Carrasco Villamizar habida cuenta que sin haber adquirido éste el status de pensionado y sin estar en firme el retiro del servicio, se lo desvinculó, desconociendo los derechos laborales reforzados con que cuenta el demandante, ya que pertenece a la tercera edad, estando en el nivel máximo de producción intelectual, en la categoría más alta del escalafón docente –profesor titular-, con amplia experiencia en docencia, trayectoria profesional en diferentes ámbitos, comprobada idoneidad ética y académica.

Señala que, a pesar que, en gracia de discusión, al demandante le resultara aplicable el retiro forzoso, tal cual lo realizó el ente universitario demandado, la rectora de la Universidad de Pamplona no podía hacerlo sin que antes fuera reconocida o notificada la pensión por parte de la administradora del sistema general de pensiones y sin que efectivamente se encontrara en nómina de pensiones, pues con ello, la actuación del demandado constituye una flagrante contravía de lo señalado en el artículo 9º de la Ley 797 de 2003.

Por último indica que, precisamente, la no inclusión en nómina impediría que fuera retirado del servicio, sin previamente garantizar la vinculación a la nomina de pensionado, máxime teniendo en cuenta la afirmación expresa de la Universidad demandada, que sostiene que en el evento que el docente no realizara el trámite, sería el empleador el encargado de tramitar la pensión del empleado.

- **Desconocimiento del artículo 19 de la Ley 344 de 1996 y del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.** Al respecto considera que la desvinculación del Doctor Carrasco vulnera ostensiblemente lo previsto en el artículo 19 de la Ley 344 de 1996 frente a la edad de retiro forzoso respecto a los docentes universitarios, en virtud del

cual el personal docente que se encuentre próximo al cumplimiento de la edad de retiro, pueda continuar vinculado al servicio durante diez años más, esto es, al cumplimiento de la edad de 75 años.

En este punto, recuerda el apoderado de la parte actora que en reciente pronunciamiento, el Consejo de Estado dejó sin piso jurídico la justificación expuesta por la Universidad de Pamplona frente a la derogatoria tácita del artículo 19 de la Ley 344 de 1996 por el artículo 24 de la Ley 797 de 2003, dado que en ese evento, también se produjo el retiro del servicio de un docente no incluido en nomina de pensionados con antelación al cumplimiento de la edad de retiro forzoso, esto es, 75 años.

Dicha decisión de retiro del servicio, en conclusión, vulnera también los derechos laborales adquiridos por el demandante, habida cuenta que el demandante se encontraba amparado por el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y en virtud del cual no se podría dar aplicación al artículo 24 de la Ley 797 de 2003, es decir que, no resultaría jurídicamente cierta la derogatoria tacita inmersa en tal postulado normativo frente al artículo 19 de la Ley 344 de 1996, razón por la cual la edad de retiro forzoso del servicio para el demandante inexorablemente es a los 75 años y no como erróneamente se interpretó por la Universidad de Pamplona.

Finalmente indica que la Universidad de Pamplona ha actuado de manera temeraria, obviando tanto la jurisprudencia de Consejo de Estado, como los conceptos emitidos por el asesor jurídico de la propia institución demandada, ocasionando con ello la decisión arbitraria de retiro del servicio al actor.

1.2 Trámite procesal

Mediante auto del 22 de noviembre de 2012 (Fl. 106) se admitió la demanda y se ordenó la notificación personal al Ministerio Público, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y a la Universidad de Pamplona.

Asimismo, en proveído calendado de la misma fecha y acatando lo dispuesto en el artículo 233 del CPACA, se ordenó correr traslado a la Universidad de Pamplona,

la solicitud de suspensión provisional de los actos demandados presentada por el apoderado de la parte actora, durante el término de cinco días.

1.3 Posición de la Universidad de Pamplona

Dentro de la oportunidad legal para presentar sus consideraciones, el apoderado de la Universidad de Pamplona se opone a la solicitud de medida cautelar¹, conforme a los siguientes argumentos:

Señala que no existe desconocimiento de los derechos constitucionales al debido proceso, a la seguridad social o al trabajo, como quiera que al señor Carrasco Villamizar tenía conocimiento que al cumplir con los requisitos exigidos por el I.S.S., adquiriría el derecho a la pensión de vejez. Igualmente era sabedor que al cumplir 65 años de edad podría llegar a ser desvinculado de su actividad laboral por retiro forzoso, sin embargo, pese a ese conocimiento y advirtiendo el demandante que se acercaba dicho límite, lo cual se dio el 19 de mayo de 2011, en ningún momento inició las gestiones ante el I.S.S., dirigidas a obtener el reconocimiento de sus derechos pensionales, contando con los requisitos y oportunidad necesarias para ello y aun continuo laborando como docente para la Universidad de Pamplona.

Indica que la solicitud presentada por el actor carece del cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 231 del CPACA. Lo anterior por cuanto i) no está demostrado ni determinado un perjuicio irremediable en contra del actor, habida cuenta que el demandante tenía pleno conocimiento de las actuaciones de la Universidad frente a la desvinculación legalmente procedente por el cumplimiento de la edad de retiro forzoso y ii) la infracción del acto administrativo demandado debe ser evidente, producto de un elemental y sencillo cotejo entre el ordenamiento jurídico presuntamente vulnerado y el acto acusado, pues de ser necesario el análisis de fondo, no sería procedente la medida cautelar. Por esto último concluye que, los actos demandados no evidencian a simple vista una violación flagrante de las normas de carácter superior, y en ese orden no es viable el decreto de la medida.

¹ Ver folios 9 a 17 Cdo no medida cautelar.

Puntualiza que el señor Carrasco Villamizar ya se encontraba incurso dentro de la causal de retiro forzoso prevista en el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968, en gracia del cual, el empleado que cumpliera los 65 años de edad debía ser retirado del servicio. Lo anterior teniendo en consideración que el demandante adquirió esa edad el 19 de mayo de 2011.

Manifiesta que por ser un acto de retiro del servicio por cumplimiento de la edad de retiro forzoso, el mismo no es de aquellos notificables, por cuanto en su contra no procede recurso alguno, tal como lo ha dispuesto la jurisprudencia; sin embargo en animo de brindarle garantías al actor, la Universidad de Pamplona accedió a notificarle por edicto y en conducta concluyente, así como también a concederle recursos en la vía gubernativa.

Considera que en el caso concreto del señor Carrasco Villamizar no resulta aplicable el antecedente jurisprudencial del 3 de mayo de 2012, en virtud del cual se inaplicó la Ley 797 de 2003 en un asunto de similar corte, habida cuenta que dicho fallo solo produce efectos inter-artes y el demandante cumplió la edad de 60 años con posterioridad a la vigencia de la Ley 797 de 2003.

II. CONSIDERACIONES

2.1 Competencia de la Sala para pronunciarse.

Es competente el Despacho para pronunciarse de la presente solicitud de medida cautelar pretendida por el demandante conforme a pasará a exponerse:

El artículo 125 del CPACA dispuso que sean competentes las Salas de los Tribunales Administrativos para dictar las providencias a las que se refieran los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 243 ibídem, a saber:

- “1. El que rechace la demanda.
- 2. El que decrete una medida cautelar y el que resuelva los incidentes de responsabilidad y desacato en ese mismo trámite.**
3. El que ponga fin al proceso.
4. El que apruebe conciliaciones extrajudiciales o judiciales, recurso que solo podrá ser interpuesto por el Ministerio Público.” (Subrayas y Negrillas fuera del texto original)

Lo transcrito permite concluir que, en el presente caso es competente la Sala para pronunciarse sobre la medida cautelar pretendida por el actor, como quiera que la misma será decretada a su favor.

2.2 La medida cautelar de suspensión provisional del acto administrativo, en el CPACA.

La suspensión provisional de un acto administrativo es una medida cautelar de carácter material, como quiera que con el decreto de aquella se suspendan los atributos de fuerza ejecutiva y ejecutoria del acto administrativo, con la finalidad de proteger los derechos que se pueden ver vulnerados con la aplicación del acto administrativo cuya legalidad se cuestiona².

El artículo 229 del CPACA dispone que, en todos los procesos declarativos que se adelanten en esta jurisdicción, antes de notificarse el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, podrá el juez o magistrado ponente decretar, a petición de parte debidamente sustentada, *“las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia...”*, sin que dicha decisión involucre, por contera, un prejuzgamiento.

El artículo 230 siguiente señala que, según la necesidad, se podrán decretar conjuntamente una o varias medidas cautelares, entre las cuales se encuentra la suspensión provisional de un acto administrativo, prevista en el numeral 3º del artículo mencionado.

En ese orden, el artículo 231 *ibídem* enseña que *“Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado...”* y si adicional a la nulidad, se solicita el

² Cfr. “Las medidas cautelares son aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso. De esa manera el ordenamiento protege preventivamente a quien acude a las autoridades judiciales a reclamar un derecho, con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada. Así, las medidas cautelares constituyen una parte integrante del contenido constitucionalmente protegido del derecho a acceder a la justicia, no sólo porque garantizan la efectividad de las sentencias, sino además porque contribuyen a un mayor equilibrio procesal, en la medida en que aseguran que quien acuda a la justicia mantenga, en el desarrollo del proceso, un estado de cosas semejante al que existía cuando recurrió a los jueces” Consejo de Estado, Sentencia del 22 de junio de 2011, Radicado: 76001-23-31-000-1996-02876-01(19311), Magistrado Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

restablecimiento del derecho en conjunto con la indemnización de perjuicios, deberá probarse, si quiera sumariamente, la existencia de los mismos.

Respecto de la aplicación del artículo 231 del CPACA, la Sección Quinta del Consejo de Estado, con la ponencia de la doctora Susana Buitrago Valencia, en auto del 4 de octubre de 2012, dictado en el expediente 11001-03-28-000-2012-00043-00, dijo:

*“La nueva norma precisa entonces a partir de que haya petición expresa al respecto que: 1º) 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.** 2º) La medida cautelar se debe solicitar, ya con fundamento en el mismo concepto de violación de la demanda, o ya en lo que el demandante sustente al respecto en escrito separado.*

*Entonces, lo que en el nuevo Código representa variación significativa en la regulación de esta figura jurídico-procesal de la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo acusado, con relación al estatuto anterior, radica en que ahora, la norma da apertura y 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) **estudie** las pruebas allegadas con la solicitud.*

Ahora bien, según la Real Academia de la Lengua Española el término “surgir” (del latín surgĕre), significa aparecer, manifestarse, brotar.³

*En este punto esencial es donde radica la innovación de la regulación en el C.P.A.C.A. de esta institución de la suspensión provisional, pues la Sala recuerda que en el anterior C.C.A. –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.*

*De las expresiones “manifiesta” y “confrontación directa” contenidas en el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, 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.*

Aunque la nueva regulación como ya se dijo permite que el juez previo a pronunciarse sobre la suspensión provisional lleve a cabo análisis de la

³ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición, consultado en <http://lema.rae.es/drae/?val=surja>

sustentación de la medida y estudie pruebas, ocurre que ante el perentorio señalamiento del 2° inciso del artículo 229 del C.P.A.C.A. (Capítulo XI Medidas Cautelares – procedencia), conforme al cual “La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento”, es preciso entonces que el juez sea muy cauteloso y guarde moderación a 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 (en el caso el elegido o el nombrado cuya designación se acusa), de que ejerzan su derecho de defensa y que para la decisión final se consideren sus argumentos y valoren sus medios de prueba.”

Con los anteriores lineamientos, concluye el Despacho que en aras de resolverse la solicitud de suspensión provisional de un acto administrativo, está facultado el Juez de lo Contencioso Administrativo para realizar un estudio de las pruebas que acompañen la solicitud y el cotejo con el ordenamiento jurídico invocado, siendo prudente advertir que dicho estudio en modo alguno deberá involucrar razones de peso que consideren un prejuzgamiento.

2.3 Del caso concreto

Solicita el demandante que se decrete la suspensión provisional de los efectos de las Resoluciones N° 0504 del 9 de diciembre de 2011, por medio de la cual la rectora de la Universidad de Pamplona previó el retiro del servicio del docente Luis Cesar Carrasco Villamizar por el cumplimiento de la edad de retiro forzoso; y la Resolución N° 142 del 9 de abril de 2012, que confirmó la primera de las enunciadas.

Al estudiar la procedencia de la medida cautelar pedida, se concluye que la misma está llamada a prosperar, por lo siguiente:

1. Edad de retiro forzoso para el caso del señor Carrasco Villamizar.

Sostiene la parte actora que la Universidad de Pamplona desconoce el precepto contenido en el artículo 19 de la Ley 344 de 1996 y el reciente pronunciamiento del Consejo de Estado, en el cual se estudia un evento similar al que nos ocupa.

La entidad demandada replica que el demandante cumplió la edad de retiro forzoso, 65 años, el pasado mes de mayo de 2011, toda vez el artículo 19 de la Ley 344 de 1996 fue derogado tácitamente por la Ley 797 de 2003, motivo por el cual, el retiro del servicio del docente Carrasco resultó válido.

El artículo 19 de la Ley 344 de 1996 citado como infringido, dispone:

“ARTÍCULO 19. 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.” (Subrayas y Negrillas fuera del texto original)

La Corte Constitucional, al estudiar la constitucionalidad de la norma citada, mediante sentencia C-584 de 1997 explicó cómo garantizar la permanencia del servicio por diez años mas a la regla del retiro forzoso de los 65 años, para los docentes universitarios, propugnaba por la protección de los derechos laborales del servidor público, si su intención es permanecer en el servicio. Allí dijo la Corte:

“La norma estudiada no provoca una renuncia del derecho a la pensión de jubilación, simplemente, lo suspende hasta tanto el beneficiario decida renunciar al cargo público que ocupa o hasta que cumpla la edad de retiro forzoso. Mientras ello ocurre, el servidor público continúa gozando de su asignación mensual y, por lo tanto, no quedan desamparados los bienes que la pensión tiende a realizar.

(...)

La excepción que se estudia tiene directa relación con la racionalización del gasto, pues establece la posibilidad de que un grupo de trabajadores posponga, durante 10 años, el disfrute de su pensión de vejez o jubilación.

(...)

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.

La Corte ya ha puesto de manifiesto la protección especial que la Constitución confiere a la educación superior. Al respecto, el artículo 68 de la C.P., señala que la enseñanza estará a cargo de personas de reconocida idoneidad ética y pedagógica. Adicionalmente, la Carta impone al legislador la obligación de garantizar la profesionalización y dignificación de la actividad docente. En estas condiciones, es claro 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. Así, advierte la Corporación que existe una razón constitucional, tan fuerte como la que ampara la definición de la edad de retiro forzoso, para establecer, a favor de los profesores universitarios, la excepción que se estudia, y que la misma es útil y necesaria para alcanzar el objetivo perseguido.”

Fue claro el legislador al permitir que los servidores públicos dedicados a la docencia universitaria permanecieran activos en el servicio, si de su interés lo es, hasta el cumplimiento de la edad de 75 años, es decir, incluyó a los docentes universitarios una excepción a la regla general prevista en los artículos 29 y 31 del Decreto 2400 de 1968, según lo cual el cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión implicaba la cesación definitiva en el empleo público, siempre y cuando se llegara a la edad de retiro forzoso, esto es, 65 años.

Sin embargo, se reitera, en el caso del personal docente universitario al servicio del Estado, no puede configurarse como justa causa para retirar del servicio un docente universitario cuando el mismo haya llegado a los 65 años de edad, aun habiendo cumplido los requisitos para obtener el reconocimiento pensional, pues éste puede optar por permanecer en el servicio, si bien lo tiene, hasta el cumplimiento de 75 años. En ese sentido, arguyó el Consejo de Estado en reciente posición jurisprudencial:

“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:

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.

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 1968 y en el artículo 122 del Decreto 1950 de 1973.5

4 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

(...)

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.”⁶

Descendiendo al particular, encuentra el Despacho que el señor el señor Luis Cesar Carrasco Villamizar nació el 19 de mayo de 1946⁷, que estuvo vinculado a la Universidad de Pamplona como docente de tiempo completo adscrito a la Facultad de Ciencias Básicas desde el 01 de septiembre de 1975 al 31 de enero de 2012⁸. Así mismo, se probó que mediante Resolución 504 de 2011, se ordenó el retiro del servicio del actor con fundamento en:

“2. Que la norma Colombiana establece claramente los criterios de obligatorio cumplimiento para el retiro del servicio de los funcionarios públicos siendo uno de ellos la edad de retiro forzoso, la cual se encuentra contemplada en el Estatuto Docente y a lo señalado en la normativa vigente Decreto 2400 de 1968 en su Artículo 31^o, el cual me permito citar:

“Todo empleado que cumpla la edad de sesenta y cinco años (65) años será retirado del servicio y no podrá ser 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 lon que sobre el particular establezca el régimen de prestaciones sociales para empleados públicos.”

3. Que el Acuerdo 130 del 12 de diciembre de 2002 “Estatuto del Profesor Universitario de la Universidad de Pamplona” en su Capítulo XIV Del Retiro del Servicio Artículo 105 establece que El retiro del servicio de un docente se producirá en los siguientes casos:

prestaciones sociales para los empleados públicos. Exceptúense de esta disposición los empleos señalados por el inciso 2o. del artículo 29 de este Decreto.

⁵ 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.”

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 3 de mayo de 2012, Radicado: 54001-23-31-000-2006-00767-01 (2011-0556), Magistrada Ponente: Bertha Lucia Ramírez de Páez.

⁷ Ver folio 39 del Cuaderno Principal 1.

⁸ Ver folio 40 del Cuaderno Principal N° 1.

...” Por haber llegado a la edad de retiro forzoso.(...)”⁹

Así mismo que mediante Resolución 142 del 09 de abril de 2012, la Rectora de la Universidad de Pamplona confirmó la Resolución citada, aduciendo que:

“En primer lugar, el artículo 19 de la Ley 344 de 1996, al disponer que “*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*”, resulta en contradicción con lo dispuesto por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, ya que conforme se ha explicado, la nueva norma tiene expreso alcance con respecto los servidores públicos y, además, la precitada Ley 344 permite al servidor público que adquiere el derecho pensional optar entre pensionarse o continuar en el servicio hasta la edad de retiro forzoso, al paso que la regla dispuesta en la Ley 797 de 2003, no solamente autoriza el retiro del servidor público al obtener el reconocimiento de la pensión (con su correspondiente inclusión en nomina, conforme a la sentencia de constitucionalidad) , sino que faculta al empleador a tramitar el reconocimiento de la pensión cuando el servidor público no la solicita al cumplir requisitos, de suerte que resulta claro que esta ley reguló la misma situación de forma diferente a aquella, en norma posterior, **con lo cual se configuró la derogatoria tacita del artículo 19 de la Ley 433 de 1996. (...)**”¹⁰

En igual sentido, se tiene certeza que mediante oficio VA00.40F020.1213-1704 la Directora de Oficina de Gestión de Talento Humano de la Universidad de Pamplona¹¹ requirió al Docente Carrasco Villamizar para que iniciara los trámites respectivos a su reconocimiento pensional.

En conclusión, considera la Despacho que el retiro del servicio del señor Carrasco Villamizar, en calidad de docente universitario de la Universidad de Pamplona, se produjo omitiendo el acatamiento de lo previsto en el artículo 19 de la L.344 de 1996, por tanto, el accionante tiene derecho a permanecer en el servicio hasta el cumplimiento de la edad de retiro forzoso, esto es a los 75 años, toda vez que se encuentra cobijado por la excepción consagrada en el postulado normativo en comento.

2. Desconocimiento del párrafo 3 del artículo 9º de la Ley 797 de 2003 y del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993.

Argumenta el demandante que los actos atacados están desconociendo lo previsto por el artículo 9º en su párrafo 3 de la Ley 797 de 2003, toda vez que a la fecha no hay reconocimiento pensional por parte del Instituto de Seguro Social.

⁹ Ver folio 49 del Cuaderno Principal N° 1.

¹⁰ Ver folio 55 del Cuaderno Principal N° 1.

¹¹ Ver folios 58 y 59 del Cuaderno Principal N° 1.

Ante tal posición, argumenta la entidad demandada que el señor Carrasco Villamizar era conocedor de su situación jurídica y que en virtud a ello, le manifestó que ya habría iniciado los trámites para el reconocimiento de su pensión de vejez, motivo por el cual, la Universidad de buena fe confió en lo expresado por el docente y procedió a realizar el retiro del servicio.

Para el Despacho las exculpaciones rendidas por la Universidad de Pamplona no tienen asidero jurídico, por cuanto el cumplimiento de la edad de 65 años no constituye, *per se*, una justa causa para retirar del servicio al señor Carrasco Villamizar, máxime porque al mismo no le resulta aplicable la reforma introducida por la Ley 797 de 2003.

En efecto, dispone el artículo 1º de la Ley 797 de 2003, que modifica el artículo 11 de la Ley 100 de 1993, que *“El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una Pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general”*

Por su lado, el artículo 36 de la precitada Ley 100 de 1993, que dispuso el régimen de transición, preceptuó que quienes a la vigencia de esa normativa tuvieran 35 o 40 años, mujeres y hombres respectivamente, o 15 años o más de servicios cotizados, se les aplicarían las normas anteriores que venían disfrutando.

En el particular se tiene que, el señor Carrasco Villamizar, a la vigencia de la Ley 100 de 1993 –abril de 1994- contaba con 48 años de edad¹² y con 18 años de servicios a la Universidad de Pamplona¹³, es decir que el demandante es beneficiario del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la norma enunciada.

¹² Ver folio 39 del Cuaderno Principal 1.

¹³ Ver folio 40 del Cuaderno Principal N° 1.

De ahí que, al demandante no le resulta aplicable el postulado impreso en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, en virtud del cual la administración puede retirar del servicio al servidor público que cumpla con los requisitos exigidos para adquirir su derecho pensional, pues a su vigencia, este ya habría consolidado su derecho a beneficiarse del régimen de transición –artículo 36 L.100/93- y en ese sentido, a permanecer en el servicio hasta tanto no lograra la edad de retiro forzoso, que para el caso, como se expuso, sería a los 75 años.

Frente a ello, prevé el artículo 150 de la L.100/93 indicada líneas atrás:

“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.

PARÁGRAFO. 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.” (Subrayas propias del texto original)

Cabe resaltar que al respecto indicó el Consejo de Estado sobre la aplicabilidad de la Ley 797 de 2003 a un docente en similares circunstancias a la presente:

“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.”¹⁴

En conclusión, al no resultar aplicable la causal de retiro prevista en la Ley 797 de 2003, el demandante podrá permanecer activo en el servicio hasta el cumplimiento de la edad de retiro forzoso, es decir, hasta que cumpla 75 años, de conformidad con lo expuesto anteriormente.

¹⁴ Ver Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 4 de agosto de 2010, Radicado: 25000-23-25-000-2004-06145-01(2533-07), Magistrado Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

Por lo anteriormente expuesto, el Despacho considera oportuno decretar la medida cautelar en aras de garantizar los derechos mínimos laborales del señor Carrasco Villamizar y en consecuencia, suspender los actos administrativos demandados.

2.3 Caución judicial para el trámite de la medida cautelar.

En lo referente a la caución judicial que se exige para la ejecutoria de la medida cautelar, el artículo 232 del CPACA dispuso que:

“El solicitante deberá prestar caución con el fin de garantizar los perjuicios que se puedan ocasionar con la medida cautelar. El Juez o Magistrado Ponente determinará la modalidad, cuantía y demás condiciones de la caución, para lo cual podrá ofrecer alternativas al solicitante.

La decisión que fija la caución o la que la niega será apelable junto con el auto que decreta la medida cautelar; la que acepte o rechace la caución prestada no será apelable.

No se requerirá de caución cuando se trate de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, de los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos, de los procesos de tutela, ni cuando la solicitante de la medida cautelar sea una entidad pública.”

De conformidad con el postulado normativo citado, para el Despacho es claro que en el presente asunto no hay lugar a ordenar al demandante que preste la caución en la forma arriba indicada, partiendo de la base que el CPACA excluyó de la obligación de prestar caución el ejercicio de la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del acto, tal como acontece en el sub lite. Por esta razón, se abstendrá el Despacho de ordenar la caución en contra del demandante.

En razón de lo anteriormente expuesto, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECRETAR la suspensión provisional de las **Resoluciones N° 504 del 09 de diciembre de 2011 y N° 142 del 09 de abril de 2012**, mediante las cuales la Rectora de la Universidad de Pamplona dispuso el retiro del servicio por cumplimiento de la edad de retiro forzoso del señor LUIS CESAR CARRASCO VILLAMIZAR identificado con C.C N° 17.145.506 de Bogotá, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, **ORDÉNESE** a la UNIVERSIDAD DE PAMPLONA que REINTEGRE al señor LUIS CESAR CARRASCO VILLAMIZAR identificado con C.C N° 17.145.506 de Bogotá al cargo en el que se venía desempeñando, en las condiciones en que lo venia disfrutando, hasta tanto no se profiera decisión de fondo que le dé fin al proceso.

TERCERO: ABSTENERSE de fijar CAUCIÓN en contra del demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

(Esta providencia fue discutida y aprobada en Sala de Decisión N° 2 del 31 de enero de 2013)

Original Firmado

MARIBEL MENDOZA JIMÉNEZ
Magistrada

CARLOS MARIO PEÑA DÍAZ
Magistrado

EDGAR E. BERNAL JÁUREGUI
Magistrado
(Aclaración de voto)