



REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PUBLICO
CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
JUZGADO DÉCIMO ADMINISTRATIVO DE BARRANQUILLA



Barranquilla D.E.I.P. Siete (7) de Septiembre de dos mil Diez (2010)

Referencia: Proceso No. 08-001-33-31.010-2004-01177-00
Acción: Popular.
Actor: Asociación De Jubilados De La Universidad Del Atlántico "Asojua".
Demandado: Nación – Ministerio De Hacienda Y Crédito Público, Departamento del Atlántico y universidad del atlántico.

Juez: Dr. Oscar Iván Castañeda Daza.

El Doctor BLAS OSORIO NARVAEZ, actuando en nombre y representación y Asociación De Jubilados De La Universidad Del Atlántico, "Asojua", en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 88 de la Constitución Política y reglamentada por la Ley 472 de 1998, presenta acción popular contra Nación – Ministerio De Hacienda Y Crédito Público, Departamento del Atlántico y Universidad Del Atlántico.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones.

1. Que se declare amenazado el derecho colectivo del acceso al servicio público de la Educación Superior por parte de la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Departamento del Atlántico y la Universidad del Atlántico,
2. Que se declare vulnerado el derecho colectivo a la eficiente y oportuna prestación del servicio público de la Educación Superior por parte de la Nación — Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Departamento del Atlántico y la Universidad del Atlántico.
3. Que se declare vulnerado el derecho colectivo a la moralidad administrativa por parte de la Nación — Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Departamento del Atlántico y la Universidad del Atlántico.
4. Que como consecuencia de la declaratoria de derechos colectivos amenazados y vulnerados, se declare que el contrato inter administrativo de concurrencia suscrito entre el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la Gobernación del Atlántico y la Universidad del Atlántico el día 28 de Julio de 2003, es lesivo para los derechos e intereses colectivos invocados.
5. Que como consecuencia de la declaratoria anterior, dentro del término en que el Tribunal lo estime conveniente, se ordene a las partes demandadas a concurrir en el pasivo pensional en los porcentajes señalados en la ley, sin discriminar y sin desconocer para su cálculo en las pensiones que fueron otorgadas conforme a normas legales y las que fueron otorgadas conforme a normas extralegales, a menos que se hayan declaradas nulas o con suspensiones en firme de la jurisdicción contencioso administrativa, pues lo contrario sería ordenar por vía del convenio cuestionado, una revocatoria de las pensiones de hecho u de facto y no de derecho, que inclusive la ley y la propia Corte Constitucional han prohibido en materia de pensiones, a menos que haya consentimiento de quien es titular de ese derecho, esto de conformidad a lo estipulado en el artículo 73 del CCA. y

artículos 19 y 20 de la ley 797 de 2003 y sentencia C-835 del 23 de Septiembre de 2003.

En consecuencia se solicita que se ordene igualmente que en la concurrencia se respeten las estipulaciones consagradas en los artículos 131 y 283 de la Ley 100 de 1993, los Decretos 2337 de 1996, 3088 de 1997 y 1181 de 1998, el artículo 86 de la ley 30 de 1992 y el artículo 53 de la Constitución Política, sin desconocer los derechos adquiridos por los ex trabajadores oficiales, ex empleados públicos y ex docentes, y respetando el principio de legalidad de todos los actos administrativos que reconocen pensiones, hasta tanto la jurisdicción de lo contencioso administrativo los declare nulo o los suspenda provisionalmente, para que los derechos colectivos vulnerados sean restablecidos, todo de conformidad a lo estipulado en el artículo 34 de la Ley 472 de 1998.

6. Condenar a las partes demandadas a girarle a la Universidad del Atlántico, los recursos dejados de transferir por concepto de la concurrencia para el pago del pasivo pensional de la Universidad del Atlántico desde la fecha en que se suscribió el contrato inter administrativo hasta la fecha en que se suscriba el nuevo contrato inter administrativo de concurrencia.

7. De conformidad a lo establecido en el artículo 38 de la ley 472 de 1998, condenar en costas a los demandados y a sufragar los honorarios del apoderado del demandante.

8. De conformidad a lo establecido en los artículos 39 y 40 de la ley 472 de 1998, fijar el incentivo para la parte demandante.

2. Hechos.

El artículo 131 de la Ley 100 de 1993 dispuso la creación de un fondo para pagar el pasivo pensional de las universidades oficiales, que se manejará como una subcuenta en el presupuesto de cada institución.

El fondo para el pago del pasivo pensional de la Universidad del Atlántico será financiado por la Nación, el Departamento del Atlántico y la misma Universidad quienes aportarán en la misma proporción en que hayan contribuido al presupuesto de la universidad, teniendo en cuenta el promedio de los 5 últimos presupuestos anuales anteriores al año de iniciación de la vigencia de la ley 100 de 1993.

El Decreto 2337 de 1996 que reglamenta los artículos 131 y 283 de la ley 100 de 1993 estableciendo el régimen general para el reconocimiento del pasivo pensional de las universidades oficiales.

El artículo 3° del Decreto 2337 de 1996 dispuso que los fondos que debían constituirse para el pago del pasivo pensional, estaban compuestos de recursos con destinación específica para reconocer y pagar el pasivo pensional, consistentes en pensiones de vejez o jubilación, de invalidez, de sobrevivientes o sustitución y demás obligaciones pensionales derivadas del régimen pensional vigente legal o extralegal, válidamente definidas o pactadas.

El artículo 7° del Decreto 2337 de 1996 estableció que los recursos para el pago del pasivo pensional de las universidades causados hasta el 23 de Diciembre de 1993, serán sufragados por la Nación, el Departamento y la misma universidad, de acuerdo con la ejecución presupuestal en un monto equivalente a su participación en la financiación de la universidad en los últimos 5 años anteriores a la vigencia de la ley 100 de 1993, para tal efecto la universidad deberá presentar los cálculos actuariales de su pasivo pensional contraído hasta el 23 de Diciembre de 1993, las proyecciones presupuestales y el plan financiero que

contenga la forma y los plazos en que la Nación, el Departamento y la Universidad, deberán cumplir con el aporte correspondiente.

El parágrafo 1° del artículo 7 del citado Decreto, establece que en los aportes que debe efectuar la Nación se tendrá en cuenta el valor del pasivo pensional derivado de las obligaciones legales del régimen pensional respectivo y las extralegales vigentes antes del 23 de Diciembre de 1993. Igualmente la norma manifiesta que no se vulnerarán los derechos adquiridos por los empleados públicos, trabajadores oficiales y personal docente de la universidad.

El artículo 9° del decreto 2337 de 1996 establece que una vez, determinada la responsabilidad financiera de cada aportante (Nación, Departamento y Universidad) de que trata el artículo 7° del mencionado Decreto, se firmará un contrato entre la Nación, el Departamento y la universidad, el cual debe contener como mínimo los 7 requisitos exigidos en el mencionado artículo 9°.

En cumplimiento con lo establecido en el artículo 131 de la ley 100 de 1993 y el Decreto 2337 de 1996 el día 28 de julio de 2003, la Nación, el Departamento y la Universidad suscribieron el contrato inter administrativo de concurrencia para el pago del pasivo pensional de la Universidad del Atlántico, sin cumplir o desconociendo lo ordenado por el artículo 131 de la ley 100 de 1993, porque no incluyeron la totalidad del pasivo pensional a cargo de la Universidad.

Antes del 23 de Diciembre de 1993 la Universidad del Atlántico había reconocido y pagado pensiones de vejez o jubilación, de invalidez y de sobreviviente, con arreglo al régimen pensional legal vigente y al extralegal establecidos en la convención colectiva vigente. Igualmente debía reconocer un pasivo pensional de aquellos empleados, trabajadores y docentes que a la fecha de corte (23 de Diciembre de 1993) no habían cumplido los requisitos para pensionarse, pero que estarían próximos a cumplirlos en los años inmediatamente venideros, pasivos que debían estar contenidos en el cálculo actuarial elaborado previo a la suscripción del contrato.

A la fecha de suscripción del contrato inter administrativo de concurrencia, la Universidad del Atlántico reconocía y reconoce el derecho pensional de sus docentes, empleados y trabajadores oficiales con cargo a su presupuesto, pensiones que habían sido reconocidas antes de entrar en vigencia la ley 100 de 1993, mediante actos administrativos, los cuales se encuentran en firme y vigentes y que tienen la presunción de legalidad de que trata el artículo 66 del C.C.A.

Antes de entrar en vigencia la ley 100 de 1993, igualmente debían contabilizarse los pasivos pensionales de los docentes, empleados y trabajadores oficiales que posterior al 23 de Diciembre de 1993, se les reconoció su jubilación, es decir, que en el convenio de concurrencia deben figurar en el cálculo actuarial todas las obligaciones pensionales legales y extralegales generadas antes del 23 de Diciembre de 1993.

El problema que se presenta es que en el contrato de concurrencia, la Nación, el Departamento y la Universidad, sin mediar justificación alguna, no está reconociendo ni contabilizando la totalidad de las pensiones que fueron reconocidas y otorgadas en legal forma, mediante actos administrativos vigentes y con presunción de legalidad. Tampoco están contabilizando en el contrato de concurrencia el valor total de las pensiones, tal como fueron otorgadas, sino que las están incluyendo en menor cuantía, de las que legalmente se reconocieron, lo que también afecta la concurrencia total de las obligaciones de los entes que se demandan.

En el considerando No.3 del contrato de concurrencia se estableció que de acuerdo con los cálculos de la Dirección General del Presupuesto Público Nacional, a la Nación le corresponde aportar para el pago del pasivo pensional de la Universidad una participación de contribución o concurrencia del 75.6%, al Departamento del Atlántico una participación equivalente al 11.6% y a la Universidad el 12.8%, es decir, que de conformidad con los cálculos actuariales y sus proyecciones de pago definidos entre la Nación, el Departamento del Atlántico y la Universidad, a la Nación le corresponde emitir un bono nominal serie B por valor de \$291.095.433.416, al Departamento del Atlántico, un bono clase B por valor de \$44.665.436.873 y a la Universidad un bono clase B por valor de \$49.285.999.309, lo cual es totalmente falso porque de conformidad a las certificaciones emitidas por la Unidad Financiera de la Universidad del Atlántico, la concurrencia que le corresponde asumir a la Nación según las ejecuciones presupuestales de 1988 a 1992 es del 83.78%, la del Departamento es del 12.906% y el de la Universidad es del 3.306%, certificación que se elaboró siguiendo los lineamientos establecidos en el artículo 131 de la ley 100 de 1993.

Ahora bien, según oficio de Mayo de 2000, el Rector de la Universidad del Atlántico, de esa época, le reclama al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que la Nación del Presupuesto General estaba aportando a los gastos de la Universidad del Atlántico durante los 5 años anteriores a la vigencia de la ley 100 de 1993, un porcentaje equivalente al 83.78%, lo cual no concuerda con el porcentaje de concurrencia, establecido en los cálculos actuariales y en el contrato de concurrencia, porque varias pensiones reconocidas por actos administrativos en concreto que tienen presunción de legalidad no fueron incluidas dentro de dicho cálculo ni dentro de dicho contrato, hecho este que constituye una revocatoria de hecho o de facto y no de derecho de actos administrativos que reconocen pensiones, siendo esto contrario a lo establecido en los artículos 19 y 20 de la ley 797 de 2003, artículo 73 del C.C.A. y sentencia C-835 de 2003.

3. Contestación de la demanda.

DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO

Después de controvertir uno a uno los puntos de la demanda, concluye:

"No se amenaza violar el acceso al servicio público de educación superior de la población del Departamento del Atlántico ni de la Región Caribe ni del País porque la Universidad sí cuenta con la concurrencia de la Nación y del Departamento para el pago del pasivo pensional y es que el convenio interadministrativo es sólo para el PASIVO PENSIONAL y no para otros rubros, entonces, no se puede justificar que esta situación no permite que la población estudiantil no pueda acceder a servicios de educación porque los afectados son los bolsillos de los pensionados y no los estudiantes, ahora bien, si se toman por las vías de hecho, las instalaciones de la Universidad no permitiendo el ingreso de estudiantes y docentes activos a clase, entonces, sí se afecta de manera ilegal el servicio de educación, pero dicho servicio se afecta es por una acción externa y no por la solvencia financiera del estamento educativo.

El perjuicio a los bachilleres y padres de familia, no lo ocasiona el Departamento, sino la actitud de realizar paros y tomas a las instalaciones de la Universidad, no permitiendo el ingreso de alumnos y profesores a clases, motivo por el cual tampoco se amenaza el interés colectivo de toda la sociedad atlanticense, regional ni nacional.

Queremos aprovechar las palabras de ASOJUA cuando manifiesta:

"...Hecho este que origina la protesta de los docentes y trabajadores, quienes se manifiestan con la toma de las instalaciones físicas de la universidad no permitiendo a entrada ni salida de estudiantes, lo que interrumpe la oportuna y eficiente prestación del servicio de Educación Superior de los estudiantes que en la actualidad están matriculados, causándoles a estos un grave perjuicio y la frustración de ver interrumpidos sus estudios profesionales."

De lo anterior se denota que quien perjudica a los estudiantes con la actitud de realizar paros y tomas, no dejando entrar a los alumnos y profesores a clase son personas que no son funcionarios activos de la Universidad, tal y como lo hemos visto publicado en las noticias de prensa desde hace varios años hasta la presente y no son los docentes y trabajadores como tratan de hacerlo ver, entonces, en el presente caso, se está tratando de proteger unos intereses grupistas con el pretexto de amparar intereses generales.

La moral administrativa no ha sido vulnerada en ningún caso, pues no se está exponiendo circunstancia alguna que lo amerite. El convenio interadministrativo fue suscrito sin intervención de corrupción o de situaciones que ameriten la infracción de la moral gubernativa. No se han violado o desconocido derechos adquiridos que hagan tránsito a situaciones jurídicas consolidadas, así como tampoco se ha presentado desviación de poder y en el eventual caso, que así lo demuestre la parte actora, deberá concurrir ante las autoridades pertinentes a exponer los hechos constitutivos de faltas contra la moral pública."

NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PÚBLICO

Manifiesta lo siguiente:

"RAZONES JURÍDICAS QUE SUSTENTAN LA NO CONCURRENCIA DE LA NACIÓN EN EL PAGO DEL PASIVO IRREGULARMENTE RECONOCIDO. PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD DEL GASTO"

Razones presupuestales

La Carta Política consagra en su artículo 345, la obligatoriedad de incluir todo ingreso y gasto Orgánico del Presupuesto, consigna en su artículo 38 que:

"Solo podrá incluirse apropiaciones que correspondan:

- a) A créditos judicialmente reconocidos.
- b) Gastos decretados conforme a la ley.
- c) Destinados a dar cumplimiento a planes y programas de desarrollo económico y social..."

Valga la pena señalar que las Universidades están sometidas a las normas presupuestales, tal como lo ha sostenido la Corte Constitucional en sentencia C-053-1998:

"los entes universitarios, se definen como órganos autónomos que no pertenecen a ninguna de las ramas del poder público; ellos, para el análisis que se adelanta pueden dividirse en dos categorías: los del nivel nacional propiamente dicho, a los cuales les son aplicables las disposiciones de la ley anual de presupuesto, pues la totalidad de sus gastos se cubren con apropiaciones que afectan el presupuesto nacional; y aquéllos, que no obstante ser del nivel departamental, municipal o distrital, reciben del presupuesto general de la Nación los recursos necesarios para cubrir sus gastos de funcionamiento e inversión, lo que implica que el régimen aplicable a los mismos sea también el contenido en la ley anual de presupuesto, pues unos y otros "conforman el presupuesto de la Nación", circunstancia que los ubica dentro del universo al cual va dirigida la restricción

impugnada. Las universidades oficiales, no obstante que ostenten el carácter de departamentales, municipales o distritales, si se tiene en cuenta que la asignación de recursos para atender sus gastos de funcionamiento e inversión proviene fundamentalmente del presupuesto nacional, conforman también el presupuesto de la Nación, y por lo tanto a ellas como a las del nivel nacional se les aplica la restricción impuesta en la norma impugnada, sin que ello implique vulneración de la autonomía."

Así mismo sostiene la Corte:

"En materia de gastos, el Congreso debe autorizar cómo se deben invertir los dineros del erario público. Finalmente, esto explica la fuerza jurídica restrictiva del presupuesto en materia de gastos, según el cual las apropiaciones efectuadas por el Congreso por medio de esta ley son autorizaciones legislativas limitativas de la posibilidad de gasto gubernamental".

De conformidad con las disposiciones y jurisprudencia citada, queda claro que las Universidades están sujetas al principio de legalidad del gasto y que es imposible jurídicamente apropiar un gasto que no se halle expresamente amparado por la ley.

Por su parte, la ley 734 de 2002 por la cual se expide el Código Disciplinario Único señala:

Artículo 35 Prohibiciones. A todo servidor público le está prohibido:

15. Ordenar el pago o percibir remuneración oficial por servicios no prestados, o por cuantía superior a la legal, o reconocer y cancelar pensiones irregularmente reconocidas, o efectuar avances prohibidos por la ley o los reglamentos."

Al regular la graduación y naturaleza de las faltas la mencionada ley señala:
"Artículo 48. Son faltas gravísimas las siguientes:

22. Asumir compromisos sobre apropiaciones presupuestales inexistentes o en exceso del saldo disponible de apropiación o que afecten vigencias futuras, sin contar con las autorizaciones pertinentes."

La ley 734 establece claramente como prohibición para los servidores públicos el reconocer pensiones por fuera del marco legal y como falta disciplinaria gravísima el incumplimiento de los principios presupuestales básicos en especial en su artículo 45, numeral 22 el adquirir compromisos sobre apropiaciones presupuestales inexistentes.

Razones fiscales.

En el mismo sentido la ley 42/1993 sobre la organización de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen indica en su artículo 9° que para el control fiscal se pueden aplicar sistemas de control como el financiero, de legalidad, de gestión, de resultados, la revisión de cuentas y la evaluación del control interno. Se entiende por control de legalidad "la comprobación que se hace de las operaciones financieras, administrativas, económicas y de otra índole de una entidad para establecer que se hayan realizado conforme a las normas que le son aplicables."

De otra parte el artículo 3 de la ley 610 de 2000, que señala el trámite en los procesos de responsabilidad fiscal, define el concepto de gestión fiscal como "el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición,

planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales".

La ley define los eventos en que se configura la responsabilidad fiscal y define el concepto de daño patrimonial:

"Artículo 4°. Objeto de la responsabilidad fiscal. La responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal."

Parágrafo 1°. La responsabilidad fiscal es autónoma e independiente y se entiende sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad."

"Artículo 6°. Daño patrimonial al Estado. Para efectos de esta ley se entiende por daño patrimonial al Estado la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías."

Conclusiones

De las anteriores disposiciones podemos concluir:

En materia presupuestal y con relación a sus obligaciones pensionales:

- La Universidad debe presupuestar y pagar el monto de las pensiones reconocidas a la fecha, por estar amparadas por actos de carácter individual y concreto, sin perjuicio de la evaluación jurídica de cada caso y de las acciones legales pertinentes. En la medida que se haya establecido la posible ilegalidad de un determinado reconocimiento si la Universidad no adopta las medidas correctivas pertinentes, los funcionarios competentes pueden posteriormente verse vinculados a procesos penales, disciplinarios y fiscales.
- La Universidad, una vez, tiene conocimiento de la irregularidad que supone la extensión de convenciones colectivas a empleados públicos, no puede presupuestar recursos para amparar pensiones por reconocer con ese fundamento (por la inexistencia de norma preexistente) ni expedir los actos administrativos que afecten su presupuesto con fundamento en dichas normas.
- La Nación, solo debe presupuestar el 75.6% del pasivo legalmente reconocido, de conformidad con los artículos 131 de la Ley 100, 38 del Decreto 111 de 1996 y con el artículo 35 de la Ley 734 de 2002 que expresamente señala la prohibición de cancelar pensiones irregularmente reconocidas.
- En virtud de la ley 610 de 2000 que señala el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal, si la Universidad del Atlántico no inicia las acciones pertinentes contra los actos de reconocimiento de pensiones irregularmente reconocidas puede incurrir en una lesión al patrimonio público que de lugar a responsabilidad fiscal."

COADYUVANCIA

La defensoría del pueblo, coadyuvó la demanda, manifestando lo siguiente:

"De acuerdo con lo anterior, en el cálculo actuarial aprobado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público que sirvió de base al convenio en cuestión, se fijó como promedio de aportes el 75.6% y 11.6% para la Nación y el Departamento del Atlántico, mientras que el promedio real de las contribuciones al presupuesto de la universidad entre los años 1988 y 1992 por parte de dichas entidades territoriales corresponden en su orden al 83.78% y 12.906%.

La disconformidad porcentual referida obedece a que en el Convenio de Concurrencia, cuyo objeto es atender la carga pensional de la Universidad el Ministerio de Hacienda y Crédito Público no cobijó la totalidad de su cuantía, pues excluyó los actos administrativos que en su criterio reconocían pensiones ilegales, lo cual resulta arbitrario, en la medida en que tales decisiones dejarán de surtir efectos jurídicos únicamente por sentencia emanada de la jurisdicción contencioso administrativa que así lo disponga o cuando medie consentimiento del afectado.

Lo anterior, implica que la diferencia sea asumida por la Universidad del Atlántico en desmedro de un óptimo servicio que ya se refleja en la disminución de recursos y descenso de gastos que la imposibilita a garantizar el cumplimiento de sus obligaciones en general hasta el punto de encontrarse sumida en una grave crisis económica que pone en riesgo el ejercicio de las actividades académicas.

Con la situación descrita, como acertadamente lo sostiene el accionante en el libelo introductorio, peligra el acceso a la educación superior de los bachilleres de los estratos bajos que verán frustradas sus posibilidades de capacitarse y de alcanzar mejores condiciones de vida negando a la sociedad la oportunidad de progresar, circunstancia que no se ajusta al marco de nuestro Estado Social de Derecho que por el contrario propugna por la prosperidad general como uno de sus fines.

Además de los argumentos jurídicos esbozados por el apoderado de la Asociación de Jubilados de la Universidad del Atlántico, pertinentes y plenamente válidos, esta delegada invoca las siguientes herramientas de orden internacional para que sirvan de orientación al trámite de la presente acción.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General No. 13 determinó que "la educación es un derecho humano intrínseco y un medio indispensable de realizar otros derechos humanos. Como derecho del ámbito de la autonomía de la persona, la educación es el principal medio que permite a adultos y menores marginados económica y socialmente salir de la pobreza y participar plenamente en sus comunidades. La educación desempeña un papel decisivo en la emancipación de la mujer, la promoción de los derechos humanos y la democracia, la protección del medio ambiente y el control del crecimiento demográfico. Está cada vez más aceptada la idea de que la educación es una de las mejores inversiones financieras que los Estados pueden hacer, pero su importancia no es únicamente práctica pues dispone de una mente instruida, inteligente y activa, con libertad y amplitud de pensamiento, es uno de los placeres y recompensas de la existencia humana.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dedica dos artículos al derecho a la educación, los artículos 13 y 14. El artículo 13, la disposición más extensa del Pacto, es el artículo de alcance más amplio y más exhaustivo sobre el derecho a la educación de toda la litigación internacional sobre los derechos humanos.

El apartado c del párrafo 2 del artículo 13 contempla el derecho a la enseñanza superior y con respecto a éste precepto el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sostiene:

"La enseñanza superior comprende los elementos de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad, que son comunes a la enseñanza en todas sus formas y en todos los niveles.

Si bien la aplicación precisa y pertinente de los requisitos dependerá de las condiciones que imperen en un determinado Estado Parte, la educación en todas sus formas y en todos sus niveles debe tener las siguientes cuatro características interrelacionadas.

a) Disponibilidad. Debe haber instituciones y programas de enseñanza en cantidad suficiente en el ámbito del Estado Parte. Las condiciones para que funcionen dependen de numerosos factores, entre otros, el contexto de desarrollo en el que actúan; por ejemplo las instituciones y los programas necesitan docentes calificados con salarios competitivos, materiales de enseñanza, bibliotecas, servicios de informática, tecnología de la información, etc.;

b) Accesibilidad. Las instituciones y los programas de enseñanza han de ser accesibles a todos, sin discriminación, en el ámbito del Estado Parte. La accesibilidad consta de tres dimensiones que coinciden parcialmente:

i) No discriminación. La educación debe ser accesible a todos, especialmente a los grupos más vulnerables de hecho y de derecho, sin discriminación por ninguno de los motivos prohibidos.

ii) Accesibilidad material. La educación ha de ser asequible materialmente, ya sea por su localización geográfica de acceso razonable o mediante la tecnología moderna.

iii) Accesibilidad económica. La educación ha de estar al alcance de todos. Esta dimensión de la accesibilidad está condicionada por las diferencias de redacción del párrafo 2 del artículo 13 respecto de la enseñanza primaria, secundaria y superior: mientras que la enseñanza primaria ha de ser gratuita para todos, se pide a los Estados Partes que implanten gradualmente la enseñanza secundaria y superior gratuita.

En torno a la evaluación que sobre el cumplimiento de las obligaciones y violaciones de los Estados Partes realiza el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su observación general No. 13, afirma:

"Si bien el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispone su puesta en práctica gradual y reconoce las restricciones debidas a las limitaciones de los recursos disponibles, impone también a los Estados Partes diversas obligaciones con efecto inmediato. Los Estados Partes tienen obligaciones inmediatas respecto del derecho a la educación, como la garantía del ejercicio de los derechos sin discriminación alguna y la obligación de adoptar medidas para lograr la plena aplicación del artículo 13. Estas medidas han de ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia el pleno ejercicio del derecho a la educación.

El ejercicio del derecho a la educación a lo largo del tiempo, es decir, gradualmente, no debe interpretarse como una pérdida del sentido de las obligaciones de los Estados Partes. Realización gradual quiere decir que los Estados Partes tienen la obligación concreta y permanente de proceder lo más expedita y eficazmente posible para la plena aplicación del artículo 13 (Observación general 3, párrafo 9, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

La admisión de medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la educación, y otros derechos enunciados en el Pacto es objeto de grandes prevenciones. Si deliberadamente adopta alguna medida regresiva el Estado

Parte tiene la obligación de demostrar que fue implantada tras la consideración más cuidadosa de todas las alternativas y que se justifica plenamente en relación con la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que disponga el Estado Parte.

El derecho a la educación como todos los derechos humanos, impone tres tipos o niveles de obligaciones a los Estados Partes: las obligaciones de respetar, de proteger y de cumplir. A su vez, la obligación de cumplir consta de la obligación de facilitar y la obligación de proveer.

La obligación de respetar exige que los Estados Partes eviten las medidas que obstaculicen o impidan el derecho a la educación. La obligación de proteger impone a los Estados Partes adoptar medidas que eviten que el derecho a la educación sea obstaculizado por terceros. La de dar cumplimiento (facilitar) exige que los Estados adopten medidas positivas que permitan a individuos y comunidades disfrutar del derecho a la educación y les presten asistencia. Por último, los Estados Partes tienen la obligación de dar cumplimiento (facilitar el) al derecho a la educación. Como norma general, los Estados Partes están obligados a dar cumplimiento a un derecho concreto del Pacto cada vez que un individuo o grupo no puede, por razones ajenas a su voluntad, poner en práctica el derecho por sí mismo con los recursos a su disposición. No obstante, el alcance de ésta obligación está supeditado siempre al texto del Pacto.

A éste respecto, es preciso insistir en dos elementos del artículo 13. En primer lugar, está claro que en el artículo 13 se considera que los Estados tienen la principal responsabilidad de la prestación directa de la educación en la mayor parte de las circunstancias; los Estados Partes reconocen que se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza. La obligación de garantizar la igualdad de oportunidades en el acceso de los estudios superiores.

Es obligación del Estado colombiano garantizar el acceso a los estudios superiores en condiciones de igualdad. En este sentido, no solo se trata de una obligación de protección; sino también de respeto, puesto que también se predica de las universidades públicas. Esta obligación se encuentra consagrada en diversos instrumentos internacionales. La Declaración Universal de los Derechos Humanos ordena:

La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada. El acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos.

Artículo 28. Los Estados Partes reconocen los derechos del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, deberán en particular:

C. Hacer la enseñanza superior accesible a todos, sobre la base de la capacidad, por cuantos medios sean apropiados.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 13. 2 c incorpora idéntico mandato.

Finalmente, el Protocolo de San Salvador, en su artículo 13.3.C, estatuye:

Los Estados Partes en el presente Protocolo reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio del derecho a la educación:

C. La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados.

La obligación de generalizar la instrucción técnica y profesional para garantizar la plena efectividad del derecho al trabajo

Según la Convención de la UNESCO sobre la enseñanza Técnica y profesional 1989, ésta enseñanza se refiere a todas las formas y niveles del proceso de educación que incluye, además de los conocimientos generales, el estudio de las técnicas y de las disciplinas afines, la adquisición de habilidades prácticas, de conocimientos prácticos y de aptitudes, y la comprensión de los diferentes oficios en los diversos sectores de la vida económica y social."

4. Audiencia de Pacto de Cumplimiento.

La audiencia especial de pacto de cumplimiento de que trata el artículo 27 de la Ley 472 de 1998, fue celebrada el día veintiocho (28) de Octubre de dos mil cinco (2005) (Folio 891 CO 3)), en la que se hicieron presentes las partes aquí involucradas y el Ministerio Público. Dicha diligencia se declaró fallida por no existir propuesta alguna de pacto de cumplimiento de conformidad con lo estipulado en el artículo 27 de la Ley 472 de 1998.

5. Alegatos de Conclusión.

La parte demandante y demandada Bavaria S.A. presentaron alegatos de conclusión, ratificándose en sus pretensiones. El Ministerio Público Guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES

I. ASPECTOS PROCESALES

A. PROCEDIBILIDAD – Aspectos generales

La Acción Popular encuentra sustento constitucional en el artículo 88, que reza:

"Artículo 88. La Ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad pública, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.

También se regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares.

Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos."

La característica esencial de este tipo de Acción, es su ejercicio con carácter preventivo, por consiguiente, no se exige para ejercerla, la existencia de un daño o perjuicio consumado, sobre los diferentes derechos colectivos que son objeto de amparo mediante este mecanismo judicial.

El artículo 2º de la Ley 472 de 1998, contiene lo que se puede denominar la "razón de su ejercicio", o en otros términos, la finalidad de este tipo de acciones:

"Artículo 2. Acciones Populares. Son los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos.

Las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuera posible". (Subrayas fuera de texto).

El legislador no sólo regló lo referente al ejercicio de la acción popular, sino también su procedencia:

"Artículo 9. Procedencia de las acciones populares. Las acciones populares proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos". (Subrayas fuera de texto).

En criterio de Despacho, estas normas son suficientes para determinar la función judicial dentro de este tipo de acción, bajo el entendimiento, para no desnaturalizarla, que su ejercicio protege no cualquier perjuicio, sino el que guarda relación con el **daño contingente**; es decir, aquel que puede o no suceder, y su procedencia, si bien tiene lugar frente a acciones u omisiones, no se trata de cualquiera de ellas, sino solamente de aquellas que implican **violación o amenaza a un derecho o interés colectivo**.

En total armonía con las anteriores disposiciones, el legislador facultó al juez, para que al momento de fallar, si prosperan las pretensiones, se:

"(...) profiera una orden de hacer o no hacer, donde se defina de manera precisa la conducta a cumplir con el fin de proteger el derecho o el interés colectivo amenazado o vulnerado y de prevenir que se vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para acceder a las pretensiones del demandante. (Artículo 34 Ley 472 de 1.998).

Obsérvese que si bien se está frente a una acción constitucional, de naturaleza pública, donde por regla general es mayor el campo de acción del órgano judicial, el legislador consagró una determinada congruencia entre la sentencia y las pretensiones de la demanda; en consecuencia, el juez tiene una facultad o atribución amplia para determinar la orden que pronunciará, pero la misma debe ser congruente con la acción u omisión que resultó probada y que es la causa de la violación de un derecho colectivo; en otros términos, la finalidad de la sentencia no es otra que erradicar la causa de la violación o amenaza del derecho colectivo.

No existe duda para reiterar que el ejercicio de las acciones populares conlleva la protección de un derecho colectivo, lo que excluye motivaciones meramente subjetivas o particulares; de ahí el por qué se diferencia este tipo de acción de otras, habida cuenta que en estricto sentido no constituyen una controversia entre partes que defienden intereses subjetivos, sino que se trata de un mecanismo de protección de los derechos colectivos preexistentes.

B. PROBLEMA JURÍDICO

Los problemas jurídicos a resolver se contraen a determinar: 1. Existe alguna norma que obligue o vincule a la Nación a concurrir en la totalidad del pasivo pensional (legal como extralegal) De la universidad Pública Territorial. 2. Que determina la validez o no de una pensión extralegal. 3. si al no incluir a la totalidad de los pensionados de la universidad del atlántico (legales y extralegales) en el convenio de concurrencia, se vulnera el derecho colectivo a la moralidad administrativa y/o el acceso al servicio público de educación y que su prestación sea eficiente y oportuna. 2.- De otra parte, si con los porcentajes de concurrencia establecidos en el respectivo convenio, igual se vulneran los derechos colectivos mencionados, una vez se determine con las pruebas obrantes en el proceso, el monto en el que cada entidad que suscribe el Convenio, debe concurrir.

C. EXCEPCIONES

❖ DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO

1. Indebida escogencia de la acción. (La acción a presentar no era popular)

La fundamenta en que la acción que debió presentarse por ASOJUA, fue una acción de grupo pues el convenio de concurrencia afecta la capacidad económica individual de los miembros de un grupo y no la de una comunidad en abstracto.

En principio parecería tener razón el apoderado de la entidad accionada, Departamento Del Atlántico, en el entendido, que con la pretensión de que se incluya en el convenio de concurrencia suscrito entre La Universidad Del Atlántico, Departamento Del Atlántico Y Ministerio De Hacienda Y Crédito Público, para atender el pasivo pensional de la universidad, a todos los pensionados de la universidad, sin entrar a discriminar entre legales o extralegales, denota un interés subjetivo y particular de parte de los no concurridos, interés que les compete a y afecta a ellos, a mas de que estos no concurridos pueden ser determinables cuantitativa y personalmente.

Si bien esto es cierto, también lo es que, al argumentar los accionantes que al no incluir en los cálculos actuariales que sirvió de base para la suscripción del contrato de concurrencia la totalidad de las obligaciones pensionales que se tenían a 23 de diciembre de 1993, conlleva a que ni la Nación, ni el Departamento, concurren sin ninguna justificación a su financiación, teniéndolos que asumir la Universidad Del atlántico, quien no genera, ni tiene recursos, para responder por ellas y que originarían el cierre inminente de la institución, hecho este que vulnera los derechos colectivos de acceso al servicio público de la educación superior y a la eficiente y oportuna prestación de este servicio", están refiriéndose a una eventual vulneración o amenaza de derechos colectivos. (Fl. 9 C1)

Por este solo hecho, y ante la eventualidad de que al no incluir a todos los pensionados en el convenio de concurrencia vulnere o amenace derechos colectivos, como el de acceso al servicio público esencial de educación, no prosperará esta excepción propuesta, pero en el entendido explicitado por este despacho. Y en cuanto a que la situación vulnere o no los derechos colectivos esbozados, es materia a decidir en este proveído.

2. Los cálculos actuariales tuvieron como fundamento estudios del ministerio de hacienda y crédito público.

Mas que una excepción es un hecho, que se entrara a declarar en esta providencia de conformidad con lo que aparezca acreditado en este plenario.

3. pago de la obligación y/o compensación.

Mas que una excepción, es en si, una pretensión sin vocación de enervar lo pretendido por los accionantes, en el eventual caso de que las pretensiones prosperen, en el entendido de que el Departamento ha hecho un pago en exceso con la contribución que hace al pasivo pensional de la universidad Del Atlántico, por lo que debería descontarse de la posible deuda que pueda tener el Departamento o descontarse por compensación. No prospera esta excepción.

4. Improcedencia De La Acción Popular

Fundamenta esta excepción porque la causal invocada por los accionantes es la moralidad administrativa, la cual no se ha vulnerado porque los porcentajes de concurrencia han sido legalmente establecidos con base en criterios técnicos actuariales definidos legalmente por el gobierno nacional

Observa el Despacho una vez revisado el contenido de la misma, que ésta se refiere a consideraciones jurídicas que serán objeto de estudio sustancial de la presente controversia, pues es claro que no se presenta ningún hecho impeditivo o extintivo de la pretensión, que obligue a tener como excepción la argumentación jurídica referida; en otros términos, lo planteado por la demandada como excepción no tiene esa naturaleza.

Por consiguiente, el punto se estudiará en el acápite de los aspectos sustanciales.

❖ MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO

1. Improcedencia de proteger un derecho mediante la violación e otros
2. la nación no puede concurrir en el pago de pensiones reconocidas conforme a parámetros diferentes a los legales.
3. proteger el derecho a la educación implica una serie medidas estructurales.

Fundamenta estas excepciones en que no existe norma que permita a la nación concurrir en el pago del pasivo ilegalmente reconocido, por el contrario existen normas que expresamente prohíben el pago en estas condiciones. Por tanto mal podrían condenar a la Nación a efectuar un pago ilegal, en aras de proteger otro derecho.

Igualmente observa el Despacho una vez revisado el contenido de las excepciones propuestas, que ésta se refiere a consideraciones jurídicas que serán objeto de estudio sustancial de la presente controversia, pues es claro que no se presenta ningún hecho impeditivo o extintivo de la pretensión, que obligue a tener como excepción la argumentación jurídica referida; en otros términos, lo planteado por la demandada como excepción no tiene esa naturaleza.

Por consiguiente, el punto se estudiará en el acápite de los aspectos sustanciales.

II. ASPECTOS SUSTANCIALES

Para responder los problemas jurídicos que se plantean, este Despacho se ocupará del análisis de los siguientes temas: 1). procedencia de acciones populares en relación a contratos estatales. 2. Ámbito y límites de la autonomía universitaria. 3). El pasivo pensional de las universidades públicas. 3.1). Como se integra o financia el pasivo pensional. 3.2). Porcentajes de concurrencia. 3.3) referencias legales que determinan o limitan la concurrencia 4). Lo demostrado frente al caso concreto. 5). La definición de la existencia o no de vulneración a los derechos señalados en la demanda.

1) Procedencia de acciones populares en relación a contratos estatales.

La interpretación de las distintas Secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado sobre el alcance de las facultades del juez popular, en lo que hace a revisión de la legalidad de actos y contratos de la Administración, ha experimentado una evolución, no exenta de contradicciones, y sus diversos criterios pueden agruparse en dos grandes líneas jurisprudenciales. Hay que señalar que la falta de uniformidad de la jurisprudencia se debió -en parte- a que en un comienzo todas las secciones conocían de los más disímiles asuntos, circunstancia que vino a ser remediada con la expedición del Acuerdo 55

de 2003, por el cual se reformó el reglamento interno del Consejo de Estado, el cual atribuyó exclusivamente a la sección tercera el conocimiento de las acciones populares interpuestas en materia contractual, lo mismo que las atinentes a la violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa

Una primera línea jurisprudencial, si bien parte del reconocimiento del carácter principal y no subsidiario de la acción popular, exceptúa de su conocimiento el control de la legalidad del contrato, por tratarse de un tópico propio de la acción contractual¹. En otras palabras, conforme a este criterio la acción popular no es de recibo para controvertir la legalidad del contrato estatal, como que al efecto la ley prevé otro medio de defensa judicial, esto es, la acción contractual prevista en el artículo 87 del C.C.A.; corresponde entonces al juez natural de conocimiento resolver el asunto

Una segunda tendencia jurisprudencial ha entendido que es posible examinar la legalidad del contrato estatal en orden a determinar si amenaza algún derecho colectivo, de modo que la acción popular en estos eventos resulta procedente, justamente, por su carácter principal y no subsidiario.

No obstante lo expuesto, debe advertirse que, tratándose de la procedencia de la acción popular para discutir la validez de los contratos estatales no existe en la actualidad divergencia de criterios, como quiera que desde que asumió su conocimiento exclusivo la Sección Tercera ha guardado coherencia con el planteamiento expresado desde un comienzo. El Consejo de Estado, si es reiterativo, en aras de la clara definición de la línea jurisprudencial vigente, que cuando quiera que otros jueces hayan avocado el conocimiento del contencioso contractual, el juez popular puede tomar medidas diferentes como es, vgr., la suspensión de la ejecución del contrato, "hasta tanto se defina la legalidad en este último proceso.

Al respecto se ha manifestado el Consejo De Estado de la siguiente manera:

Retomando la idea expresada líneas arriba según la cual la contratación es expresión de la función administrativa, al tenor de lo dispuesto por el artículo 9 de la ley 472, las acciones populares proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos. Dispositivo legal reiterado por el artículo 15 eiusdem que atribuye a la jurisdicción de lo contencioso administrativo la competencia para conocer de los procesos que se susciten con ocasión del ejercicio de las acciones populares originadas en "*actos, acciones, u omisiones de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas*".

En armonía con estos preceptos, el artículo 34 eiusdem prescribe que la sentencia que acoja las pretensiones del demandante de una acción popular podrá contener una orden de hacer o no hacer y exigir la realización de conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho o interés colectivo, cuando fuere físicamente posible.

¹ En CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso, Sección Primera, Auto del 24 de mayo de 2001, Exp. AP 076, C.P. Olga Inés Navarrete Barrero. Pero esta postura no es uniforme al interior de las providencias expedidas por esta sección.

Es también el criterio de algunas de las providencias de la Sección Cuarta. Vid. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Auto de 30 de mayo de 2002, Exp. AP 0106; Sentencia de 16 de agosto de 2002, Exp. AP 1768.

Es importante advertir que cuando estas normas aluden a acciones de las autoridades públicas, resulta claro para la Sala que este concepto genérico incluye, por supuesto, la celebración de contratos, por lo que no resulta, entonces, difícil admitir el examen de validez del contrato en sede popular.

En definitiva, si se acude al contexto mismo de la ley 472, como a sus antecedentes arriba reseñados, se ilustra el sentido indicado. Una lectura sistemática que establezca correspondencia y armonía entre cada uno de sus dispositivos (arts. 9, 15, 34 y 40) permite concluir que los contratos estatales son susceptibles de evaluación por parte del juez popular cuando quiera que se amenace o vulnere un derecho colectivo, siendo del caso -incluso- examinar la validez del contrato, ordenar suspender sus efectos o incluso declarar su nulidad, siempre y cuando se trate de nulidad absoluta, en tanto que esta hipótesis se acompasa mejor a las otras preceptivas que gobiernan la materia (Código Civil, Código de Comercio y ley 80 de 1993), en tanto que sólo ésta puede ser declarada oficiosamente, a tiempo que -con su ocurrencia- resulte más clara la eventual vulneración de un derecho o interés colectivo.

Con todo, no debe perderse de vista que la Sala ha advertido -criterio que se reitera en esta oportunidad- que cuando cursa proceso ante el juez natural del contrato, el juez popular, porque entiende que es suficiente garantía para el derecho colectivo, debe ser muy cuidadoso al adoptar las medidas del caso:

*"Como quiera que el contrato materia de esta acción popular actualmente es objeto de una acción contractual ante el juez administrativo en razón de la demanda de nulidad absoluta que en reconvencción formuló la administración, la cual deberá resolverse en los términos del art. 44 y siguientes de la Ley 80 de 1993, se suspenderá su ejecución, hasta tanto se defina su legalidad en este último proceso."*²

En todo caso, es preciso anotar que en estos casos no es dable hacer aseveraciones de carácter absoluto, sino que, a partir de la casuística, corresponderá al juez popular evaluar con suma atención la procedencia de la medida que al mismo tiempo permita la protección del derecho colectivo vulnerado, sin atentar contra la seguridad jurídica, pilar básico de todo Estado de Derecho.³

2) **Ámbito y límites de la autonomía universitaria.**

² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Sentencia de 31 de octubre de 2002, Radicación número: AP-52001233100020001059-01, Exp. AP 518, C.P. Ricardo Hoyos Duque, Actor: Jesús Orlando Mejía Yépez, Demandado: Empresa Licorera de Nariño y Otros, Referencia: Acción popular.

³ La Sala de forma reiterada ha señalado la cláusula Estado Social de Derecho no niega los rasgos distintivos clásicos de la cláusula Estado de Derecho, sino que por el contrario participa de ellos. (GARCÍA-PELAYO, Manuel. Las transformaciones del Estado contemporáneo, Alianza Universidad, novena reimpression, 1995, Madrid, p. 56). Vid CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Sección Tercera, Sentencia de 16 de marzo de 2005, Radicación número 25000232600020020121601 (27.921), Actor: Eptisa Proyectos Internacionales S.A. y Otros, Demandado: Instituto Nacional de Vías-Invias, Referencia: Contractual Recurso ordinario de reposición, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; en el mismo sentido CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Sentencia de noviembre 25 de 2004, Radicación: 110010326000200300055-01, Expediente: 25560, Ref. Recurso de anulación de laudo arbitral, Actor: Sociedad Centrimed Ltda., Demandado: Hospital Militar Central, C.P. German Rodríguez Villamizar.

La Constitución Política garantiza, en su artículo 69, la autonomía universitaria como postulado orientado a preservar la capacidad de autogobierno¹ de las instituciones públicas y privadas encargadas de la prestación del servicio público de educación superior, sobre la base de que en un estado democrático las universidades sólo pueden cumplir su trascendental misión de contribuir al avance y multiplicación del conocimiento en la sociedad, dentro de un marco normativo que garantice su autodeterminación en materias propias de la gestión del saber.

Con esta perspectiva, la ley 30 de 1992, al desarrollar este mandato constitucional, fijó el alcance de este principio en los siguientes términos:

"Artículo 28. La autonomía universitaria consagrada en la Constitución Política de Colombia y de conformidad con la presente ley, reconoce a las universidades el derecho a darse y modificar sus estatutos, designar sus autoridades académicas y administrativas, crear, organizar y desarrollar sus programas académicos, definir y organizar sus labores formativas, académicas, docentes, científicas y culturales, otorgar los títulos correspondientes, seleccionar a sus profesores, admitir a sus alumnos y adoptar sus correspondientes regímenes, y establecer, arbitrar y aplicar sus recursos para el cumplimiento de su misión social y de su función institucional".

En consonancia con este precepto, el artículo 29 eiusdem precisó el ámbito de la autonomía universitaria al disponer que la misma atañe a los siguientes asuntos:

- "a). Darse y modificar sus estatutos;
- "b). Designar sus autoridades académicas y administrativas;
- "c). Crear, desarrollar sus programas académicos, lo mismo que expedir los correspondientes títulos;
- "d). Definir y organizar sus labores formativas, académicas, docentes, científicas, culturales y de extensión;
- "e). Seleccionar y vincular a sus docentes, lo mismo que a sus alumnos;
- "f). Adoptar el régimen de alumnos y docentes".

Por manera que la autonomía universitaria busca propiciar una atmósfera de independencia académica libre de interferencias políticas que se materializa con la adopción de decisiones relativas a su objeto que asegure un espacio independiente del conocimiento.

De ahí que la autonomía universitaria busca garantizar la independencia para la formulación de programas de estudios, para el desarrollo de la cátedra y de la discusión propias de sus claustros, para emprender labores formativas en sus distintas modalidades incluidas -por supuesto- las de investigación y de extensión, y para la selección y régimen de estudiantes y docentes, vale decir, asuntos propios del decurso natural de la comunidad científica que conforma el estamento universitario, todo ello dentro del marco de sus propios "estatutos", como una suerte de reglamento interno de carácter sub-legal relacionado con su organización y funcionamiento expedido de acuerdo con la ley, según las voces del artículo 69 Superior.

Ahora bien, el mismo precepto señala que "[l]a ley establecerá un régimen especial para las universidades del Estado", es así como la ley 30 de 1992, por la cual se organiza el servicio público de la Educación Superior, previó un régimen singular para las universidades oficiales al ordenarles que se organicen "como entes universitarios autónomos" (art. 57²), previsión que ha llevado a la Corte Constitucional a ubicarlos como órganos autónomos e independientes en los términos del artículo 113 Constitucional, habida cuenta de que en atención a su singular naturaleza jurídica y a las funciones asignadas, no pueden integrarse a ninguna de las ramas del poder público, por lo que su organización tiene un régimen particular y especial, con capacidad de autodeterminación ajena a la injerencia indebida de las ramas del poder público, en especial del ejecutivo³.

Sin embargo, la autonomía que se predica de las universidades estatales no comporta que sean "órganos soberanos de naturaleza supraestatal -ajenos

al mismo Estado y a la sociedad a la que pertenecen, ni les otorga una competencia funcional ilimitada que desborde los postulados jurídicos, sociales o políticos que dieron lugar a su creación"⁴, de modo que dicha prerrogativa no es absoluta o ilimitada, pues se circunscribe al ámbito de sus atribuciones de orden pedagógico y con clara sujeción a los límites trazados por la Constitución y la ley⁵.

En otros términos, la autonomía encargada por la Constitución a las universidades públicas no les da un carácter de órgano superior del Estado, ni les concede un ámbito ilimitado de competencias⁶, ni las convierte en "islas dentro del sistema jurídico"⁷ en tanto -como ha señalado la Corte Constitucional- cualquier entidad pública, por el simple hecho de pertenecer a un Estado de Derecho, se encuentra sujeta a límites y restricciones determinados por la Constitución y la ley⁸.

3. El pasivo pensional de las universidades públicas. 3.1 Como se integra o financia el pasivo pensional. 3.2 Porcentajes de concurrencia

El artículo 131 de la Ley 100 de 1993 reza:

"FONDO PARA PAGAR EL PASIVO PENSIONAL DE LAS UNIVERSIDADES OFICIALES Y DE LAS INSTITUCIONES OFICIALES DE EDUCACION SUPERIOR DE NATURALEZA TERRITORIAL. Cada una de las instituciones de educación superior oficiales, del nivel territorial, departamental, distrital, municipal, constituirá un fondo para el pago del pasivo pensional contraído a la fecha en la cual esta ley entre en vigencia, hasta por un monto igual al valor de dicho pasivo que no esté constituido en reservas en las Cajas de Previsión, o fondos autorizados, descontando el valor actuarial de las futuras cotizaciones que las instituciones como empleadores y los empleados deban efectuar según lo previsto en la presente ley, en aquella parte que corresponda a funcionarios, empleados o trabajadores vinculados hasta la fecha de iniciación de la vigencia de la presente ley.

Dicho fondo se manejará como una subcuenta en el presupuesto de cada institución. Será financiado por la Nación, los departamentos, los distritos y los municipios, que aportarán en la misma proporción en que hayan contribuido al presupuesto de la respectiva universidad o institución de educación superior, teniendo en cuenta el promedio de los cinco (5) últimos presupuestos anuales, anteriores al año de iniciación de la vigencia de la presente ley.

Los aportes constarán en bonos de valor constante de las respectivas entidades que se redimirán a medida que se haga exigible el pago de las obligaciones pensionales de acuerdo con las proyecciones presupuestales y los cálculos actuariales, y de conformidad con la reglamentación que para el efecto establezca el Gobierno Nacional.

Dentro del año siguiente a la iniciación de la vigencia de la presente ley, las universidades y las instituciones de educación superior referidas en este artículo, elaborarán o actualizarán los estudios actuariales con el visto bueno del Ministerio de Hacienda. Este requisito es necesario para la suscripción de los bonos que representen los aportes de la Nación. Esta suscripción deberá hacerse dentro de los dos (2) primeros años de la vigencia de la presente ley". (Subrayado fuera de texto).

El Consejo de Estado consideró necesario rectificar la posición que adoptó en el auto del 11 de noviembre de 1999, proferido dentro del proceso 1689, actora: Alba Luz Jojoa Uribe, Consejero Ponente: Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, toda vez que el estudio integral del Decreto 2337 del 24 de diciembre de 1996, por el cual se reglamentaron los Artículos 131 y 283 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1299 de 1994, y del 86 de la Ley 30 de 1992, lleva a concluir que dichas instituciones de educación superior están obligadas a contribuir con aportes propios al Fondo respectivo.

La normatividad mencionada estipula lo siguiente:

"Artículo 4º: Funciones de los FONDOS PARA PAGAR EL PASIVO PENSIONAL: Los fondos para el pago del pasivo pensional a favor de los empleados públicos, trabajadores oficiales y personal docente, constituidos como una cuenta especial de las universidades oficiales e instituciones de educación superior de carácter oficial y naturaleza territorial, tendrán las siguientes funciones:

...
Parágrafo 1º...

Parágrafo 2º...

En la fecha en que dichos afiliados soliciten la emisión de su respectivo bono pensional, la universidad o la institución de educación superior incluirá en el cálculo anual de su pasivo pensional el monto del cálculo de las cuotas partes del bono pensional que le correspondan a la respectiva institución, y dicha institución, la Nación y las entidades territoriales concurrirán a prorrata del aporte, a que se refiere el artículo 7º de este decreto, en el pago de esta obligación en la fecha de redención del bono pensional. El cálculo anual del pasivo pensional, deberá ser presentado al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, dentro de los dos primeros meses del año.

Artículo 7º. Aportes para el pago del pasivo pensional de las universidades oficiales y de las instituciones oficiales de educación superior del orden territorial: Los recursos para el pago del pasivo pensional de las instituciones de que trata el presente decreto, causado hasta el 23 de diciembre de 1993, serán sufragados, además de por la respectiva institución, por la Nación y por cada una de las entidades territoriales correspondientes, de acuerdo con la ejecución presupuestal, en un monto equivalente a su participación en la financiación de las universidades o instituciones de educación superior, en los últimos cinco (5) años anteriores a la vigencia de la ley 100 de 1993 de conformidad con lo establecido en su Artículo 131. Para determinar la participación en la financiación de este pasivo, de la ejecución presupuestal se descontarán los ingresos recibidos por la universidad por venta de servicios de investigación con destinación específica, clasificados como "otras rentas," de acuerdo con lo establecido en las ejecuciones presupuestales anuales de las instituciones. Estas participaciones quedarán recogidas en el contrato de que trata el Artículo 9º del presente decreto.

Las entidades que participarán en la financiación del Fondo, según corresponda serán las siguientes:

1. La Nación.

2. El departamento.
3. El distrito.
4. El municipio.
5. La universidad oficial o la institución oficial de educación superior.

...

Por medio de un convenio que consulte la situación financiera particular de cada Institución de educación superior, suscrito entre ésta, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y, si es del caso, la entidad territorial respectiva, se establecerá(n) la(s) fecha(s) en las cuales la Nación, las entidades Territoriales y la propia institución de educación superior efectuarán los aportes que resulten a su cargo. Para el efecto, será indispensable la aprobación previa por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de los cálculos actuariales, las proyecciones presupuestales y del plan financiero presentado por cada institución.

...

Artículo 9º: **Contratos:** Una vez determinada la responsabilidad financiera de las entidades de que trata el artículo 7º del presente decreto, se firmarán contratos entre las Universidades o instituciones de Educación Superior y la Nación, los departamentos, los distritos y los municipios los cuales deben contener como mínimo lo siguiente:

1. El valor de la deuda reconocida por las partes, para el pago del pasivo pensional causado hasta el 23 de diciembre de 1993 y el monto del aporte de la Nación, el departamento, el distrito, el municipio y la respectiva universidad o institución de educación superior.
2. Los plazos y la forma en que la Nación, los departamentos, los distritos, los municipios y la universidad o institución de educación superior, cumplirán con la obligación de efectuar el aporte, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7º del presente decreto."

El Consejo De Estado al entrar a estudiar la normatividad transcrita determinó lo siguiente:

"En efecto, si bien en el Artículo citado de la Ley 100 de 1993 no se menciona a la respectiva universidad o institución de educación superior como aportante al Fondo que debía constituir para pagar el pasivo pensional que tenía hasta el momento de entrar en vigencia dicha ley, sino que se dice que el mismo sería financiado por la Nación, los departamentos, los distritos y los municipios, ello no quiere decir que se haya liberado a aquélla de contribuir con sus propios recursos al mencionado Fondo, por cuanto en el mismo artículo se precisa que esas entidades territoriales -Nación, departamento, distrito o municipio- aportarían a él en la misma proporción en que hubieren contribuido a su presupuesto.

El Artículo 86 de la Ley 30 de 1992 prevé que los presupuestos de las universidades nacionales, departamentales y municipales estarán constituidos por aportes del presupuesto nacional para funcionamiento e inversión, por los aportes de los entes territoriales y por los recursos y rentas propios de cada institución, lo que quiere decir que tales entidades territoriales solamente contribuyen en un determinado porcentaje al presupuesto de las universidades oficiales existentes en ellas, pues éste también está conformado por los recursos y rentas propios de las mismas.

Lo previsto en materia presupuestal en la norma legal mencionada explica por qué el legislador en el Artículo 131 de la Ley 100 de 1993 estableció que el financiamiento por la Nación, los departamentos, los distritos y los municipios del Fondo para el pago del pasivo pensional de las universidades oficiales y de las instituciones oficiales de educación superior de naturaleza territorial, se haría teniendo en cuenta el promedio de los cinco últimos presupuestos anuales anteriores al año de iniciación de la vigencia de la referida ley.

No tendría sentido el establecimiento de este tope en la financiación por las entidades territoriales de dicho Fondo, si el querer del legislador hubiera sido el que la Nación, los departamentos, los distritos y los municipios asumieran en su totalidad el monto del pasivo pensional de las universidades oficiales y de las instituciones estatales de educación superior de naturaleza territorial, por cuanto resultaría nugatorio al determinar el monto de sus aportes a ese Fondo hacer referencia al promedio de los aportes que las mismas habían hecho a esas instituciones de acuerdo con los cinco últimos presupuestos anuales, si la intención del Congreso de la República hubiera sido trasladar en su totalidad a dichas entidades la obligación prestacional pensional que esas universidades e instituciones habían adquirido en el pasado con las personas que a ellas prestaron sus servicios.

Se tiene entonces que lo previsto por el legislador en el Artículo 131 de la Ley 100 de 1993 fue la colaboración de esas entidades territoriales en la solución de los problemas económicos que presentaban las referidas instituciones educativas, mas no la exoneración de éstas de contribuir con sus propios recursos a la satisfacción de una obligación laboral prestacional adquirida a través del tiempo y respecto de cuyo pago no habían adoptado las previsiones o reservas pertinentes.

De acuerdo con lo anterior fuerza concluir que las disposiciones acusadas no violan lo dispuesto en el Artículo 131 de la Ley 100 de 1993 y, por el contrario, lo desarrollan adecuadamente, pues en él se establece la participación de las entidades territoriales en la financiación del Fondo para el pago del pasivo pensional de las universidades e instituciones educativas citadas, únicamente en la proporción en que hayan contribuido a la conformación de su presupuesto anual, como lo previó el legislador en ese artículo.

Por esta razón, no es contrario a derecho lo establecido en el parágrafo 2° del Artículo 4° del decreto acusado en el sentido de que la universidad o la institución de educación superior debe incluir en el cálculo anual del pasivo pensional el monto del cálculo de las cuotas partes del bono pensional que le correspondan a la respectiva institución y dicha institución, como tampoco la sufragación a ese Fondo por esas universidades e instituciones educativas del valor de

los aportes que les corresponden y la previsión de que deben participar en la financiación del mismo, consagradas en el Artículo 7° ibídem, y la previsión de que en los contratos que habrían de firmar las universidades e instituciones educativas citadas, la Nación, los departamentos, los distritos y los municipios, debía establecerse el valor de la deuda reconocida por las partes para el pago del pasivo pensional causado hasta el 23 de diciembre de 1993 y el monto del aporte para ese fin de la respectiva universidad o institución de educación superior, establecido en el Artículo 9° ejusdem, toda vez que, como se dijo, tales disposiciones armonizan con lo preceptuado no sólo en el Artículo 131 de la Ley 100 de 1993 sino en el 86 de la Ley 30 de 1992.⁴

En conclusión se desprende del artículo 131 de la Ley 100 de 1993 y de su decreto reglamentario, que las instituciones de educación superior del nivel territorial se encuentran en el deber, entre otras cosas, de constituir un fondo para el pago del pasivo pensional; de manejarlo como una subcuenta en sus respectivos presupuestos, de financiarlo junto con los aportes de las entidades territoriales, en lo que a éstas no corresponda, así como elaborar y actualizar los estudios actuariales con el visto bueno del Ministerio de Hacienda y presentar ante este mismo ente las proyecciones y el plan financiero que contenga la forma y plazos como habrá de ser cumplida la obligación de efectuar el aporte que le corresponda. Por otra parte, el fondo es financiado por la Nación, los Departamentos, los Distritos y los Municipios en la misma proporción en que hayan contribuido al presupuesto de la institución de educación superior según el promedio de los últimos cinco presupuestos anuales anteriores al año de iniciación de la vigencia de la Ley 100 de 1993.

4. Caso concreto

De lo expuesto, es necesario concluir que el punto central es determinar si los hechos de la demanda amenazan o violan efectivamente un derecho colectivo, que en éste caso son el acceso al servicio público de educación superior de la población del departamento del atlántico, de la región caribe y el país, la violación al derecho colectivo a una oportuna y eficiente prestación del servicio público de educación superior y la moral administrativa.

Los derechos colectivos amenazados y su prueba.

Para que las autoridades públicas puedan ser objeto de declaratoria de responsabilidad en la demanda popular debe necesariamente aparecer demostrado en el proceso que ante hechos que pongan en peligro intereses o derechos colectivos, no actúen diligentemente como es su obligación institucional o no adopten las medidas pertinentes para prevenir accidentes fatales. En otras palabras, para que se configure la responsabilidad de la administración en el juicio popular debe aparecer fehacientemente acreditada la conducta omisiva, negligente, dañina o descuidada de la autoridad pública demandada; si ello no ocurre las pretensiones populares no podrá prosperar.

Se repite el actor popular, señala que el acceso al servicio público de educación superior de la población del departamento del atlántico, de la región caribe y el país, la violación al derecho colectivo a una oportuna y eficiente prestación del servicio público de educación superior, igualmente amenazado el interés colectivo de los padres de familia de los bachilleres, el interés colectivo de toda la sociedad atlanticense, regional y nacional, la violación al derecho colectivo a una oportuna y eficiente prestación del servicio público de educación superior y la moral

⁴ SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "A"; CP: ALBERTO ARANGO MANTILLA; Rad: 11001-03-25-000-1998-2364-00(2364-2873) 11001-03-25-000-1998-0352-00(2873); Bogotá, D.C., dieciséis (16) de mayo de dos mil dos (2002).

administrativa han sido desconocidos por los entes demandados – Ministerio De Hacienda Y Crédito Público, Departamento Del atlántico y la Universidad del Atlántico - por no haber incluido en los cálculos actuariales que sirvieron de base para el convenio de concurrencia la totalidad del pasivo pensional que a 23 de diciembre se tenía. De otra parte, afirma que el valor pensional a cargo de la Universidad Del Atlántico antes de diciembre de 1993, con cálculos actuariales y proyecciones presupuestales reales, debe ser asumido por la nación en una concurrencia equivalente al 83.78%, El Departamento Del Atlántico en una concurrencia 12.906% y la universidad en una concurrencia del 3.306% y no en los porcentajes que se establecieron en el convenio de concurrencia que lesiona los intereses colectivos.

En resumen, este Despacho parte del presupuesto de que lo que motiva al actor popular es la OMISION de las entidades demandadas por no haber incluido en los cálculos actuariales que sirvieron de base para el convenio de concurrencia la totalidad del pasivo pensional que a 23 de diciembre se tenía y De otra parte, afirma que el valor pensional a cargo de la Universidad Del Atlántico antes de diciembre de 1993, debe ser asumido por la nación en una concurrencia equivalente al 83.78%, El Departamento Del Atlántico en una concurrencia 12.906% y la universidad en una concurrencia del 3.306% y no en los porcentajes que se establecieron en el convenio de concurrencia que lesiona los intereses colectivos. Por manera que será necesario entrar a revisar el acervo probatorio que obra en el proceso para establecer la supuesta negligencia que se les endilga a las entidades demandadas.

Veamos:

- 1) Ejemplares del periódico El Tiempo De Bogotá, de fecha 18 de junio de 2004. (Fl. 21 CO1)
- 2) Resolución 0161 del ministerio de trabajo y seguridad social, por la cual se reconoce personería jurídica a la agremiación pensional denominada: ASOCIACIÓN DE JUBILADOS Y PENSIONADOS DE LA CAJA DE PREVISIÓN DE LA UNIVESRIDAD DEL ATLÁNTICO. (Fl. 22-24 CO1)
- 3) Oficio mediante el cual el Ministerio De Hacienda Y Crédito Público remite al Dr. Juan Romero Mendoza, rector de la Universidad Del Atlántico, convenio interadministrativo de concurrencia debidamente suscrito por el señor Ministro De Hacienda Y Crédito Público. (Fl. 25 CO1)
- 4) Copia del contrato interadministrativo de concurrencia para el pago del pasivo pensional de la universidad del atlántico. (Fl. 26 – 36 CO1)
- 5) anexo 1 cuadro resumen de proyectos de ingreso. (Fl. 7 CO1)
- 6) Anexo 2, tabla de descuentos por mayores valores pagados mediante bonos A. (Fl. 38 CO1)
- 7) Anexo 3, procedimiento para el cálculo de los valores de amortización del bono del valor constante serie B cada año. (Fl. 39 CO1)
- 8) Escrito sin firma de parte de ubaldo enrique meza (rector de la UDEA). (Fl. 42 CO1)
- 9) Copia de documento intitulado Bonos de valor constante del pasivo pensional corrección de su liquidación. (Fl. 44 CO1)
- 10) Copia de páginas del diario el heraldo de Barranquilla, de fecha junio 18 de 2004. (Fl. 57-59 CO1)

- 11) Copia de documento intitulado "Universidad Del Atlántico proyección pasivo pensional dic. 1993 EN PESOS DE 1993. (Fl. 64-74 CO1)
- 12) Documento auténtico total nómina de jubilados a mayo de 2003, emanada de la Universidad Del Atlántico fondo de pensiones. (Fl. 75-90 CO1)
- 13) Copia de documento proyección flujo de caja de la universidad del atlántico de jubilados desde 1993 hasta 2030. (Fl. 91 CO1)
- 14) Copia de documento BASE DATOS ACTIVOS. (Fl. 90-258 CO1)
- 15) Copia de documento ANTECEDENTES CONTRATO INTERADMINISTRATIVO DE CONCURRENCIA, suscrito por Nelson Amaya Amaya (Secretario e hacienda departamental) (340-341 CO2)
- 16) Documento remitido por Mónica Uribe botero, Directora De Regulación Económica De La Seguridad Social al Gobernador Del Departamento Del Atlántico (Fl. 342 CO2)
- 17) Documento del ministerio de educación nacional ICFES, intitulado SITUACIÓN DE LOS APORTES TERRITORIALES EN LA UNIVERSIDAD DEL ATLÁNTICO 1993-2001|(Fls. 343-358 CO2)
- 18) Copia de documento del Ministerio De Hacienda Y Crédito Público dirigido al Dr. Jorge Ulises Baez Noguera, rector de la UDEA. Asunto: incumplimiento contrato de concurrencia para el pago del pasivo pensional. (Fls 403-408 CO2)
- 19) copia de comunicación que le dirigiera el Ministerio De Hacienda al Dr. Ubaldo Meza Ricardo, comunicándole que se le niega una corrección del porcentaje de participación de la nación en el pasivo pensional de la UDEA. (Fls. 458-461 CO2)
- 20) Copia de ejecución de gastos vigencia 1988, 1989, 1990, 1991 y 1992. (462-466 co2)
- 21) Copia de documento de participación total promedio con rentas vigencias 1988 a 1992. (467 co2)
- 22) Documento suscrito por la Dra. Mónica Uribe Botero, dirigido al Dr. Jorge Ulises Baez Noguera, rector de la universidad Del Atlántico, sobre el incumplimiento contrato de concurrencia para el pago del pasivo pensional. (Fls. 491-496 co2)
- 23) Copia sentencia del tribunal administrativo de cundinamarca, expediente AP-02-1089; Actor: Contraloría De Bogotá; demandado Universidad Distrital francisco Jose De Caldas. (Fls. 497-548 co2)
- 24) copia de documento causas y consecuencias de la crisis financiera de la universidad del atlántico. Fundación para el desarrollo de lo caribe "fundesarrollo" (Fls. 549-653)
- 25) Coadyuvancia de parte de la defensoría del pueblo, Dra. Patricia Morris.
- 26) Oficio dirigido a este Despacho, de la Universidad Del Atlántico en el que relacionan la composición porcentual de aporte de la Nación Ministerio De Hacienda, Departamento Del Atlántico Y Universidad Del Atlántico, correspondiente a la vigencia del año 1989 a 1992. (Fl. 906 co3)

27) Oficio de la universidad del atlántico mediante el cual remiten relación de ingresos enero diciembre de 1988. (Fls. 915-921 CO3)

28) Oficio de la universidad del atlántico mediante el cual remiten relación de pensionados. (Fls. 922-934 CO3)

29) Oficio del Ministerio De Hacienda Y Crédito Público dirigido a este despacho judicial en el que hacen un suscinto recuento de los principales tópicos que fundamentan la presente acción popular. (Fls. 936-938 CO3)

30) Dictamen pericial (anexos)

6.5. De la procedibilidad de la acción popular en el presente caso

6.5.1. Existencia de un interés colectivo amenazado, vulnerado o puesto en peligro por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular

El demandante alegó la vulneración de los intereses colectivos consagrado en los literales b) y j) del artículo 4 de la Ley 472 del 5 de agosto de 1998, que a la letra dice:

"Artículo 4. Derechos e intereses colectivos. Son derechos e intereses colectivos, entre otros, los relacionados con:

(.....)

b) La moralidad administrativa

(...)

j) El acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna;"

(.....)"

Moralidad Administrativa.

Es preciso en primer término hacer un breve análisis de la forma en que según los textos legales debe concebirse la moralidad administrativa como derecho colectivo, así como la defensa del patrimonio público, acudiendo para el efecto a los textos jurisprudenciales que en forma abundante se han producido hasta el momento.

Sentencia AP 13001-23-21-000-2000-0005-01 Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección 3ª, Mag. Pon. Jesús María Carrillo, mayo 6 de 2001, expresa el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo:

Pretender definir normativamente la moralidad administrativa⁵ es un cometido complejo que bien podría incluso en esta materia lesionar el pluralismo consignado como una de las características distintivas de nuestro Estado Social de Derecho (art. 1 C.P.). De allí que la moralidad administrativa prevista como derecho colectivo en el artículo 88 Superior en el literal b) del artículo 4 de Ley 472 de 1998, y en el artículo 209 C. P.

⁵ Sobre la moral como fin de la acción administrativa ver GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, Administración pública y moral, Cuadernos Civitas, Madrid, primera edición, 1995, p. 45.

Una buena aproximación conceptual de la ética pública en PECES-BARBA, Gregorio. Ética, poder y derecho, Centro de estudios constitucionales, Cuadernos y Debates No. 54, Madrid, 1995, p. 75 y ss.

En torno al debate moral y derecho, puede consultarse SALMERÓN, Fernando. Sobre moral y derecho, apuntes para la historia de una controversia, en Isonomía No. 5, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, Instituto Tecnológico Autónomo de México, octubre de 1996, p. 79 y ss.

como principio que debe inspirar la actividad de la administración, **tiene una textura abierta** que llama al juez en el caso concreto a configurarla, **pero no de forma subjetiva, sino atendiendo a la finalidad legal que ha de orientar la acción u omisión de la autoridad pública o del particular que haya violado o amenace violar dicho derecho.** Hace parte de lo que la doctrina y la jurisprudencia denominan "*conceptos jurídicos indeterminados*"⁶ o "*normas flexibles*" que, como advierte García de Enterría,

"son consustanciales a toda la técnica jurídica y no constituyen una particularidad del Derecho público
(...)

Lo peculiar de estos conceptos jurídicos indeterminados es que su calificación en una circunstancia concreta no puede ser más que una: o se da o no se da el concepto; (...) Hay, pues, y esto es esencial, una unidad de solución justa en la aplicación del concepto a una circunstancia concreta.

(...)

*La funcionalidad inmediata de esta fundamental distinción se comprende en seguida; allí donde estemos en presencia de un concepto jurídico indeterminado, allí cabe con perfecta normalidad una fiscalización jurisdiccional de su aplicación"*⁷

En tal virtud, la Sala ha entendido como contraria a la moralidad administrativa toda actuación no coherente con el interés de la colectividad y, en particular, **con los fines que persiguen las facultades asignadas al funcionario que las ejerce.** Con esta perspectiva, esta Corporación ha señalado unos parámetros orientadores del proceso de concreción de este concepto jurídico indeterminado al caso concreto por parte del juez de conocimiento:

"El derecho o interés colectivo a la moralidad administrativa no se encuentra definido en la Ley 472 de 1998, pues el legislador al desarrollar las acciones populares y de grupo, sólo reconoció su carácter de derecho colectivo (artículo 4º), en los antecedentes de esta ley al precisar como derecho colectivo 'la moralidad administrativa y la prevención de cualquier práctica corrupta por parte de los servidores públicos', se consignó la siguiente definición: 'Se entenderá por moralidad administrativa, el derecho que tiene la comunidad a que el patrimonio público sea manejado de acuerdo a la legislación vigente, con la diligencia y cuidado propios de un buen funcionario' (Cfr. Gaceta del Congreso N° 277 de septiembre 5/95 Pág. 1).

Lo expuesto permite afirmar que, la moralidad administrativa entre otros, persigue el manejo adecuado del erario público y en

⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Auto de 16 de marzo de 2005, Radicación número 25000232600020020121601 (27.921), Actor: Eptisa Proyectos Internacionales S.A. y Otros, Demandado: Instituto Nacional de Vías-Invias, Referencia: Contractual Recurso Ordinario de Reposición, C.P. Ruth Stella Correa Palacio: "La redefinición, pues, del ámbito de la discrecionalidad y su limitación a través del control jurisdiccional es la lucha del derecho administrativo en los últimos cincuenta años, que cobija incluso a los llamados "*conceptos jurídicos indeterminados*" que en realidad no le dejan a la Administración la libertad de optar entre varias posibilidades de actuación, en tanto no hay múltiples soluciones para la Administración, sino una sola justa, esto es, ajustada a los fines del derecho. Al fin y al cabo, la limitación de la actividad discrecional en función de la idea de fin, únicamente puede hacerse efectiva mediante la fiscalización jurisdiccional, en tanto -como afirma Vedel-discrecionalidad no quiere decir arbitrariedad, es más se trata de conceptos antagónicos."

⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, La lucha contra las inmunidades del poder, Cuadernos Civitas, Madrid, Tercera Edición, segunda reimpresión, 1995, p. 33 a 42.

*general que los funcionarios públicos asuman un comportamiento ético frente al mismo, pues los servidores públicos pueden incurrir en conductas que la generalidad tacharía de inmorales, o en otras que podrían ser sancionadas disciplinaria o penalmente*⁸.

Ahora bien, la vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa, puede comportar afectación de otros derechos colectivos, en especial la preservación del patrimonio público, como lo ha anotado la Sala:

*"...aunque pueda imaginarse un daño a la moralidad administrativa aislado de sus consecuencias..., en la práctica, es difícil concebir un evento en que la administración se separe de los imperativos del principio de la moralidad sin afectar otros derechos colectivos como el de la defensa del patrimonio público, el de la libre competencia económica, el de la seguridad pública o el de la prevención de desastres técnicamente previsibles, entre otros"*⁹.

Con apoyo en ello, el patrimonio público ha sido definido jurisprudencialmente en los siguientes términos:

"Por patrimonio público debe entenderse la totalidad de bienes, derechos y obligaciones de los que el Estado es propietario, que sirven para el cumplimiento de sus atribuciones conforme a la legislación positiva; su protección busca que los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente y responsable, conforme lo disponen las normas presupuestales. La regulación legal de la defensa del patrimonio público tiene una finalidad garantista que asegura la protección normativa de los intereses colectivos, en consecuencia toda actividad pública está sometida a dicho control, la cual, si afecta el patrimonio público u otros derechos colectivos, podrá ser objeto de análisis judicial por medio de la acción popular.

La protección del Patrimonio Público busca que los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente y transparente, conforme lo dispone el ordenamiento jurídico y en especial las normas presupuestales.

*Para la Sala, el debido manejo de los recursos públicos, la buena fe y el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público, enmarcan el principio de moralidad administrativa, ámbito dentro del cual se debe estudiar el caso concreto"*¹⁰.

En el mismo sentido se ha pronunciado esta Sección:

"Esta Sala¹¹, teniendo en cuenta la textura abierta del principio de moralidad administrativa y con la finalidad lograr su aplicación esbozó una solución que propone la concreción del mismo, mediante ejemplos, de manera que dicha concreción se convierte

⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia del 14 de noviembre de 2002, Exp. AP-616, C.P. María Inés Ortiz Barbosa.

⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 17 de junio de 2001, Exp. AP-166, C.P. Alier E. Hernández Enríquez.

¹⁰ Sentencia del 31 de mayo de 2002. Rad. AP-300. Consejo de Estado. Sección Cuarta, C.P. Ligia López Díaz.

¹¹ Sentencia de 16 de febrero de 2001. exp. AP 170, C.P. Alier E. Hernández Enríquez.

en el elemento que hace reaccionar al principio con un alcance determinado.

Ahora bien, con el objeto de precisar aún más la aplicación del principio que se estudia, esta Sala en la sentencia AP-170 de 2001, señaló 'que la regla que concreta a la moralidad administrativa como derecho colectivo, esto es, el art. 4 de la ley 472 de 1998, es asimilable a lo que en derecho penal se ha denominado norma en blanco, pues contiene elementos cuya definición se encuentra, o se debería encontrar, en otras disposiciones, de manera que para aplicar la norma en blanco, el juez deberá estarse a lo que prescribe la norma remitida respecto del concepto no definido en aquella.'

La moralidad administrativa y el patrimonio público: Para la Corte Constitucional¹², la moralidad, "en su acepción constitucional, no se circunscribe al fuero interno de los servidores públicos sino que abarca toda la gama del comportamiento que la sociedad en un momento dado espera de quienes manejan los recursos de la comunidad y que no puede ser otro que el de absoluta pulcritud y honestidad"

Lo expuesto por la Corte pone en evidencia la estrecha relación entre los derechos a la moralidad administrativa y el patrimonio público, que, en ocasiones, los hace inescindibles, aunque cada uno de ellos posea una naturaleza distinta e independiente.

En efecto, la defensa del patrimonio público, como derecho colectivo, hace alusión al interés que tiene la comunidad en general para proteger los elementos que lo componen¹³; a su vez, la moralidad administrativa no tiene un contenido predeterminado, pues como se dijo, se precisa en cada caso.

Dada la estrecha relación existente entre los derechos en cuestión, es probable que la vulneración de uno de ellos conlleve la del otro, sobre todo si se tiene en cuenta que es difícil concebir un evento en que la administración se separe de los imperativos del principio de la moralidad sin afectar otros derechos colectivos como el de la defensa del patrimonio público¹⁴; no obstante, la anterior no constituye una regla absoluta."¹⁵

Con todos los antecedentes jurisprudenciales expresados hasta el momento, que además tienen íntima relación con los planteamientos de las partes en el presente proceso, se procede a examinar el material probatorio en aras a establecer si efectivamente el desarrollo del convenio interadministrativo de concurrencia, celebrado por la Universidad del Atlántico, El Departamento Del Atlántico Y La Nación - Ministerio De Hacienda Y Crédito Público, para el pago del pasivo

¹² Corte Constitucional, Sentencia C-046 de 1994.

¹³ La doctrina ha considerado que el patrimonio público está compuesto por tres clases de bienes: el territorio, los bienes de uso público y los bienes fiscales (Libardo Rodríguez, Derecho Administrativo Parte General y Colombiano, Décima Edición, P. 172 a 184)

¹⁴ AP-166 de 2001, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Alier E. Hernández Enríquez.

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 7 de octubre de 2004, Exp. AP-00336, C.P. Alier E. Hernández Enríquez.

pensional de la universidad del atlántico, en los términos del artículo 131 de la ley 100 de 1993, efectivamente es violatorio de los derechos colectivos de la moralidad administrativa y el patrimonio públicos.

Dice el demandante en el libelo de la demanda, a folio 9 del expediente lo siguiente:

"6. la no concurrencia por el total de lo que le corresponde a la nación y al departamento del atlántico, por concepto de pago de los pasivos pensionales reconocidos y contabilizados por la universidad del atlántico y no incluidos en el cálculo actuarial y el contrato de concurrencia, además de desconocer ipso facto la legalidad presunta de actos administrativos que reconocen pensiones, atenta contra la moral administrativa porque la suma dejada de concurrir de la nación y el departamento a la universidad, no permite el pago de todas sus obligaciones pensionales, lo que la conlleva su inviabilidad financiera y cierre definitivo de la misma."

Sintetizando, el quid de la cuestión estaría en que, en razón de que no se tuvo en cuenta la totalidad del pasivo pensional reconocido y contabilizado por la Universidad Del Atlántico y no incluidos en el cálculo actuarial y el contrato de concurrencia, trae como consecuencia obvia que la nación y el departamento del atlántico dejarían de concurrir en este aspecto, por lo que este mayor valor lo asumiría la universidad del Atlántico, lo que afectaría sus finanzas, que a su vez conduciría a no pago de las obligaciones pensionales y a la inviabilidad financiera de la Universidad.

A lo anterior habría que agregar que, de conformidad con el artículo 131 de la Ley 100 de 1993, que determina que el fondo para pagar el pasivo pensional de las universidades oficiales y de las instituciones oficiales de educación superior de naturaleza territorial será financiado por la Nación, los departamentos, los distritos y los municipios, que aportarán en la misma proporción en que hayan contribuido al presupuesto de la respectiva universidad o institución de educación superior, teniendo en cuenta el promedio de los cinco (5) últimos presupuestos anuales, anteriores al año de iniciación de la vigencia de la presente ley, y en el convenio de concurrencia se pactó un porcentaje de la nación de 75.6%, del departamento del atlántico 11.6 y la Universidad Del Atlántico 12.8%, siendo que los demandantes, aducen que el porcentaje realmente debió ser de la Nación en un 83.78%; El Departamento Del Atlántico en una concurrencia de 12.906% y la Universidad, en un 3.306%.

Ahora bien, sobre el aspecto de la moralidad administrativa, el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público, el manejo de los recursos públicos y la contratación administrativa la H. Corte Constitucional ha manifestado:

"Esta Corte ha sido enfática en señalar que, el principio de la buena fe no equivale a una barrera infranqueable que pueda aducirse para impedir la eficaz protección del interés público y de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la integridad del patrimonio público, pues, como también lo ha puesto de presente, la protección del interés general y del bien común, que son también postulados fundamentales en el Estado Social de Derecho, imponen al mencionado principio límites y condicionamientos que son constitucionalmente válidos^[1]".

En desarrollo de esos límites, se permite el enjuiciamiento de la conducta de la administración, únicamente con el objetivo de determinar si se transgredieron postulados constitucionales y normas que tienen como orientación la protección de los derechos, del bien común y del interés general^[1].

Siguiendo lo expresado en estas consideraciones, en el evento sub-judice, la textura abierta del principio constitucional de moralidad obliga a este despacho a determinar su alcance según los hechos del caso concreto, por ende, de la demanda presentada por el actor, se derivan las materias a las que se circunscriben los hechos y omisiones en que los actores y coadyuvantes hacen consistir las violaciones a la moralidad administrativa.

4.4 Hechos probados.

Alegan los demandantes que en el Convenio, La Nación, El Departamento y la Universidad, no están reconociendo ni contabilizando la totalidad de las pensiones que fueron reconocidas y otorgadas en legal forma. Tampoco está el valor total de las pensiones tal como fueron otorgadas, sino que las están incluyendo en menor cuantía de lo que legalmente se reconocieron. Por su parte el Ministerio De Hacienda afirma, que si bien, en el Convenio Interadministrativo De Concurrencia se prevé el pago de la totalidad de las pensiones a cargo de la Universidad Del Atlántico, La Nación solo concurre en el pago del pasivo pensional legalmente reconocido por lo que el pago del pasivo reconocido bajo parámetros diferentes a los legales corresponde íntegramente a la Universidad (según lo afirmado por el Min hacienda. A Fl. 437 C2).

Este despacho tiene claro y da por probado un hecho: Que en el cálculo actuarial y las proyecciones financieras sujetas de la concurrencia, no se incluyeron todas las pensiones reconocidas por la Universidad Del Atlántico. Este es un cargo que acepta la entidad demandada Ministerio De Hacienda Y Crédito Público.

De hecho, en las consideraciones del contrato interadministrativo de concurrencia aquí referenciado, visible a folios 842 a 852 del cuaderno número 2 del incidente de desacato, en su numeral 3º y 5º dice (Fl. 846):

(...)

3. Que con el fin de que la universidad pueda atender oportunamente las obligaciones pensionales a su cargo, LA NACIÓN Y EL DEPARTAMENTO, contribuirán con la Universidad en la financiación de la primera subcuenta de este pasivo en la misma proporción en que haya contribuido al presupuesto de la Universidad, teniendo en cuenta el promedio de los cinco (5) últimos presupuestos anuales anteriores al año de iniciación de la vigencia de la ley 100 de 1993. de acuerdo con los cálculos de la Dirección General Del Presupuesto Público Nacional, a la nación le corresponde una participación de 75.6% y al Departamento 11.6%, en consecuencia, corresponde a la UNIVERSIDAD financiar el 12.8% restante de su pasivo. (el subrayado es nuestro).

5. Que de acuerdo con las normas que se han mencionado, las demás subcuentas deberán ser financiadas por la UNIVERSIDAD.

A su vez, la primera Subcuenta o fondo del pasivo pensional, objeto del contrato reza:

1. Subcuenta o fondo del pasivo pensional causado hasta el 23 de diciembre de 1993: Será igual al resultado del cálculo actuarial al 23 de diciembre de 1993, más los rendimientos financieros, calculados en la forma prevista en el inciso 1º del párrafo 1º del artículo 7º de este Decreto, que debieran haberse causado entre el 23 de diciembre de 1993 y la fecha en que efectivamente sea reconocido dicho pasivo

por las partes a quienes corresponda esta obligación, menos las reservas en las Cajas de Previsión o Fondos autorizados cuando ellos existan y descontando el valor actuarial de las futuras cotizaciones en la forma prevista en el artículo 131 de la Ley 100 de 1993.

En este estado de esta providencia, este Fallador de instancia, no entrará a determinar o mejor, cuantificar el número de personas o pensionados no concurridos y a cuanto asciende tal concurrencia. Importa, en este momento, que es cierto, que tanto en el Convenio como en los cálculos actuariales a efecto de determinar la concurrencia o participación de la Nación y el Departamento, no se tuvo en cuenta el pasivo pensional extralegal. En lo referente a los porcentajes de concurrencia, se analizará posteriormente.

De conformidad, con el artículo 3º del Decreto 2337 de 1996, se prevé que el manejo del fondo que la Universidad debe crear para el pago del pasivo pensional se debe integrar a través de cuatro (4) subcuentas. La Nación, a través del Ministerio De Hacienda, reconoce que concurre, con el Departamento Del Atlántico Y La Universidad, para el pago de la primera subcuenta, que comprende las obligaciones pensionales legalmente reconocidas y las otras tres, están a cargo de la Universidad.

Consagra el artículo tercero del decreto 2337 de 1986, en lo pertinente lo siguiente:

Artículo 3º. Naturaleza de los fondos para el pago del pasivo pensional. Los fondos que de conformidad con la ley deberán constituir para el pago del pasivo pensional, las universidades oficiales y de las instituciones oficiales de Educación Superior de naturaleza territorial, que en su calidad de empleadoras reconocían y pagaban las pensiones correspondientes, serán cuentas especiales, sin personería jurídica, de la respectiva universidad o institución de educación superior, cuyos recursos serán administrados en forma independiente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5º del presente Decreto. Los recursos y los rendimientos tendrán destinación específica para pagar el pasivo pensional, esto es, pensiones de vejez o jubilación, de invalidez, de sobrevivientes o sustitución y demás obligaciones pensionales derivadas del régimen pensional vigente, legal o extralegal válidamente definidas o pactadas.

Este fondo para pago de pasivo pensional que deben constituir cada una de las universidades o instituciones de educación superior, tendrá las siguientes subcuentas independientes:

1. Subcuenta o fondo del pasivo pensional causado hasta el 23 de diciembre de 1993: Será igual al resultado del cálculo actuarial al 23 de diciembre de 1993, más los rendimientos financieros, calculados en la forma prevista en el inciso 1º del parágrafo 1º del artículo 7º de este Decreto, que debieran haberse causado entre el 23 de diciembre de 1993 y la fecha en que efectivamente sea reconocido dicho pasivo por las partes a quienes corresponda esta obligación, menos las reservas en las Cajas de Previsión o Fondos autorizados cuando ellos existan y descontando el valor actuarial de las futuras cotizaciones en la forma prevista en el artículo 131 de la Ley 100 de 1993.

2. Subcuenta del pasivo pensional causado con posterioridad al 23 de diciembre de 1993: este pasivo comprende las obligaciones pensionales legales y extralegales regidas por las normas expedidas con anterioridad al 23 de diciembre de 1993; el cual es equivalente a la diferencia entre el cálculo actuarial al 23 de diciembre de 1993 más sus rendimientos, y el cálculo a la fecha de entrada en vigencia del sistema en la respectiva entidad territorial, a más tardar el 30 de junio de 1995.

3. Subcuenta del pasivo pensional causado por obligaciones

pensionales extralegales: Este pasivo comprende las obligaciones pensionales extralegales válidamente definidas o pactadas por la universidad o institución, con posterioridad al 23 de diciembre de 1993, con respecto a sus trabajadores, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 283 de la Ley 100 de 1993 y en el inciso 2º del párrafo 1º del artículo 7º del presente Decreto. Esta subcuenta deberá tener la característica prevista en el inciso 2º del artículo 283 de la Ley 100 y deberá constituirse cuando la respectiva entidad no haya destinado activos líquidos para cubrir en su totalidad, las reservas necesarias para estos efectos.

4. Subcuenta para las cotizaciones: Comprende las cotizaciones dejadas de pagar desde la entrada en vigencia del sistema y la fecha en que efectivamente los trabajadores de la respectiva universidad o institución de educación superior se afiliaron al sistema, en los términos del Decreto 1642 de 1995; y las cotizaciones que deban realizarse al sistema de acuerdo con la Ley 100 de 1993, para los trabajadores de estas entidades.

El apoderado del Ministerio De Hacienda en este punto, al contestar la demanda hace notar, que el artículo 3º se refiere expresamente a obligaciones extralegales válidamente reconocidas y concluye que se refiere a pensiones válidamente reconocidas con fundamento en convenciones colectivas: pensiones de trabajadores oficiales o de extrabajadores oficiales convertidos en públicos en virtud del decreto 80 de 1980, que reunían los requisitos convencionales de edad y tiempo de servicios a la entrada en vigencia del decreto ley señalado. (Fls. 436 y 437 CO 2)

La regla que en este caso se considerará inicialmente para resolver el caso concreto, es el decreto 2337 de 1996, mediante el cual se reglamenta el artículo 131 y el 283 de la Ley 100 de 1993 que tiene por objeto establecer el régimen general para el reconocimiento del pasivo pensional de las universidades oficiales y de las instituciones oficiales de educación superior de naturaleza territorial y que igual reglamenta los aportes que debe efectuar la Nación teniendo en cuenta el valor del pasivo pensional derivado de las obligaciones legales del régimen pensional respectivo y las extralegales vigentes antes del 23 de diciembre de 1993, **debidamente establecidas**. Es decir, el convenio interadministrativo de concurrencia, celebrado por la Universidad del Atlántico, El Departamento Del Atlántico Y La Nación - Ministerio De Hacienda Y Crédito Público, para el pago del pasivo pensional de la universidad del atlántico, se hizo en desarrollo del artículo 131 de la ley 100 de 1993, por lo que consecuentemente, habrá que analizar si la finalidad (solidaridad) que se buscaba con el decreto aquí pluricitado se cumplió o no, y en evento de que no se haya cumplido porque razón.

En el caso de la moralidad administrativa es posible que se pretenda su protección por medio de la protección del principio de legalidad. Ello no quiere decir que, necesariamente todo lo legal contenga una protección a la moral, ni que todo lo ilegal sea inmoral.¹⁶

La concurrencia de la Nación y las entidades territoriales en el pago del pasivo pensional de las instituciones educativas públicas, prevista en el artículo 131 de la Ley 100 de 1993, deriva, precisamente, del deber de solidaridad propio del Estado Social de Derecho, en tanto y cuanto la incapacidad económica de los empleadores resultaba evidente y era necesaria su intervención solidaria para garantizar la efectividad de esos derechos.

¹⁶ SECCION TERCERA; CP: ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ; 16 de febrero de dos mil uno (2001), Rad: AP-170

Entiende este Despacho, que en caso que nos ocupa, la noción básica de la moralidad administrativa, empezaría concretarse en otro principio: el de la solidaridad, que en últimas se viene a desarrollar en el artículo 131 de la ley 100 de 1993 y en el decreto 2337 de 1986, que su vez reglamenta el artículo 131 citado.

Ya existe un pronunciamiento de la Corte Constitucional, la sentencia C-032/08, concluyendo que la concurrencia en el pago del pasivo pensional, de conformidad con el artículo 131 de la ley 100 de 1993, desarrolla el principio de solidaridad en la seguridad social en pensiones.

Lo anterior exime a este despacho de entrar en disquisiciones si el artículo 131 de la ley 100 o el decreto que lo desarrolla, el 2337 de 1986, concretizan el principio de solidaridad, porque se reitera, así lo determinó la Corte Constitucional en la sentencia citada.

La Corte se ha pronunciado de una manera clara en lo concerniente al principio de solidaridad¹⁷.

11. En su sentido más amplio, el principio de solidaridad implica el ejercicio de acciones o el desarrollo de actuaciones en beneficio de los demás y, en especial, del interés común que surge de la interrelación social del ser humano y representa la suma de intereses de la sociedad. Implica, entonces, un deber de colaboración que refleja la concepción social del Estado y la materialización del interés del conglomerado. La Corte Constitucional ha definido este principio como *"aquella comunidad de intereses, sentimientos y aspiraciones, de la cual emana, como consecuencia natural y obvia, un acuerdo de mutua ayuda y una responsabilidad compartida para el cumplimiento de los fines propuestos: la satisfacción de las necesidades individuales y colectivas"*¹⁸. En su sentido más específico, el principio de solidaridad **implica un deber jurídico que, generalmente, impone el legislador** a un individuo para favorecer a un grupo determinado de personas, sin que exista necesaria y directa contraprestación. Así, esta Corporación ha dicho que el principio de solidaridad puede manifestarse de tres formas:

*"son tres las manifestaciones del principio de solidaridad social: (i) como una pauta de comportamiento conforme a la cual deben obrar los individuos en ciertas situaciones, (ii) un criterio de interpretación en el análisis de acciones u omisiones de los particulares que vulneren o amenacen vulnerar derechos fundamentales y (iii) un límite a los derechos propios"*¹⁹.

12. Las expresiones de la solidaridad a que ha hecho referencia la jurisprudencia constitucional muestran la diversidad de este principio en relación con su grado de eficacia normativa. En efecto, de un lado, es lógico entender que al legislador corresponde concretar el significado y la aplicación práctica de los deberes de solidaridad, en tanto que, como lo ha dicho la Corte, *"el deber de solidaridad requiere desarrollo legal pues sólo por esa vía pueden imponerse cargas a las personas en cuanto límites de la cláusula general de libertad que las ampara"*²⁰. De otro lado, también es acertado sostener que el carácter principalista de

¹⁷ Sentencia C-032/08

¹⁸ Sentencia C-188 de 2006

¹⁹ Sentencia T-434 de 2002. Esa providencia fue reiterada mediante sentencia T-170 de 2005

²⁰ Sentencia T-170 de 2005

la solidaridad exige al operador jurídico su realización directa y vinculante, puesto que "la solidaridad es un principio que no puede ser entendido a cabalidad con independencia del concepto de efectividad de los derechos fundamentales. En efecto, ambos postulados constitucionales obran en aquellas circunstancias en las cuales la aplicación del sistema legal de derechos y obligaciones resulta disfuncional en relación con la protección de los derechos fundamentales. Dicho en otros términos, el estricto seguimiento de las prescripciones legales no siempre conduce a los objetivos propuestos por el sistema... El principio de solidaridad permite que el derecho a la seguridad social se realice, si es necesario, a través de la exigencia de una prestación adicional por parte de entidades que han cumplido con todas las obligaciones previstas en la legislación competente. El principio aludido impone un compromiso sustancial del Estado y de los empleadores, en la protección efectiva de los derechos fundamentales de los trabajadores y de sus familiares."²¹ Por ello, la doctrina especializada²² ha advertido que la solidaridad implica una obligación superior de **carácter instrumental** porque es una condición fundamental para realizar el Estado Social de Derecho.

De todas maneras, independientemente de su grado de eficacia, lo cierto es que el principio de solidaridad representa un importante criterio de control de constitucionalidad y, para el caso específico de la seguridad social, un mandato exigible no sólo en desarrollo del concepto social del Estado (artículo 1º), sino de manera directa por el artículo 48 de la Carta.

De esta forma, y para aplicar correctamente el principio de solidaridad en el control de constitucional, la jurisprudencia constitucional ha concluido que si bien es cierto, por regla general, la realización efectiva del principio de solidaridad tiene un carácter programático y que su eficacia normativa se concreta en la ley, también es cierto que, en aquellos casos en que se pretenden hacer efectivos los derechos fundamentales, este principio puede aplicarse de manera directa y constituye una importante herramienta de interpretación para la efectividad de los derechos individuales de las personas y de la colectividad en general.

El artículo tercero del decreto 2337 de 1996, cuando se refiere a la Naturaleza de los fondos para el pago del pasivo pensional, regula que los recursos y los rendimientos tendrán destinación específica para pagar el pasivo pensional, esto es, pensiones de vejez o jubilación, de invalidez, de sobrevivientes o sustitución y demás obligaciones pensionales derivadas del régimen pensional vigente, legal o extralegal válidamente definidas o pactadas. (Subraya nuestra)

El párrafo 3º del artículo séptimo del decreto 2337/96 citado, ordena que los aportes que debe efectuar la Nación de acuerdo con el presente artículo, tendrán en cuenta el valor del pasivo pensional derivado de las obligaciones legales del régimen pensional respectivo y las extralegales vigentes antes del 23 de diciembre de 1993, debidamente establecidas. (Subraya nuestra)

Se pregunta este despacho, ¿a que se refiere la norma cuando dice de una parte, "válidamente definidas o pactadas" y/o "debidamente establecida"?

²¹ Sentencia T-005 de 1995

²² Puede consultarse a De Asís Roig, Rafael. Deberes y Obligaciones en la Constitución. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1991. Páginas 441 y siguientes

Ya se mencionó que el apoderado del Ministerio de Hacienda infiere que se refiere a pensiones validamente reconocidas con fundamento en convenciones colectivas: pensiones de trabajadores oficiales o de extrabajadores oficiales convertidos en públicos en virtud del decreto 80 de 1980, que reunían los requisitos convencionales de edad y tiempo de servicios a la entrada en vigencia del decreto ley señalado. (Fls. 436 y 437 CO 2)

Un acto administrativo que haya reconocido un derecho particular y concreto, no se puede revocar per se, a través de actos administrativo de carácter general, en el caso sub judice, a través de un decreto reglamentario.

La mejor síntesis, a la que puede apelar este Despacho, relativo a este asunto en particular es citando un extracto de pronunciamiento de la Corte Constitucional, sentencia T-567 de 2005.

"Adicionalmente, en la mencionada sentencia se consignó que la facultad para revisar los actos administrativos que conceden o reconocen pensiones debe estar precedida por unos *motivos reales, objetivos y trascendentes*. Al quedar explícita dicha facultad, esta Corporación precisa, conforme a la línea de jurisprudencia antes citada, que dentro de tal competencia la Administración se puede ver avocada ante tres diferentes situaciones: (i) La administración tendrá la facultad de revocar su propio acto aún sin consentimiento del beneficiario, siempre que se agote como mínimo el procedimiento previsto en los artículos 14, 28, 34, 35 y 74 del Código Contencioso Administrativo y que se identifiquen en la conformación del acto administrativo censurado conductas tipificadas en la ley penal, "*aunque no se den los otros elementos de la responsabilidad penal*"²³; (ii) Se podrá revocar unilateralmente el acto propio cuando éste sea fruto de silencio administrativo positivo de acuerdo al artículo 73 del Código Contencioso Administrativo; (iii) La Administración deberá acudir directa e indefectiblemente ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo si no identifican en el acto que las irregularidades o anomalías constituyen conductas tipificadas en la ley penal. En todo caso, se debe tener en cuenta que mientras permanezca indemne el acto administrativo que reconoce la prestación, es preciso continuar con los pagos causados. Sobre todo lo anterior, la Corte concluyó en la Sentencia que se viene citando:

"Por lo tanto, los motivos que dan lugar a la hipótesis revocatoria del artículo 19 no pueden entenderse de manera indeterminada, aislada, ni al margen del debido proceso. Antes bien, **la manifiesta ilegalidad**, tanto de las conductas reprochadas como de los medios utilizados para acceder a la prestación económica que se cuestione, debe probarse plenamente en el procedimiento administrativo que contemplan las prenotadas disposiciones, para lo cual el titular del derecho prestacional o sus causahabientes deberán contar con todas las garantías que inspiran el debido proceso en sede administrativa, destacándose el respeto y acatamiento, entre otros, de los principios de la necesidad de la prueba, de la publicidad y la contradicción; y por supuesto, imponiéndose el respeto y acatamiento que ameritan los términos preclusivos con que cuenta el funcionario competente para adelantar y resolver cada etapa o lapso procedimental. Así, la decisión revocatoria, en tanto acto reglado que es, deberá sustentarse en una ritualidad sin vicios y en una fundamentación probatoria

²³ Sentencia C 835 de 2003, fundamento jurídico número 4.

real, objetiva y trascendente, en la cual confluyan de manera evidente todos los elementos de juicio que llevaron al convencimiento del funcionario competente para resolver. En conclusión, entre la parte motiva y la parte resolutive del acto de revocatoria directa deben mediar relaciones de consonancia que estén acordes con los respectivos mandatos constitucionales y legales, particularmente, con el debido proceso, la legalidad de los derechos adquiridos y la defensa del Tesoro Público. Recordando además que, en materia de supresión de actos administrativos, no es lo mismo cuando interviene un funcionario administrativo que cuando interviene el juez; y que, en todo caso, la revocatoria directa de un acto administrativo que reconoce una pensión o prestación económica sólo puede declararse cuando ha mediado un delito."

"La Corte deja claramente establecido que cuando el litigio versa sobre problemas de interpretación del derecho; como por ejemplo, el régimen jurídico aplicable, la aplicación de un régimen de transición; o la aplicación de un régimen especial frente a uno general; estos litigios deben ser definidos por los jueces competentes de conformidad con el artículo 20 de la Ley 797 de 2003 y que en consecuencia no procede la revocatoria directa del acto administrativo sin el consentimiento del particular."

Conforme a lo expuesto, debe concluirse que la revocatoria de un derecho prestacional sin el lleno estricto de cualquiera de los requisitos anotados, supone un acto arbitrario, opuesto a la Constitución y la Ley, seguramente merecedor de los mismos reproches imputados al acto que lo originó."

Reiterando y concluyendo: La Administración deberá acudir directa e indefectiblemente ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo si no identifican en el acto que las irregularidades o anomalías constituyen conductas tipificadas en la ley penal. En todo caso, se debe tener en cuenta que mientras permanezca indemne el acto administrativo que reconoce la prestación, es preciso continuar con los pagos causados.

Considera igual este despacho, pertinente, citar apartes de la sentencia arriba citada, referente a la relación entre el principio de legalidad y el debido proceso:

Ahora bien, sobre la relación entre el principio de legalidad y el debido proceso, la Corte ha sostenido:

"Desde un punto de vista objetivo, el principio de legalidad constituye uno de los fundamentos bajo los cuales está organizado constitucionalmente el ejercicio del poder en un Estado social de derecho. Por otra parte, desde el punto de vista subjetivo, el respeto por el principio de legalidad constituye una garantía fundamental del derecho al debido proceso, que vincula a todas las autoridades del Estado y que se concreta en el respeto de los derechos adquiridos, de los procedimientos, y del derecho de defensa. En efecto, el principio de legalidad circunscribe el ejercicio del poder público al ordenamiento jurídico que lo rige, "de manera que los actos de las autoridades, las decisiones que profieran y las gestiones que realicen, estén en todo momento subordinadas a lo preceptuado y regulado previamente en la Constitución y las leyes." La Corte ha sostenido que este principio

puede concretarse en dos aspectos, a saber: que exista una ley previa que prevea la hipótesis o situación de que se trate, y que tal tipificación sea precisa en la determinación y consecuencia de dicha situación o conducta, aspectos que buscan limitar al máximo la facultad discrecional de la administración en ejercicio de sus prerrogativas. El principio de legalidad es constitutivo del debido proceso.²⁴

Podría afirmarse, que en lo relacionado con la revocatoria de actos administrativos de carácter particular y concreto, que la misma hilación argumentativa subyace en las sentencias T-830 de 2004 y T-057 de 2005.

En esta última dice la Corte:

"Tratándose de la revocación parcial o total de aquellos actos que reconocen situaciones de carácter particular y concreto que afecten el interés de su titular, la Administración deberá contar con el respectivo consentimiento previo, expreso y escrito del afectado.

La jurisprudencia de esta Corporación ha sido clara al establecer que el fundamento para la validez de esta clase de decisiones está en la participación activa del titular del derecho, participación que se evidencia con su consentimiento expreso y por escrito. Si ésta no se logra, será necesaria, entonces, su intervención en el proceso judicial o administrativo correspondiente que está obligado a iniciar el respectivo ente administrativo, para que en ese escenario se decida si procede la revocación, modificación o suspensión del acto demandado."²⁵

De conformidad con lo anterior, no puede el apoderado del Ministerio De Hacienda Y crédito Público, inferir de lo afirmado en el artículo citado del decreto 2337 de 1996, en tanto refiere a pensiones extralegales válidamente definidas o pactadas, que los no concurridos por ser extralegales son ilegales o no válidas, por que hasta tanto no se agote el debido proceso para revocar una acto administrativo de carácter particular y concreto, estas de conformidad con el principio de legalidad y el debido proceso son válidas.

Ahora, de todas maneras, no estima este Despacho que con este proceder se esté vulnerando el derecho colectivo a La Moralidad Administrativa. De hecho el proceder, del Ministerio De hacienda Y Crédito Público, en este caso, es la protección del patrimonio público, ya que consideran, que de concurrir al pago de estas prestaciones, se estaría presentando un detrimento del patrimonio público. Por lo que en este aparte, sin que ello signifique, que lo anterior es cierto, este despacho, observa que de buena fé, lo que pretende el Ministerio, es la protección del Patrimonio Público. Esto en cuanto a la intención de este ente demandado, y reitera este despacho, no significa que tal hipótesis sea cierta o no.

Pero esta misma argumentación, tiene para este fallador de instancia, otra lectura en cuanto se refiere a que se está vulnerando el derecho colectivo de acceso al servicio público de educación.

Primero, porque el artículo 131 de la ley 100 de 1993, no discriminó entre pensiones legales y extralegales.

De hecho, en Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 131 (parcial) de la Ley 100 de 1993, "si bien no era tema, la Corte refiere lo siguiente:

²⁴ Sentencia T 433 de 2002, M.P.: Rodrigo Escobar Gil. En esta sentencia la Corte concedió el amparo del derecho al debido proceso teniendo como uno de sus parámetros la legalidad de las causales de extinción de las pensiones substitutivas.

²⁵ En el mismo sentido ver la sentencia T - 450 de 2002. M.P. Jaime Araújo Rentería.

"Todo lo anterior muestra que la concurrencia de la nación, los departamentos, municipios y distritos en el pago del pasivo pensional que tenían los centros educativos oficiales de nivel superior, está dirigida a financiar las siguientes obligaciones adquiridas, presentes o futuras respecto de: i)..."

(...)

v) los servidores públicos que tienen derecho al reconocimiento de la pensión compartida y de las pensiones extralegales, de acuerdo con los porcentajes establecidos en las normas aplicables (numeral 5º)

Segundo, porque igualmente, el artículo séptimo del decreto 2337 de 1996, establece que los aportes que debe efectuar la Nación de acuerdo con el presente artículo, tendrán en cuenta el valor del pasivo pensional derivado de las obligaciones legales del régimen pensional respectivo y las extralegales vigentes antes del 23 de diciembre de 1993, debidamente establecidas.

Y tercero, porque no se puede invalidar un acto administrativo que reconoce un derecho particular y concreto, porque en un decreto se mencione a pensiones validamente celebradas, entonces, se concluya que como existe "**una alta probabilidad**", de que los actos de reconocimiento sean declarados nulos", entonces se decide que no concurren en el convenio administrativo, y su pago le corresponda en su totalidad, a la Universidad Del Atlántico.

En la sentencia de constitucionalidad antes citada y refiriéndose al principio de solidaridad, dice la Corte:

"La primera, en desarrollo del principio de solidaridad, el artículo 131 de la Ley 100 de 1993, dispuso que la Nación y las entidades territoriales participan en la financiación del pasivo pensional de las universidades e instituciones oficiales de educación superior. A pesar de que la obligación de reconocimiento y pago pensional corresponde, en principio, a las entidades educativas superiores empleadoras, quienes tienen personería jurídica propia, patrimonio y autonomía financiera, el legislador consideró necesario y oportuno exigir que la Nación, los municipios, los distritos y los departamentos concurren solidariamente a dichos pagos. Luego, la concurrencia en el pago del pasivo pensional desarrolla el principio de solidaridad en la seguridad social en pensiones". (subraya fuera de texto)

Importante en esta argumentación, es que este despacho estima que el decreto 2337 de 1996, si obliga a la nación a concurrir en el pasivo pensional extralegal de la Universidad Del Atlántico. La entidad demandada, Ministerio De Hacienda, cualifica las pensiones extralegales refiriéndose a las validamente celebradas. Se pregunta este fallador de instancia, porqué el ejecutivo al momento de la expedición del decreto de marras no fue más específico y casuístico y precisara a que se refería con extralegales validamente celebradas y cuales no.

De otra parte, en el convenio de concurrencia, se incluyen acaso, las pensiones extralegales que el Ministerio De Hacienda considera validamente celebradas y aún, concurre en el componente legal de las que estima "no validamente celebradas".

Habría que diseccionar el siguiente argumento: itero, que este Despacho estima que el decreto 2337 de 1996 si obliga a la Nación a concurrir en el pago del pasivo pensional extralegal. Y es claro y así lo acepta la entidad demandada que

la Nación en el convenio de concurrencia, aquí suficientemente referenciado, no concurre en el pago de pensiones extralegales.

No se acredita en este expediente, respecto de cada pensionado extralegal si es pensionado por convención colectiva, si es funcionario público, si es trabajador oficial, o incluso si todos son empleados públicos.

Alega el apoderado del Ministerio de hacienda que "los antecedentes jurisprudenciales indican que **existe una alta probabilidad** de que los actos de reconocimiento sean declarados nulos por la jurisdicción contenciosa administrativa, por razones de inconstitucionalidad e ilegalidad. En tal sentido, el pago de estas prestaciones con cargo a los recursos del presupuesto general de la nación constituye un verdadero detrimento patrimonial que el Ministerio De Hacienda no puede respaldar mientras no se profieran las decisiones judiciales definitivas. Para buscar un remedio transitorio, que garantice el pago de las obligaciones reconocidas por la Universidad, se prevé en el contrato que la Universidad debe seguir pagando estas obligaciones **con cargo a sus recursos.**" (Negrilla fuera de texto) (Fl. 440 CO 2)

Continúa el apoderado del Ministerio afirmando "que la carga del pago de los mayores valores está en cabeza de la Universidad **en calidad de empleadora.**" (Negrilla fuera de texto) (Fl. 440 CO 2)

Estima este fallador de instancia, que no puede desconocerse el principio de legalidad con fundamento en "probabilidades".

Esta argumentación del Gobierno o del Ministerio De hacienda en este caso, no es nueva. Siempre han enfatizado en la necesidad de que la Universidad pública asuma su propio pasivo pensional; a la necesidad de que las universidades participen con sus rentas en la financiación del pasivo y a la importancia del ahorro fiscal.

Sin embargo, en la sentencia C-032/08 ya citada en esta providencia, como consecuencia de la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 131 (parcial) de la Ley 100 de 1993, al citar planteamientos, entre otros del Ministerio De hacienda, se lee lo siguiente:

"En cuanto al tema de fondo, el Seguro Social y el Ministerio Público coinciden con los **Ministerios de Protección Social y de Hacienda** y Crédito Público y la Academia Colombiana de Jurisprudencia al afirmar que la norma parcialmente acusada se ajusta a la Constitución, si se tienen en cuenta tres argumentos: el primero: la concurrencia de la Nación y las entidades territoriales en el pago del pasivo pensional de las instituciones educativas públicas, prevista en el artículo 131 de la Ley 100 de 1993, deriva, precisamente, del deber de solidaridad propio del Estado Social de Derecho, en tanto y **cuanto la incapacidad económica de los empleadores** resultaba evidente y era necesaria su intervención solidaria para garantizar la efectividad de esos derechos." (negrilla fuera de texto)

Y mas adelante, se dice:

(...)

"La primera, en desarrollo del principio de solidaridad, el artículo 131 de la Ley 100 de 1993, dispuso que la Nación y las entidades territoriales participen en la financiación del pasivo pensional de las universidades e instituciones oficiales de educación superior. A pesar de que la obligación de reconocimiento y pago pensional corresponde, en principio, a las entidades educativas superiores empleadoras, quienes

tienen personería jurídica propia, patrimonio y autonomía financiera, el legislador consideró necesario y oportuno exigir que la Nación, los municipios, los distritos y los departamentos concurren solidariamente a dichos pagos. Luego, la concurrencia en el pago del pasivo pensional desarrolla el principio de solidaridad en la seguridad social en pensiones"

Fue entre otros argumentos, la evidente incapacidad económica de los empleadores, lo que implicó la concurrencia de la nación en desarrollo del deber de solidaridad propio del Estado Social de Derecho, en el pago del pasivo pensional de las instituciones educativas públicas, prevista en el artículo 131 de la Ley 100 de 1993.

Este Despacho no desconoce que la concurrencia establecida en el artículo 131 de la ley 100, parece ser lo más razonable para el pago del pasivo pensional. E igualmente, que respecto de las universidades públicas territoriales la deuda pensional no es responsabilidad primaria de la Nación.

Lo que si discute este Despacho, es que estando obligado por el artículo 131 de la ley 100 y por el decreto 2337 de 1996, a concurrir en el pasivo extralegal, argumentando que este se refiere a los validamente celebrado, se sustraiga de tal obligación, y le deje este mayor valor a la Universidad, la cual le corresponderá con recursos propios, atender este mayor valor, que seguramente ha de ser de varias decenas de millones de pesos. La Universidad podría fácilmente verse obligadas a destinar parte de los recursos previamente destinados a la satisfacción del derecho a la educación superior, al pago de la deuda pensional.

Finalmente, no puede olvidarse que en el presente caso la definición de la concurrencia del pasivo extralegal, pueden suponer una variación de cientos de miles de millones de pesos, en las obligaciones financieras correlativas de la universidad y la nación. La no concurrencia de la Nación en el pasivo pensional extralegal, ocasionaría que la deuda pensional a cargo de la universidad comprometería seriamente su capacidad para cumplir adecuadamente con la misión institucional que tiene asignada e, incluso, su propia viabilidad financiera.

De hecho, a la Universidad le correspondió acogerse a un proceso de reestructuración de pasivos, con el fin de poder ser viable financieramente.

PRUEBA PERICIAL

De la prueba pericial se dictamina que hubo cincuenta y seis pensionados que no se incluyeron en el convenio de concurrencia, pero igual, se determina que existe un grupo de extrabajadores que cumplen con el número de cotización pero a la citada fecha no habían cumplido la edad para obtener el status de pensionado. Este grupo de personas en los años 1994 y subsiguientes cumplían los requisitos de ley, razón por la cual le fue reconocida la pensión de jubilación en esas vigencias, fue así como entraron a engrosar el número de pensionados a cargo de la Universidad Del Atlántico, por lo que se ordenará en este fallo su inclusión en el pluricitado convenio de concurrencia, y para tal efecto ha de actualizarse los cálculos actuariales.

LA EDUCACIÓN COMO SERVICIO PÚBLICO.

La educación es un servicio público que cumple una función social. Esto significa que no solo tiene que satisfacer una necesidad de carácter general, la cual debe estar al alcance de quienes lo requieran, sino que además, el Estado está en la obligación de garantizar el acceso a dicho servicio y velar porque con su prestación se cumplan los fines señalados en la Carta Política.

La Constitución Política en su artículo 67 concibe a la educación como un derecho de la persona y un servicio público con función social. Por medio de ella se accede al conocimiento, a la ciencia, a la técnica y a los demás bienes y valores de la cultura. Son responsables de la misma no solo el Estado sino la sociedad y la familia. Será obligatoria entre los cinco y quince años, además de gratuita en las instituciones del Estado, y comprenderá como mínimo un año de preescolar y nueve de educación básica. Al Estado corresponde regular y ejercer la suprema inspección y vigilancia con el fin de velar por su calidad, por el cumplimiento de sus fines y la mejor formación integral de los educandos, garantizar el adecuado cubrimiento del servicio y asegurar a los menores las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el sistema educativo.

El artículo 366, ibídem, establece como objetivo fundamental de la actividad social del Estado, la solución de las necesidades insatisfechas de educación, entre otras. Para tales efectos, en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación.

Este Despacho concluye, que el componente en el cual el Ministerio De Hacienda y El Departamento Del Atlántico, no concurren, por ser significativo, obliga a la Universidad Del Atlántico a atenderlo con recurso propios, recursos que bien podrían destinarse a la labor misional de la Universidad Del Atlántico, con lo cual se está afectando el acceso al servicio público de educación y a que su prestación sea eficiente y oportuna.

En notorio para este Fallador de instancia, el esfuerzo que está haciendo la Universidad del Atlántico, por mantenerse y ser viable. Tal como ya se mencionó, se acogió a la ley 550, ha reducido gastos de funcionamiento, está demandando las pensiones extralegales a fin de que sea la justicia la que determine la legalidad y validez de los actos administrativos correspondientes, hubo supresión de cargos administrativos, aunque igual, a raíz de esto, existen casi igual número de demandas ante la Universidad, se estratificó las matrículas. En virtud del principio de solidaridad, la Nación concurre en el pasivo pensional, pero con unas restricciones que para este despacho, de interpretación unilateral de parte del Ministerio de Hacienda, y que no consultan el espíritu tanto del artículo 131 de la ley 100 como del decreto 2337 de 1996. No se compadece, con el derecho colectivo que se alega como vulnerado, que por liberar recursos o por ahorro fiscal, la nación, con una interpretación unilateral, deja a una institución carente en sí de recursos, una alta carga de atención de pasivo pensional, aún a costa, del mismo funcionamiento de la Institución, que seguramente de persistir esta espiral o de perpetuarse en el tiempo, ira languideciendo poco a poco, lo que no se justifica para un alma mater, que mas del Departamento Del Atlántico pertenece a toda la región caribe.

En lo referente al monto o porcentaje de concurrencia, de conformidad con el artículo 131 de la ley 100 de 1993, ni en el dictamen pericial, ni en el expediente contentivo de este proceso, se determinó con precisión el monto de concurrencia, por lo que en este aspecto se negarán las pretensiones de la demanda, en el sentido de que el monto de concurrencia debería ser de 83.78% de parte de la Nación, 12.906% de parte del Departamento y 3.306% de parte de la Universidad, por lo que se considerará para tal efecto, lo certificado por la Dirección General de Presupuesto, en el sentido de que la nación deberá colaborar en el pago del pasivo pensional en un 75.6%, el Departamento, 11.6% y la Universidad en un 12.80%. (Fls. 458-461, co 2)

MEDIDA CAUTELAR

En estas circunstancias y atendiendo el alcance de las medidas cautelares decretadas dentro del proceso, ellas resultan innecesarias, Además, ellas se

encuentran implícitas en las disposiciones adoptadas en la presente sentencia.

5. DEL COMITÉ DE VERIFICACIÓN

Este Despacho en virtud de lo dispuesto en el art. 34 de la Ley 472/98 para efectos de la verificación del cumplimiento de lo aquí resuelto dispondrá (sic) conformación de un Comité de Vigilancia para la verificación del cumplimiento de esta sentencia, integrado por el Director De este Despacho Judicial, las partes, el Contralor Departamental, El señor Representante del Ministerio Público, quien tendrá a su cargo la coordinación del Comité y cumplirá las funciones de auditar, vigilar y asegurar el cumplimiento de lo dispuesto en esta providencia, así lo informará a este Despacho.

6. DEL INCENTIVO

Está consagrado en el art. 39 de la Ley 472 de 1998.

"CAPÍTULO XI"

Incentivos

"Art. 39. Incentivos. El demandante en una acción popular tendrá derecho a recibir un incentivo que el juez fijará entre diez (10) y ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales.

Cuando el actor sea una entidad pública, el incentivo se destinará al Fondo de Defensa de Intereses Colectivos".

Demostrada como se encuentra la violación al derecho colectivo señalado, y también porque está acreditada la actividad procesal y probatoria del accionante, este Despacho reconocerá el incentivo económico en la ley, fijándolo en cuantía de diez (10) salarios mínimos mensuales a cargo de la Gobernación Del Departamento Del Atlántico y el Ministerio De Hacienda Y Crédito Público, quien los cancelará dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoría de esta providencia. Por lo precedente, al estar limitado su reconocimiento a la accionante, no se reconocerá incentivo a los coadyuvantes.

Siendo La Universidad Del Atlántico, la entidad afectada del acto que afecta servicio público de educación, no puede además ser afectado con el pago del incentivo que aquí se ordena.

En mérito de lo expuesto el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Barranquilla, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1º. NIÉGANSE las excepciones propuestas por los demandados.

2º. AMPÁRANSE los derechos e intereses colectivos a el acceso al servicio público de educación y a que su prestación sea eficiente y oportuna, vulnerados con el convenio de concurrencia suscrito entre La Universidad Del Atlántico, Departamento Del Atlántico Y Ministerio De Hacienda Y Crédito Público, para atender el pasivo pensional de la Universidad Del Atlántico

3º. ORDÉNASE la modificación de pluricitado convenio de concurrencia suscrito entre La Universidad Del Atlántico, Departamento Del Atlántico Y Ministerio De Hacienda Y Crédito Público, para atender el pasivo pensional de la universidad, en las cláusulas que se precise, en el sentido de que la Nación – Ministerio De hacienda y crédito Público, y el departamento del atlántico, concurren en el pago de la totalidad de los pensionados de la universidad del atlántico, de conformidad

a lo preceptuado por el artículo 131 de la ley 100 de 1993, legales y extralegales, con la universidad del atlántico, en los montos determinados en los considerandos de esta providencia. Para tal efecto, actualícese los correspondientes cálculos actuariales, incluyendo el costo real del pasivo pensional de la totalidad de los pensionados. Lo anterior en un término no mayor a ocho (8) meses, contados a partir de la fecha de la presente providencia.

4º. Un vez hechas las anteriores previsiones, y debidamente determinadas las diferencias entre el pacto de concurrencia primigenio y el revisado y actualizado que se ordena en esta providencia, La Nación – Ministerio De Hacienda y el departamento Del Atlántico, deberán adoptar los mecanismo legales y presupuétales del caso, a fin de girar las sumas resultantes a la Universidad Del Atlántico. Lo anterior en un término no mayor a Veinticuatro (24) meses.

5º. Ordénese levantar las medidas cautelares que se tomaron en auto de 18 de Agosto de 2004, quedando en virtud de esta providencia sustituidas por las órdenes previstas en el numeral 3 de la parte resolutive de esta sentencia.

5º. FÍJASE como incentivo económico a favor del accionante y a cargo de la Gobernación Del Departamento Del Atlántico y el Ministerio De Hacienda Y Crédito Público, quien los cancelará dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia en forma solidaria, la suma de 10 salarios mínimos mensuales.

5º. Por secretaria envíese copia de este fallo al registro público de acciones populares y de grupo.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

El Juez,

OSCAR IVAN CASTAÑEDA-DAZA

NOTIFICO POR
PROCURADOR JUDICIAL ANTE F.
JURADO DECIMO ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA.

FECHA 09-30-2010

FIRMA



República De Colombia
Rama Judicial Del Poder Público
Juzgado Décimo Administrativo Del Circuito de Barranquilla
Calle 38 No 44 – 61, Ed. Antiquo de Telecom, Piso 1º.
Tel. 3410046 – Fax 3410215

E D I C T O

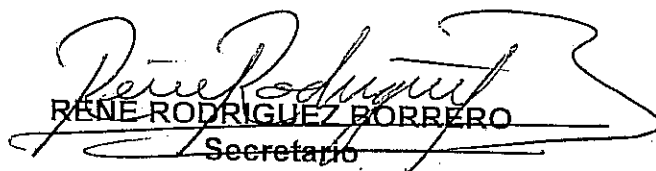
REFERENCIA	: 08001-33-31-010-2004-01177-00
ACCION	: POPULAR
ACCIONANTE	: ASOJUA
ACCIONADO	: NACION – MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO – DEPARTAMENTO DEL ATLANTICO UNIVERSIDAD DEL ATLANTICO

El suscrito Secretario hace constar e informa que, dentro del proceso de la referencia el Juez Décimo Administrativo del Circuito de Barranquilla, Dr. Oscar Iván Castañeda Daza, profirió SENTENCIA de fecha **SIETE (07) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL DIEZ (2010)**.

El presente edicto se fija en lugar visible de la secretaria de este Juzgado, por tres (3) días, conforme lo establecido por el artículo 22 de la Ley 393 de 1997, en concordancia con los artículos 323, 324 y demás aplicables del Código de Procedimiento Civil.

FIJACION : 5 DE OCTUBRE DE 2010 8 A.M.

DESFIJACION : 7 DE OCTUBRE DE 2010, 6 P.M.


RENE RODRIGUEZ BORRERO
Secretario

El suscrito Secretario hace constar e informa que el presente edicto, permaneció fijado en lugar visible de la secretaria de este Juzgado, por el término de **tres (3) días hábiles**, desde el **5 DE OCTUBRE DE 2010, 8 A.M. HASTA EL 7 DE OCTUBRE DE 2010 A LAS 6 P.M.**

Barranquilla, 8 de Octubre de 2010

RENE RODRIGUEZ BORRERO
Secretario