

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



Tribunal Administrativo del Atlántico

Sala Oral

Barranquilla, cinco (5) de octubre de dos mil doce (2012)

Magistrado Ponente: Dr. Cristóbal Rafael Christiansen Martelo

Ref. Exp. No.: 08001-23-33-0010-2004-001177-00 (2010-00608)

Acción: Popular

Actora: ASOCIACIÓN DE JUBILADOS DE LA UNIVERSIDAD DEL ATLÁNTICO.

Accionados: NACIÓN- MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO-
DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO- UNIVERSIDAD DEL ATLÁNTICO.

Decide la Sala Oral de Decisión el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Departamento del Atlántico y la Universidad del Atlántico, contra la sentencia de 7 de septiembre de 2010, proferida por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Barranquilla, que accedió a las súplicas de la demanda y reconoció el incentivo económico.

Ref. Exp. No.

Acción: Popular

Actora:

Accionados:

De:

ANTECEDENTES PROCESALES

1. DEMANDA.

La Asociación de Jubilados de la Universidad del Atlántico, a través de apoderado especial, instauró demanda en ejercicio de la acción popular, consagrada en el artículo 87 de la Constitución Política, desarrollado por la Ley 472 de 1998, contra la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Departamento del Atlántico y Universidad del Atlántico, tendiente a la protección de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y el acceso al servicio público y a que su prestación sea eficiente y oportuna prestación, consagrados en los literal b y j del artículo 4º de la mencionada ley, al no incluir en el Contrato interadministrativo suscrito 28 de julio de 2003 entre la Nación, el Departamento y la Universidad la totalidad del pasivo pensional a cargo de dicha Alma Mater, en cumplimiento con lo establecido en el artículo 131 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 2337 de 1996.

2. PROVIDENCIA APELADA

El Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Barranquilla en sentencia de 7 de septiembre de 2010 accedió a las súplicas de la demanda y concedió el incentivo económico, argumentando lo siguiente:

"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 este 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.

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 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 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.

(...)

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 consagrados 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 3ra. Mag. Pon. Jesús María Carillo, mayo 6 de 2001, expresa el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo:

Pretender definir normativamente la moralidad administrativa 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 la Ley 472 de 1998, y en el artículo 209 C.P.

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 amanece violar dicho derecho.** Hace parte de lo que la doctrina y la jurisprudencia dominan "conceptos jurídicos indeterminados" 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 mas que una: o se da o no se da el caso en concreto; (...) 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."

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, solo 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 consigno 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 No 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 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".*

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".

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

Actora: ASOCIACIÓN DE JUBILADOS DE LA UNIVERSIDAD DEL ATLÁNTICO.

Accionados: NACIÓN- MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO- DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO- UNIVERSIDAD DEL ATLÁNTICO.

la protección normativa de los intereses colectivos 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"

En el mismo sentido se ha pronunciado esta Sección:

"Esta Sala, 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 en el elemento que hace reaccionar al principio determinado.

Ahora bien, con el objeto de precisar aun más la aplicación del principio que se estudia esta Sala en la Sentencia AP-170 de 2001, señalo que la norma que concreta la moralidad administrativa como derecho colectivo, esto es, el art. 4 de la Ley 472 de 1998, es asimilable 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 Constitucional, 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 efectos, la defensa del patrimonio público, como derecho colectivo, hace alusión al interés que tiene la comunidad en general para proteger los elementos que los componen; 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 publico: no obstante, la anterior no constituye una regla absoluta".

Con todos los antecedentes jurisprudenciales expresados hasta el momento, que además tiene 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 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 calculo actuarial y el contrato de concurrencia, además de reconocer 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 del atlántico, no permite el pago de todas sus obligaciones pensionales, lo que 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 calculo 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 aportan 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 pacto 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 publico, el

manejo de los recursos públicos y la contratación administrativa la H. Corte Constitución ha manifestado:

(...)

En desarrollo de sus 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.

Siguiendo lo expresado en estas consideraciones, en el evento su-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 deriva las materias a las que se circunscribe 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 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 les están incluyendo en menor cuantía de lo que legalmente se reconocieron. Por su parte del 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 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 folios 842 a 852 del cuaderno número 2 del incidente de desacato, en su numeral 3º y 50 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

Actora: ASOCIACIÓN DE JUBILADOS DE LA UNIVERSIDAD DEL ATLÁNTICO.

Accionados: NACIÓN- MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO- DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO- UNIVERSIDAD DEL ATLÁNTICO.

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 cuando asciende tal concurrencia. Importe, en este momento, que es cierto, que tanto el Convenio como los cálculos actuariales a efectos 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 analizarán 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."

(...)

"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 183 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 deba 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 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 nos 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 ilegal sea inmoral.

La concurrencia de la nación y las entidades territoriales e el pago del pasivo pensional de las instituciones educativas, previstas 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 solidaridad de esos derechos.

Entendiendo 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 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."

De todas manera, 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 constitucionalidad, 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."

Actora: ASOCIACIÓN DE JUBILADOS DE LA UNIVERSIDAD DEL ATLÁNTICO.
Accionados: NACIÓN- MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO- DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO-
UNIVERSIDAD DEL ATLÁNTICO.

4. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a través de apoderado especial, impugnó la sentencia anterior en escrito de 12 de octubre de 2010, argumentando lo siguiente:

“1. En cuanto al derecho a la educación y su armonización con otros derechos.

Considera el juez que a pesar de que el Ministerio de Hacienda ha buscado de buena fe varias medidas para proteger la moralidad administrativa y el patrimonio público, en cualquier caso mientras no se adopten las decisiones judiciales pertinentes debe preferirse el derecho a la educación.

Diferimos respetuosamente del criterio del juez en este punto, puesto que por una parte continuar pagando las pensiones irregulares atenta contra los derechos colectivos a la moralidad administrativa y del patrimonio público y por otra parte el derecho a la educación no se ha visto en peligro puesto que la Nación y la Universidad han adoptado por su lado las medidas necesarias para que la Universidad siga cumpliendo con su labor misional y al mismo tiempo atendiendo sus obligaciones pensionales, aún las que se encuentran en duda, tal como corresponde de acuerdo con la ley, y en eso ha sido claro el Ministerio, el pago de estas pensiones debe continuar realizándose hasta tanto un juez defina su suspensión, como ha sucedido ya en 63 casos.

Esta posición del despacho no es consistente con los principios que sobre ponderación de derechos ha establecido la jurisprudencia del Consejo de Estado, que a este respecto señala:

La búsqueda de la efectividad de un derecho no puede implicar el sacrificio o restricción de otro. La colisión entre bienes jurídicos, se resuelve de forma que se maximice la efectividad de cada uno de ellos. La colisión de derechos no puede detenerse en una ponderación superficial (una prefación abstracta). Dicha ponderación exige una labor de armonización concreta que implique mutua delimitación de los bienes contrapuestos, mediante la concordancia práctica de las respectivas normas constitucionales, de modo que se asegure su máxima efectividad”.

Actora: ASOCIACIÓN DE JUBILADOS DE LA UNIVERSIDAD DEL ATLÁNTICO.

Accionados: NACIÓN- MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO- DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO- UNIVERSIDAD DEL ATLÁNTICO.

Contrario a lo establecido por la anterior jurisprudencia, se observa que el juez estableció una prelación injustificada de derechos privilegiando lo que él llama derecho a la educación, cuando tal como se señaló el acceso al derecho a la educación se ha protegido por parte de la Universidad y la Nación con otras medidas que incluyen entre otras apoyos financieros e institucional como es el haber promovido el acuerdo de reestructuración de la ley 550 a favor de la Universidad. Lo anterior, sin dejar de lado otros derechos colectivos igualmente importantes como los que se han venido mencionando.

El problema de fondo de la Universidad no es la prestación del servicio público de la educación, como lo ha hecho ver el ad quo, servicio que se ha venido prestando normalmente, el problema de la universidad es el haber reconocido este tipo de prestaciones irregulares sin miramiento alguno, lo cual si puso en peligro el funcionamiento de la Institución y ha originado que la Nación a través del Ministerio de Hacienda le haya solicitado a la Universidad iniciar todas las acciones judiciales disponibles para corregir estas situaciones irregulares.

Como se puede ver, la Nación no ha hecho otra cosa que velar por el bien colectivo de la moralidad administrativa y el patrimonio público de la Universidad al incentivar la presentación de demandas para corregir estas situaciones, lo cual hasta el momento, ha tenido su recompensa en 64 casos donde el Consejo de Estado ha decretado suspensiones provisionales de reconocimientos.

A lo anterior vale la pena agregar que como ya se dijo, no se ha violado ni puesto en peligro el derecho a la educación. En efecto, de una parte, no obra en el proceso prueba alguna que demuestre que la Universidad del Atlántico haya dejado de atender su misión por razón del pago de dichas pensiones ilegales y el hecho que las mismas no estén cubiertas por el convenio de concurrencia. A lo anterior se agrega que tampoco es posible sostener que necesariamente el hecho de que el convenio de concurrencia no cubra tales pensiones ilegales necesariamente afectará la posibilidad de que la Universidad pueda continuar atendiendo sus funciones. En efecto, la Universidad dispone de diversas fuentes de

recursos y ha recibido apoyo por parte de la Nación para no ver interrumpida su actividad, lo cual desvirtúa que la misma no pueda cumplir su función. De esta manera se trata de una mera hipótesis sin sustento probatorio alguno que por lo mismo no puede fundar una decisión como la que adopta el señor Juez.

2. En cuanto a la diferencia entre pensiones extralegales y pensiones legales.

Respecto a la afirmación hecha por el ad quo, de que el cálculo y el contrato de concurrencia no tuvieron en cuenta la totalidad del pasivo pensional de la universidad, me permito informarle que esta afirmación carece de fundamento, puesto que el cálculo aduanal contiene tanto las pensiones de origen legal (aplicables a los empleados públicos) como las reconocidas con fundamento en la convención colectiva (aplicables a los trabajadores oficiales), al igual que la proyección del mismo.

En este sentido, el juez confunde la EXTRALEGALIDAD con la ILEGALIDAD lo que se constituye en un error de DERECHO que consideramos debe ser subsanado por el Honorable Tribunal.

El Juez de conocimiento en el fallo que nos ocupa, afirma que: "Primera, porque el artículo 131 de la ley 100 de 1993, no discriminó entre pensiones legales y extralegales". Esta aseveración parte de una premisa cierta, en el entendido de que la norma al momento de establecer la concurrencia de la Nación y los Departamentos, no distinguió entre pensiones legales y extralegales, pero llega a una conclusión falsa pues concluye que el objeto de las acciones emprendidas por la Nación para ayudar a sanear el pasivo de la Universidad es desconocer las pensiones extralegales, cuando el objeto central de la discusión, es que que la Nación no debe concurrir en las pensiones irregulares o ilegales, entendiendo por tales las pensiones o las porciones de las mismas que no fueron válidamente reconocidos, tanto en las pensiones legales como en las extralegales.

En este sentido, se debe entender que las pensiones que no fueron válidamente reconocidas son aquellas que no se reconocieron ajustadas a la ley en el caso de los empleados

Actora: ASOCIACIÓN DE JUBILADOS DE LA UNIVERSIDAD DEL ATLÁNTICO.

Accionados: NACIÓN- MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO- DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO- UNIVERSIDAD DEL ATLÁNTICO.

públicos y a la convención colectiva para el caso de los trabajadores oficiales, que son los únicos beneficiarios de ésta. Esta aclaración es muy importante por cuanto en esta universidad uno de los temas centrales del debate jurídico sobre la validez de las pensiones, es justamente la extensión de la convención colectiva a los empleados públicos tal como se trato de forma profunda en la contestación de la acción.

De hecho la Corte Constitucional desde el 2001 en la sentencia T-794/01, llamó la atención sobre las pensiones de la universidad del Atlántico y requirió a los organismos de control para que revisaran la validez y permanencia de estos beneficios de la siguiente manera:

"Para concluir, esta Sala de Revisión no puede dejar de advertir su sorpresa ante las condiciones de edad y tiempo de servicios para que los demandantes se hubieran hecho acreedores del derecho convencional a la pensión de jubilación. Tales condiciones contrastan por su generosidad con los promedios legales exigidos nacionalmente, y son manifiestamente inequitativos respecto del trato a otros funcionarios públicos y al resto de los colombianos. En gran parte dicho tratamiento especial explica la carga financiera que pesa sobre ciertas entidades públicas hasta el grado de amenazar su viabilidad y existencia en desmedro de los intereses de toda la comunidad. Por este motivo, la Sala solicitaré a los organismos de control que, si no lo han hecho, ejerzan sus facultades para indagar por la validez, la permanencia y el cumplimiento de las convenciones colectivas de trabajo celebradas por la Universidad del Atlántico con sus empleados y trabajadores, así como por el respeto a los valores de justicia, equidad y solidaridad que al mismo tiempo que protegen al trabajador y aseguran el respeto a sus derechos, también chocan con los privilegios cualquiera sea su índole."

En este punto debe recordarse lo establecido en el decreto 2337 de 1996, reglamentario del artículo 131 antes mencionado. El párrafo 1o del artículo 7o, dijo lo siguiente; "Parágrafo 1°. 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, actualizado con los rendimientos financieros

equivalentes a una tasa efectiva anual del interés compuesto de la inflación anual representada en la variación del IPC, adicionado en la tasa de interés técnico contemplada en los cálculos actuariales realizados al 23 de diciembre de 1993, correspondiente a los años o fracciones de año anteriores a la fecha en la cual la Nación efectúe la emisión de los bonos de valor constante que representan su aporte.

De lo anterior necesariamente se concluye, que el contrato interadministrativo de concurrencia no hace otra cosa que ajustarse a la normatividad vigente y por consiguiente no tiene fundamento que se declare su nulidad.

3. En cuanto al aparente desconocimiento de actos administrativos y derechos adquiridos

Sugiere la providencia acusada que la posición sostenida por el Ministerio de Hacienda en el sentido de no incluir en el contrato de concurrencia las obligaciones pensionales desconoce actos administrativos que gozan de presunción de legalidad y derechos subjetivos reconocidos a los pensionados de la Universidad, los cuajes deben ser pagados mientras no sean suspendidos o anulados por el juez competente.

Por una parte, como se precisa más adelante, no ha sido nunca posición del Ministerio desconocer la presunción de legalidad de estos actos. Ha reiterado el Ministerio que debe la Universidad proceder a pagarlos en su condición de empleador y productor del acto administrativo, pero debe al mismo tiempo proceder a revisar y, si es del caso, demandar estos actos que consideramos lesivos de la moralidad administrativa y del patrimonio público. Mientras estas decisiones judiciales no se profieran, no debe la Nación concurrir en el pago de obligaciones de las que un análisis jurídico somero indica una evidente ilegalidad.

Por otro lado, la jurisprudencia administrativa que en eventos en los cuates se hace latente la violación de la moralidad administrativa y el patrimonio público, es procedente la inaplicación de actos administrativos, sin perjuicio de su posterior revisión judicial.

Así, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante falta del 12 de agosto de 2004, dentro de la acción popular impulsada por la Contrataría Distrital de Bogotá contra la

Actora: ASOCIACIÓN DE JUBILADOS DE LA UNIVERSIDAD DEL ATLÁNTICO.

Accionados: NACIÓN- MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO- DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO- UNIVERSIDAD DEL ATLÁNTICO.

Universidad Distrital Francisco José de Caldas, en defensa de la moralidad administrativa y el patrimonio público consideró:

- Que cuando los intereses colectivos son vulnerados por actos administrativos, estos pueden desconocerse en aras de evitar daños mayores, hacer cesar la amenaza o restituir las cosas a su estado anterior.
- Que la autonomía universitaria no permite a las Universidades fijar su propio régimen prestacional.
- Que la expedición de actos administrativos que desconocen las reglas mínimas de competencia y/o el marco legal al cual debe sujetarse su expedición, es causal de nulidad del acto, lo cual en algunos casos puede comprometer derechos de naturaleza colectiva como la moralidad y el patrimonio público.
- Que se vulneraron derechos colectivos, concretamente el patrimonio público al reconocer derechos pensionales con fundamento en normas internas.
- El Tribunal ordenó conformar una comisión para revisar cada una de las pensiones, verificar su conformidad con la ley, revocar las pensiones que sean susceptibles de esta medida y presentar las demandas de nulidad contra las pensiones que no admitan revocatoria.
- Además ordenó dejar de pagar los mayores valores resultantes de liquidar las pensiones con factores salariales extralegales y por encima del tope.

Vale la pena resaltar, que el saneamiento ordenado por el Tribunal de Cundinamarca a la Universidad Distrital, no solo es hacia futuro, en la medida en que no se pueden seguir reconociendo pensiones conforme a las normas internas sino que también es hacia atrás, en la medida en que se deben revocar o demandar las pensiones así reconocidas.

Si analizamos el caso de la Universidad del Atlántico, vemos que le son aplicables las consideraciones del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca.

Como podemos ver, el Tribunal de Cundinamarca priorizó los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público sobre cualquier otro, y para el caso que nos ocupa, aunque la universidad del Atlántico tuviese problemas económicos, cosa que no se probó dentro de la acción popular, consideramos de forma respetuosa que el Ad quo igualmente debió priorizar los derechos a la moralidad administrativa y el patrimonio público, pero respecto a los

Actora: ASOCIACIÓN DE JUBILADOS DE LA UNIVERSIDAD DEL ATLÁNTICO.

Accionados: NACIÓN- MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO- DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO- UNIVERSIDAD DEL ATLÁNTICO.

recursos de la Nación que podrían verse afectado al tener que reconocer con sus recursos componentes irregulares otorgados en algunas pensiones concedidas a ex trabajadores de la Universidad del Atlántico.

Es también muy importante mencionar que la sentencia del Tribunal fue confirmada por la Sección 3a del H. Consejo de Estado, en providencia del 26 de mayo de 2006.

SOLICITUD

De acuerdo con las consideraciones previas, se solicita al H. Tribunal Administrativo del Atlántico revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar, acceder proferir una decisión sustitutiva en la cual se declare que no existió por parte del Ministerio de Hacienda violación alguna al derecho colectivo al acceso a la educación."

Asimismo, la Universidad del Atlántico, a través de apoderado especial, también impugnó la sentencia proferida el 7 de septiembre de 2010 por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Barranquilla, así:

"La apelación que propongo de la sentencia es apenas parcial, en la medida en que no impugno ni critico los aspectos valorativos de la sentencia ni de su parte resolutive, atinentes a ordenar que las entidades que concurren con la Universidad del Atlántico a pagar el pasivo pensional, carguen con los montos de las pensiones reconocidas con fundamento en la ley, y, también de los pensiones conferidas con fundamento en la convención colectiva de trabajo, es decir, las pensiones denominadas extra legales. Así, con ésta valoración jurídica y decisión judicial guarda conformidad.

No ocurre igual con la omisión en que incurre la sentencia, de haber reconocido las normas de derecho positivo y la interpretación del Consejo de Estado, respecto de que los municipios están igualmente obligados a concurrir en el pago del pasivo pensional de la Universidad Pública, siempre que se encuentren ubicadas territorial y materialmente en su ámbito, como ocurre con la Universidad del Atlántico que se encuentra ubicada en el área del Distrito de Barranquilla, antes municipio de Barranquilla.

Según la sentencia que apelo, la fundamentación jurídica expuesta para sustentar la concurrencia obligacional de los municipios y distritos, es la siguiente:

"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 Jopa 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

Actora: ASOCIACIÓN DE JUBILADOS DE LA UNIVERSIDAD DEL ATLÁNTICO.

Accionados: NACIÓN- MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO- DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO- UNIVERSIDAD DEL ATLÁNTICO.

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, 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 7° 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 entrara 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 presupuesta 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 provisiones 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

Actora: ASOCIACIÓN DE JUBILADOS DE LA UNIVERSIDAD DEL ATLÁNTICO.

Accionados: NACIÓN- MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO- DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO- UNIVERSIDAD DEL ATLÁNTICO.

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 párrafo 2.º del Artículo 4º 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 7º 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 9º ejusdem, toda vez que, como se dijo, tales disposiciones armonizan con lo preceptuado no solo en el artículo 131 de la Ley 100 de 1993 sino en el 86 de la Ley 30 de 1992.

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."

Coherente con lo anterior solicito a su Señoría, se sirva modificar la sentencia ordenando que el Distrito de Barranquilla, deba concurrir también al pago del pasivo pensional de la Universidad del Atlántico.

4. ACTUACIÓN PROCESAL.

La Oficina Judicial de Barranquilla repartió el expediente al doctor Ángel Hernández Cano, Magistrado de este tribunal, conforme al Acta Individual de Reparto de 29 de noviembre de 2010 (Fl. 461 Cuaderno de Apelación tramitado en el Honorable Consejo de Estado), quien en escrito de 30 de marzo de 2011 se declaró impedido para conocer del mismo, con fundamento en el numeral 2º del artículo 150 del C. de P.C., el cual establece como causal de recusación el hecho de haber conocido del proceso en instancia anterior.

Lo propio hicieron los doctores Luis Carlos Martelo Maldonado y Judith Romero Ibarra, integrantes de la Sala de Decisión Alfabética en escrito de 31 de marzo y 5 de abril de 2011.

En auto de 8 de abril de 2011 el Magistrado Ponente ordenó el sorteo de tres (3) conjuces de la lista que se lleva en este tribunal, a fin de que resuelva lo que en derecho corresponda en dicho proceso.

El 25 de abril de 2011 la Presidencia del Tribunal en presencia del Secretario de la corporación procedió a efectuar el sorteo de la lista de conjuces, conforme al Acta de Sorteo de Dos (2) Conjuces de 25 de abril de 2011, en el cual resultaron elegidos los doctores Wilson Herrera Llanos (Ponente), Cesar Augusto Castellar Solano y Ulises Granados Herrera, quienes en escritos adiados 26 y 29 de abril de 2011, respectivamente, declinaron los dos (2) primeros la designación efectuada, por encontrarse impedidos, argumentando como causales, las consagradas en los ordinales 1º. y 6º. del artículo 150 del C. P.C., razón por la cual se ordenó nuevamente en auto de 20 de mayo de 2011 el sorteo de dos (2) conjuces, correspondiéndole a los doctores Ernesto Rafael Ariza Muñoz (Ponente) y Julio Gil Muñoz, quienes también declinaron la designación realizada por la presidencia de

Actora: ASOCIACIÓN DE JUBILADOS DE LA UNIVERSIDAD DEL ATLÁNTICO.

Accionados: NACIÓN- MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO- DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO- UNIVERSIDAD DEL ATLÁNTICO.

esta corporación, por encontrarse impedidos, argumentando como causales, las consagradas en los ordinales 1º y 12º del artículo 150 del C. P.C.,

Así las cosas, en auto de 22 de julio de 2011 se ordenó el sorteo de dos (2) conjuces de la lista de la lista que se lleva en este tribunal, a fin de que resuelva lo que en derecho corresponda en dicho proceso, en el cual resultaron elegidos los doctores Leandro José Yepes Señas y Aleksey Germán Herrera Robles, conforme al Acta de Sorteo de Dos (2) Conjuces de 3 de agosto de 2011, quienes también declinaron la designación realizada por la Presidencia de esta corporación, a través de los escritos de 5 y 8 de agosto de 2011, respectivamente, por encontrarse impedidos, argumentando como causales, las consagradas en los ordinales 5º y 12º del artículo 150 del C. P.C.

En auto de 26 de agosto de 2011 se ordenó el sorteo de dos (2) conjuces de la lista de la lista que se lleva en este tribunal, a fin de que resuelva lo que en derecho corresponda en dicho proceso, en el cual resultaron elegidos los doctores Eurípides José Castro Sanjuán y Arturo González García Herreros, conforme al Acta de Sorteo de Dos (2) Conjuces de 5 de septiembre de 2011, quienes también declinaron la designación realizada por la presidencia de esta corporación, a través de los escritos de 14 y 20 de septiembre de 2011, respectivamente, por encontrarse impedidos, argumentando como causales, las consagradas en los ordinales 1º, 5º y 6º del artículo 150 del C. P.C..

En auto de 25 de noviembre de 2011 el Magistrado Ponente doctor Ángel Hernández Cano ordenó remitir el expediente No. 2010-00608-H a la siguiente Sala de Decisión Alfabética, presidida por el Magistrado Luis Eduardo Cerra Jiménez, en aplicación al numeral 3 del artículo 160ª del C.C.A, el cual establece:

(...)

3. Si el impedimento comprende a toda la sección o subsección del Consejo de Estado o del tribunal, el expediente se enviará a la sección o subsección que le sigue en turno en el orden numérico, para que decida de plano sobre el impedimento; si lo declara fundado, avocará el conocimiento del proceso. En caso contrario, devolverá el expediente para que la misma sección o subsección continúe su trámite."

En escrito de 5 de diciembre de 2011 el expresado magistrado se declaró impedido para conocer del proceso, por encontrarse incurso en las causales de

impedimentos primera y tercera, contempladas en el artículo 150 del C. de P.C. Primero, porque un hijo suyo es actualmente asesor del despacho del Gobernador del Atlántico, y aún cuando en este estado procesal no tiene poder general ni especial, se encontraría incurso en dicha causal. Segundo, por la existencia de litigio entre su esposa y la Universidad del Atlántico, por el cumplimiento de la totalidad de las condenas contenidas en sentencia del Juzgado quinto Administrativo del circuito de Barranquilla con motivo del retiro del servicio del cual fue objeto su cónyuge.

En auto de 16 de diciembre de 2011 el Magistrado Luis Eduardo Cerra Jiménez ordenó que por secretaría se pasara el expediente en mención al despacho del suscrito magistrado, por seguir en orden alfabético, para que decida lo que corresponda, en aplicación a lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 160A del C.C.A., el cual preceptúa:

(...)

" Cuando en un Consejero o Magistrado concurra alguna de las causales señaladas en este artículo, deberá declararse impedido en escrito dirigido al ponente, o a quien siga en turno si el impedido es éste, expresando los hechos en que se fundamentan tan pronto como advierta su existencia, para que la sala, Sección -Subsección resuelva de plano sobre la legalidad del impedimento. Si lo encuentra fundado, lo aceptará y sólo ordenará sorteo de conjuez cuando se afecte el quórum decisorio."

Asimismo, se dispuso en dicho auto, que en el evento de que llegare a declararme impedido pasara el expediente al Honorable Magistrado Oscar Wilches Donado.

En auto de 1º de febrero de 2012 se ordenó el sorteo de un (1) Conjuez de la lista que se lleva en esta corporación a fin de que resuelva lo que en derecho corresponda en dicho proceso, resultando elegido el doctor Roberto Alonso Patiño Rivera, quien tomó posesión del cargo el 14 del mismo mes y año.

En auto de 22 de febrero de 2012 se admitió el recurso de apelación interpuesto por las partes demandadas (Universidad del Atlántico y Ministerio de Hacienda y Crédito Público), contra la sentencia proferida el 7 de septiembre de 2011 proferida por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Barranquilla.

En proveído de 13 de marzo de 2012 se aceptó el impedimento manifestado por el doctor Ulises Granados Herrera, para conocer de este asunto en calidad de conjuer.

En auto de 29 de marzo de 2012 se corrió traslado a las partes por el término común de cinco (5) días, a fin de que formularan sus alegatos por escrito, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 33 de la Ley 472 de 1998, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 212 del C.C.A.

Las partes en sendos escritos presentaron alegato de conclusión, conforme da cuenta la Oficial Mayor de este tribunal en su informe de 2 de mayo de 2012.

El señor Agente del Ministerio Público no emitió concepto

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

El artículo 88 de la Constitución Política estableció las acciones populares, las cuales están orientadas a garantizar la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos, la cual tiene por objeto la protección y defensa de los derechos e intereses colectivos relacionados con el goce de un ambiente sano, la seguridad y salubridad pública de los usuarios, la existencia de un equilibrio ecológico, el goce del espacio público, la defensa del patrimonio público, entre otros (artículo 4° de la Ley 472 de 1998), y por causa de toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos (artículo 9° de la Ley 472 de 1998).

La jurisdicción competente para conocer de las conductas provenientes de acciones u omisiones de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas es la de lo Contencioso Administrativo (artículo 15 de la Ley 472 de 1998).

La acción popular tiene como finalidad evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible (artículo 2° de la Ley 472 de 1998).

Así lo ha señalado el H. Consejo de Estado al indicar que la acción popular se puede ejercer tanto para evitar el daño contingente, para hacer cesar el peligro o la amenaza a un derecho colectivo, o para hacer cesar la vulneración sobre él. No obstante lo anterior, ha de precisarse que: i) esta acción no tiene carácter

Actora: ASOCIACIÓN DE JUBILADOS DE LA UNIVERSIDAD DEL ATLÁNTICO.

Accionados: NACIÓN- MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO- DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO- UNIVERSIDAD DEL ATLÁNTICO.

sancionatorio respecto del particular o del servidor público contra quien se dirija y recaiga la sentencia estimatoria; y ii) la acción popular no ha sido instituida como mecanismo de control judicial de las leyes en consecuencia, cuando con fundamento en la eventual violación o amenaza a un derecho o interés colectivo, se pretenda impugnar una ley o que se imparta una orden al legislador, habrá de acudir a las acciones pertinentes.

La misma corporación ha establecido que las acciones populares tiene un papel preventivo y/o remedial de protección de derechos e intereses colectivos, cuando éstos sean amenazados o están siendo vulnerados, amenazas que deben ser reales y no hipotéticas, directas, inminentes, concretas y actuales, de manera tal que en realidad se perciba la potencialidad de violación del derecho colectivo, aspectos que deben ser debidamente demostrados por el actor popular.

En el *sub júdice* la asociación ha acudido al mencionado instrumento constitucional tendiente a la protección de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y el acceso al servicio público y a que su prestación sea eficiente y oportuna prestación, consagrados en los literal b y j del artículo 4º. de la mencionada ley, al no incluir en el Contrato Interadministrativo de concurrencia suscrito 28 de julio de 2003 entre la Nación, el Departamento y la Universidad la totalidad del pasivo pensional a cargo de dicha Alma Mater, en cumplimiento con lo establecido en el artículo 131 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 2337 de 1996.

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 correspondía aportar para el pago del pasivo pensional de Universidad una participación de contribución o concurrencia del 75.6%, al Departamento del Atlántico una participación equivalente al 11.6%, y a la Universidad del Atlántico 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 correspondía 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,

el cual dispuso la creación de un fondo para pagar el pasivo pensional de las universidades oficiales, el cual se manejaría como una subcuenta en el presupuesto de cada institución.

El Fondo para el Pago del Pasivo Pensional de la Universidad del Atlántico sería financiado por la Nación, el Departamento del Atlántico y la misma Universidad del Atlántico, quienes aportarían 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 reglamentó los artículos 131 y 283 de la Ley 100 de 1993 estableció el régimen general para el reconocimiento del pasivo pensional de las universidades oficiales.

El artículo 3º del Decreto 2337 de 1996 dispuso que los fondos que deberían constituirse para el pago del pasivo pensional, estarían 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 7º 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, serían 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 debía presentar los cálculos actuariales de su pasivo pensional contraído hasta el 23 de Diciembre de 1993, las proyecciones presupuestales y el plan financiero que contuviera la forma y los plazos en que la Nación, el Departamento y la Universidad, debían cumplir con el aporte correspondiente.

El párrafo 1º del artículo 7 del citado Decreto, estableció que en los aportes que debía efectuar la Nación se tendría 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 vulneraran los derechos adquiridos por los empleados públicos, trabajadores oficiales y personal docente de la universidad.

Actora: ASOCIACIÓN DE JUBILADOS DE LA UNIVERSIDAD DEL ATLÁNTICO.
Accionados: NACIÓN- MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO- DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO- UNIVERSIDAD DEL ATLÁNTICO.

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

En los autos se tiene que 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

Que 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 establecido 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.

Que a la fecha de suscripción del contrato inter administrativo de concurrencia, la Universidad del Atlántico reconocía y reconoce el derecho 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.

Que antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, igualmente deberían 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 figurara en el calculo actuarial todas las obligaciones pensionales legales y extralegales generadas entes del 23 de Diciembre de 1993.

Que el Rector de la Universidad del Atlántico, de esa época, le reclamó 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 83.78%,

Actora: ASOCIACIÓN DE JUBILADOS DE LA UNIVERSIDAD DEL ATLÁNTICO.

Accionados: NACIÓN- MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO- DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO- UNIVERSIDAD DEL ATLÁNTICO.

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.

De acuerdo a los medios de prueba obrantes en el proceso mediante dictamen pericial, se pudo constatar que en el contrato de concurrencia, la Nación, el Departamento y la Universidad, sin mediar justificación alguna, no está reconocido 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 ni ha contabilizado la totalidad de las pensiones que fueron reconocidas y otorgadas en legal forma, mediante actos administrativos vigentes y con presunción de legalidad. Tampoco están contabilizados en el contrato de concurrencia el valor 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.

Para la sala, al igual que el a quo no queda duda, entonces, que el cálculo actuarial y las proyecciones financieras sujetas de la concurrencia, no se incluyeron todas las pensiones reconocidas por la Universidad del Atlántico como lo acepta el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

De hecho, en las consideraciones del contrato interadministrativo de concurrencia aquí referenciado, visible folios 842 a 852 del cuaderno número 2 del incidente de desacato, en su numeral 3º y 50 dice(Fl. 846):

(...)

6. 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)

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

A su turno, la primera subcuenta o fondo del pasivo pensional, objeto del contrato reza:

2. 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."

Así las cosas, la sala no entrará a determinar o mejor, cuantificar el número de personas o pensionados no concurridos y a cuando asciende tal concurrencia. Importe, en este momento, que es cierto, que tanto el Convenio como los cálculos actuariales a efectos de determinar la concurrencia o participación de la nación y el Departamento, no se tuvo en cuenta el pasivo pensional extralegal.

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."

(...)

"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 183 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 deba 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 1993, debidamente establecidas. Es decir, el convenio interadministrativo de concurrencia, celebrado por la universidad del atlántico, el Departamento del Atlántico y la

Actora: ASOCIACIÓN DE JUBILADOS DE LA UNIVERSIDAD DEL ATLÁNTICO.

Accionados: NACIÓN- MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO- DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO- UNIVERSIDAD DEL ATLÁNTICO.

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 nos 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 ilegal sea inmoral.

La concurrencia de la nación y las entidades territoriales e el pago del pasivo pensional de las instituciones educativas, previstas 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 solidaridad de esos derechos.

Entendiendo 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 la sala de entrar en disquisiciones si el artículo 131 de la ley 100 o decreto que lo desarrolló, el 2337 de 1986, concretizan el principio de solidaridad, porque se reitera, así lo determinó la corte constitucional en la sentencia citada."

De todas manera, 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 constitucionalidad, 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.

En tal virtud, se confirmará la sentencia de 7 de septiembre de 2010 por medio de la cual el Juzgado Decimo Administrativo del Circuito de Barranquilla accedió las súplicas de la demanda.

De otra parte, se negará el incentivo económico por cuanto con la expedición de la Ley 1425 de 2010 se derogaron los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998 que establecían los estímulos económicos por la gestión de los actores populares.

Así lo hizo saber la Subsección C de la Sección Tercera del H. Consejo de Estado con ponencia del doctor Enrique Gil Botero, en sentencia de 24 de enero de 2011 en la cual señaló que no puede otorgarse el incentivo cuando a la fecha en que se dicta la sentencia están derogadas las disposiciones que lo autorizan, y dado que se trata de normas cuya aplicación requiere de su vigencia.

En efecto, en dicho proveído dijo la máxima corporación de lo contencioso administrativo:

"En relación con el incentivo para el actor popular, solicitado en la demanda, porque en virtud de su colaboración, se protegieron los derechos colectivos amparados en esta providencia, la sala lo negará, pese a que prospero la acción popular, por las razones que se explican a continuación.

Si bien los artículos 39 y 40 de la ley 472 de 1998 establecen un estímulo para los actores populares, por cuya gestión se protegen los derechos colectivos, ambas normas fueron derogadas recientemente por la ley 1.425 de 2010. Esta que consta de dos artículos, dispone en el primero: "Deroguense los artículos 39 y 40 de la ley 472 de 1998"; y en el segundo que: "la presente ley rige a partir de su promulgación y deroga y modifica todas las disposiciones que le sean contrarias".

Es así como la Sala, en vigencia de los artículos 39 y 40 habrían concedido en incentivo, sin embargo, no puede hacerlo

ahora, toda vez que a la fecha en que se dicta esta providencia están derogadas las disposiciones que lo autorizaban. Ello supone, dado que se trata de normas de contenido sustantivo, que su aplicación requiere de su vigencia y por eso debe regir la nueva normativa, no obstante que el proceso se tramita en vigencia de la ley 472, pero ocurre que no basta esta circunstancia para aplicar su contenido al caso en estudio.

En efecto, en la ley 153 de 1887 se respalda esta posición, como quiera que el artículo 3 dispone: "Éstimase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regula íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería", de manera que si perdió vigencia no se puede aplicar. Además en el artículo 17 de la misma ley también se apoya esta conclusión, porque siendo el incentivo una expectativa de derecho para el actor popular, no un derecho adquirido con la presentación de la demanda, entonces aplica aquello que ordena que las "meras expectativas no constituyen derecho contra la ley nueva que los anule o cercene".

Ahora la Sala considera que se trata de disposiciones de naturaleza sustantiva porque esta corporación tuvo oportunidad, en forma reiterada, al alcance del concepto de normas sustanciales, con ocasión de la decisión del antiguo recurso de anulación, se cita, a continuación, uno de sus pronunciamientos, que coincide, en términos generales, con los planteamientos de la Corte Suprema de Justicia:

"Ha de recordarse que se entiende por norma sustantiva aquella que define o demarca los derechos subjetivos y sus alcances y que puede hallarse, indistintamente, como las normas adjetivas, en cualesquiera códigos o estatutos o recopilaciones de disposiciones legales. Y, en contraste, ha de entenderse por norma adjetiva aquella que señala los ritos, las formas, las maneras de actuar en determinados asuntos o circunstancias".

Por tanto los artículos 39 y 40 de la ley 472 no contienen normas de procedimiento o sustanciación del proceso de la acción popular, contemplan el derecho eventual del actor a que le paguen una suma de dinero por su actuación procesal satisfactoria. Incluso, las dos normas califican expresamente esta posibilidad como un "derecho", al decir en ambas disposiciones que el demandante tendrá derecho a recibir el incentivo. En estos términos, referidos al caso concreto, la sala ya no encuentra norma vigente para aplicar, y por eso no concederá el incentivo.

En gracia de debate, a la misma conclusión se llegaría si se considera que los arts. 39 y 40 contienen normas de naturaleza procesal, pues como éstas son de aplicación inmediata según el art. 40 de la Ley 153 de 1887, salvo los términos que hubieren empezado a correr que no es el caso, entonces su derogatoria tampoco permitiría conceder el incentivo regulado allí".

En conclusión, y de conformidad con las razones expuestas en precedencia se confirmará la sentencia de 7 de septiembre de 2010, proferida por el Juzgado

Actora: ASOCIACIÓN DE JUBILADOS DE LA UNIVERSIDAD DEL ATLÁNTICO.

Accionados: NACIÓN- MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO- DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO- UNIVERSIDAD DEL ATLÁNTICO

Décimo Administrativo del Circuito de Barranquilla, que accedió a las súplicas de la demanda y se revocará en cuanto reconoció el incentivo.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Atlántico, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

FALLA:

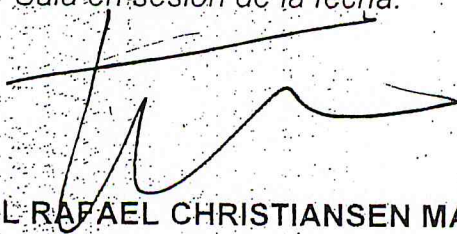
PRIMERO: CONFIRMASE la sentencia de fecha 7 de septiembre de 2010, proferida por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Barranquilla, que accedió a la súplicas de la demanda, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: REVOCASE la sentencia de fecha 7 de septiembre de 2010, proferida por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Barranquilla, en la parte que reconoció el incentivo económico.

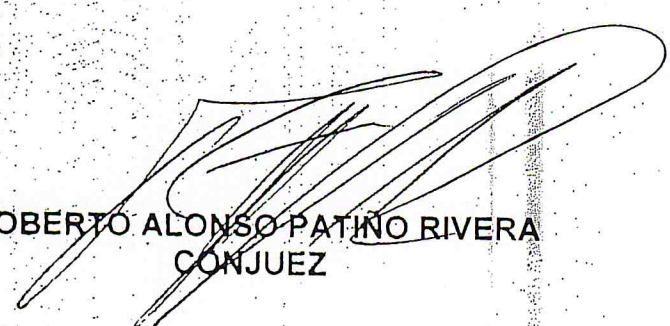
TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente al juzgado de origen, una vez notificada y ejecutoriada la presente providencia.

COMUNIQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

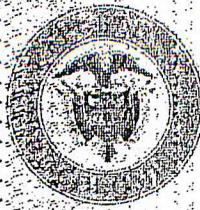
Se deja constancia de que la presente providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.



CRISTOBAL RAFAEL CHRISTIANSEN MARTELO



**ROBERTO ALONSO PATIÑO RIVERA
CONJUEZ**



Secretaría General
NIT. 00800165799-6

EDICTO

DR. CRISTÓBAL CHRISTIANSEN MARTELO

EL SUSCRITO SECRETARIO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL ATLÁNTICO,
NOTIFICA A LAS PARTES LA SENTENCIA DICTADA EN EL SIGUIENTE PROCESO:

EXPEDIENTE No.: 08-001-23-31-005-2010-00608-CH
08-001-33-31-012-2004-01177

DEMANDANTE: ASOCIACIÓN DE JUBILADOS DE LA
UNIVERSIDAD DEL ATLÁNTICO

DEMANDADOS: NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y
CRÉDITO PÚBLICO - DEPARTAMENTO DEL
ATLÁNTICO - UNIVERSIDAD DEL ATLÁNTICO

ACCIÓN: POPULAR

FECHA DE LA SENTENCIA: CINCO (05) DE OCTUBRE DE DOS MIL DOCE
(2012)

EL PRESENTE EDICTO, SE FIJA EN PARTE VISIBLE DE LA SECRETARIA DE ESTE
TRIBUNAL POR EL TÉRMINO DE TRES DÍAS HÁBILES, COMPRENDIDOS ENTRE
LAS 8:00 A.M. DEL 29 DE OCTUBRE DE 2012 Y LAS 6:00 P.M. DEL 31 DE
OCTUBRE DE 2012, HORA EN QUE SE DESFIJA.

EL SECRETARIO


GIOVANNI RADA HERRERA