

Bogotá D.C., 28 de Septiembre de 2015

No. de radicación 2015-ER-172965  
solicitud:



**2015-EE-111905**

Doctor

Asunto: Nombramiento docente universitario mayor de 65 años

Cordial saludo, doctor Perriñán:

Mediante escrito radicado ante este Ministerio, bajo el número 2015-ER-171498, se presentó consulta en relación con el tema a enunciar:

### **OBJETO DE LA CONSULTA**

*EN DESARROLLO DE UN CONCURSO DE MÉRITOS EN LA UNIVERSIDAD DE SUCRE, PARA NOMBRAR DOCENTES UNIVERSITARIOS, SE CONSTATÓ QUE UN CONCURSANTE TIENE MÁS DE 65 AÑOS, ANTE LO CUAL LA UNIVERSIDAD SE ABSTUVO DE HACER EL NOMBRAMIENTO, Y ANTE EL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO, LA IES CONFIRMÓ LA DECISIÓN.*

*SE CONSULTA A ESTA OFICINA SI LA IES DEBE PROCEDER A NOMBRAR A QUIEN OBTUVO EL SEGUNDO LUGAR EN LA LISTA DE ELEGIBLES.*

### **NORMAS Y CONCEPTO**

En primer lugar, y ante el tema objeto de consulta, consideramos pertinente recordar lo expresado por esta Oficina Asesora mediante el CORDIS 2013IE2615, en los siguientes términos:

*"La edad de retiro forzoso para los servidores públicos es de 65 años, en los términos del Decreto 2400 de 1968 que señala:*

*"ARTICULO 31. Todo empleado que cumpla la edad de sesenta y cinco (65) años será retirado del servicio y no podrá ser reintegrado. Los empleados que cesen en el desempeño de sus funciones por razón de la edad, se harán acreedores a una pensión por vejez, de acuerdo a lo que sobre el particular establezca el régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos."*

*La Corte Constitucional mediante sentencia C 351 de 1995[1] declaró exequible este artículo 31, y en ella expresó:*

*"El artículo 31 del Decreto 2400 de 1968 no ha perdido vigencia con la expedición de la Casta Política de 1991, porque, como se ha establecido, no la contradice. En efecto, la única tacha de inconstitucionalidad que podría impugnársele, en gracia de discusión, es que discrimina a los mayores de determinada edad, impidiéndoles su realización laboral. Pero el legislador como ya se expresó, es autónomo para fijar el tope de edad, porque la Constitución misma prevé estas situaciones, cuando confiere al legislador la potestad de señalar la edad, sin darle ninguna pauta específica. Luego no puede ser inconstitucional una especificación que goza de amparo constitucional.*

*No existe una discriminación, pues, porque se trata de una figura constitucional, y porque, además, deben brindarse oportunidades laborales a otras personas, que tienen derecho a relevar a quienes ya han cumplido una etapa en la viña. Los cargos públicos no pueden ser desarrollados a perpetuidad, ya que la teoría de la institucionalización del poder público distingue la función del funcionario, de suerte que éste no encarna la función, sino que la ejerce temporalmente. La función pública es de interés general, y en virtud de ello, la sociedad tiene derecho a que se consagren garantías de eficacia y eficiencia en el desempeño de ciertas funciones. Por ello es razonable que exista una regla general, pero no absoluta, que fije una edad máxima para el desempeño de funciones, no como cese de oportunidad, sino como mecanismo razonable de eficiencia y renovación de los cargos públicos."*

*Por su parte, el Decreto 1950 de 1973 por el cual se reglamentan los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1968 igualmente preceptúa:*

*"Artículo 121º. La persona retirada con derecho a pensión de jubilación no podrá ser reintegrada al servicio, salvo cuando se trate de ocupar las posiciones de:*

*Presidente de la República.*

*Ministro del despacho o jefe del Departamento Administrativo.*

*Superintendente.*

*Viceministro o secretario general de ministerio o departamento administrativo.*

*Presidente, gerente o director de establecimiento público o de empresa industrial o comercial del Estado.*

*Miembro de misión diplomática no comprendida en la respectiva carrera.*

*Secretario privado de los despachos de los funcionarios anteriores.*

*Consejero o asesor, y*

*Las demás que por necesidades del servicio determine el gobierno, siempre que no se sobrepase la edad de los sesenta y cinco (65) años."*

*"Artículo 122º. La edad de sesenta y cinco (65) años constituye impedimento para desempeñar cargos públicos, salvo para los empleos señalados en el inciso segundo del artículo 29 del Decreto Nacional 2400 de 1968, adicionado por el 3074 del mismo año."*

*Es decir, tratándose del rector de una universidad de naturaleza oficial, ese cargo se encuentra dentro de las limitaciones establecidas por el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968 y el artículo 122 del Decreto 1950 de 1973, esto es, la edad de 65 años constituye impedimento para ejercer ese cargo público.*

Ahora bien, y por referirse a una institución de educación superior se considera pertinente recordar el artículo 19 de la Ley 344 de 1996 que establece:

*"Artículo 19: Sin perjuicio de lo estipulado en las Leyes 91 de 1989, 60 de 1993 y 115 de 1994, el servidor público que adquiera el derecho a disfrutar de su pensión de vejez o jubilación podrá optar por dicho beneficio o continuar vinculado al servicio, hasta que cumpla la edad de retiro forzoso. **Los docentes universitarios podrán hacerlo hasta por diez años más.** La asignación pensional se empezará a pagar solamente después de haberse producido la terminación de sus servicios en dichas instituciones".*

*Es decir, atendiendo lo señalado en la Ley 344 de 1996, si se tiene el carácter de docente universitario se podrá laborar hasta los 75 años, como docente. No obstante, para ejercer el cargo de rector de una universidad oficial, se aplica la limitación establecida en el artículo 122 del Decreto 1950 de 1973." (Subrayado propio)*

Considerando su precisa consulta, es claro para esta Oficina que será de aplicación lo preceptuado por la Ley 344 de 1996 en su artículo 19, como quedó anotado.

Al respecto, consideramos pertinente recordar en relación con la excepción establecida por imperativo legal para los docentes universitarios, lo que la Corte Constitucional ha expresado, con ponencia del dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, Sentencia C-584/97, 13 de noviembre de 1997:

**"DOCENTE UNIVERSITARIO-Excepción para permanecer en el cargo**

*La excepción que se estudia tiene directa relación con la racionalización del gasto, pues establece la posibilidad de que un grupo de trabajadores posponga, durante 10 años, el disfrute de su pensión de vejez o jubilación. La excepción consagrada, tiene la finalidad de permitir que los docentes universitarios ejerzan sus funciones hasta los setenta y cinco años, si así lo consideran conveniente y si no han incurrido en ninguna causal de retiro. El objetivo no es otro que el de autorizar a los centros de educación superior y a las personas que han demostrado sus calidades docentes para que estas puedan permanecer en el servicio de la educación superior.*

**DERECHO A LA IGUALDAD-Trato discriminatorio/IGUALDAD-Test intermedio**

*Un trato diferenciado sería discriminatorio si no estuviera fundado en una justificación objetiva y razonable. Adicionalmente, como se trata de una diferenciación en relación con el ejercicio de derechos constitucionales, la Corporación se ve en la necesidad de realizar un juicio de igualdad relativamente estricto, o lo que se ha denominado u "test intermedio" de igualdad. En efecto, en criterio de esta Corporación, las distinciones que se relacionan con órbitas constitucionalmente protegidas, como las constituidas por los derechos constitucionales, deben ser analizadas, conforme a una "prueba intermedia del respeto a la igualdad", en virtud de la cual resultan legítimas las diferenciaciones útiles y necesarias para lograr una finalidad constitucionalmente importante. En el presente caso, el legislador consagra, a favor de un tipo de servidores vinculados al régimen de carrera administrativa, una prerrogativa que no se atribuye a la generalidad*

de los restantes servidores sometidos al mismo régimen, consistente en concederles la facultad de diferir, durante diez años, la edad de retiro forzoso." (subrayado propio)

En consecuencia, en respuesta a su pregunta, y con fundamento en las disposiciones legales y jurisprudencia citada, considera esta Oficina que no existiendo impedimento en el docente que obtuvo el primer lugar en el concurso de méritos, si reúne los demás requisitos, se deberá proceder a su nombramiento como docente, no obstante haber cumplido la edad de 65 años.

El anterior concepto se da en los términos contemplados en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), sustituido por la Ley 1755 de 2015, cuyo contenido señala que: "*Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.*"

Atentamente,

[1] Agosto 9 de 1995. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa [cita del concepto]

**MARIA DE LA PAZ MENDOZA LOZANO**

Asesor

Oficina Asesora Jurídica

Folios: 1

Anexos: 0

**Anexo:**