

CONSEJERA PONENTE: DRA. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil dieciséis (2016)

REF: EXPEDIENTE No. 76001-23-31-000-2010-00980-02
NÚMERO INTERNO: 1497-2014
DEMANDANTE: EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI – EMCALI E.S.P.
DEMANDADO: ARNULFO RÍOS MUÑOZ
TEMA: PENSIÓN EXTRALEGAL EMPLEADOS PÚBLICOS – CONVALIDACIÓN DE PENSIONES

La Subsección “B” de la Sección Segunda del Consejo de Estado, decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la Sentencia de 19 de junio de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca – Sala de Descongestión Laboral, que negó las pretensiones de la demanda.

1. ANTECEDENTES

1.1 LA DEMANDA

La parte actora por conducto de apoderado, presentó demanda en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el señor Arnulfo Ríos Muñoz, con el fin de obtener la nulidad de la Resolución No. 1875 del 22 de agosto de 1995, expedida por el Gerente Administrativo del entonces Establecimiento Público, Empresas Municipales de Cali – EMCALI, hoy EMCALI EICE ESP, mediante la cual se le reconoció una pensión mensual de jubilación.

Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, EMCALI solicitó ordenar la reliquidación de la pensión reconocida al demandado y el reembolso de las sumas que le fueron canceladas en exceso por virtud del acto administrativo acusado, desde el momento en que se efectuó el reconocimiento pensional hasta la fecha de ejecutoria de esta providencia, con sus respectivos intereses y ajustes monetarios conforme lo indica el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo.

1.2 FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Para fundamentar sus pretensiones expuso los hechos que se resumen así:

El demandado, se vinculó a las Empresas Municipales de Cali hoy EMCALI, EICE, ESP, el 13 de noviembre de 1959, siendo su último cargo el de Supervisor General, Categoría 078, Código 250.039, Code 18100750, Sector Centrales Analógicas Sur, Departamento de Equipos, Gerencia de Teléfonos.

Mediante Resolución No. 2815 del 6 de mayo de 1995, expedida por el Gerente General del Establecimiento Público Empresas Municipales de Cali EMCALI, se le aceptó la renuncia al cargo a partir del 5 de junio de 1995 para entrar a gozar de su pensión de jubilación.

Que por Resolución No. 1875 de 22 de agosto de 1995¹, expedida por el Gerente General del Establecimiento Público Empresas Municipales de Cali EMCALI, le fue reconocido el derecho a la pensión mensual vitalicia de jubilación, por haber laborado al servicio de EMCALI por 35 años, 6 meses y 4 días y con 50 años de edad, en cuantía del 90% del promedio de los salarios y primas de toda especie recibidas en el último año de servicio, conforme a la convención colectiva.

En este orden, precisa que el reconocimiento del derecho se hizo con fundamento en el contenido de la Resolución 0104 del 4 de octubre de 1983, que extendió el beneficio convencional de la pensión de jubilación a los empleados públicos de la entidad actora, acto administrativo que fue declarado nulo por el Consejo de Estado en la sentencia de 2 de octubre de 1996, dentro del expediente 11697.

1.3 NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Como disposiciones violadas citó las siguientes:

¹ Ver acto administrativo folios 11 a 13, cuaderno principal.

De la Constitución Política, el preámbulo, los artículos 1º, 2º, 4º, 48, 83, 150 numeral 19 literales e y f; 1º de la Ley 33 de 1985; y 3º, 4º, 414, 416, 467 del Código Sustantivo del Trabajo.

Como sustento de la nulidad pedida, informó que EMCALI estuvo constituido como establecimiento público del orden municipal hasta el 30 de diciembre de 1996 y que por orden del Acuerdo 014 de 26 de diciembre de 1996 del Concejo Municipal de Santiago de Cali, se transformó en Empresa Industrial y Comercial del Estado, en cumplimiento a lo señalado en los artículos 17 y 41 de la Ley 142 de 1994², lo cual trajo consigo consecuencias jurídicas en el régimen prestacional aplicable a los servidores de la Empresa, conforme al artículo 16 del citado Acuerdo, en el que se señaló que el régimen legal de los trabajadores de EMCALI EICE ESP sería el de los trabajadores oficiales; y excepcionalmente, ostentarían la calidad de empleados públicos quienes desarrollaren actividades de dirección, confianza y manejo.

También señaló, que la resolución demandada hizo el reconocimiento pensional al margen de la regulación dispuesta en la Constitución y la ley, sustentándose solamente en una Convención Colectiva (1994-1995), de la que se dice es beneficiario el demandado por virtud del acto administrativo que extendió dicho derecho a los empleados públicos y que con posterioridad fue sustraído del ordenamiento jurídico. Por ello, indicó, que mientras no se reúnan los requisitos legales para obtener el derecho a una pensión, tal aspiración constituye una mera expectativa, lo que significa que el accionado no contaba con un derecho adquirido o una situación jurídica consolidada susceptible de ser convalidada por el contenido del artículo 146 de la Ley 100 de 1993.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Dentro del término concedido para el efecto, el demandado mediante apoderado judicial contestó la demanda, en los siguientes términos³:

Afirmó que al momento de reconocer y ordenar el pago de la pensión mensual vitalicia de jubilación al demandado, es decir para el 5 de junio de 1995, aún no se encontraba vigente la Ley 100 de 1993 para el sector administrativo

² Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones.

³ Ver folios 124 a 131 cuaderno 2.

territorial. Sin embargo, si estaba en vigor, la Resolución 0104 del 4 de octubre de 1983, emanada la Junta Directiva de la demandante, en cuya virtud, le fue reconocida la pensión en monto equivalente al 90% del total devengado durante el último año de servicio.

En este orden, destacó que con la promulgación de la Ley 100 de 1993, cuya vigencia principió el 30 de junio de 1995, para las entidades territoriales y las descentralizadas en ese orden, se convalidaron las pensiones con base en normativas locales con beneficios extralegales, que habían sido reconocidas con antelación a la puesta en operación del Sistema Integral de Seguridad Social actual.

De este modo, la pensión del demandado quedó a salvo con lo dispuesto en el artículo 146 de la Ley 100 de 1993.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante Sentencia de 19 de junio de 2012⁴, negó las suplicas de la demanda, bajo los siguientes argumentos:

Efectuado un recuento normativo respecto de la competencia para la fijación del régimen pensional, señaló que el artículo 146 de la Ley 100 reguló la figura denominada convalidación, que se presenta en aquellas circunstancias jurídicas de carácter individual que se hubieran concedido con fundamento en disposiciones territoriales sobre pensiones extralegales.

Teniendo en cuenta que el derecho pensional del señor Arnulfo Ríos Muñoz, quedó consolidado el **22 de abril de 1995**, por cumplir los requisitos de tiempo de servicio y edad para jubilación, con anterioridad al 30 de junio de 1995, concluyó el *a quo* que el acto administrativo de reconocimiento de su pensión, quedó amparado por virtud del artículo 146 de la Ley 100 de 1993.

Respecto de la nulidad de la Resolución No. 104 del 4 de octubre de 1983, dispuesta por el Consejo de Estado en la sentencia de 2 de octubre de 1996, y que le sirvió de soporte a la resolución de reconocimiento pensional, afirmó que

⁴ Ver folios 128 a 144, cuaderno principal

sus efectos no pueden afectar situaciones jurídicas particulares; pues para esa fecha, el demandado ya había adquirido el estatus pensional.

4. DEL RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante, de manera oportuna, interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primer grado⁵, que se sintetiza así:

En cuanto al régimen pensional aplicable al demandado, consideró que era el contemplado en la Ley 33 de 1985, norma que se transgredió con la expedición del acto acusado, dado que se encontraba vigente al momento en que aquel adquirió el status pensional, exigiéndose 55 años de edad y 20 de servicio. Sin embargo, el demandado se pensionó con menos de la edad requerida, al margen de superar el tiempo mínimo de servicio.

Respecto de la calidad del demandado, agregó que no le era posible beneficiarse de prebendas contenidas en una convención colectiva dada su condición de empleado público, y adicionalmente que el cargo ocupado por él, no fue clasificado como de trabajador oficial.

Finalmente señaló que la Resolución No. 104 de 4 de octubre de 1983, fue declarada nula por parte del Consejo de Estado, y al desaparecer el fundamento legal del acto administrativo demandado, quedó inmerso en la circunstancia descrita en el artículo 66 numeral 2 del Código Contencioso Administrativo, lo que quiere decir, que se considera nulo el acto desde su nacimiento, y por tanto, las consecuencias emanadas del mismo debían cesar.

5. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Segunda Delegada ante el Consejo de Estado, rindió concepto solicitando se confirme la sentencia apelada⁶, conforme a los siguientes argumentos:

Consideró que en el *sub-lite*, el accionado obtuvo su derecho pensional antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en consecuencia, las

⁵ En escrito visible a folios 154 a 158

⁶ En escrito visible a folios 179 a 189.

pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar, tal y como lo sostuvo el fallo de primera instancia, pues a pesar de su ilegalidad en cuanto a la inoponibilidad de beneficios convencionales a los empleados públicos, esta circunstancia se purgó en virtud del artículo 146 de la mencionada ley, estando el accionado en presencia de verdaderos derechos adquiridos.

Por otra parte, destacó la jurisprudencia del Consejo de Estado alrededor de los efectos de la sentencia que declara la nulidad de un acto impersonal y abstracto, siendo por regla general retroactivos, esto es, ex tunc. Sin embargo, ello no implica que los actos particulares proferidos con fundamento en él, per se, pierdan vigencia, ya que es predicable el control de legalidad sobre ellos, bajo los supuestos vigentes al tiempo de su expedición.

De este modo, distingue la nulidad resultado del control de legalidad de un acto administrativo, de su eventual pérdida de fuerza ejecutoria.

6. CONSIDERACIONES

6.1 Problema jurídico

La Sala determina como problema jurídico:

¿Puede ampararse en la previsión del artículo 146 de la Ley 100 de 1993, la pensión de jubilación extralegal reconocida al demandado en su condición de ex empleado público de EMCALI, antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, como lo consideró el a quo?; o si por el contrario, ¿atendiendo su condición, debió atenderse lo previsto en el régimen de la Ley 33 de 1985, como lo plantea el demandante, hoy apelante?

6.2 Acto acusado.

La Resolución No. 1875 de 22 de agosto de 1995, por medio de la cual el Gerente General del Establecimiento Público Empresas Municipales de Cali EMCALI, reconoció al demandado el derecho a la pensión con el 90% del promedio de los salarios y primas de toda especie percibidas por el empleado en el último año de servicio, con efectividad a partir del 5 de junio de 1995 y en

cuantía de \$1.059.400.00, por haber laborado al servicio de EMCALI, 35 años, 6 meses y 4 días y tener 50 años de edad.

6.3 Análisis de la Sala.-

Con fundamento en el problema jurídico señalado, y teniendo en cuenta que en el *sub-lite* se pretende la reliquidación de la pensión del demandado y el reembolso de las sumas canceladas por las Empresas Municipales de Cali EMCALI, hoy EICE E.S.P. en exceso con ocasión del reconocimiento pensional efectuado mediante el acto cuya nulidad se pidió, se procede a abordar el asunto que ocupa la atención de la Sala en esta oportunidad, en el siguiente orden: **(a)** De la competencia para la fijación del régimen pensional de los empleados públicos; **(b)** De las situaciones pensionales definidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993; **(c)** De la naturaleza jurídica de EMCALI y, **(d)** De la solución del caso concreto.

(a) Competencia para la fijación del régimen pensional.

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

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

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

...

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

...”.

Conforme a la Constitución Política de 1991, corresponde al Congreso de la República expedir las normas generales a las que se sujeta el Gobierno Nacional para definir los requisitos y condiciones del reconocimiento de la pensión de jubilación de los empleados públicos⁷, por lo que, es ilegal cualquier disposición, instrumentada en: (i) normas de carácter local como ordenanzas,

⁷ Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-510 de 14 de julio de 1999, M. P. doctor Alfredo Beltrán Sierra, sostuvo: “El Constituyente de 1991, entonces, conservó el concepto que venía desde la reforma constitucional de 1968, en relación con la necesidad de la existencia de una **competencia compartida** entre el legislador y el ejecutivo en la regulación de determinadas materias, una de ellas la fijación del régimen salarial y prestacional de los **empleados públicos**, entre otros servidores del Estado, en donde la función del primero se debe limitar a establecer unos marcos generales, unos lineamientos que le circunscriban al segundo la forma como éste ha de desarrollar su actividad reguladora para los asuntos específicamente señalados por la propia Constitución.”.

acuerdos municipales, resoluciones o acuerdos de establecimientos públicos, nacionales o departamentales, que regulen la materia; o, (ii) convenciones colectivas suscritas por los sindicatos de empleados públicos que establezcan disposiciones relativas a este tópico.

En tal propósito, la Ley 4ª de 1992, dispuso en sus artículos 10 y 12, que el régimen prestacional de los servidores públicos de las entidades territoriales será el fijado por el Gobierno Nacional, y que cualquier régimen salarial o prestacional que se establezca contraviniendo las disposiciones contenidas en la citada ley, o en los decretos que dicte el Gobierno Nacional, carecerán de efecto y no serán fuente de derechos adquiridos.

Entonces, podemos concluir que es de reserva legal todo lo relacionado con el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos, por lo que la competencia para fijarlo reside en forma exclusiva e indelegable en el Gobierno Nacional atendiendo el marco general dispuesto por el Congreso. Mal podría entonces, una corporación territorial, o un organismo descentralizado por servicios en el mismo orden, arrogarse tal competencia, ya que tal situación atentaría de manera flagrante contra el principio de legalidad, imperante dentro de nuestro estado de derecho.

(b) Situaciones pensionales consolidadas conforme al artículo 146 de la Ley 100 de 1993.

Las situaciones pensionales individuales definidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 con fundamento en disposiciones municipales o departamentales, a pesar de la ilegalidad de su fuente normativa, por existir un vicio de incompetencia, en virtud de lo establecido en el artículo 146 *ibídem*, deben dejarse a salvo. Al respecto, la disposición en cita señala:

*“Artículo 146. Situaciones jurídicas individuales definidas por disposiciones municipales o departamentales. Las situaciones jurídicas de carácter individual definidas con anterioridad a la presente Ley, **con base en disposiciones municipales o departamentales en materia de pensiones de jubilación extralegales en favor de empleados o servidores públicos o personas vinculadas laboralmente a las entidades territoriales o a sus organismos descentralizados, continuarán vigentes.***

También tendrán derecho a pensionarse con arreglo a tales disposiciones, quienes con anterioridad a la vigencia de este artículo, hayan cumplido (o cumplan dentro de los dos años siguientes)⁸ los requisitos exigidos en dichas normas.

Lo dispuesto en la presente Ley no afecta ni modifica la situación de las personas a que se refiere este artículo.

Las disposiciones de este artículo regirán desde la fecha de la sanción de la presente Ley.” (Negrilla y subraya fuera de texto).

La Corte Constitucional mediante Sentencia C-410 de 1997, con ponencia del Magistrado Hernando Herrera Vergara, declaró la exequibilidad de este artículo y frente a las disposiciones Municipales y Departamentales en relación con las pensiones, dijo:

“ (...)

En efecto, ha expresado la jurisprudencia de la Corporación, que los derechos adquiridos comprenden aquellas situaciones individuales y subjetivas que se han consolidado y definido bajo la vigencia de la ley, y por ende ellos se encuentran garantizados, de tal forma que no pueden ser menoscabados por disposiciones futuras, basado en la seguridad jurídica que caracteriza dichas situaciones.

(...)

*Por lo tanto, se declarará la exequibilidad del inciso primero del artículo acusado, así como del inciso segundo, en la parte que reconoce el derecho a pensionarse con arreglo a las disposiciones municipales o departamentales en materia de pensiones de jubilación extralegales, para quienes con anterioridad a la vigencia de este artículo hayan cumplido los requisitos exigidos en dichas normas.
(...)”*

Del contenido normativo de la referida disposición cabe precisar los siguientes aspectos:

Bajo el marco de una trascendental reforma al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, promovida a través de la Ley 100 de 23 de diciembre de 1993, es preciso afirmar que, como materialización de lo ordenado por los artículos 53 y 58 de la Constitución Política, su entrada en vigencia no alteró aquellas situaciones pensionales que bajo el imperio de normas anteriores fueron adquiridas y que, en consecuencia, ingresaron al patrimonio de sus beneficiarios.

⁸ Expresión entre paréntesis declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-410 de 1997.

Sin embargo, no sólo aquellas situaciones merecieron protección por parte de nuestro legislador. En este sentido, se precisó la necesidad de amparar a las personas que tenían una “*expectativa cierta*” de adquirir su derecho pensional bajo las normas vigentes con anterioridad a la Ley 100 de 1993 y que, seguramente, verían afectado su derecho al acceso efectivo a dicha prestación si se hubieran visto cobijados indefectiblemente por el nuevo régimen pensional. Así, bajo dos criterios, edad y tiempo de servicio a la fecha de entrada en vigencia del referido régimen general de pensiones, se consagró el derecho a la transición, el cual garantizó, por un tiempo adicional, la permanencia y aplicabilidad dentro de nuestro ordenamiento jurídico de los regímenes pensionales vigentes con anterioridad a la Ley 100 de 1993⁹.

Ahora bien, además de las dos situaciones descritas, la Ley 100 de 1993 en su artículo 146 consagró **una protección especial** para aquellos que con anterioridad a su entrada en vigencia adquirieron el derecho pensional con fundamento en normas municipales y departamentales. Veamos:

En vigencia de la Constitución Política de 1886 la competencia para la fijación del régimen prestacional de los empleados públicos recayó en el Congreso; y, con la actual recae, de manera concurrente, en el Congreso y en el Gobierno, tal como se precisó.

Por lo anterior, al referirse la norma objeto de estudio a situaciones pensionales reguladas por disposiciones del orden municipal y departamental ha de tenerse claro que: (a) no es la misma situación de aquellos que con anterioridad a la entrada en vigencia adquirieron su prestación con arreglo a la Ley, pues en el presente asunto, se reitera, la pensión se adquirió con fundamento en normas que, a pesar de presumirse legales, contrariaban el ordenamiento jurídico; (b) tampoco es la misma situación de los beneficiarios del régimen de transición, pues las expectativas ciertas que en este caso se pudieran tener provenían de normas ajustadas a la Constitución; y, (c) obedeció a la intención del legislador de no desconocer la situación que se había generado dentro de un marco normativo pensional disgregado.

⁹ Artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

A su turno, es válido afirmar que dos son las situaciones pensionales que, a pesar de ser de origen extralegal, merecen protección por vía de la garantía de las situaciones consolidadas al amparo del artículo 146¹⁰, así: (i) la de quienes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 en el sector territorial, esto es el 30 de junio de 1995¹¹, tuvieron una situación jurídica definida, esto es, *que se les hubiera reconocido el derecho pensional*; y, ii) la de quienes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 en el sector territorial hubieran cumplido los requisitos exigidos por dichas normas, esto es, que hayan adquirido el derecho *así no se les haya reconocido*¹².

Es pertinente agregar, que aun cuando la disposición en análisis regula la protección de las pensiones extralegales, fundadas en disposiciones del orden municipal y departamental, adquiridas con anterioridad a la Ley 100 de 1993 y que el inciso final de la disposición estudiada señaló que *“las disposiciones de este artículo regirán desde la fecha de la sanción de la presente ley”*, lo cierto es que de una interpretación armónica de todo su contenido, y especialmente del artículo 151 de la misma, así como de la aplicación del principio de favorabilidad, esta Corporación en virtud de la naturaleza del control de constitucionalidad de que fue objeto y los efectos de la decisión que lo hizo, ha entendido que la última fecha que ha de tenerse en cuenta para determinar la existencia o no de un derecho adquirido es el 30 de junio de 1997¹³.

Para determinar si las convenciones colectivas están dentro de aquellas situaciones que convalidó el artículo 146 de la Ley 100 de 1993, esta Sección mediante Sentencia de 29 de septiembre de 2011¹⁴, unificó la postura sobre el tema al considerar que no se puede dejar de lado, que en el sector territorial, han existido múltiples regulaciones que, aún sin competencia, han regulado y creado beneficios de índole pensional, y, por supuesto, se permitió la suscripción y el amparo de convenciones colectivas que han beneficiado y

¹⁰ Estos dos eventos fueron objeto de pronunciamiento de exequibilidad a través de la Sentencia C-410 de 28 de agosto de 1997.

¹¹ Parágrafo del artículo 151 de la Ley 100 de 1993.

¹² En el mismo sentido ver la sentencia de esta Corporación, Sección Segunda, Subsección B; de 4 de septiembre de 2008, C. P. doctor Jesús María Lemos Bustamante; radicado interno No. 0699-2006; actor: Universidad del Valle del Cauca; así como también la Sentencia de la Sección Segunda, Subsección B, de 16 de febrero de 2006; C.P. doctor Tarsicio Cáceres Toro; radicado No. 2001-04783-01; actor: María Antonia Solórzano Veloza.

¹³ Sentencia de la Sección Segunda, Subsección A, de 11 de febrero de 2015, C.P. Doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, radicado interno No. 3787-2013, se consideró: *“A pesar de la decisión de la Corte, esta Sala ha concluido con fundamento en el artículo 45 de la Ley 270 de 1996, que el aparte declarado inexecutable por la Corte Constitucional sí desplegó sus efectos protectores sobre las situaciones pensionales que se consolidaron en el interregno comprendido entre el 30 de junio de 1995 y el 30 de junio del 1997, en tanto que dicho Tribunal no moduló los efectos de su decisión.”*

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, Sentencia de 29 de septiembre de 2011, Expediente No. 080012331000200502866 03 (2434-2011), Actor: Universidad del Atlántico.

aplicado de manera general no sólo a los trabajadores oficiales, sino que también, a los empleados públicos.

En virtud de lo expuesto, se puede concluir, que aun cuando las decisiones administrativas locales emanadas de autoridades incompetentes para la regulación del régimen pensional de los empleados públicos, hacia la extensión de beneficios convencionales a éstos; dicha situación fue convalidada por expresa disposición del legislador a través del referido artículo 146 de la Ley 100 de 1993, cuya constitucionalidad fue avalada por la Corte Constitucional, salvo el aparte que contempló la extensión hasta por dos años.

(c) ***De la naturaleza jurídica de EMCALI.***

Dos momentos se deben tener en cuenta en relación con la naturaleza jurídica de las Empresas Municipales de Cali, hoy EMCALI EICE E.S.P, y que tienen incidencia en el régimen laboral y pensional aplicable a sus funcionarios.

El primero de ellos, data desde la expedición del Acuerdo No. 50 de 1 de diciembre de 1961¹⁵, expedido por el Concejo Municipal de Santiago de Cali, mediante el cual se creó el ESTABLECIMIENTO PÚBLICO EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI, EMCALI, como organismo autónomo, con carácter legal de establecimiento público descentralizado, con patrimonio propio, y con funciones de servicio público.

Como establecimiento público del orden municipal que era, sus funcionarios eran verdaderos empleados públicos por regla general y, excepcionalmente se encontraban trabajadores oficiales quienes ejercían actividades de construcción y mantenimiento de obra pública.

El párrafo 1º del artículo 17¹⁶ de la Ley 142 de 1994, ordenó la

¹⁵ Modificado por los Acuerdos Nos. 82 de 1987 y 21 de 1992 del Concejo Municipal de Santiago de Cali.

¹⁶ **Artículo 17.** *Naturaleza.* Las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata esta Ley.

Parágrafo 1o. *Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional, cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones, deberán adoptar la forma de empresa industrial y comercial del estado. Mientras la ley a la que se refiere el artículo 352 de la Constitución Política no disponga otra cosa, sus presupuestos serán aprobados por las correspondientes juntas directivas. En todo caso, el régimen aplicable a las entidades descentralizadas de cualquier nivel territorial que presten servicios públicos, en todo lo que no disponga directamente la Constitución, será el previsto en esta Ley. La Superintendencia de Servicios Públicos podrá exigir modificaciones en los estatutos de las entidades descentralizadas que presten servicios públicos y no hayan sido aprobados por el Congreso, si no se ajustan a lo dispuesto en esta Ley.*

Parágrafo 2o. *Las empresas oficiales de servicios públicos deberán, al finalizar el ejercicio fiscal, constituir reservas para rehabilitación, expansión y reposición de los sistemas.*

transformación de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios constituidas como entidades descentralizadas del orden territorial, en sociedades por acciones o en empresas industriales y comerciales del Estado.

Por lo anterior, el Concejo Municipal de Santiago de Cali, mediante Acuerdo No. 14 de 26 de diciembre de 1996, transformó las empresas municipales de Cali, en empresa industrial y comercial del municipio, cuyo objeto era la prestación de los servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica, telefonía pública básica conmutada, acueducto y alcantarillado.

La citada transformación de la naturaleza jurídica surtió efectos a partir del 1º de enero de 1997, conforme lo señaló el parágrafo II del artículo 4 del citado acuerdo y la tipología de sus funcionarios, por regla general se convirtieron en trabajadores oficiales. En los estatutos internos de la entidad se precisarían qué actividades de dirección y confianza deberían ser desempeñadas por empleados públicos, teniendo en cuenta el objeto y las funciones de la empresa¹⁷.

En este orden, el régimen laboral de sus funcionarios sería entonces el señalado por el artículo 5¹⁸ del Decreto 3135 de 1968, por remisión expresa que hiciera el artículo 41¹⁹ de la mencionada Ley 142 de servicios públicos.

Así las cosas, obsérvese como, respecto de la referida transformación cambió el régimen laboral de sus empleados, pues hasta el 31 de diciembre de 1996, la regla general era que el personal de EMCALI lo constituían los empleados públicos y la excepción sería los trabajadores oficiales, por el contrario, a partir de 1º de enero de 1997, pasó a ser empresa industrial y comercial del Estado, del orden municipal, en el cual la regla general serían trabajadores oficiales.

¹⁷ Sobre el particular ver sentencia de la sección segunda del consejo de Estado de 26 de junio de 2008 rad No. 2926-05, C.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez

¹⁸ **Artículo 5º.-** Empleados Públicos y Trabajadores Oficiales. Las personas que prestan sus servicios en los Ministerios; Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales.

¹⁹ **Artículo 41.** Aplicación del Código Sustantivo del Trabajo. Las personas que presten sus servicios a las empresas de servicios públicos privadas o mixtas, tendrán el carácter de trabajadores particulares y estarán sometidas a las normas del Código Sustantivo del Trabajo y a lo dispuesto en esta Ley. Las personas que presten sus servicios a aquellas empresas que a partir de la vigencia de esta Ley se acojan a lo establecido en el parágrafo del artículo 17o., se regirán por las normas establecidas en el inciso primero del artículo 5o. del Decreto-Ley 3135 de 1968. **NOTA: El texto subrayado fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-253 de 1996.**

Es importante tener claro estos dos escenarios que definen el régimen prestacional aplicable al personal de EMCALI dado el cambio de naturaleza de la vinculación, ya sea empleado público o trabajador oficial, lo cual permitirá a la Sala en cada caso concreto, definir los beneficios y derechos aplicables.

(d) Del caso concreto.

De conformidad con el marco jurídico y jurisprudencial esbozado, tenemos que:

Está probado, y no es objeto de discusión que el demandado, prestó sus servicios como empleado público en EMCALI del 13 de noviembre de 1959 hasta el 5 de junio de 1995, es decir cuando la entidad era un establecimiento público del orden municipal, predicándosele la condición de empleado público del orden municipal. El último cargo desempeñado fue Supervisor General, Categoría 078, Código 250.039, Code 18100750, Sector Centrales Analógicas Sur, Departamento de Equipos, Gerencia de Teléfonos, que de acuerdo con las pruebas aducidas al informativo, no se adecuaba a la construcción y/o mantenimiento de obra pública para ser asimilado como trabajador oficial.

Para el momento del reconocimiento pensional efectuado mediante Resolución No. 1875 del 22 de agosto de 1995, el demandado había laborado por más de 35 años al servicio de EMCALI, y tenía 50 años de edad, requisito éste que es objeto de debate en el recurso de alzada, bajo el argumento de no haberse efectuado el reconocimiento pensional conforme a la Ley 33 de 1985, que exigía 55 años de edad, así como también, el monto que debió haberse liquidado sobre el 75% de lo devengado en el último año de servicio, y no sobre el 90% como efectivamente se ordenó en el acto cuestionado.

Por su parte, el accionado considera que su reconocimiento pensional estuvo conforme a la normatividad vigente al momento de la expedición del acto, pues tenía más de 20 años de servicio y 50 años de edad, y el monto se fijó conforme a lo dispuesto en la Resolución No. 0104 de 1983.

En punto de la discusión, se tiene que en el año 1994, la Empresa Municipal de Cali, EMCALI, suscribió con los sindicatos de Sintraemcali Convención Colectiva de Trabajo, en la cual se consagró en relación con la pensión de

jubilación lo siguiente²⁰:

"ARTICULO 102. CONDICIONES PARA JUBILACIÓN.

EMCALI jubilará a los trabajadores oficiales que hayan prestados sus servicios veinte (20) años continuos o discontinuos a entidades de derecho público y cuando cumpliere cincuenta (50) años de edad.

ARTÍCULO 103. JUBILACIÓN OFICIOSA-

EMCALI, sin necesidad de petición de parte interesada, jubilará a los trabajadores que hayan cumplido las condiciones de la ley y las pactadas de acuerdo a las convenciones colectivas y laudos arbitrales en vigencia.

ARTICULO 108. CUANTIA DE LA PENSIÓN.

EMCALI, jubilará al personal que cumpla los requisitos establecidos por la ley y la convención vigente en EMCALI, con el 90% del promedio de los salarios y primas de toda especie devengada por el trabajador en el último año de servicio. Quien ingrese a laborar a EMCALI, a partir del 1 de enero de 1992, y haya trabajado en otras entidades oficiales, así haya cumplido los requisitos legales o convencionales, si no ha servido en EMCALI diez (10) años o más, se jubilará con el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio.

(...) "

La Junta Directiva del Establecimiento Público de Empresas Municipales de Cali EMCALI, mediante Resolución No. 104 de 14 de octubre de 1983, derogó la Resolución JD No. 100 de octubre 3 de 1983, y concedió unos beneficios extralegales a sus empleados públicos. Fue así, que el artículo 4º, numeral 3º señaló:

"Al personal de empleados públicos que cumpla los requisitos establecidos por la Ley y los Reglamentos vigentes de Emcali, se pagará Jubilación con el 90% del promedio de los salarios y primas de toda especie percibida por el empleado en el último año de servicio".

Conforme al acto previamente transcrito, es pertinente afirmar que los empleados públicos que cumplieran los requisitos establecidos en la ley y en los reglamentos vigentes de Emcali, tendrían derecho a pensionarse en el porcentaje señalado en la convención colectiva, esto es, con el 90% del promedio de los salarios y primas de toda especie percibidas por el empleado en el último año de servicio, y que resultaba aplicable por virtud del acto general antes mencionado.

²⁰ Ver folio 71.

Sobre el particular, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en reiterada jurisprudencia²¹, ha señalado que la citada Resolución No. 104, extendió los beneficios convencionales, **solo en cuanto al porcentaje de liquidación pensional, (90%)**, más no en lo relativo a los requisitos de tiempo y edad, pues para ellos debía ceñirse a la ley y a los reglamentos de EMCALI; análisis que resultó del contenido de la Resolución 104 del 4 de octubre de 1983.

En este tópico, la misma jurisprudencia a la que hemos hecho cita, se encargó de clarificar que en todo caso, en las pensiones extralegales reconocidas en el orden territorial con antelación a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, es imposible escindir los aspectos propios de la prestación, como lo son, los requisitos de edad, tiempo de servicio y así mismo el monto pensional²²; pues, la convalidación dispuesta por esta norma debe ser interpretada de manera integral. Este aspecto, guarda especial coherencia con la tradición histórica de la Corporación en defensa de la inescindibilidad de la norma como criterio hermenéutico en materia de seguridad social²³; apreciación que es acogida por esta Sala como ratio decidendi en esta oportunidad.

Cabe acotar, que la Resolución 104 del 4 de octubre de 1983, fue anulada por esta Corporación mediante Sentencia de 2 de octubre de 1996, Consejero Ponente Dr. Carlos Orjuela Góngora, bajo los siguientes argumentos:

“En cuanto a la legalidad de la Resolución No. 104 de octubre 14 de 1.983, que en el artículo 4o, numeral 1, decretó una prima anual de antigüedad, que va de 4 a 20 años de servicios; en el numeral 2o decreta una prima anual de continuidad y el 3o dispuso como tope el reconocimiento de la pensión de jubilación el 90% del promedio de salarios y primas percibido en el último año, se considera:

- 1. Los reconocimientos económicos creados:*
 - a. Prima de Antigüedad.*
 - b. Prima anual de continuidad.*

²¹ Ver sentencias de 11 de febrero de 2015, Expedientes Nos. 3787-2013, 4474-2013; 3739-2013; Consejero ponente Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, actor, Empresas Municipales de Cali EMCALI. Y Sentencia de 6 de mayo de 2015; Radicación No. 76001 23 31 000 2010 0108902 (1727-14) Consejero Ponente Dr. Rafael Vergara Bogotá, ACTOR: Empresas Municipales de Cali – EMCALI

²² Al respecto, la posición de la Corporación ha sido la de asimilar en este concepto, no solo el porcentaje de la pensión, sino además el ingreso base de liquidación y el periodo de tiempo en que se calcula éste.

²³ Ver sentencia del 10 de agosto de 2010, Consejo de Estado, Sección Segunda, radicación No. 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112- 09), C. P. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Con transcendencia de unificación en los términos previstos en el artículo 271 del CPACA, ver sentencia del 25 de febrero de 2016, Consejo de Estado, Sección Segunda, radicación No. 25000234200020130154101 (4683-2013), C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

Es ostensible que tanto la junta directiva como el gerente carecían de competencia para establecer beneficios extralegales como estos; pues la misma radicaba en cabeza del Congreso de la República, según los postulados de la Carta de 1886.

c. El tope de la pensión en el 90% del promedio de salarios y primas percibido en el último año.

Sin ningún esfuerzo de la simple lectura del acto acusado en su artículo 4º, numeral 3º se establece que hace referencia al tope de la prestación social “pensión de jubilación”, luego en esencia atañe a la cuantificación o monto de la misma; está la razón para que se concluya que la naturaleza jurídica del contenido del acto en referencia si es el de hacer modificaciones favorables a una prestación social..

...

En consecuencia, por las mismas razones la Junta Directiva de EMCALI al proferir el referido acto carecía de competencia, porque todo lo concerniente al régimen prestacional de los servidores públicos nacionales o de cualquier nivel en la C.N. de 1.886 era potestativo del Congreso o del Presidente como legislador extraordinario.”

La anterior decisión, implicó que la norma extralegal que sirvió de sustento al reconocimiento pensional demandado, en lo que se refiere al porcentaje de liquidación (90%) desapareció del mundo jurídico, en tanto que la sentencia que declaró la nulidad de un acto administrativo tiene efectos *ex tunc*.

En torno a los efectos que produce la declaración de nulidad y haciendo una comparación con los efectos que genera la inexecutable, esta Corporación señaló:

“En este punto, es bueno recordar la distinción entre los efectos de la nulidad de los actos administrativos respecto de la declaración de inexecutable de una ley. Aquella produce efectos desde el momento mismo de su expedición, o “ex tunc”, pues el estudio de su legalidad se remite a su origen, situación que se distingue de la segunda, la cual como regla general tiene consecuencias a futuro o “ex nunc”, sin afectar la validez de la norma desde su existencia o las situaciones jurídicas que bajo su imperio se generaron (...)”²⁴

Así pues, resulta claro que al quedar en firme la sentencia que declaró la nulidad del artículo 4º numeral 3º de la Resolución 0104 de 14 de octubre de 1983 proferida por la Junta directiva de EMCALI, el acto administrativo que

²⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, subsección “A”, sentencia del 26 de julio de 2012, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, expediente 1948-09.

soportaba la pensión demandado en el *sub-lite*, desapareció del mundo jurídico, por lo que se reputa que tal previsión nunca existió.

En este particular, es pertinente hacer alusión a los efectos de la sentencia que declara la nulidad de un acto administrativo general, que tal como lo precisó el Ministerio Público, son *ex tunc*, esto es, retroactivos. No obstante, dicha situación no implica que los actos derivados de aquel que desaparece del ordenamiento jurídico por virtud de la declaratoria de nulidad, sigan la misma suerte, puesto que su validez está determinada principalmente por las normas aplicables al tiempo de su expedición. De modo que, las situaciones particulares consolidadas por actos individuales bajo el amparo de un acto general que posteriormente es anulado, se mantienen incólumes, salvo que resulte nulo en medio de su propio control de legalidad.

De ahí que, se distinga la situación del **decaimiento del acto cuando desaparecen los fundamentos de derecho de la decisión**, ocasionando que pierda el carácter ejecutorio y de ejecución, **del control de legalidad que conlleve a la declaratoria de nulidad del acto**, y que es privativo de esta jurisdicción por mandato expreso de la Constitución Política²⁵, siendo la única herramienta que extingue a los actos viciados del ordenamiento jurídico.

Debe insistir la Sala, que el artículo 146 de la Ley 100 de 1993, dispuso el respeto a las situaciones jurídicas individuales consolidadas por decisiones municipales o departamentales, generadoras de condiciones especiales para acceder a la pensión de jubilación (por tiempo de servicio, edad y monto), con antelación a la entrada en vigencia de la citada ley, siempre y cuando se cumplan unos requisitos, los cuales, a pesar de la ilegalidad del reconocimiento, es viable salvaguardar su reconocimiento pensional por la advertida convalidación. Veamos:

(i) Que su prestación haya sido consolidada o adquirida con antelación a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 en el orden territorial; y,

(ii) Que su prestación ***de orden convencional*** se halle dentro de los supuestos establecidos en el artículo 146 de la Ley 100 de 1993.

²⁵ Artículo 238 superior.

Descendiendo al caso concreto, y teniendo en cuenta la anterior precisión, es evidente que el accionado adquirió su **status pensional** el 22 de abril de 1995, fecha para la cual contaba con más de 35 años de servicio a las Empresas Municipales de Cali, EMCALI y 50 años de edad. Debe precisarse, que el estatus difiere del momento en que empezó el goce de la prestación, que de acuerdo al acto de reconocimiento estuvo condicionado al retiro del servicio.

Ahora bien, tal y como se señaló, los entonces empleados públicos de Emcali, eran beneficiarios del monto pensional señalado en la convención colectiva²⁶, cuando cumplieran los requisitos de tiempo de servicio y edad, que no pueden ser otros, a los contenidos en el mismo acto jurídico, que de manera excepcional y mientras estuvo vigente el acto general que lo hizo oponible a ellos, produjo decisiones individuales que quedaron purgadas en su constitución, por expresa voluntad del legislador, empero, por el contenido del artículo 146 de la Ley 100 de 1993.

Por ello, es viable considerar que los efectos jurídicos de los actos que reconocieron pensiones de jubilación con base en la Resolución No. 104 de 1983, proferidos antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y de declaratoria de nulidad de aquella, se mantuvieron en la vida jurídica por virtud de la plurimencionada convalidación, caso del accionado, quien al haber alcanzado su estatus pensional el 22 de abril de 1995, se adecúa a tales circunstancias.

Esta interpretación, es la que resulta más acorde no solo con la naturaleza fundamental del derecho a la seguridad social, sino también con la condición de sujeto de especial protección que detenta el hoy demandado, pues, se trata de una persona de la tercera edad que a la fecha cuenta con 70 años de edad, titular de los derechos que se discuten en esta demanda, y que inexorablemente están asociados a su mínimo vital.

Consecuentes con el estudio que se ha hecho, se imponen razones para confirmar la decisión de primera instancia.

Por último, conforme lo señaló el mismo acto administrativo de reconocimiento pensional que se estudia en esta contención, cuando el Instituto de Seguros

²⁶ *Extendido por virtud de la Resolución 104 del 4 de octubre de 1983.*

Sociales hoy Colpensiones, asuma el riesgo de vejez, *si aún no lo ha hecho*, Emcali pagará el mayor valor si lo hubiere entre la pensión otorgada por el ISS y la que reconoció la entidad demandante.

DECISIÓN

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

FALLA

CONFIRMAR la Sentencia de 19 de junio de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que negó las pretensiones de la demanda incoada por las Empresas Municipales de Cali EMCALI hoy EICE ESP, contra Arnulfo Ríos Muñoz, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

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

Los Consejeros,

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CARMELO PERDOMO CUÉTER
(En comisión de servicios)

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ (E)