



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO - ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN A
CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá D. C., ocho (8) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

Radicación: 76001-23-31-000-2010-01329-02 (2472-2015)

Actor: EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI - EMCALI EICE E.S.P.

Tercero interesado: Jaime Sandoval Aguayo

SE. 0020

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 14 de abril de 2015, proferida por la Sala de Descongestión Laboral del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda dentro del proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

LA ACCIÓN

Por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en la modalidad de lesividad, las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI - EMCALI EICE E.S.P. solicitaron al *a quo* la declaratoria de nulidad de las Resoluciones 055 de 28 de febrero de 1984 a través de la que se reconoció una pensión de jubilación a favor del señor JAIME SANDOVAL AGUAYO, y la 2217 de 10 de octubre de 1995 que reajustó el valor de la misma, ambas proferidas por la Gerencia General de la entidad.

Radicación: 76001-23-31-000-2010-01329-02
Actor: EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI - EMCALI EICE E.S.P.
Demandado: Jaime Sandoval Aguayo .

A título de restablecimiento del derecho, la entidad solicitó la reliquidación, pago y reintegro a su favor, de todas las sumas de dinero pagadas como consecuencia de los actos administrativos demandados, desde el momento en que se profirieron hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso, con sus respectivos intereses y ajustes monetarios, de conformidad con el artículo 178 del Decreto 01 de 1984.

FUNDAMENTOS FÁCTICOS¹

Como fundamento de las pretensiones, la entidad manifestó que el señor JAIME SANDOVAL AGUAYO ingresó a las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI, hoy EMCALI EICE E.S.P., mediante acto administrativo, el 23 de mayo de 1972, siendo su último cargo el de «jefe de departamento suscriptores acueducto categoría 100 cargo 458 code 65101».

Que con anterioridad a la vinculación del señor SANDOVAL AGUAYO en su condición de beneficiario del acto administrativo demandado se suscribió la Convención Colectiva de Trabajadores, entre los sindicatos de trabajadores de EMCALI y la empresa, de la que dijo ser beneficiario bajo el argumento de que era un trabajador oficial.

De igual manera, precisó que las convenciones colectivas de trabajo solo benefician a los trabajadores oficiales y no pueden extenderse a los empleados públicos, calidad que ostentaba el tercero interesado.

Asimismo, expresó que la Resolución No. 0104 de 14 de octubre de 1983, suscrita por la Junta Directiva de las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI - EMCALI- por la cual se concedieron beneficios extralegales a los empleados públicos de EMCALI, reconoció en su artículo 4, numeral 3, que al personal de empleados públicos que cumplan con los requisitos establecidos por la ley y los

¹ Ver folios 71 y s.s. del cuaderno primero del expediente

Radicación: 76001-23-31-000-2010-01329-02
Actor: EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI - EMCALI EICE E.S.P.
Tercero interesado: Jaime Sandoval Aguayo

reglamentos vigentes de la empresa, se les pagará la pensión de jubilación con el 90% del promedio de los salarios y primas de toda especie, percibidas por el empleado en el último año de servicios, acto administrativo que fue sustraído del ordenamiento legal por orden judicial que declaró su nulidad.

Precisó que a través de la Resolución 055 de 28 de febrero de 1984 le fue reconocido el derecho a la pensión mensual vitalicia de jubilación al tercero interesado en cuantía de \$827.700 pesos y que posteriormente, a través de la Resolución 2217 de 10 de octubre de 1995, se le reliquidó dicha prestación de acuerdo a la convención colectiva vigente suscrita entre EMCALI y el sindicato de sus trabajadores, en virtud de la cual se les reconocería a estos pensiones de jubilación con tiempos de servicios de 20 años y 50 años de edad con el IBL del 90% y 75% según el caso.

Adicionalmente, señaló que al momento de concedérsele la pensión de jubilación, el tercero interesado adujo servicios al Estado por más de 20 años, en EMCALI un total de 11 años, 8 meses y 13 días; además, que conforme al Registro Civil de Nacimiento aportado por el empleado y que reposa en los expedientes administrativos de EMCALI se encuentra que al momento en que se le otorgó la pensión vitalicia de jubilación tenía 55 años de edad.

En ese sentido, afirmó que se dio aplicación a un régimen convencional, sin que el ex empleado pudiese beneficiarse del mismo, pues fue retirado del ordenamiento jurídico al ser declarado nulo; además el trabajador no tuvo una situación jurídica consolidada, por razón de la edad. Esto aunado a que los factores sobre los que debió reconocerse la pensión eran la asignación básica mensual, los gastos de representación, la prima técnica, prima de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor salarial, así como la remuneración por trabajo dominical o festivo, la remuneración por trabajo suplementario o de horas extras nocturnas y la remuneración por servicios prestados.

Radicación: 76001-23-31-000-2010-01329-02
Actor: EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI - EMCALI EICE E.S.P.
Tercero interesado: Jaime Sandoval Aguayo

Concluyó que entonces al tercero interesado se le reconoció una pensión de jubilación con una edad inferior y en un monto superior al cual tenía derecho, en comparación con los requisitos exigidos por la Ley 33 de 1985.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Consideró la entidad que con la expedición de los actos acusados se vulneraron de la Constitución Política de 1991, el preámbulo y los artículos 1, 2, 4, 48, 83, 150 numeral 19, literales e) y f). De orden legal invocó la trasgresión de los artículos 1 de la Ley 33 de 1985, 3, 4, 414, 416 y 467 del Código Sustantivo de Trabajo.

En primer lugar, dijo que el tercero interesado ostentaba la calidad de empleado público a la fecha de adquisición del *status* pensional y que EMCALI estuvo constituido como establecimiento público del orden municipal hasta el 30 de diciembre de 1996 toda vez 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 razón a lo anterior, a partir del 1 de enero de 1997 EMCALI se convirtió en EICE, lo que trajo consigo consecuencias jurídicas en el régimen prestacional aplicable a los servidores de la Empresa, toda vez que el artículo 16 del Acuerdo 014 de 26 de diciembre de 1996 del Concejo Municipal de Santiago de Cali, señaló que el régimen legal de los trabajadores de EMCALI EICE sería el de los trabajadores oficiales; sin embargo, en los estatutos internos de la entidad se debían precisar las actividades de dirección o confianza llamadas a ser desempeñadas por empleados públicos teniendo en cuenta el objeto y las funciones de la empresa. Luego, en el artículo 16 del Acuerdo 034 de 15 de enero de 1999, se precisaron los cargos señalados.

Además, indicó que las resoluciones demandadas hicieron un reconocimiento pensional no amparado en la Constitución ni en la ley, sino en una Convención

Radicación: 76001-23-31-000-2010-01329-02
Actor: EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI - EMCALI EICE E.S.P.
Tercero interesado: Jaime Sandoval Aguayo

Colectiva (1996-1998), de la que se dice es beneficiario el tercero interesado, pero que es inconstitucional e ilegal.

En ese sentido, afirmó que ni en vigencia de la anterior Constitución Política ni en la actual, las juntas directivas y consejos de entidades descentralizadas contaban con derecho a determinar el régimen salarial y prestacional de dichas entidades bajo la consideración de que esos temas eran de competencia exclusiva del Congreso de la República.

Arguyó que carece de todo valor jurídico lo señalado en las resoluciones demandadas pues se quebrantan disposiciones constitucionales; que igual consideración se hace de las convenciones colectivas como acuerdos laborales pues tampoco es viable que una empresa industrial y comercial del Estado extienda beneficios de una convención de trabajo más allá de la intervención del legislador en materia de salarios y prestaciones sociales, al punto que la misma ley prevé la falta de eficacia y consolidación de los derechos que pudiesen alegarse, conforme lo señala la Ley 4ª de 1992, artículo 10.

Precisó que el señor Jaime Sandoval Aguayo se encuentra disfrutando de un beneficio pensional desde enero de 1984, con recursos que el Estado necesita para atender sus compromisos y desarrollar sus fines, razón por la que la resolución demandada viola las disposiciones constitucionales que precisan la competencia para ello.

Por lo anterior, manifestó que mientras no se reúnan los requisitos legales para obtener el derecho a una pensión, tal aspiración constituye una mera posibilidad lo que significa que el tercero interesado no contaba con un derecho adquirido o una situación jurídica consolidada conforme a lo señalado en el artículo 146 de la Ley 100 de 1993. Que además desconoce el régimen aplicable al accionado establecido en las Leyes 33 y 62 de 1985.

Radicación: 76001-23-31-000-2010-01329-02
Actor: EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI - EMCALI EICE E.S.P.
Tercero interesado: Jaime Sandoval Aguayo

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El apoderado del interviniente se opuso a las pretensiones de la entidad y al efecto manifestó que por disposición constitucional y legal el reconocimiento extralegal en materia pensional concedido a empleados públicos en casos como el del señor Jaime Sandoval Aguayo se han convalidado en virtud del artículo 146 de la Ley 100 de 1993, disposición normativa que fue declarada exequible por la Corte Constitucional.

En ese mismo sentido, afirmó que para la fecha en que le fue reconocida la prestación al tercero interesado, EMCALI otorgaba pensión vitalicia de jubilación extralegal a todos sus empleados públicos de conformidad con lo señalado en la Resolución JD-104 de 1983, expedida por la Junta Directiva de la entidad, a través de la cual se hicieron extensivos a los empleados públicos todos los beneficios extralegales existentes en la empresa, actuación convalidada a su vez por el citado artículo 146 de la Ley 100 de 1993.

De igual manera, propuso como excepciones las que denominó «excepción de buena fe» para argumentar que en caso de decretarse la nulidad de los actos administrativos acusados, no procede el reintegro de las sumas devengadas por concepto de la pensión reconocida por EMCALI, toda vez que no se demostró mala fe en la conducta adelantada para obtener el reconocimiento pensional; «inexistencia del derecho»; «prescripción» y la «innominada» (fols. 112 cuaderno ppal.)

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, Sala de Descongestión Laboral, mediante sentencia de 14 de abril de 2015², negó las pretensiones de la demanda porque consideró que la pensión de jubilación convencional reconocida al señor Jaime Sandoval Aguayo quedó convalidada por mandato

² Visible a folios 198 y s.s. Cuaderno ppal.

Radicación: 76001-23-31-000-2010-01329-02
Actor: EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI - EMCALI EICE E.S.P.
Tercero interesado: Jaime Sandoval Aguayo

del artículo 146 de la Ley 100 de 1993, como quiera que consolidó su derecho pensional con anterioridad al 30 de junio de 1995 fecha en que entró en vigencia la citada norma. En ese sentido, precisó que la declaratoria de inexecutable de la disposición no tiene efectos retroactivos.

De igual manera, sostuvo que a pesar de que la Resolución 104 de 14 de octubre de 1983, por medio de la cual se extendieron los beneficios convencionales a los empleados públicos de la entidad y en la que se sustentó el reconocimiento pensional del tercero interesado, fue declarada nula, hay lugar a proteger los derechos adquiridos del señor Jaime Sandoval Aguayo pues logró acreditar haber consolidado su *status* pensional antes de la ejecutoria de la declaratoria de nulidad. Lo que significa, que su situación jurídica se consolidó bajo el amparo de una ley entrando a formar parte de su patrimonio sin que mediara mala fe para su obtención.

LA APELACIÓN

El apoderado de EMCALI EICE E.S.P., presentó recurso de alzada³ y solicitó se revoque la sentencia proferida por el *a quo* y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda, toda vez que el despacho debió tener en cuenta que al señor Jaime Sandoval Aguayo no le era posible beneficiarse de prebendas contenidas en convención colectiva alguna dada su condición de empleado público ya que pertenecía a una empresa pública llamada EMCALI que fue creada mediante Acuerdo 050 de 1961, proferido por el Concejo Municipal de Cali y su personal a cargo, por regla general, tenía estatus de empleado público. Por lo que el Decreto 3135 de 1968, artículo 5 y el Decreto 1848 de 1969, artículo 2 son claros en definir que las personas que prestan sus servicios a establecimientos públicos son empleados públicos.

Asimismo, indicó que conforme a lo señalado por el artículo 416 del CST los sindicatos de empleados públicos no pueden presentar pliegos de peticiones ni

³ Visible a folios 210 y siguientes del cuaderno 2.

beneficiarse de convenciones colectivas y que reconocer unos derechos de negociación a quienes no tienen siquiera la facultad de presentar pliegos de peticiones o celebrar convenciones colectivas constituye una actuación ilegal.

Precisó que al establecerse la calidad de empleado público del tercero interesado no quedaba otra alternativa que la declaratoria de nulidad con el consecuente restablecimiento del derecho de lo pagado en exceso y la orden de reliquidar la pensión, atendiendo a los factores y porcentajes establecidos en la leyes aplicables a las pensiones del sector público generales, tales como la Ley 6ª de 1945, Decreto 1743 de 1966, artículo 5 reglamentario de la Ley 4ª del mismo año y la Ley 33 de 1985, normas legales que establecen el monto en un 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

Finalmente, manifestó que el régimen salarial y prestacional que rige para los empleados públicos es el establecido por las normas generales y no por acuerdos, decretos ni resoluciones dictadas por las entidades territoriales, pues no contaban con facultad para ello y que por ende no se enmarcaban dentro de los supuestos del artículo 146 de la Ley 100 de 1993.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado del señor Jaime Sandoval Aguayo mediante escrito⁴, solicitó que se confirme la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda toda vez que como lo consideró el *a quo* el acto administrativo acusado si bien en principio se pudo haber expedido sin fundamento legal, dicha violación fue subsanada por lo dispuesto en el artículo 146 de la Ley 100 de 1993, tal como lo ha considerado la jurisprudencia de esta Corporación.

En ese sentido, afirmó que el tercero interesado consolidó su derecho a la pensión de jubilación otorgada por EMCALI el 1 de febrero de 1984, lo que

⁴ Visible a folios 239 y siguientes del cuaderno 2.

Radicación: 76001-23-31-000-2010-01329-02
Actor: EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI - EMCALI EICE E.S.P.
Tercero interesado: Jaime Sandoval Aguayo

significa que fue antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Agregó, que en materia de pensiones de jubilación no reconocidas por la ley sino con base en convenciones colectivas como en el presente asunto se tendrán como derechos adquiridos siempre que hubiesen sido configuradas por disposiciones de carácter municipal o departamental.

La parte demandante y el Ministerio Público permanecieron silentes en esta etapa procesal.

Se desata el recurso previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

El centro de la controversia se sitúa en determinar la legalidad del acto de reconocimiento pensional a favor del señor Jaime Sandoval Aguayo, al ser expedido con base en la Resolución 104 de 14 de octubre de 1983, proferida por la Junta Directiva de EMCALI, norma que a la postre fue declarada nula por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca mediante providencia que fue confirmada por ésta Corporación.

De lo probado en el proceso

Se encuentra acreditado en el expediente que el señor Jaime Sandoval Aguayo nació el 22 de julio de 1929, tal como se aprecia en la Resolución 55 de 1984 visible a folio 11 del cuaderno 1.

Asimismo, se tiene que el tercero interesado laboró en EMCALI entre el 18 de mayo de 1972 y el 31 de enero de 1984 para un total de 11 años, 8 meses y 13 días, siendo su último cargo desempeñado el de jefe de Departamento de

Radicación: 76001-23-31-000-2010-01329-02
Actor: EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI - EMCALI EICE E.S.P.
Tercero interesado: Jaime Sandoval Aguayo

suscriptores de acueducto Categoría 100, cargo 458, code 65101; y que logró completar 21 años de servicios y 26 días al computar de igual manera los tiempos laborados en la Caja Nacional de Previsión, en la Gobernación de Cundinamarca y en el Instituto Colombiano de Energía Eléctrica. (fol. 10 cuaderno 1)

En virtud de lo anterior y a la luz de lo establecido en la Resolución 104 de 14 de octubre de 1983, numeral 3 del artículo 4 proferida por la Junta Directiva de EMCALI le fue reconocida una pensión de jubilación con el 90% del promedio de los salarios y primas de toda especie percibidas por el empleado en el último año de servicio, a través de la Resolución 055 de 28 febrero de 1984, efectiva a partir del 1 de febrero de 1984, en cuantía de \$116.317,64 pesos⁵.

Luego, a través de la Resolución 2217 de 10 de octubre de 1995, suscrita por el Gerente de EMCALI EICE E.S.P., se reajustó la pensión de jubilación del tercero interesado incrementando la cuantía a \$827.700 pesos, a partir del 1 de enero de 1995 (fol. 16 cuaderno 1).

Del fondo del asunto

Naturaleza de las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI - EMCALI EICE E.S.P. y del cargo desempeñado por el señor Jaime Sandoval Aguayo

Antes de proceder a desatar el tema de la apelación debe precisarse, que la naturaleza jurídica de las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI - EMCALI EICE E.S.P., así como de sus servidores ya ha sido decantada por esta Corporación a través de varias providencias, razón por la que vale recordar que de conformidad con lo señalado por el Acuerdo 014 de 26 de diciembre de 1996⁶, proferido por el Concejo Municipal de Cali, EMCALI se transformó de un establecimiento público a una empresa industrial y comercial del Estado, en

⁵ Visible a folios 12 del C. 1.

⁶<http://www.emcali.com.co/documents/10157/37676/05%29%20Acuerdo+14+de+1996.PDF>
página web consultada el día 1 de septiembre de 2014.

Radicación: 76001-23-31-000-2010-01329-02
Actor: EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI - EMCALI EICE E.S.P.
Tercero interesado: Jaime Sandoval Aguayo

virtud de lo ordenado por la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios 142 de 1994, transformación a la que se remitió el análisis de ésta Corporación en reciente sentencia⁷:

«...

La entidad demandada es una Empresa de Servicios Domiciliarios constituida con fundamento en el parágrafo del artículo 17 de la ley 142 de 1994 como una Empresa Industrial y Comercial del Estado (Fls. 41 y s.s.). El régimen laboral de sus funcionarios será entonces el señalado en el artículo 5 del decreto-ley 3135 de 1968, por remisión expresa del artículo 41 de la ley 142 precitada. En dicha norma se asigna en términos generales el carácter de trabajadores oficiales a sus servidores y excepcionalmente se faculta a los entes colegiados de dirección competentes (juntas directivas, asambleas) para señalar en los estatutos de la empresa que cargos serán ocupados por empleados públicos. -

Sobre esta facultad otorgada en el artículo 5 del Decreto 3138 de 1968, la Corte Constitucional señaló que tratándose de Empresas Industriales del Estado existe plena competencia de la entidad para asignar los cargos que por tener funciones de dirección y confianza deben ser ocupados por empleados públicos:

“Por el contrario, la fijación de las actividades que van a ser desempeñadas por virtud de vinculación legal y reglamentaria dentro de las empresas industriales o comerciales, corresponde a una función constitucional de orden administrativo que bien puede entregar la ley a sus juntas directivas, para ser ejercidas en la forma que determinen sus estatutos internos, sin que ello modifique la naturaleza del empleo ni la de la relación laboral de carácter oficial que está dada por la ley.

En este sentido los estatutos internos de las empresas industriales y comerciales del Estado son el instrumento idóneo, en virtud del cual, se precisan las actividades de la empresa que corresponden a la categoría que debe ser atendida por empleados públicos; aquellos son actos que comprenden la definición del tipo de régimen aplicable a los servidores públicos en el entendido de que sólo los de dirección y confianza que se fije en el estatuto son empleados públicos, y el traslado de la competencia prevista en las expresiones acusadas no genera una contradicción con las normas constitucionales.”⁸

Son entonces las Juntas Directivas de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado quienes tienen la facultad de señalar la categoría de empleados públicos que excepcionalmente tienen algunos de los cargos de su planta.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección “B”, Consejero ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez, Bogotá D.C., veintiséis (26) de junio de dos mil ocho (2008). Radicación número: 76001-23-31-000-2001-03337-01(2926-05).

⁸ Sentencia C-484 de 1995 Magistrado Ponente: Dr. Fabio Morón Díaz.

Radicación: 76001-23-31-000-2010-01329-02
Actor: EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI - EMCALI EICE E.S.P.
Tercero interesado: Jaime Sandoval Aguayo

Cuando la Junta Directiva de una Empresa Industrial y Comercial del Estado ha ejercido su competencia al señalar excepcionalmente cargos de empleados públicos, se entiende entonces, que dichos cargos tienen funciones cuya esencia es de dirección y de confianza. Es en los Estatutos internos de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado en donde se precisan las actividades que deben ser ejercidas por empleados públicos, dichos actos por su naturaleza gozan de presunción de legalidad.»

De lo anterior se concluye que EMCALI EICE E.S.P se trata de (i) una Empresa de Servicios Domiciliarios (ii) constituida con fundamento en el parágrafo del artículo 17 de la Ley 142 de 1994 como una Empresa Industrial y Comercial del Estado, a partir del 1 de enero de 1997 (iii) y cuyo régimen laboral se encuentra en el artículo 5 del Decreto-Ley 3135 de 1968, por remisión expresa del artículo 41 de la Ley 142 precitada, que prevé en términos generales el carácter de trabajadores oficiales a sus servidores y excepcionalmente se faculta a los entes colegiados de dirección competentes (juntas directivas, asambleas) para señalar en los estatutos de la empresa qué cargos serán ocupados por empleados públicos.

Ahora bien, no fue aportado al proceso el acto administrativo en el que se indique la mencionada clasificación efectuada por el órgano de dirección competente y en donde se comprenda el cargo del tercero interesado como aquellos de dirección, confianza y manejo que impliquen la naturaleza de empleado público, situación que no es relevante en tanto que la Resolución 055 que reconoció la pensión de jubilación al accionado desde el día 1 de febrero 1984, fue emitida el 28 de febrero de 1984, es decir cuando el señor Jaime Sandoval Aguayo ostentaba la calidad de empleado público previa a la transformación de EMCALI de establecimiento público a empresa industrial y comercial del Estado.

Además, tanto la entidad demandante como la apoderada del interesado convergen en su calidad de empleado público y en la Resolución 2217 de 10 de octubre de 1995 ese fue el tratamiento que se le prodigó. (fol. 13 cuaderno 1).

Radicación: 76001-23-31-000-2010-01329-02
Actor: EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI - EMCALI EICE E.S.P.
Tercero interesado: Jaime Sandoval Aguayo

En estos términos se constata que la vinculación del accionado fue legal y reglamentaria a través de acto de nombramiento y posesión, por lo tanto, el régimen al cual quedó sometido, es de derecho público, sin que exista posibilidad legal de discutir y acordar con la administración las condiciones de prestación del servicio, sin perjuicio del derecho a presentar peticiones respetuosas a la administración.

Competencia para regular el régimen prestacional de los empleados públicos del orden territorial

La Constitución Política de 1886, estableció inicialmente en su artículo 62, la competencia del Legislador para fijar, entre otros asuntos relacionados con la función pública, las condiciones de jubilación y la clase de servicios civiles o militares que darían derecho a pensión del tesoro público.

A partir de la reforma constitucional de 1968 (Acto legislativo No. 01 del 11 de diciembre de 1968), la competencia para fijar tanto las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos del orden nacional, como el régimen prestacional de los empleados públicos se radicó exclusivamente en el Congreso de la República, tal como quedó establecido en el numeral 9 del artículo 76 de la Carta; por su parte, el numeral 21 del artículo 120 ibídem, autorizó al presidente de la República para fijar la asignación salarial de los empleos del orden nacional central, dentro de las escalas de remuneración fijadas por el Congreso de la República de conformidad con el numeral 9 del artículo 76.

Ahora, con la expedición de la Constitución Política de 1991, corresponde al Congreso mediante la expedición de leyes marco, señalar las normas generales, objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos y el régimen prestacional mínimo de los trabajadores oficiales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 150, numeral 19 literales e) y f), el cual dispone:

Radicación: 76001-23-31-000-2010-01329-02
Actor: EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI - EMCALI EICE E.S.P.
Tercero interesado: Jaime Sandoval Aguayo

«ARTICULO 150. Corresponde al Congreso hacer las Leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

[...]

19. Dictar 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:

f) Regular el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales.

Estas funciones en lo pertinente a prestaciones sociales son indelegables en la Corporaciones públicas territoriales, y éstas no podrán arrogárselas. [...]
(Resalta la Sala).

Se presenta entonces, una competencia compartida entre el Legislador y el Ejecutivo para efectos salariales y prestacionales; aquel mediante la ley marco determina unos parámetros generales, conforme a los cuales, éste último habrá de fijar todos los elementos propios del régimen salarial y prestacional respecto de los empleados públicos.

En desarrollo de lo anterior fue expedida la Ley 4ª de 1992, por medio de la cual el Gobierno quedó habilitado para fijar mediante decreto, entre otros, el régimen prestacional de los empleados de las entidades territoriales, de conformidad con lo prescrito en el artículo 12 de la citada ley; y en su parágrafo único se dispuso, que el Gobierno señalaría el límite máximo salarial de estos servidores, guardando equivalencias con cargos similares en el orden nacional; asimismo, se proscribió cualquier potestad reguladora que en materia prestacional se pretendiera por parte de las corporaciones públicas territoriales. Señala la norma al respecto:

«Artículo 12. El régimen prestacional de los servidores públicos de las entidades territoriales será fijado por el Gobierno Nacional, con base en las normas, criterios y objetivos contenidos en la presente Ley.

En consecuencia, no podrán las corporaciones públicas territoriales arrogarse esta facultad.

Parágrafo: El Gobierno señalará el límite máximo salarial de estos servidores guardando equivalencia con cargos similares en el orden nacional.»

Del análisis de las normas enunciadas se concluye, que la determinación del régimen prestacional de los empleados públicos territoriales compete al Gobierno Nacional, de acuerdo con los parámetros señalados por el Legislador. En cuanto al régimen salarial, el Gobierno señala el límite máximo salarial de los servidores públicos territoriales teniendo en cuenta su equivalencia con los del orden nacional.

El artículo 12 de la Ley 4ª de 1992, fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-315 del 19 de julio de 1995, Magistrado Ponente Doctor Eduardo Cifuentes Muñoz, en la cual se dijo que esta atribución del Gobierno no pugna con la que el constituyente expresamente otorgó a las entidades territoriales para fijar las escalas de remuneración y los emolumentos de los empleos de sus dependencias, siempre y cuando se entienda que tal facultad está referida, en forma exclusiva, a la fijación del régimen prestacional de los empleados públicos territoriales, al régimen prestacional mínimo de los trabajadores oficiales territoriales y al límite máximo salarial de los empleados públicos de las entidades territoriales.

En suma, el presidente de la República puede establecer, para el sector territorial, los regímenes salariales y prestacionales de los empleados públicos y señalar las prestaciones mínimas de los trabajadores oficiales, pero debe sujetarse a la ley marco expedida por el Congreso, que en nuestro caso es la Ley 4ª de 1992.⁹

Del recuento anterior, se desprende que antes de la Constitución de 1991, la competencia para fijar el régimen prestacional tanto de empleados nacionales como de los empleados territoriales estaba exclusivamente atribuida a la ley, de manera que correspondía privativamente al Congreso de la República su

⁹ Sentencia del 19 de mayo de 2005. Rad. No. Interno: 4396 - 2002.- C. P. Dr. Jesús María Lemus Bustamante.

determinación, sin distinción del sector al cual pertenecieran, y que a partir de la expedición de la Carta Política actual, el régimen prestacional de los empleados públicos del nivel territorial lo determina el Gobierno de conformidad con la ley, en virtud de la competencia conjunta derivada del artículo 150 – numeral 19 – literal e) del Ordenamiento Superior y habilitada por el artículo 12 de la Ley 4ª de 1992, dictada en desarrollo de aquel.

Así se concluye, que ni en vigencia de la Constitución de 1886 ni a partir de la Carta de 1991, podían las entidades territoriales expedir actos de reconocimiento pensional con fundamento en acuerdos internos o extralegales, pues no tenían facultades para ello; sin embargo para analizar el caso concreto, es menester revisar el contexto normativo general que reguló el derecho pensional de los empleados territoriales, en aras de establecer la posible aplicación a los mismos.

Marco jurídico aplicable en materia pensional a los empleados territoriales

El régimen jubilatorio aplicable a los empleados territoriales antes de la entrada en vigencia de la Constitución actual, se define entonces bajo las siguientes normas, dependiendo de la fecha de consolidación del *status* pensional:

En principio, la norma aplicable para los empleados de los niveles departamental y municipal era la Ley 6ª de 1945, ordenamiento que establecía como requisito para tener derecho a la pensión, sin distingo de sexo, llegar a la edad de 50 años y haber laborado 20 años de servicio continuos o discontinuos para el Estado.

Posteriormente, el requisito de edad para dichos empleados fue modificado, primero por la Ley 33 de 1985 que lo fijó en 55 años sin importar el sexo, y luego por la Ley 71 de 1988 que señaló, en tratándose de pensiones por aportes, en 55 años para mujeres y 60 años para hombres.

Radicación: 76001-23-31-000-2010-01329-02
Actor: EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI - EMCALI EICE E.S.P.
Tercero interesado: Jaime Sandoval Aguayo

El parágrafo 2 del artículo 1 de la Ley 33 de 1985, exceptuó de la aplicación del régimen allí contenido a los empleados oficiales (del orden nacional y territorial) que a la fecha de su promulgación -febrero 13 de 1985- hubieren cumplido 15 años continuos o discontinuos de servicio, para los cuales se continuarían aplicando las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad, esto es, para el caso de los empleados territoriales, la Ley 6 de 1945.

Con la expedición de la Ley 100 de 1993, se organizó el Sistema General de Pensiones, conservando todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, para quienes a la fecha de vigencia de la misma hubiesen cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encontraran pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes, en todos los órdenes de los sectores público, oficial, semioficial y del sector privado en general.

Dicho sistema determinó como requisitos pensionales para el régimen de prima media con prestación definida, el haber cumplido 55 años de edad para las mujeres y 60 años para los hombres, con una cotización mínima de 1000 semanas en cualquier tiempo.¹⁰ Para reducir los efectos del tránsito legislativo y garantizar el derecho pensional de algunos empleados se previó el régimen de transición dispuesto en el artículo 36 *ibídem*, en virtud del cual la edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicio, el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión se determinaría por el régimen anterior al que se encontraran afiliados quienes al momento de entrar en vigencia el Sistema de Seguridad Social Integral, hubieren cumplido treinta y cinco (35) años de edad, si son mujeres y cuarenta (40) años si fueren hombres o hubieren acumulado por lo menos quince (15) años de servicios cotizados.

¹⁰ ARTICULO 33. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSION DE VEJEZ. Para tener derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer, o sesenta (60) años de edad si es hombre.
2. Haber cotizado un mínimo de mil (1.000) semanas en cualquier tiempo. (...)"

Radicación: 76001-23-31-000-2010-01329-02
Actor: EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI - EMCALI EICE E.S.P.
Tercero interesado: Jaime Sandoval Aguayo

El panorama normativo anterior define, según el caso, el régimen pensional aplicable a los empleados públicos del orden departamental, municipal y distrital; sin embargo, teniendo en cuenta que en el nivel territorial coexistían regímenes prestacionales extralegales contrarios al Ordenamiento Superior, esta Sala ha venido aplicando el contenido del artículo 146 de la Ley 100 de 1993 por el que el legislador decidió avalar las situaciones jurídicas consolidadas conforme a los ordenamientos emanados de las entidades descentralizadas, como una protección de los derechos adquiridos conforme a disposiciones normativas preexistentes. Al respecto la norma establece:

«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 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]** 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 sanción de la presente Ley».*¹¹ (Se destaca).

De conformidad con el artículo transcrito, sin lugar a dudas las situaciones jurídicas de carácter individual definidas con anterioridad a la Ley 100 de 1993 con fundamento en disposiciones territoriales sobre pensiones extralegales continuarían vigentes; así mismo, quienes antes de su entrada en rigor obtuvieron los requisitos para pensionarse conforme a tales ordenamientos,

¹¹ Nota: La expresión subrayada y entre paréntesis fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-410 de agosto de 1997.

Radicación: 76001-23-31-000-2010-01329-02
Actor: EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI - EMCALI EICE E.S.P.
Tercero interesado: Jaime Sandoval Aguayo

tendrían derecho a la pensión en las condiciones allí establecidas, en aras de garantizar los derechos adquiridos.

Respecto de la vigencia de la Ley 100 de 1993 en el nivel territorial, el artículo 151 de dicha normatividad establece que el sistema entraría a regir a partir del 30 de junio de 1995; por consiguiente, solo las situaciones particulares definidas con anticipación a tal fecha, en principio, deben ser respetadas, en tanto que la Corte Constitucional retiró del ordenamiento jurídico el aparte subrayado del artículo 146, que permitía la consolidación del derecho dentro de los dos años siguientes a la vigencia del Sistema General de Seguridad Social.

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 decisión¹². Por consiguiente, es dable concluir, que las situaciones jurídicas que en materia pensional se consolidaron con base en disposiciones municipales o departamentales antes del 30 de junio de 1997 o antes de la fecha en que hubiese entrado a regir el Sistema General en cada entidad territorial, se deben garantizar de conformidad con lo dispuesto en el artículo 146 citado.

Además, no sobra señalar que la Sala de Sección en sentencia de 29 de septiembre de 2011¹³, concluyó que los reconocimientos pensionales individuales sustentados en convenciones colectivas también están comprendidos dentro de los supuestos establecidos en el artículo 146 de la Ley 100 de 1993.

¹² Proceso D0001585. Desfijación edicto 17 de septiembre de 1997.

¹³ Número interno de radicación: 2434-2010. Actor: Universidad del Atlántico contra Julia Lourdes Llanos Borrero.

Radicación: 76001-23-31-000-2010-01329-02
Actor: EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI - EMCALI EICE E.S.P.
Tercero interesado: Jaime Sandoval Aguayo

Efectos en el *sub lite* de la nulidad de la Resolución No. 104 de 14 de octubre de 1983

Como se dijo, en este caso al tercero interesado le fue reconocida la pensión de jubilación a través de la Resolución 055 de 28 de febrero de 1984, (fol. 10 y s.s. cuaderno 1.) en cuantía de \$116.317.64, efectiva a partir del 1 de febrero de 1984, contando como tiempo de servicio el laborado en el municipio de Cali, Caja Nacional de Previsión, Gobernación de Cundinamarca, Instituto Colombiano de Energía Eléctrica y el prestado a EMCALI, en cuantía equivalente al 90% del promedio de salarios y primas devengados en el último año de servicios, tal como lo dispone el numeral 3, artículo 4 de la Resolución No. 0104 de 14 de octubre de 1983, proferida por la Junta Directiva de EMCALI, teniendo en cuenta que el señor Jaime Sandoval Aguayo nació el 22 de julio de 1929.

En los considerandos de la resolución se lee:

«Que la Convención Colectiva de Trabajo celebrada en el año de 1983, establece que a partir del 1º. De Enero de 1983, EMCALI jubilará al personal que cumpla los requisitos establecidos por ley y las convenciones vigentes en la empresa con el 90% del promedio de los salarios y primas de toda especie percibidas por el trabajador en el último año de servicios, lo cual de acuerdo con la liquidación efectuada para el reconocimiento de la cesantía y demás prestaciones sociales del peticionario, arrojó el siguiente resultado:

[...] (Resalta la Sala de Subsección)

Ahora bien, la mencionada Resolución 104 de 14 de octubre de 1983, proferida por la Junta Directiva de EMCALI "Por la cual se deroga la Resolución JD No. 100 de Octubre 3 de 1983 y se conceden unos beneficios extralegales a los Empleados Públicos de EMCALI" señaló:

*«ARTÍCULO CUARTO
Con retroactividad al 1º de Enero de 1983, aplíquense los siguientes beneficios a favor de todos los Empleados Públicos de las Empresas Municipales de Cali, EMCALI:*

Radicación: 76001-23-31-000-2010-01329-02
Actor: EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI - EMCALI EICE E.S.P.
Tercero interesado: Jaime Sandoval Aguayo

...
3.- *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 percibidas por el Empleado en el último año de Servicios».*

Como se aprecia, el acto demandado acudió a las previsiones de la Resolución 0104 de 14 de octubre de 1983, únicamente en lo que tiene que ver con el porcentaje de liquidación pensional, pues dijo que en los demás requisitos debía ceñirse a la ley y reglamentos de EMCALI. No se indicó la norma a la cual se acudió para el reconocimiento en cuanto a los requisitos de edad y tiempo de servicios.

Ahora bien, el numeral 3 del artículo 4 de la Resolución 104 de 14 de octubre de 1983, así como la Resolución No. GG-11917 de 7 de diciembre de 1977, ambas proferidas por EMCALI, fueron demandadas ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca que se pronunció declarando su ilegalidad, mediante sentencia de 10 de febrero de 1995, decisión que fue confirmada por el Consejo de Estado en providencia de 2 de octubre de 1996, Exp. No. 11697, M.P. Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora, pronunciamiento que se cita en sentencia de ésta Sección, de 12 de mayo de 2005¹⁴.

«Respecto a la legalidad de la Resolución No. GG-11917 de diciembre 7 de 1.977, que decretó el pago de una mesada extra en el mes de diciembre a los jubilados de EMCALI (fis. 11 -I 2), se analiza :

La resolución en comento fue proferida por el Gerente General de EMCALI, como solución a la petición elevada por la Asociación de Jubilados de EMCALI- AJUPEMCALI.

Por la referencia en la parte motiva a la Ley 4 de 1.976 que consagra la mesada legal adicional a los jubilados y dada la naturaleza de los destinatarios, se tiene que su reconocimiento tiende a incrementar en su monto los reconocimientos económicos originados con el riesgo de vejez, por lo tanto sin lugar a dudas éste beneficio tiene la categoría de prestación social.

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", Consejero ponente: Jesús María Lemos Bustamante, Bogotá D.C., doce (12) de mayo de dos mil cinco (2005). Radicación número: 76001-23-31-000-2001-01732-01(1964-04).

Radicación: 76001-23-31-000-2010-01329-02
Actor: EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI - EMCALI EICE E.S.P.
Tercero interesado: Jaime Sandoval Aguayo

En cuanto a la competencia para crear o modificar prestaciones sociales de los servidores del estado a nivel nacional, departamental o municipal, sólo puede ser establecido por el Congreso o el Presidente de la República en uso de las facultades extraordinarias; en este sentido la Corporación ha sido reiterativa y normativamente el soporte de éste criterio jurisprudencias radica en:

a.- La Constitución Nacional de 1.886, en los siguientes artículos:

"ART. 62. - La ley determinará los casos particulares de incompatibilidad de funciones; los de responsabilidad de los funcionarios y modo de hacerla efectiva; las calidades y antecedentes necesarios para el desempeño de ciertos empleos, en los casos no previstos por la Constitución; las condiciones de ascenso y de jubilación y la serie de servicios civiles o militares que dan derecho a pensión del tesoro público".

"ART. 76 Corresponde al Congreso hacer las leyes.

Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones: ...

g).~ Determinar la estructura de la administración nacional mediante la creación de ministerios, departamentos administrativos y establecimientos públicos, y fijar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, así como el régimen de sus prestaciones sociales,

10).- Regular los otros aspectos del servicio público, tales como los contemplados en los artículos 62, 132 y demás preceptos constitucionales,..."

b.- La Ley 6 de 1.945, artículo 22 dice:

"El Gobierno, teniendo en cuenta la condición económica de los respectivos Departamentos, Intendencias, Comisarías y Municipios, señalará por medio de decreto las prestaciones que hayan de pagar a los empleados y obreros correspondientes".

c.- El Decreto 1333 de 1.986, artículo 291 reza:

" El régimen de prestaciones sociales de los empleados públicos municipales será el que establezca la ley, qué también dispondrá lo necesario para que, dentro del marco de su autonomía administrativa, los municipios provean al reconocimiento y pago de dichas prestaciones".

Por lo tanto, los servidores de EMCALI, al igual que los demás del municipio, están sujetos para efectos de reconocimiento del derecho a disfrutar de la pensión de jubilación y sus modificaciones como lo será la mesada extra de diciembre (diferente a la legal ya establecida), a las disposiciones que sobre la materia disponga el legislador.

Como la Resolución No. GG-11917 fue expedida por el Gerente General de EMCALI, se ha de concluir que el referido acto administrativo no tiene

Radicación: 76001-23-31-000-2010-01329-02
Actor: EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI - EMCALI EICE E.S.P.
Tercero interesado: Jaime Sandoval Aguayo

sustento válido, porque no es una disposición con categoría de ley, debiendo declararse la nulidad como lo dispuso la sentencia materia de apelación.

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.*

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 u 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.

Al no existir duda alguna sobre que el establecimiento o modificación de todo régimen prestacional debía ser originado en la ley o en acto de igual jerarquía, la Junta Directiva de EMCALI no podía legalmente asumir esa atribución, por lo cual el acto acusado es nulo, debiendo mantenerse lo dispuesto por el A – quo.».

Las anteriores decisiones judiciales implicaron que la norma extralegal que sirvió de sustento al reconocimiento pensional en lo que se refiere al porcentaje de liquidación desapareció del marco jurídico ya que la declaración de nulidad deja sin efectos el acto desde su expedición, en tanto que la sentencia que

Radicación: 76001-23-31-000-2010-01329-02
Actor: EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI - EMCALI EICE E.S.P.
Tercero interesado: Jaime Sandoval Aguayo

declara la nulidad de una norma tiene efectos *ex tunc* y *erga omnes* como quiera que elimina la disposición del ordenamiento jurídico, de tal forma que puede considerarse que ésta nunca existió, pues la nulidad es originaria e insaneable.

En torno a los efectos que produce la declaración de nulidad y haciendo una comparación con los efectos que genera la inexecutable, la Sección Primera del Consejo de Estado en sentencia del 10 de mayo de 1974 señaló:

«La diferencia de efectos entre la declaración de nulidad, y la de inexecutable, resulta clara, porque aquella parte del supuesto de que la norma viciada no ha tenido existencia jamás, por lo cual todo debe ser retrotraído al estado anterior a su vigencia. En cambio la declaratoria de inexecutable no desconoce la realidad de la vigencia anterior de la norma inexecutable, dado el presupuesto fundamental de la unidad del orden jurídico conforme al cual, la norma superior permite la vigencia condicional de norma 'antinormativa', de donde se deriva que la sentencia de inexecutable no implique el desconocimiento de las situaciones jurídicas constituidas con anterioridad.»

Así pues, resulta claro que al quedar en firme la sentencia que declaró la nulidad del artículo 4 numeral 3 de la Resolución 0104 de 14 de octubre de 1983 proferida por EMCALI, la disposición en que se fundaba el derecho desapareció del mundo jurídico, por lo que se reputa que tal previsión nunca existió.

Empero, no puede olvidarse que el régimen de transición establecido en el artículo 146 de la Ley 100 de 1993, que dispuso el respeto a las situaciones jurídicas individuales definidas por disposiciones municipales o departamentales, necesariamente cobijó aquellas situaciones similares en donde normas de orden territorial crearon condiciones especiales para acceder a la pensión de jubilación (por tiempo de servicio, edad y monto) apartándose de las competencias señaladas en la Constitución y en la ley.

Radicación: 76001-23-31-000-2010-01329-02
Actor: EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI - EMCALI EICE E.S.P.
Tercero interesado: Jaime Sandoval Aguayo

Tales situaciones, fueron en su mayoría, contempladas por normas emitidas con falta de competencia de las entidades, situación que se configura en el *sub lite*, en donde la Junta Directiva de EMCALI señaló un tope pensional superior al contenido en el régimen pensional vigente. Para esos casos, es que el artículo 146 previó la convalidación en respeto de los derechos adquiridos, cuya aplicación se ha entendido, cobija aquellas situaciones configuradas hasta el 30 de junio de 1997, dependiendo de la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 en las entidades territoriales.

Significa lo anterior que se está en presencia de un escenario en donde los efectos *ex tunc* de la declaratoria de nulidad de la Resolución 104 de 1983¹⁵ se entrecruzan con los efectos protectores que quiso dar el legislador a través del artículo 146 de la Ley 100 de 1993, situación que debe resolverse e interpretarse a la luz de postulados constitucionales y con ello, de los derechos fundamentales del tercero interesado quien hoy cuenta con más de 88 años de edad, en tanto se discute su derecho a la seguridad social y al mínimo vital.

Como en reiteradas oportunidades se ha sostenido, esta determinación obedece a que el régimen jurídico de las nulidades respecto de los actos que reconocen pensiones ilegales, no puede compartir idénticas consecuencias con el esquema clásico de la nulidad, según el cual las cosas vuelven al estado anterior al de la expedición del acto retirado del ordenamiento jurídico, pues con una decisión semejante se pondrían en entredicho los derechos fundamentales señalados que encuentran abrigo por la Carta Política.

Fuerza concluir de lo anterior, que pese a que la Resolución 104 de 1983 fue declarada nula, es evidente que la situación pensional del señor Jaime Sandoval Aguayo ya había sido convalidada por el legislador atendiendo al artículo 146 de la Ley 100 de 1993, en tanto que el reconocimiento pensional ocurrió el 28 de febrero de 1984, es decir antes de proferirse la sentencia del

¹⁵ Que como se dijo son *ex tunc*, lo que impone pensar en principio, que operó el decaimiento del acto administrativo de reconocimiento pensional en tanto que desapareció del mundo jurídico el sustento normativo sobre el que se fundaba.

Radicación: 76001-23-31-000-2010-01329-02
Actor: EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI - EMCALI EICE E.S.P.
Tercero interesado: Jaime Sandoval Aguayo

Consejo de Estado el 2 de octubre de 1996. En este sentido se convalidará la pensión pues el derecho se configuró antes del 30 de junio de 1997, pero también fue reconocido antes de emitirse el fallo del Consejo de Estado que declaró la nulidad de la Resolución No. 104 de 14 de octubre de 1983.

Por ello, es viable considerar que los efectos jurídicos de los actos que reconocieron pensiones de jubilación con base en la Resolución 104 de 1983, proferidos antes de la declaratoria de nulidad de aquella, se mantuvieron en la vida jurídica por virtud de la Ley 100 de 1993, artículo 146.

En este orden de ideas y como quiera que la situación pensional del tercero interesado se encontraba ya definida con antelación al pronunciamiento del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, se concluye que al señor Jaime Sandoval Aguayo le asiste la garantía del respeto a sus derechos adquiridos.

Ahora bien, debe precisarse que al legalizar las pensiones atípicamente reconocidas, no aclaró el Legislador que algunos de los aspectos que involucran dichas pensiones quedaran al margen de los ordenamientos generales que eventualmente les resultaren aplicables, por el contrario la convalidación en comento se dio en integridad sin exclusión alguna respecto de los diferentes elementos de la pensión regulados también por las normas extralegales, tales como la edad, el tiempo de servicios, el monto y los factores base de liquidación pensional, razón por la que no es posible desmembrar el derecho reconocido y convalidado para examinar y restringir parte del mismo a la luz del régimen general que resultara aplicable.

Todo lo anterior, impone confirmar la sentencia apelada, por las razones acá expuestas, esencialmente para no poner en riesgo los derechos a la seguridad social de un pensionado perteneciente a la tercera edad.

Radicación: 76001-23-31-000-2010-01329-02
Actor: EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI - EMCALI EICE E.S.P.
Tercero interesado: Jaime Sandoval Aguayo

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

FALLA

CONFÍRMASE por las razones expuestas, la sentencia de 14 de abril de 2015, proferida por la Sala de Descongestión Laboral del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, dentro del proceso instaurado por las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI - EMCALI EICE E.S.P., contra el señor Jaime Sandoval Aguayo.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha


GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ


WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ


RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

