



200

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “B”

CONSEJERA PONENTE: DRA. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D.C., 7 de noviembre de 2019

Radicación No.	76001-23-31-000-2010-00977-02
Número Interno:	2607-2016
Demandado:	Empresas Públicas Municipales de Cali¹ – EMCALI ESP.
Demandado:	Nelson Ramírez Vásquez
Tema:	Pensión Extralegal a empleados públicos– convalidación por mandato del legislador – artículo 146 de la Ley 100 de 1993

1. Decide la Sala² el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 19 de octubre de 2015, dictada por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca – Sala de Descongestión, que negó las pretensiones de la demanda encaminadas a la nulidad del acto de reconocimiento pensional del demandado y consecuenciales.

ANTECEDENTES

Pretensiones.-

2. EMCALI por conducto de apoderado especial, presentó demanda en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en modalidad de lesividad contra Nelson Ramírez Vásquez, con el fin de obtener la nulidad de la Resolución No. 973 del 28 de abril de 1995, expedida por el Gerente Administrativo de la entidad actora, mediante la cual se le reconoció al demandado una pensión mensual de jubilación.

3. A título de restablecimiento del derecho, EMCALI solicitó ordenar la reliquidación de la pensión reconocida a la parte demandada 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

¹ En adelante EMCALI.

² Ingresó al despacho para fallo, el 19 de junio de 2019, folio 199.

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.

Fundamentos fácticos.-

Para mejor entendimiento, la Sala sintetiza los hechos narrados en la demanda así:

4. Indicó que el demandado prestó sus servicios a la entidad demandante del 26 de diciembre de 1974 hasta el 30 de diciembre de 1994, siendo su último cargo el de Oficial Cuentas de Personales, Departamento de Mantenimiento de Alcantarillado, Gerencia de Acueducto y Alcantarillado, Categoría 052 Cargo 192005, Posición 001 Code 14120400.

5. Señaló, que mediante Resolución No. 973 del 28 de abril de 1995, expedida por el Gerente Administrativo de EMCALI, y al considerarse 20 años de servicio oficial y 50 años de edad, se le reconoció una pensión de jubilación en monto del 90% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios, conforme a la convención colectiva vigente, con efecto a partir del 30 de diciembre de 1994.

6. En este orden, precisó que el reconocimiento del derecho se hizo con fundamento en el contenido de la Resolución 0104 del 4 de octubre de 1983, proferida por el entonces Presidente de EMCALI, 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, y que en su juicio vicia el reconocimiento pensional.

Normas violadas y concepto de la violación.-

Como disposiciones violadas citó las siguientes:

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.

201

7. Como sustento de la nulidad pedida, alegó que EMCALI estuvo constituida 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 1994³; 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 como régimen legal de sus servidores el de los trabajadores oficiales; y que excepcionalmente ostentarían la calidad de empleados públicos quienes desarrollaren actividades de dirección, confianza y manejo.

8. También precisó, que la resolución demandada hizo el reconocimiento pensional al accionado al margen de la regulación dispuesta en la Constitución y la ley, sustentándose solamente en una Convención Colectiva, 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 decisión del Consejo de Estado. 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.

Contestación de la demanda.-

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

10. Afirmó que al momento de reconocer y ordenar el pago de la pensión mensual vitalicia de jubilación al demandado, se encontraba vigente la Resolución 0104 del 4 de octubre de 1983, emanada la Junta Directiva de la demandante, en cuya virtud, se le hizo extensivo el derecho a los empleados públicos de la entidad en monto equivalente al 90% del total devengado durante el último año de servicio.

³ Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones.

11. En este orden, destacó que con la promulgación de la Ley 100 de 1993, cuya vigencia inició 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 para los empleados públicos, que habían sido reconocidas con antelación a la puesta en operación del Sistema Integral de Seguridad Social actual, e inclusive hasta el 30 de junio de 1997.

12. De este modo, la pensión del demandado quedó a salvo con lo dispuesto en el artículo 146 de la Ley 100 de 1993, al consolidarse el 1º de octubre de 1996.

Sentencia de primera instancia.-

13. El tribunal de instancia, negó las suplicas de la demanda bajo los siguientes argumentos:

14. Efectuado un recuento normativo respecto de la competencia para la fijación del régimen pensional de los empleados públicos, señaló que el artículo 146 de la Ley 100 de 1993 reguló la convalidación de las pensiones extralegales, que se presenta en aquellas circunstancias jurídicas de carácter individual que se hubieran concedido con fundamento en disposiciones territoriales.

15. Teniendo en cuenta que el derecho pensional de la demandada quedó consolidado el **30 de diciembre de 1994**, por cumplir los requisitos de tiempo de servicio y edad para jubilación, con anterioridad al 30 de junio de 1997, concluyó que el acto administrativo de reconocimiento de su pensión quedó amparado por la convalidación dispuesta por el artículo 146 de la Ley 100 de 1993.

16. 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, exp. 11697, y que le sirvió de soporte a la resolución de reconocimiento pensional, afirmó que sus efectos no pueden afectar situaciones jurídicas particulares; pues para esa fecha el demandado ya había adquirido el estatus pensional.

202

Recurso de apelación.-

El apoderado de EMCALI, interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, a efecto de que sea revocada y en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda, indicando:

17. En cuanto al régimen pensional aplicable al demandado, insistió 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 estatus pensional, exigiéndose 55 años de edad y 20 de servicio oficial. Sin embargo, aquel se pensionó con menos de la edad requerida, y en monto superior al previsto en la ley.

18. Respecto de la calidad del accionado, 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 era de trabajador oficial al momento del reconocimiento de la pensión; señalando además, que la previsión del artículo 146 de la Ley 100 de 1993, no cobijaba derechos pensionales derivados de convenciones sino de actos administrativos generales.

19. 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, los efectos emanados del mismo debían cesar.

Alegatos de la instancia y concepto del Ministerio Público.-

20. La parte demandante, guardó silencio.

21. La parte demandada, también guardó silencio.

22. El Ministerio Público rindió concepto en la causa insistiendo en la exactitud y pertinencia de la decisión de primera instancia, pidiendo la confirmación de la sentencia apelada, agregando además que existe jurisprudencia reiterada sobre la convalidación de pensiones originadas en

normas extralegales siempre que fueren alcanzadas antes del 30 de junio de 1997.

23. Agotada como se encuentra la instancia, sin observar causales de nulidad que invaliden lo actuado, la Sala procede a resolver el asunto, para lo cual se tiene en cuenta las siguientes,

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

24. A partir del recurso de apelación interpuesto por la entidad demandante, la Sala encuentra que el problema jurídico que deberá resolverse, converge en determinar qué pensiones de origen extralegal, aun beneficiando a empleados públicos, quedaron salvaguardadas en virtud de lo establecido en el artículo 146 de la Ley 100 de 1993.

25. Para resolver el anterior, la Sala abordará el análisis de los siguientes temas: *(i)* De la competencia para la fijación del régimen pensional de los empleados públicos; *(ii)* De las situaciones pensionales definidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993; *(iii)* De la naturaleza jurídica de EMCALI y, *(iv)* De la solución del caso concreto.

Competencia para la fijación del régimen pensional.

26. El artículo 150, numeral 19, literal e), de la Constitución Política de 1991, dispone, que 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 públicos⁴, por lo que, es ilegal cualquier disposición, instrumentada en: (i) normas de carácter local como ordenanzas, acuerdos municipales, resoluciones o acuerdos de establecimientos públicos, nacionales o departamentales, que regulen la materia; o, (ii) convenciones

⁴ 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."

203

colectivas suscritas por los sindicatos de empleados públicos que establezcan disposiciones relativas a este tópico.

27. 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.

28. 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.

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

29. 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)⁵ 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).

30. 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. (...)»

31. En consecuencia, el legislador consagró **una protección especial** para aquellas personas que con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 adquirieron el derecho pensional con fundamento en normas municipales y departamentales, y en ese sentido, ha de tenerse claro que con fundamento en ello, la situación de muchos quedó consolidada con arreglo a las disposiciones que, a pesar de presumirse legales, contrariaban el ordenamiento jurídico, respecto de la definición del régimen prestacional de los empleados públicos; pero que en garantía de los derechos adquiridos es razonable su protección.

32. De este modo, 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 146⁶, así: (i)

⁵ Expresión entre paréntesis declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-410 de 1997.

⁶ Estos dos eventos fueron objeto de pronunciamiento de exequibilidad a través de la Sentencia C-410 de 28 de agosto de 1997.

204

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 1995⁷, tuvieran 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*⁸.

33. 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 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 1997**⁹.

34. De otra parte, para determinar si las convenciones colectivas están dentro de aquellas situaciones que convalidó el artículo 146 de la Ley 100 de 1993, es necesario recordar que ésta sección mediante sentencia de 29 de septiembre de 2011¹⁰, unificó la postura sobre el tema al considerar que no se puede dejar de lado, que en el sector territorial, existieron múltiples regulaciones que, aún sin competencia, regularon y crearon beneficios de índole pensional, y, por supuesto, se permitió la suscripción y el amparo de convenciones colectivas que han beneficiado y aplicado de manera general

⁷ Parágrafo del artículo 151 de la Ley 100 de 1993.

⁸ 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.

⁹ 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."

¹⁰ 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.

no sólo a los trabajadores oficiales, sino que también, a los empleados públicos.

35. En virtud de lo expuesto, se puede afirmar que si bien las decisiones administrativas locales para la regulación del régimen pensional de los empleados públicos, hacia la extensión de beneficios convencionales a éstos; transgreden el marco de competencias definido para el efecto en la Constitución, los derechos pensionales otorgados en tal virtud, fueron convalidados 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, siempre que su consolidación hubiere ocurrido antes del 30 de junio de 1997.

De la naturaleza jurídica de EMCALI.

36. 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.

37. El primero de ellos, data desde la expedición del Acuerdo No. 50 de 1 de diciembre de 1961¹¹, 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.

38. Como establecimiento público del orden municipal, 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.

39. Por otra parte, es preciso indicar que el parágrafo 1º del artículo 17¹² de

¹¹ Modificado por los Acuerdos Nos. 82 de 1987 y 21 de 1992 del Concejo Municipal de Santiago de Cali. Folios 18 a 35.

¹² **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*

205

la Ley 142 de 1994, ordenó la 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.

40. Por lo anterior, el Concejo Municipal de Santiago de Cali, mediante Acuerdo No. 14 de 26 de diciembre de 1996¹³, 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.

41. 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 empresa¹⁴.

42. En este orden, el régimen laboral de sus funcionarios sería entonces el señalado por el artículo 5¹⁵ del Decreto 3135 de 1968, por remisión expresa que hiciera el artículo 41¹⁶ de la mencionada Ley 142 de servicios públicos.

43. 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

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.

¹³ Folios 36 a 54.

¹⁴ 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

¹⁵ **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.

¹⁶ **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.

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, y por excepción lo que tenían relación legal y reglamentaria.

44. 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.

Del caso concreto.

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

45. Está probado, que el demandado prestó sus servicios como empleado público de EMCALI del 26 de diciembre de 1974 hasta el 30 de diciembre de 1994¹⁷, es decir cuando ésta última entidad era un establecimiento público del orden municipal, predicándosele una relación legal y reglamentaria, tal como lo dispone el artículo 5º del Decreto Ley 3135 de 1968; pues se recuerda que la transformación a empresa industrial y comercial del Estado por virtud del Acuerdo 014 de 1996, operó a partir del 1º de enero de 1997. El último cargo fue el de Oficial Cuentas de Personales, Departamento de Mantenimiento de Alcantarillado, Gerencia de Acueducto y Alcantarillado, Categoría 052 Cargo 192005, Posición 001 Code 14120400.

46. Para el momento del reconocimiento pensional efectuado mediante Resolución No. 973 del 28 de abril de 1995¹⁸, con efecto desde el 30 de diciembre de 1994; el demandado había laborado por más de 20 años al sector oficial, todos al servicio de EMCALI, y además tenía más 50 años de edad pues según aquel acto nació el 26 de septiembre de 1944, 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

¹⁷ Folio 12.

¹⁸ Folios 11 a 13.

206

1985, que exigía 55 años cumplidos, y también porque el monto del 90% superó el legal del 75% previsto en la norma en mención.

47. Por su parte, el accionado planteó en la instancia 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 en el sector oficial y 50 años de edad, y el monto se fijó conforme a lo dispuesto en la convención colectiva.

48. 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 siguiente¹⁹:

«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 cumpliera 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 devengados por el trabajador en el último año de servicio.

(...)»

49. Para la Sala, es importante mencionar que la Resolución 104 del 4 de octubre de 1983²⁰, por medio de la cual se hicieron extensivos los efectos de la convención colectiva a los empleados públicos de EMCALI, 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

¹⁹ Ver folio 72.

²⁰ Folio 15 a 17.

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 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.»

50. Lo anterior, 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*.

51. En torno a los efectos que produce la declaración de nulidad de un acto general y comparándolos con los que genera la inexecutable de la ley, 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 (...)»²¹

52. 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

²¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, subsección "A", sentencia del 26 de julio de 2012, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, expediente 1948-09.

207

1983 proferida por la Junta directiva de EMCALI, el acto administrativo que soportaba la pensión demandado en el *sub-lite*, desapareció del mundo jurídico, por lo que se reputa que tal previsión nunca existió.

53. Sin embargo, es pertinente hacer alusión a los efectos de la sentencia que declara la nulidad de un acto administrativo general, que tal como se precisó, son *ex tunc*, esto es, retroactivos. Pero 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.

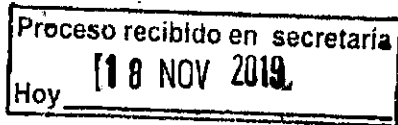
54. De ahí que, se distinga la situación del decaimiento del acto cuando desaparecen sus fundamentos de derecho, ocasionando que pierda el carácter ejecutorio y de ejecución, del control de legalidad que conlleve a la declaratoria de nulidad del acto, y que es privativo de esta jurisdicción por mandato expreso de la Constitución Política²², siendo la única herramienta que extingue a los actos viciados del ordenamiento jurídico.

55. En el anterior orden de ideas, debe insistir la Sala, que el artículo 146 de la Ley 100 de 1993 dispuso el respeto a las situaciones pensionales 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 los requisitos antes vistos, en cuya virtud es viable su protección.

56. Descendiendo en el caso, y teniendo en cuenta las precisiones hechas en esta providencia, es evidente que el demandado adquirió su **status pensional** el 30 de diciembre de 1994 siendo empleado público, y momento para el cual contaba con 20 años de servicio oficial en las Empresas Municipales de Cali, EMCALI, además de tener cumplidos 50 años de edad.

57. Por ello, es viable considerar que los efectos jurídicos de los actos que

²² Artículo 238 superior.



reconocieron pensiones de jubilación antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, y en todo caso hasta el 30 de junio de 1997, conserven su validez por virtud de la plurimencionada convalidación, caso del demandado por lo inmediatamente expuesto.

58. Consecuentes con el estudio que se ha hecho, la Sala confirmará la decisión de primera instancia sin consideración adicional.

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

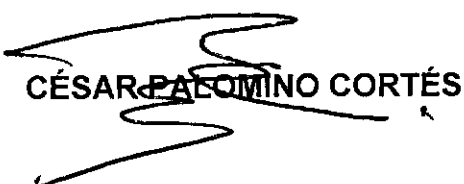
CONFIRMAR la sentencia de 19 de octubre de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca – Sala de Descongestión, que negó las pretensiones de la demanda incoada por las Empresas Municipales de Cali EMCALI hoy EICE ESP, contra Nelson Ramírez Vásquez, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

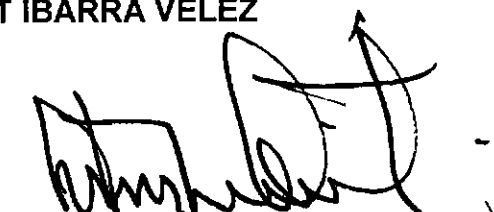
Notifíquese y Cúmplase,

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

Los Consejeros,


SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ


CÉSAR PALOMINO CORTÉS


CARMELO PERDOMO CUETER