



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO – ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA-SUBSECCIÓN A

CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá D. C., siete (7) de diciembre de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 76001-2331-000-2010-01094-02 (2552-2016)

Actor: EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI – EMCALI E.I.C.E. E.S.P.

Demandado: EMIRO COLLAZOS POLO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 19 de octubre de 2015 proferida por la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que negó las súplicas de la demanda instaurada por LAS EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI – EMCALI E.I.C.E. E.S.P., en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto administrativo por medio del cual se reconoció y concedió al señor EMIRO COLLAZOS POLO pensión de jubilación.

I. ANTECEDENTES

Por conducto de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del CCA con petición de suspensión provisional, la accionante presentó demanda con el fin de obtener la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 2319 del 11 de diciembre de 1995, proferida por la Gerencia General del Establecimiento Público EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI – EMCALI E.I.C.E. E.S.P., a través de la cual reconoció al

señor MIRO COLLAZOS POLO, una pensión de jubilación a partir del 1 de octubre de 1995.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó que se condene al demandado a reintegrarle todas las sumas pagadas, en virtud del acto administrativo que le reconoció la pensión de jubilación conforme al artículo 178 del CCA. Solicitó lo siguiente:

«Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución No. 2319 de Diciembre 11 de 1995 expedida por (sic) Gerencia administrativa del Establecimiento Público Empresas Municipales de Cali – Emcali hoy EMCALI EICE ESP.

Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, ordenar la reliquidación, el pago y reintegro a favor de Empresas Municipales de Cali EMCALI, todas las sumas de dinero pagadas como consecuencia del acto administrativo Resolución No.2319 de Diciembre 11 de 1995 expedida por la Gerencia administrativa del Establecimiento público Empresas municipales de Cali – Emcali hoy EMCALI EICE ESP, y el Departamento de Relaciones Laborales de ese entonces, por la cual se reconoció y ordenó el pago de una pensión mensual de jubilación al señor MIRO COLLAZOS POLO CC 14449665, desde el momento en que se profirió el mismo día inclusive, hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia que coloque fin a este proceso, con sus respectivos intereses y ajustes monetarios conforme al artículo 178 de C.C.A.»

1.2.- FUNDAMENTOS FÁCTICOS¹

Relató que el demandado se vinculó a LAS EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI – EMCALI E.I.C.E. - E.S.P., mediante acto administrativo de 16 de agosto de 1972, siendo su último cargo el de Auditor I categoría 095, código 020.001, Cod 11800100, en el Departamento de Auditoría Interna Contable – Gerencia de Control de Gestión.

Señaló que fue suscrita la Convención Colectiva entre los Sindicatos de trabajadores de EMCALI y la empresa con anterioridad a la vinculación del demandado, sin embargo fue beneficiado indebidamente de la misma, con el falso pretexto de ser trabajador oficial. Al efecto sostuvo que las convenciones colectivas de los trabajadores oficiales solo benefician a estos y no pueden hacerse extensivas a los empleados públicos, como es el caso del demandado.

¹ Visible a folios 58 a 60 del cuaderno principal.

Por otra parte mencionó que el 1 de octubre de 1995, a través de Resolución No.5147, expedida por la Gerencia General del Establecimiento Público Empresas Municipales de Cali, fue aceptada su renuncia al cargo de auditor I categoría 095 código 020.001, para comenzar a percibir su pensión de jubilación. Asimismo a través de Resolución No. 2319 del 11 de diciembre de 1995, expedida por la Gerencia Administrativa de la entidad, le fue reconocido el derecho a la pensión mensual vitalicia de jubilación en cuantía de un millón setecientos sesenta y cuatro mil quinientos pesos (\$1.764.500), conforme la Convención Colectiva suscrita entre EMCALI y SINTRAEMCALI entre el 1 de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1995.

Argumentó que el contenido de la resolución mediante la cual le fue reconocida la pensión tomó como base la Resolución No.0104 de 4 de octubre de 1983, que fue sustraída del ordenamiento jurídico por orden judicial que declaró su nulidad y en ese sentido se acentúa la ilegalidad de la resolución que reconoció la prestación pensional del demandado.

También expuso que, en su momento, la entidad reconoció que el demandado prestó sus servicios al Estado por un periodo de 23 años, 1 mes y 15 días y conforme al registro civil de nacimiento aportado se encontró que al momento en que se le otorgó la pensión vitalicia de jubilación tenía 50 años de edad. En virtud de lo anterior el demandado pudo acceder a la pensión, sin embargo en su entender no tenía la edad requerida por la Ley 33 de 1985, sumado a que en la liquidación que se efectuó, se estableció una base por encima del monto legal, puesto que no se promedió el tiempo que señala dicha norma y en materia de factores salariales no se aplicaron los que corresponden a los empleados del orden territorial.

1.3.- DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN²

Se invocó en la demanda la violación del preámbulo y de los artículos 1º, 2º, 4º, 48, 83, y 150 numeral 19 literal e) de la Constitución Política; 15, 18, 20, 21, 31, 33, 34 y 1º de la Ley 33 de 1985; 3º, 4º, 414, 416 y 467 del Código Sustantivo del Trabajo.

² Folios 60 y siguientes del cuaderno principal.

Argumentó en síntesis que el reconocimiento pensional a favor del señor MIRO COLLAZOS POLO, fue inconstitucional e ilegal porque sobre la Resolución No.0104 de 4 de octubre de 1983, artículo 4°, numeral 3°, soporte jurídico del acto administrativo que reconoció derechos pensionales al demandado, fue declarada la nulidad ya que en su momento EMCALI se subrogó facultades que no le eran propias.

Así mismo expuso que dicho reconocimiento pensional se basó en una convención colectiva que sólo debía aplicarse a los trabajadores oficiales y en el caso particular el demandado tenía la calidad de empleado público. Además el demandado se pensionó sin cumplir los requisitos exigidos por la Ley 6 de 1945 y la Ley 33 de 1985, normativa a la que debía someterse por ser empleado público.

Finalmente indicó que el monto porcentual en el que se le concedió la pensión fue otorgado de manera irregular por incluir factores que no son salariales y comprender sumas de carácter convencional, sobre las cuales el demandado no cotizó a la Caja de Previsión.

1.4.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA³

El apoderado del demandado se opuso a las pretensiones y sostuvo que en virtud del principio de legalidad y la teoría de los derechos adquiridos, se debe respetar la pensión de jubilación otorgada por la entidad. Al efecto argumentó que al momento de obtener la pensión, el señor COLLAZOS POLO, se encontraba vigente la Convención Colectiva de Trabajo Única 1994-1995, artículo 108, que consagró la cuantía de la pensión con el promedio del 90%, así mismo la Resolución No.0104 de 14 de octubre de 1983, artículo 4°, numeral 3° y el Acuerdo No.050 del 01 de diciembre de 1961 del Concejo Municipal de Santiago de Cali.

En ese sentido expuso que no es imputable al accionante haber violado una presunción de buena fe ya que cumplía los requisitos necesarios al momento de obtener la pensión de jubilación. Manifestó que la legitimidad de su derecho adquirido pensional está fundado en la ley, en la jurisprudencia y en los principios de buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica.

³ Visible a folios 102 a 109 cuaderno principal.

Propuso como excepciones las que denominó: carencia de derecho sustancial, e innominada.

II. LA SENTENCIA APELADA⁴

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, Sala de Descongestión, en providencia de 19 de octubre de 2015, denegó las pretensiones de la demanda con fundamento en la sentencia C-410 de 28 de agosto de 1997, que estableció que las situaciones que se consolidaron o adquirieron antes del 30 de junio de 1995 con fundamento en normas municipales o departamentales, pese a su naturaleza extralegal, quedan amparadas por lo dispuesto en el artículo 146 de la Ley 100 de 1993.

En ese sentido advirtió que la Resolución No.2319 del 11 de diciembre de 1995, por medio de la cual se reconoció y ordenó el pago mensual de jubilación del demandante con base en el 90% del promedio de los salarios y primas de toda especie percibida durante el último año de servicios, está amparada por la figura de convalidación consagrada por el artículo 146 de la Ley 100 de 1993 y en consonancia con la sentencia C -410 de 28 de agosto de 1997, dado que el señor COLLAZOS POLO al 28 de agosto de 1997 ya se encontraba en una situación jurídica definida y en ese sentido dicha resolución no es ilegal.

III. RECURSO DE APELACIÓN⁵

El apoderado judicial de la entidad demandante interpuso recurso de alzada, toda vez que consideró que el régimen general de pensiones aplicable es el contemplado en la Ley 33 de 1985, es decir que para acceder a la pensión, el demandado debía acreditar los 55 años de edad y 20 años de servicio, supuesto que no se cumplió, dado que el mismo pese a que tenía más de 20 años de servicio, solo tenía 50 años de edad y sin embargo le fue reconocida la pensión de jubilación a partir del 11 de diciembre de 1995.

⁴ Visible a folios 157 a 167 cuaderno principal.

⁵ En escrito que obra a folios 279 y s.s. del cuaderno principal.

Al efecto expuso que a la parte demandada no le era posible beneficiarse de las prebendas contenidas en la convención colectiva, dado que tenía la calidad de empleado público y no de trabajador oficial, condición esencial para acceder a la misma. En ese sentido los Decretos 3135 de 1968, artículo 5 y el 1848, artículo 2, definieron que las personas que prestan sus servicios a establecimientos públicos son empleados públicos.

Sumado a lo anterior, argumentó que, conforme al artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo, donde se expone que los sindicatos de empleados públicos no pueden presentar pliegos de peticiones ni beneficiarse de convenciones colectivas, no se podía otorgar al demandado las prerrogativas de la convención colectiva y en virtud de ello no se puede entender que se está frente a derechos adquiridos.

Por otra parte alegó que la Resolución No.104 del 4 de octubre de 1983 fue declarada nula por parte del Consejo de Estado y al desaparecer el fundamento jurídico del mismo queda inmerso en la causal 66, numeral 2 del C.C.A., conforme a ello expuso que la declaración de nulidad no es meramente declarativa sino constitutiva y en ese sentido «no se limita a manifestar que no se han cumplido con los presupuestos legales, sino que destruye el acto y su eficacia para su futuro y para pasado el tiempo de su expedición».

Así las cosas, concluyó que el demandado tiene derecho al reconocimiento pensional de conformidad con la Ley 33 de 1985 y normas concordantes con el tope máximo definitivo para la pensión del 75%.

IV. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

La parte demandada y la parte demandante guardaron silencio.

El Ministerio Público representado por la Procuradora Segunda Delegada ante esta Corporación señaló que el fallo proferido por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca debe ser confirmado, toda vez que el demandado cumplió con los requisitos extralegales exigidos para pensionarse y porque su situación se encuentra amparada por el artículo 146 de la Ley 100 de 1993, que convalidó la ilegalidad de las

situaciones jurídicas individuales definidas por disposiciones territoriales, por lo que en el presente caso es posible aplicar esa normativa en razón a que el derecho pensional del accionado se consolidó antes del 30 de junio de 1997 y ello constituye un derecho adquirido.

Agotado el trámite procesal y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir previas las siguientes,

V. CONSIDERACIONES

1.- PROBLEMA JURÍDICO

La controversia se contrae a determinar si la pensión de jubilación reconocida al señor EMIRO COLLAZOS POLO encuentra amparo en lo previsto por el artículo 146 de la Ley 100 de 1993, pese a que se concedió con base en la Resolución No. 104 de 14 de octubre de 1983 proferida por la Junta Directiva de EMCALI, que fue declarada parcialmente nula.

A fin de desatar esta controversia, inicialmente se verificará la naturaleza jurídica de la entidad demandante, la competencia para regular el régimen prestacional de los empleados públicos del orden territorial y los efectos de la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 104 de 1983, para luego relacionar los medios de convicción que obran en el proceso y, finalmente determinar si a la entidad le asiste razón en lo que pretende.

2.- NATURALEZA JURÍDICA DE EMCALI EICE E.S.P.

Conforme a la jurisprudencia reiterada de esta Sección⁶, EMCALI se constituyó como un establecimiento público por virtud del Acuerdo 014 de 26 de diciembre de 1996

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia de 26 de junio de 2008. Radicado 2926-05. Consejera Ponente Bertha Lucia Ramírez de Páez. En esta decisión se determinó "...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. (...)// 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. // 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".

proferido por el Concejo Municipal de Cali; que a partir del **1° de enero de 1997** se transformó en Empresa Industrial y Comercial del Estado, según lo ordenó el parágrafo del artículo 17 de la Ley 142 de 1994 -de Servicios Públicos Domiciliarios-; sus servidores son trabajadores oficiales y por excepción empleados públicos según lo ordenen sus órganos de dirección (juntas directivas, asambleas) en los estatutos respectivos y, cuyo régimen laboral es establecido en el artículo 5° del Decreto-Ley 3135 de 1968 según la remisión expresa del artículo 14 de la referida ley.

3.- COMPETENCIA PARA REGULAR EL RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS DEL ORDEN TERRITORIAL

Como esta Sección lo ha considerado en varias oportunidades⁷, antes de la Constitución de 1991, la competencia para fijar el régimen prestacional tanto de los empleados nacionales como de los territoriales estaba exclusivamente atribuida a la ley, de manera que, su determinación correspondía privativamente al Congreso de la República sin distinción del sector al cual pertenecieran, pero, a partir de la expedición de la Carta Política actual, el régimen prestacional de los empleados públicos del nivel territorial lo establece el Gobierno de conformidad con la ley, en virtud de la competencia conjunta derivada del literal e) del numeral 19 de su artículo 150, habilitada por el artículo 12 de la Ley 4ª de 1992, dictada en desarrollo de aquel.

Así, ni en vigencia de la Constitución de 1886 ni a partir de la Carta Política de 1991, podían las entidades territoriales expedir actos de reconocimiento pensional con fundamento en acuerdos internos o extralegales, pues no les asistía ninguna facultad para ello.

Ahora bien, en principio, la norma aplicable a los empleados de los niveles departamental y municipal era la Ley 6ª de 1945, que establecía como requisito para tener derecho a la pensión, sin distingo de sexo, la edad de 50 años y 20 años de labor continua o discontinua al servicio del Estado.

Luego, 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

⁷ Ver sentencia de 11 de febrero de 2015. Radicado: 3787-13. Demandante: EMCALI SA ESP. Demandado: César Augusto Bonilla Aragón. Consejero Ponente: Dr. Gustavo Gómez Aranguren.

que señaló, en el evento de pensiones por aportes, 55 años para mujeres y 60 años para hombres.

El párrafo 2º del artículo 1º 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 29 de enero de 1985, hubieren cumplido 15 años continuos o discontinuos de servicio, pues, a ellos se les continuarían aplicando las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad, que para el caso de los empleados territoriales, es la Ley 6ª de 1945.

Con la expedición de la Ley 100 de 1993, se organizó el Sistema General de Pensiones, por virtud del cual, conservaron todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, quienes a la fecha de vigencia de la misma cumplieron los requisitos para acceder a una pensión o fueron 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 cumplimiento de 55 años de edad para las mujeres y 60 años para los hombres, con una cotización mínima de 1000 semanas en cualquier tiempo⁸. Para reducir los efectos del tránsito legislativo y garantizar el derecho pensional de algunos empleados, se previó el régimen de transición dispuesto en su artículo 36, según el cual, la edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicio, el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión se determinarían por el régimen anterior al que se encontraran afiliados quienes al momento de entrar en vigencia dicho sistema general, hubieren cumplido 35 años de edad, si son mujeres, y 40 años, si fueren hombres o hubieren acumulado por lo menos 15 años de servicios cotizados.

Las anteriores disposiciones definen, según el caso, el régimen pensional aplicable a

⁸ "Artículo 33. Requisitos para obtener la pensión 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 (...)"

los empleados públicos del orden departamental, municipal y distrital.

Sin embargo, como en el nivel territorial coexistían regímenes prestacionales extralegales contrarios al ordenamiento superior, esta Sala consideró tener en cuenta que el artículo 146 de la Ley 100 de 1993 decidió avalar las situaciones jurídicas consolidadas conforme a los ordenamientos establecidos por las entidades descentralizadas, como una protección a los derechos adquiridos de acuerdo con disposiciones normativas preexistentes.

Cabe resaltar que la Ley 100 de 1993 cobró vigencia en el nivel territorial, según lo determina su artículo 151, desde el 30 de junio de 1995; por consiguiente, sólo 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 del artículo 146⁹, que permitía la consolidación del derecho dentro de los dos años siguientes a la vigencia del Sistema General de Seguridad Social.

Pero, a pesar de la decisión de la Corte, esta Sala concluyó, con fundamento en el artículo 45 de la Ley 270 de 1996, que el referido aparte que declaró inexecutable, 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 decisión¹⁰.

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 Pensional en cada entidad territorial, se deben garantizar de conformidad con lo dispuesto en el artículo 146 citado.

Además, la Sección concluyó¹¹ que los reconocimientos pensionales individuales

⁹ "Ley 100 de 1993. 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". (Se destaca el aparte declarado inexecutable).

¹⁰ Proceso D0001585. Desfijación edicto 17 de septiembre de 1997.

¹¹ Sentencia de 29 de septiembre de 2011. Radicado: 2434-2010. Demandante: Universidad del Atlántico. Demandado: Julia Lourdes Llanos Borrero.

sustentados en convenciones colectivas también están comprendidos dentro de los supuestos establecidos por el artículo 146 de la Ley 100 de 1993.

4.- DE LA NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN No. 104 DE 14 DE OCTUBRE DE 1983 Y SUS EFECTOS

En esta resolución¹² la Junta Directiva de EMCALI concedió beneficios extralegales a sus empleados públicos. En efecto, el numeral 3° de su artículo 4° estableció que “Con retroactividad al 1° de Enero de 1983, aplíquense los siguientes beneficios a favor de todos los Empleados Públicos de las Empresas Municipales de Cali, EMCALI: (...) 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”.

El referido acto al igual que la Resolución No. GG-11917 de 7 de diciembre de 1977 que también profirió la empresa demandante, fueron declaradas nulas por la Jurisdicción¹³; situación jurídica, que por causa de los efectos *ex tunc y erga omnes* que entraña, trajo consigo su desaparición del orden jurídico¹⁴, lo que a su turno implicó, que el derecho reconocido con fundamento en las mismas, quedó sin sustento normativo.

Empero, no puede olvidarse que el régimen de transición que estableció el artículo 146 de la Ley 100 de 1993, por el cual dispuso el respeto a las situaciones jurídicas individuales definidas por disposiciones municipales o departamentales,

¹² Resolución No. 104 de 14 de octubre de 1983. “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”.

¹³ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia de 12 de mayo de 2005, radicado No. 1984-04. Consejero ponente Dr. Jesús María Lemos Bustamante. En esta decisión se hace referencia a **sentencia de 2 de octubre de 1996**, con radicado No. 11697 y ponencia del Consejero Carlos Arturo Orjuela Góngora que **confirmó** decisión del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca quien en sentencia de 10 de febrero de 1995 **declaró la ilegalidad** tanto de la referida norma como de la resolución, al considerar: “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 4°, numeral 3° 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”.

¹⁴ La Sección Primera del Consejo de Estado en sentencia del 10 de mayo de 1974, en torno a los efectos que produce la declaración de nulidad y su comparación con los que genera la inexecutable, consideró: “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”.

necesariamente cobijó aquellas similares en las que normas del orden territorial crearon condiciones especiales para acceder a la pensión jubilatoria (por tiempo de servicio, edad y monto), apartándose de las competencias señaladas en la Constitución y en la ley; situación que se configuró en el caso de EMCALI, en el que su Junta Directiva determinó un tope pensional superior al contenido en el régimen pensional vigente, y fue precisamente para estos casos, que el artículo 146 previó su convalidación en respeto de los derechos adquiridos, cuya aplicación se ha entendido, ampara aquellas situaciones configuradas hasta el 30 de junio de 1997, según la fecha en la que en las entidades territoriales entró en vigencia la Ley 100.

Significa lo anterior, que los efectos *ex tunc* de la declaratoria de nulidad de la Resolución 104 de 1983¹⁵, según los cuales las cosas vuelven al estado anterior al de la expedición del acto retirado del ordenamiento jurídico, se entrecruzan con los efectos protectores que el Legislador determinó a través del artículo 146 de la Ley 100 de 1993; situación especialísima, que en todo caso debe interpretarse de conformidad con los postulados de la Carta Política a fin de no incurrir en vulneración de los derechos de carácter fundamental constitucional, tales como la seguridad social y el mínimo vital de las personas de la tercera edad.

5.- DE LO PROBADO EN EL PROCESO

Se encuentra acreditado que el demandado **nació el 23 de septiembre de 1945**, tal como se aprecia en la Resolución No. 2319 de 11 de diciembre de 1995. (fl. 11 Cdn. 1).

Que laboró en las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI - EMCALI EICE E.S.P., desde el 16 de agosto de 1972¹⁶ hasta el 1 de octubre de 1995, cuando desempeñaba el cargo de Auditor I, Categoría 095, en el Departamento de Auditoría Contable, con lo que acreditó en total, 23 años, 1 mes y 15 días de servicios¹⁷.

Fue así como a través de la Resolución No. 2319 de 11 de diciembre de 1995, con fundamento en la Resolución No.104 de 14 de octubre de 1983, proferida por la Junta

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.

¹⁶Fl. 11 cdn. 1

¹⁷ *Ibíd.*

Directiva de la entidad, se le reconoció la pensión de jubilación con el 90% del promedio de los salarios y primas de toda especie percibidas en el último año de servicio, en cuantía de \$1.764.500¹⁸ efectiva a partir del 1 de octubre de 1995.

Según las anteriores probanzas es evidente que la vinculación del demandado se prolongó hasta 1995 y fue de carácter legal y reglamentario; por lo tanto, el régimen al que quedó sometido es de derecho público, en atención a que ostentó la calidad de empleado público antes de la transformación de EMCALI, en empresa industrial y comercial del Estado.

Ahora bien, el acto demandado repite aquella previsión de la Resolución No. 104 de 14 de octubre de 1983, al señalar expresamente que dicha prestación se reconocía ante la verificación del cumplimiento de los requisitos determinados por la Junta Directiva de EMCALI. (fls. 10 y 13 cuaderno principal).

Significa que aunque esta Sección declaró la nulidad de la Resolución No. 104 de 1983, es evidente que la situación del demandante ya había sido objeto de convalidación por parte del Legislador de conformidad con lo dispuesto por el artículo 146 de la Ley 100 de 1993, habida cuenta que el reconocimiento pensional tuvo lugar el 11 de diciembre de 1995, es decir en fecha anterior a la de declaratoria de nulidad de dicha disposición en 1996 y con anterioridad a junio de 1997; no sin antes advertir, que a esta situación se suma la condición del accionado, quien en la actualidad es una persona de la tercera edad, por lo que se debe garantizar su derecho a la seguridad social y al mínimo vital, que con ocasión de esta *litis* se encuentran comprometidos.

A propósito, 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

¹⁸ Fls. 11 y s.s. Cdn. 1.

posible desmembrar el derecho reconocido y ratificado para examinar y restringir parte del mismo a la luz del régimen general que resultara aplicable.

Lo anterior, impone confirmar la sentencia objeto de la alzada.

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

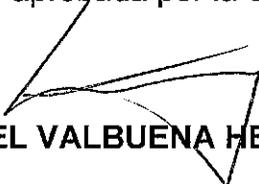
FALLA

CONFÍRMASE la sentencia de 19 de octubre de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, Sala de Descongestión Laboral, dentro del proceso instaurado por las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI - EMCALI EICE E.S.P., contra el señor EMIRO COLLAZOS POLO que negó las pretensiones de la demanda de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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


RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS


WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ