



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

MAGISTRADO PONENTE: CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Bogotá, D. C., veinticuatro (24) de mayo de dos mil dieciocho (2018).

Radicado : 76001-23-31-000-2010-01363-02
Número interno : 1338-2017
Actor : Empresas Municipales de Cali – EMCALI
E.I.C.E.
E.S.P.
Demandado : Isaías Loaiza
Acción : Nulidad y Restablecimiento del Derecho –
Decreto

01 de 1984

Asunto : Empleados públicos – Niega la convalidación prevista en el artículo 146 de la Ley 100 de 1993 de la pensión de jubilación reconocida con fundamento en normas de entidad del orden municipal.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 19 de noviembre de 2015 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, Sala de Descongestión que negó las pretensiones de la demanda presentada por la Empresas Municipales de Cali – EMCALI E.I.C.E. E.S.P., contra el señor Isaías Loaiza.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

Mediante apoderada judicial y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del CCA, Empresas Municipales de Cali – EMCALI E.I.C.E. E.S.P., en adelante EMCALI, solicitó la nulidad de los actos administrativos contenidos en las Resolución Boletín 133 de 7 de marzo de 1995 y la Resolución 1746 de 28 de diciembre de 1998, proferidas por la Gerencia Administrativa del Departamento de Relaciones Laborales y por el Gerente General de las Empresas Públicas de Cali, respectivamente, por medio de las cuales la

referida entidad reconoció y ordenó el pago de la pensión mensual de jubilación al señor Isaías Loaiza y reliquidó su pensión.

Como restablecimiento del derecho solicitó la reliquidación, el pago y reintegro a favor de la entidad de las sumas pagadas como consecuencia del reconocimiento pensional efectuado sin el cumplimiento de los requisitos legales, en los términos del artículo 178 del Código Contencioso Administrativo (en adelante CCA).

Los hechos en que se fundan las pretensiones de la demanda, en síntesis, son los siguientes¹:

- El señor Isaías Loaiza se vinculó a las Empresas Municipales de Cali – EMCALI - mediante acto administrativo de 15 de febrero de 1965.
- A través de la Resolución 10742 de 5 de diciembre de 1994 el Gerente General de las Empresas Municipales de Cali - EMCALI, aceptó a partir del 15 de diciembre de 1994 la renuncia presentada por el demandado al cargo de lector, categoría 065, código de cargo 157.001, posición 029, Code 11700421 Grupo de Lectura, Sección Lectura y Reparto, Departamento de Facturación, Gerencia Comercial².

¹ Folio 63

² Folio 9

- Teniendo en cuenta lo anterior, el Gerente General de las Empresas Municipales de Cali - EMCALI mediante la Resolución 133 de 7 de marzo de 1995, reconoció el derecho a una pensión mensual vitalicia de jubilación a favor del demandado³.
- El señor Isaías Loaiza consideró, que en su liquidación no habían sido incluidos la totalidad de los factores, razón por la cual presentó solicitud de reliquidación, que fue resuelta por el Gerente General de las Empresas Municipales de Cali - EMCALI mediante la Resolución 1746 de 28 de diciembre de 1998, en la que se reliquidó su derecho y se ordenó incluir la totalidad de los factores devengados durante el tiempo de servicios⁴.

Normas violadas y concepto de violación

En la demanda se citaron como normas vulneradas las siguientes:

Constitución Política: el preámbulo y los artículos 1, 2, 4, 48, 83 y 150 numeral 19 literal e).

Ley 33 de 1985: artículo 1.

Código Sustantivo del Trabajo: artículos 3, 4, 414, 416 y 467.

³ Folio 10 a 12

⁴ Folio 13 a 16

Al explicar el concepto de violación se sostuvo que:

El señor Isaías Loaiza laboraba para EMCALI como empleado público, razón por la cual no le era aplicable la convención colectiva de trabajo suscrita para los trabajadores oficiales de esa empresa industrial y comercial del orden municipal.

Señaló que la Resolución 133 de 7 de marzo de 1995 es inconstitucional e ilegal dado que el soporte jurídico del acto administrativo que reconoció los derechos pensionales del empleado público fue declarado nulo mediante una orden judicial.

Adujo que EMCALI le reconoció una pensión de jubilación al señor Isaías Loaiza sin el cumplimiento de los requisitos legales y constitucionales y en un monto superior al que tenía derecho, situación que le ha generado perjuicios a la entidad.

2. De la solicitud de suspensión provisional

En escrito separado, la parte actora solicitó la suspensión provisional de los actos por los cuales se reconoció y reliquidó la pensión de jubilación al señor Isaías Loaiza, al considerar que era manifiestamente contrario a las normas superiores⁵.

⁵ Folios 80 a 82

Esta petición fue resuelta de manera desfavorable por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca en auto del 26 de agosto de 2010, al considerar que para establecer la vulneración aludida se requería un estudio de fondo de la pretensión de nulidad, puesto que no se apreciaba, por simple confrontación, la manifiesta violación de los actos acusados de las normas superiores invocadas como vulneradas⁶.

Mediante escrito radicado el 10 de septiembre de 2010, la parte actora interpuso recurso de apelación contra esa decisión y en auto de 27 de noviembre de 2014, esta Corporación confirmó la decisión del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca que negó la suspensión provisional de las resoluciones demandadas⁷.

3. Contestación de la demanda

El señor Isaías Loaiza, a través de apoderado judicial, se opuso a las pretensiones de la demanda, con base en los siguientes argumentos⁸:

Sostuvo que no es posible declarar la nulidad de las resoluciones 133 de 7 de marzo de 1995 y 1746 de 1999, en la medida en que en estos actos administrativos no solo se otorgó una pensión vitalicia de jubilación, sino que a su juicio también se estipuló, que:

⁶ Folio 85 a 87 cuaderno de medidas

⁷ Folio 90 a 93 y 132 a 138 cuaderno de medidas

⁸ Folios 108 a 130

“(…)

A.- El reconocimiento de dicha prestación periódica.

B.- La compartibilidad de la pensión vitalicia de jubilación convencional o extralegal concedida al demandado con la pensión de vejez que le llegare a otorgar el ISS.

C.- Reliquidación de la pensión de jubilación otorgada al demandado (…)”⁹.

Sostuvo que el derecho pensional del demandado se causó el 15 de diciembre de 1994, con fundamento en los beneficios establecidos para los empleados públicos en la Resolución 104 de 1983 y no en la convención colectiva de trabajo, como equivocadamente quiere plantearlo la demandante.

Adujo que la declaratoria de nulidad de la Resolución 104 de 1983 fue decretada por el Consejo de Estado con posterioridad al reconocimiento pensional del demandado, por lo cual los actos proferidos con fundamento en esa norma, conservan su presunción de legalidad y contienen un derecho adquirido en favor de su titular.

Precisó que el artículo 146 de la Ley 100 de 1993, reconoce la vigencia de las prestaciones definidas con anterioridad a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones y en el caso concreto, el señor Isaías Loaiza a la fecha de su retiro, esto es el 15 de diciembre de 1994, ya había cumplido

⁹ Folio 109

con los requisitos exigidos en las normas aplicables para su reconocimiento pensional.

Propuso las excepciones de i) inexistencia del derecho; ii) ineptitud sustantiva de la demanda; iii) excepción de cobro de lo no debido; iv) excepción de buena fe; v) prescripción; vi) innominada.

4. La sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante sentencia de 19 de noviembre de 2015, negó las pretensiones de la demanda, con los siguientes argumentos¹⁰:

Señaló que las excepciones propuestas están dirigidas a discutir asuntos del fondo de la controversia, por lo que su estudio estaría comprendido en la decisión del proceso.

Destacó que con la expedición de la Constitución Política de 1991, la competencia para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos se asignó al Gobierno Nacional, el cual se encuentra sujeto a la ley marco que para el efecto expida el Congreso.

¹⁰ Folios 262 a 275

Indicó que las autoridades u organismos del sector territorial, entre ellos las empresas industriales y comerciales, carecen de competencia para proferir normas que establezcan las condiciones o requisitos para realizar reconocimientos pensionales.

Sin embargo, el artículo 146 de la Ley 100 de 1993 convalidó las situaciones jurídicas individuales que en materia de pensión de jubilación habían sido reconocidas por actos jurídicos emanados de autoridades territoriales, o por convenciones colectivas de trabajo, donde también intervino la aquiescencia de la autoridad administrativa.

Expresó que, conforme lo ha explicado el Consejo de Estado, las situaciones jurídicas consistentes en el goce de los derechos pensionales con fundamento en normas municipales o departamentales cuyos beneficiarios son empleados públicos, como es el caso de EMCALI, y que se hayan consolidado antes del 30 de junio de 1995, quedaron convalidadas por voluntad del legislador al expedir la Ley 100 de 1993.

Sostuvo el Tribunal para el caso concreto, que el reconocimiento de la pensión a favor del señor Isaías Loaiza, se efectuó conforme con los beneficios extralegales y su derecho pensional quedó convalidado a la luz de lo dispuesto por el artículo 146 de la Ley 100 de 1993 dado que la misma le fue reconocida desde 15 de diciembre de 1994 con efectos a partir del 1 de enero de 1995, por lo que, y en consecuencia, estimó que el demandado cuenta con un derecho pensional consolidado de conformidad con lo dispuesto en la citada norma.

5. Fundamentos del recurso de apelación

El apoderado de EMCALI presentó recurso de apelación contra la anterior providencia, con los argumentos que se sintetizan a continuación¹¹:

Expresó que el régimen general de pensiones contenido en las Leyes 6 de 1945 y 33 de 1985, es aplicable al demandado; sin embargo, atendiendo a las disposiciones convencionales, le fue reconocido al señor Isaías Loaiza una pensión cuyo monto es superior al que tiene derecho.

Reiteró que la Resolución 0104 del 4 de octubre de 1983, que es el fundamento jurídico del acto administrativo demandado, fue declarada nula por el Consejo de Estado, por lo que el acto de reconocimiento pensional del demandado perdió su fuerza ejecutoria.

6. Alegatos de conclusión

Mediante auto de 23 de junio de 2017 se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto de fondo¹².

El señor Isaías Loaiza mediante apoderado, señaló que era beneficiario de la convención colectiva de trabajo de EMCALI, porque su vinculación era

¹¹ Folios 276 a 280.

¹² Folio 291

como trabajador oficial, en atención a la naturaleza jurídica de la empresa¹³.

Indicó que si bien el acto administrativo demandado se profirió sin observancia de las normas legales que regían la materia, no es menos cierto que al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 de acuerdo con lo contenido en el artículo 146 de la Ley 100 de 1993 esta situación se saneó.

La parte demandante y el Ministerio Público guardaron silencio en esta etapa procesal¹⁴.

II. CONSIDERACIONES

1. Cuestión previa

El artículo 18 de la Ley 446 de 1998 impone a los jueces la obligación de proferir sentencias en el orden en que cada uno de los procesos haya pasado al despacho para tal efecto, sin que hubiere lugar a alterarse dicho orden. Así se observa en la citada norma:

“(...) ARTICULO 18. ORDEN PARA PROFERIR SENTENCIAS. Es obligatorio para los Jueces dictar las sentencias exactamente en el mismo orden en que hayan pasado los expedientes al despacho para tal fin sin que dicho orden pueda alterarse, salvo en los casos de sentencia anticipada o de prelación legal. Con todo, en los procesos de conocimiento de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tal orden también podrá

¹³ Folio 292 a 296

¹⁴ Folio 297

modificarse en atención a la naturaleza de los asuntos o a solicitud del agente del Ministerio Público en atención a su importancia jurídica y trascendencia social. (...).”.

No obstante lo anterior, el legislador mediante la Ley 1285 de 22 de enero de 2009, por la cual se reformó la Ley 270 de 1996, Estatutaria de Administración de Justicia, en su artículo 16 estableció la posibilidad de que el Consejo de Estado, en sus Salas o Secciones, sometieran a estudio y aprobación los proyectos de sentencia con carácter preferente, esto es, sin atender el estricto orden de entrada al despacho, cuando la decisión adoptada **entrañe únicamente reiteración de su jurisprudencia.**

Así las cosas, teniendo en cuenta que esta Sección mediante sentencias de 31 de octubre de 2013¹⁵ y 24 de octubre de 2012¹⁶ y esta Subsección en sentencias de 6 de abril¹⁷ y 21 de abril de 2017¹⁸, ya ha resuelto asuntos cuyo problema jurídico guarda identidad con el que hoy formula la parte demandante, la Sala en el caso concreto, entrará a desatar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 19 de noviembre de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, sin atender el orden y fecha en que el presente asunto entró para fallo al despacho que sustancia esta causa.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, M.P. Bertha Lucía Ramírez Páez (e), proceso con radicado N° 08001-23-31-000-2003-01742-02, número interno 1602-2013.

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, M.P. Luis Rafael Vergara Quintero, proceso con radicado N° 08001-23-31-000-2007-01004-02, número interno 0858-2012.

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección “B” Consejero Ponente: César Palomino Cortés Bogotá, D. C., seis (06) de abril de dos mil diecisiete (2017). Radicado: 76001 23 31 000 2010 01196 02, Número Interno: 3226-2014, Actor: Empresas Municipales De Cali – Emcali E.I.C.E. E.S.P. Demandado: Elizabeth López Osorio

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección “B” Consejero Ponente: César Palomino Cortés Bogotá, D. C., Radicado: 76001 23 31 000 2010 01075 02 Número interno: 4339-2014, actor: Empresas Municipales de Cali – EMCALI E.I.C.E. E.S.P. Demandado: Herney Charria Segura

2. Problema jurídico

En el caso concreto, deberá precisar la Sala si en virtud del artículo 146 de la Ley 100 de 1993 procede la convalidación de la pensión de jubilación reconocida en favor del señor Isaías Loaiza con fundamento en la Resolución 104 de 1983 expedida por las Empresas Municipales de Cali – EMCALI -

3. Hechos probados

i) EMCALI fue creada como un Establecimiento Público a través del Acuerdo 50 del 29 de noviembre de 1961 del Concejo Municipal de Santiago de Cali, publicado el 1º de diciembre de la misma anualidad¹⁹.

ii) Por medio de la Resolución 10742 de 5 de diciembre de 1994 el Gerente General de las Empresas Municipales de Cali - EMCALI, aceptó la renuncia a partir del 15 de diciembre de 1994 presentada por el señor Isaías Loaiza al cargo de Lector, categoría 065, código de cargo 157.001, posición 029, code 11700421 Grupo de Lectura, Sección Lectura y Reparto, Departamento de Facturación, Gerencia Comercial²⁰.

iii) La Gerente Administrativa del Establecimiento Público Empresas Municipales de Cali, expidió la Resolución 133 de 7 de marzo de 1995, “por

¹⁹ folios 21 a 29

²⁰ Folios 9.

*medio de la cual se reconoce y ordena el Pago de la Pensión Mensual de Jubilación del señor **ISAIAS LOAIZA** (...)*²¹.

iv) El Gerente del Establecimiento Público Empresas Municipales de Cali, profirió la Resolución 1746 de 28 de diciembre de 1998, “*por medio de la cual se resuelve solicitud de Reliquidación de Jubilación al señor **ISAIAS LOAIZA** (...)*”²².

v) Para ajustarse al marco de la Ley 142 de 1994 sobre servicios públicos domiciliarios, el Concejo Municipal de Santiago de Cali, a través del Acuerdo 14 del 26 de diciembre de 1996, transformó a EMCALI de Establecimiento Público a Empresa Industrial y Comercial del Estado -EICE- E.S.P²³.

4. Marco normativo y jurisprudencial del régimen pensional de los empleados públicos y la competencia para fijarlo.

La Constitución de 1886 en su artículo 62 numeral 1 estableció como facultad propia del Congreso de la República la reglamentación del régimen prestacional de los servidores públicos:

“ARTICULO 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 en la Constitución, las condiciones de ascenso y de jubilación y la serie o

²¹ Folios 10 a 12.

²² Folios 13 a 17.

²³ Folios 30 a 41.

clase de servicios civiles o militares que dan derecho a pensión del Tesoro Público.

El Presidente de la República, Los Gobernadores, los Alcaldes y en general todos los funcionarios que tengan facultad de nombrar y remover los empleados administrativos, no podrán ejercerla sino dentro de las normas que expida el Congreso, para establecer y regular las condiciones de acceso al servicio público, de ascensos por mérito y antigüedad, y de jubilación, retiro o despido ...”

En el artículo 76 de la anterior Carta Política se disponía:

“ARTÍCULO 76: Corresponde al Congreso hacer las leyes: por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones:

*1. Interpretar, reformar y derogar las leyes preexistentes;...
10 Regular los otros aspectos del servicio público, tales como los contemplados en los artículo 62, 132 y demás preceptos constitucionales...”*

El Congreso de la República quedó dotado de forma exclusiva para regular aspectos relacionados, entre otros, con el acceso y retiro del servicio público y la jubilación de los servidores estatales, teniendo competencia para expedir las leyes reguladoras de la materia, a las que quedaban sujetos el Presidente de la República, los Gobernadores y Alcaldes. En razón de dicha prerrogativa se dio paso a la expedición sucesiva de leyes que en concreto regularon el asunto fijando de forma específica las prestaciones de los funcionarios del Estado.

Dentro de este conjunto normativo se destacan la Ley 6 de 1945 que consagró el régimen pensional para los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional, haciéndose extensiva a los empleados territoriales, y que fijó como edad pensional 50 años. Posteriormente, se expidieron los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969 que además de dar una clasificación concreta a los servidores del Estado, definieron las prestaciones sociales que a cada uno de ellos correspondía. Luego surgió la Ley 4ª de 1976 concerniente a las pensiones de jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes y en el sector privado. Posteriormente, se expidió la Ley 33 de 1985, que definió las prestaciones para el sector público de todos los niveles, equiparando la edad de la mujer con la del hombre en 55 años, a efectos de adquirir el derecho a la pensión de jubilación y estableciendo su cuantía en 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año; esta norma en su artículo 1º consagró un régimen de transición.

Por su parte, la Constitución de 1991 otorgó al Gobierno Nacional la facultad indelegable de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, pero siempre bajo los criterios establecidos por el Congreso de la República en la ley marco correspondiente. Indica la norma:

“ARTÍCULO 150: Corresponde al Congreso hacer las leyes, por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

(...)

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

e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública

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

g) Estas funciones en lo pertinente a prestaciones oficiales son indelegables en las corporaciones públicas territoriales y estas no podrán arrogárselas...”

Dicha competencia fue reiterada por el artículo 1º de La Ley 4ª de 1992, ley marco que estableció las normas generales para determinar el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos.

En este sentido, la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos es una competencia que la Constitución y la ley reservaron de manera exclusiva al Gobierno Nacional, con observancia de los parámetros dados por el Congreso de la República, en virtud de los cuales es claro que no es dable a otro organismo arrogarse dicha facultad. Siendo así, resultan ilegales las normas de carácter local, como ordenanzas, acuerdos municipales, resoluciones o acuerdos de establecimientos públicos bien sean nacionales o del orden departamental, que regulen la materia, y las convenciones colectivas en las que se consagren prerrogativas *contra legem*²⁴.

²⁴ En el mismo sentido se pronunció la Sala en sentencia del 23 de julio de 2009. Radicación 250002325000200403143 01 (1620-07). Actor: Universidad Distrital Francisco José de Caldas. C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

Bajo el marco constitucional y legal expuesto, no resulta posible pactar la fijación de un reglamento especial para el reconocimiento de las pensiones de jubilación y vejez de los empleados de los establecimientos públicos o de las empresas industriales y comerciales del Estado, concediendo prerrogativas superiores a las legales, puesto que estos derechos prestacionales sólo podían y pueden ser regulados por el Congreso de la República como en efecto lo hizo a través de las Leyes 6 de 1945, 4 de 1975 y 33 de 1985, entre otras.

No obstante lo anterior, es preciso tener en cuenta que con posterioridad a la expedición de la Carta Política de 1991 el legislador, considerando que en el nivel territorial existían regímenes prestacionales contrarios a la Constitución y a la ley, avaló dichas situaciones en materia pensional. Así al expedir la Ley 100 de 1993, previó en su artículo 146:

“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]²⁵ los requisitos exigidos en dichas normas.

²⁵ Aparte declarado inexecutable mediante sentencia C-410 de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara.

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".

Dentro de las razones que expuso la Corte Constitucional en la Sentencia C-410 de 1997 para declarar la exequibilidad parcial del artículo precedente está la protección de los derechos adquiridos, al señalar:

"De esta manera, teniendo en cuenta la intangibilidad de los derechos adquiridos de los pensionados por jubilación del orden territorial antes de la expedición de la ley 100 de 1993, las situaciones jurídicas individuales definidas con anterioridad, por disposiciones municipales y departamentales, deben continuar vigentes.

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. Ello con fundamento en la garantía de los derechos adquiridos, reconocida por el artículo 58 superior, por tratarse de situaciones adquiridas bajo la vigencia de una ley anterior al nuevo régimen de seguridad social (ley 100 de 1993).

No sucede lo mismo con la expresión contenida en el citado inciso segundo acusado, en virtud de la cual tendrán igualmente derecho a pensionarse con fundamento en las disposiciones señaladas, quienes cumplan "dentro de los dos años siguientes" los requisitos exigidos en dichos preceptos para pensionarse. A juicio de la Corte, ello quebranta el ordenamiento superior, ya que equipara una mera expectativa con un derecho adquirido. Ello impide que los que están próximos a pensionarse -es decir, dentro de los dos años siguientes a la entrada en

vigencia de la ley- y que tan solo tienen una mera expectativa de adquirir el derecho, puedan hacerse acreedores a los beneficios propios de la ley 100 de 1993”.

La norma en comento guarda armonía con el artículo 11 *ibídem* que dispone:

“El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores (...) para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una Pensión o se encuentren pensionados por jubilación (...).”

La Sala estableció su criterio a partir de la sentencia de Sala Plena de la Sección Segunda del 29 de septiembre de 2011, y estimó que la convalidación de reconocimientos pensionales de orden territorial, consolidados antes de la expedición de la Ley 100 de 1993 cobija por igual a los actos administrativos unilaterales de los entes territoriales y a los actos administrativos por medio de los cuales se da aplicación a convenciones colectivas²⁶.

En efecto, según el texto del artículo 146 de la Ley 100 de 1993 la vigencia de las “situaciones jurídicas de carácter individual” hace referencia a las que se basen en “disposiciones municipales o departamentales en materia de pensiones de jubilación extralegales a favor de empleados o servidores

²⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, sentencia del 29 de septiembre de 2011, expediente con radicado 080012331000200502866 03 y número interno 2434-2010.

públicos”, sin hacer distinción en torno a la fuente jurídica de tales disposiciones de naturaleza territorial.

Así, se consideró en la sentencia en comento que:

“La convención colectiva de trabajo en este caso surgió por la negociación contractual y consensual celebrada entre el sindicato y los directivos de la Universidad, quienes tenían autonomía administrativa y presupuestal, pero que, como se precisó en consideraciones precedentes, no podían regular salarios y prestaciones de sus empleados porque esto le correspondía al legislador.

La naturaleza de la convención colectiva, en el caso de los empleados públicos no puede definirse como un contrato, porque los primeros no pueden gobernarse por esta clase de instrumentos; tampoco se puede definir como de carácter normativo pues no tiene las formalidades propias de una preceptiva, pero sí pueden estar encuadradas dentro de lo que la Ley pretende aplicar como una “disposición”, máxime, cuando lo que buscó fue la protección y progresividad de los derechos de los trabajadores; en otras palabras, la Convención Colectiva, lleva inmersa la voluntad del empleador de otorgar unos derechos a sus beneficiarios.²⁷

Sin embargo, las convenciones colectivas están precedidas y son el resultado de una actividad de una “negociación colectiva”, que contienen reconocimientos o aprobaciones de la administración de derechos laborales y, aunque son derechos “extralegales”, en este caso, por disposición del mismo Congreso, se validan los

²⁷ La Corte Constitucional en sentencia C-009 del 20 de enero de 1994, Magistrado Ponente Dr. Antonio Barrera Carbonell, que sostuvo: “en conclusión, aun cuando materialmente la convención es por sus efectos un acto regla, creador del derecho objetivo, a semejanza de la ley, según lo admite la doctrina, no puede considerarse como producto de la función legislativa del Estado, desde los puntos de vista orgánico, funcional y formal, en que constitucionalmente aparecen estructurados y se manifiestan las funciones estatales.

Reafirma esta conclusión, la circunstancia de que el inciso final del art. 53 constitucional al establecer que, “la ley, los contratos los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores”, de manera expresa está reconociendo la distinción entre “ley” propiamente dicha y “acuerdos y convenios de trabajo”.

reconocimientos efectuados, respecto de las situaciones consolidadas, sin consideración a su irregularidad.”²⁸

Con base en este criterio, que a su vez se asienta en la decisión de constitucionalidad del artículo 146 de la Ley 100 de 1993 dispuesta en la sentencia C- 410 de 1997 de la Corte Constitucional, se reconoce validez en los términos estrictos del texto de la citada norma, a las disposiciones normativas territoriales sobre reconocimientos pensionales, incluidas las originadas en convenciones colectivas.

5. Solución al problema jurídico

La Sala deberá establecer si el reconocimiento pensional del señor Isaías Loaiza se encuentra amparado por la convalidación dispuesta en el artículo 146 de la Ley 100 de 1993, atendiendo a esto, hará las siguientes consideraciones:

Para la Sala resulta pertinente precisar, que por regla general todas aquellas situaciones jurídicas individuales consolidadas a favor de empleados de entidades territoriales y de sus organismos descentralizados antes de entrar a regir la Ley 100 de 1993, con fundamento en disposiciones municipales o departamentales de carácter extralegal, continuaron vigentes.

²⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, sentencia del 29 de septiembre de 2011, expediente con radicado 080012331000200502866 03 y número interno 2434-2010.

De otro lado, en lo que respecta a si el artículo 146 de la Ley 100 de 1993, al hacer mención a las disposiciones municipales o departamentales incluía también las convenciones colectivas de trabajo con fundamento en las cuales las empresas industriales y comerciales del orden territorial reconocieron pensiones de jubilación, en la sentencia del 29 de septiembre de 2011²⁹ se precisó que la convalidación de reconocimientos pensionales de orden territorial, consolidados antes de la expedición de la Ley 100 de 1993 cobija por igual a los actos administrativos unilaterales de las entidades del nivel territorial y a los actos administrativos por medio de los cuales se da aplicación a convenciones colectivas.

En el caso concreto, el señor Isaías Loaiza fue pensionado según consta en la Resolución 133 de 7 de marzo de 1995. De acuerdo con este acto de reconocimiento, el señor Isaías Loaiza prestó sus servicios desde el 15 de febrero de 1965 hasta el 15 de diciembre de 1994, para un total de 29 años y 10 meses y se indicó de manera expresa:

“(...) Que según lo determinado por la Junta Directiva de EMCALI, en Resolución No. 104 de 4 de octubre de 1983 Numeral 3o. del Artículo 4o., al personal de empleados públicos que cumpla los requisitos establecidos por la Ley y los reglamentos vigentes en 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 servicio, lo cual de acuerdo con la liquidación de las Cesantías Definitivas y demás Prestaciones Sociales arrojó el siguiente resultado:

(...)

RESUELVE

ARTICULO PRIMERO

²⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 29 de septiembre de 2011, M.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Exp. 2434-2011.

*Reconocer y pagar al señor **ISAIAS LOAIZA** identificado con la c.c. No. 14.438.486 DE CALI y Registro No. **0447**, Pensión mensual de Jubilación a partir del 15 de Diciembre de 1994, en cuantía de **NOVECIENTOS TRES MIL NOVECIENTOS PESOS M/CTE (\$903.900)**; aplicando el incremento del 22.59%, la Pensión de Jubilación será de **UN MILLÓN CIENTO OCHO MIL CIEN PESOS MCTE. (\$1.108.100)** con fecha de efecto enero 1o. de 1995 (...)³⁰.*

La pensión reconocida fue reliquidada mediante la Resolución 1746 de 28 de diciembre de 1998 proferida por el Gerente Administrativo del Establecimiento Público Empresas Municipales de Cali – EMCALI, de acuerdo con la relación de valores devengados durante el último año de servicios, los siguientes conceptos salariales fueron tomados en cuenta para liquidar la pensión de jubilación del demandado: i) sueldos de 15 de diciembre de 1993 a 14 de diciembre de 1994; ii) prima semestral; iii) prima extralegal; iv) prima de navidad; v) vacaciones; vi) prima de antigüedad y vii) liquidación de horas extras. La pensión reconocida fue el equivalente al 90% sobre el promedio de los factores enunciados³¹.

Para solucionar el problema jurídico planteado reitera la Sala en primer lugar la tesis planteada en el precedente en el sentido de señalar que las pensiones concedidas en el orden territorial con antelación a la vigencia de la Ley 100 de 1993, deben reconocerse con base en la edad, tiempo y monto establecidos en dichos regímenes especiales:

“Sobre el particular, la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado, se encargó de clarificar que en las pensiones extralegales reconocidas en el orden territorial con antelación a la entrada en

³⁰ Folio 10 a 12

³¹ Folio 13 a 14

vigencia de la Ley 100 de 1993 y bajo las previsiones de su artículo 146, es imposible escindir sus elementos propios, como lo son, los requisitos de edad, tiempo de servicio y así mismo el monto pensional; pues, la convalidación dispuesta por esta norma debe ser interpretada de manera integral. Esta apreciación, guarda especial coherencia con la tradición histórica de la Corporación en defensa de la inescindibilidad de la norma como criterio hermenéutico en materia de seguridad social³².

Estima la Sala, que de acuerdo con lo dispuesto en la Resolución 104 de 14 de octubre de 1983 “*por la cual se deroga la Resolución JD No. 100 de Octubre de 3 de 1983 y se conceden unos beneficios extralegales a los Empleados Públicos de EMCALI*”, la entidad reconoció en favor del señor Isaías Loaiza una pensión mensual de jubilación a partir del 15 de diciembre de 1994³³.

El demandado cumplió con los requisitos de edad y tiempo de servicios para obtener derecho a la pensión de jubilación en los términos del acto administrativo que concedió beneficios extralegales a los empleados de EMCALI, antes de la entrada en vigencia en el nivel territorial del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993³⁴. Sin lugar a dudas, el actor se encontraba cobijado por la convalidación dispuesta en el artículo 146 de la Ley 100 de 1993, puesto que, como lo ha sostenido la Sala, la

³² Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia de 3 de noviembre de 2016. Radicación 76001-23-31-000-2010-01080-02(3273-15). C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. En el mismo sentido se han proferido las siguientes decisiones: sentencia de 11 de febrero de 2015, expediente 3787-2013, de 19 de febrero, expedientes 4474-2013 y 3739-2013; C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, actor, Empresas Municipales de Cali EMCALI; Sentencia del 31 de mayo de 2016, expediente 1497-2014, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

³³ Como lo expresa la entidad en la Resolución Boletín 133 de 7 de marzo de 1995, visible a folio 11.

³⁴ El señor Isaías Loaiza, causó su derecho el 15 de diciembre de 1994, según folio 64 del expediente. De acuerdo con lo alegado por la entidad en el escrito de demanda. Según lo dispuesto en el artículo 151 de la Ley 100 de 1993.

protección se extiende a situaciones jurídicas consolidadas hasta el 30 de junio de 1997³⁵.

Pese a que la Resolución 104 de 1983 fue declarada nula, la situación pensional del demandado ya había sido convalidada por el legislador, y su derecho fue reconocido con anterioridad a la ejecutoria de la sentencia del Consejo de Estado que decretó la nulidad del acto administrativo que sirvió de sustento para el reconocimiento de la pensión³⁶.

En el caso concreto, de acuerdo con la motivación del acto demandado, el derecho pensional fue reconocido con fundamento en la resolución expedida por la Junta Directiva del establecimiento público de Empresas Municipales de Cali, EMCALI, de conformidad con la cual, la entidad territorial dispuso que los empleados públicos que cumplieran los requisitos establecidos en la ley y en los reglamentos vigentes de EMCALI, se les reconocería una pensión de jubilación con el 90% del promedio de los salarios y primas de toda especie percibidas por el empleado durante el último año.

³⁵ Precisa la Sala que, como lo ha sostenido la Sección Segunda de esta Corporación, debe entenderse que se encuentran amparadas situaciones jurídicas consolidadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad de la Corte Constitucional, en la Sentencia C- 410 de 1997: *"la Corte no moduló los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad del aparte en estudio, razón por la cual, ha de entenderse que ellos son ex nunc. Lo anterior implica que deben avalarse las situaciones que durante la vigencia del texto inicial del artículo 146 de la Ley 100 de 1993 se adquirieron (...). Por lo expuesto, resulta válido afirmar que no sólo las situaciones que se consolidaron o adquirieron con anterioridad al 30 de junio de 1995 con fundamento en normas municipales o departamentales, se reitera, a pesar de su ilegalidad, quedan amparadas por lo dispuesto en el artículo 146 de la Ley 100 de 1993; sino también aquellas que se adquirieron antes del 30 de junio de 1997, pues, se reitera, estas últimas no se vieron afectadas por la declaratoria de inexequibilidad efectuada con la Sentencia C-410 de 28 de agosto de 1997, dados los efectos de la misma"*. Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia 7 de octubre de 2010. Expediente 1484-2009. C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

³⁶ Sobre este particular puede verse la sentencia de 19 de febrero de 2015. Rad. 4474 de 2013. M.P. Gustavo Gómez Aranguren.

En síntesis, el señor Isaías Loaiza consolidó su situación jurídica particular con anterioridad a la entrada en vigencia del Sistema de Seguridad Social en Pensiones en el nivel territorial, de manera que el reconocimiento pensional a su favor, conserva su presunción de legalidad³⁷.

Así mismo, frente al argumento de la parte demandante referido a la desaparición de los fundamentos legales del acto demandado, esto con ocasión de la declaratoria de nulidad de la Resolución 0104 de 14 de octubre de 1983, la Sala dirá que si bien el juzgamiento de la legalidad de un acto administrativo general se realiza respecto de la observancia o no de las normas legales a las cuales debía sujetarse su expedición, esta situación jurídica debe distinguirse de la intangibilidad de los actos individuales producidos durante su vigencia y con ocasión de los cuales se consolidan diversas situaciones jurídicas e incluso derechos adquiridos que deben de ser garantizados, máxime cuando esos últimos continúan amparados por la presunción de legalidad³⁸.

Por lo expuesto, la Sala considera que se impone confirmar la sentencia de 19 de noviembre de 2015 por la cual el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, Sala de Descongestión negó las pretensiones de la demanda presentada por las Empresas Municipales de Cali – EMCALI E.I.C.E. E.S.P. contra el señor Isaías Loaiza.

³⁷ Según se desprende de la Resolución Boletín 133 de 1995, para el 15 de diciembre de 1994, fecha desde la cual se reconoce el derecho pensional, el demandado había cumplido con el tiempo de servicios requeridos para acceder a la pensión de jubilación.

³⁸ Mediante la Resolución 0104 de 14 de octubre de 1983, se conceden unos beneficios extralegales a los empleados públicos de EMCALI, acto que fue declarado nulo en la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Carlos Arturo Orjuela Góngora, 2 octubre de 1996, actor Jorge Ernesto Holguín Beplat.

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 noviembre de 2015 por la cual el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, Sala de Descongestión, negó las pretensiones de la demanda presentadas por las Empresas Municipales de Cali – EMCALI E.I.C.E. E.S.P. contra el señor Isaías Loaiza.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

**CARMELO PERDOMO CUÉTER
VÉLEZ**

SANDRA LISETT IBARRA