



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA - SUB SECCIÓN "A"

CONSEJERO PONENTE: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil quince (2015)

Radicación No. 76001 23 31 000 2010 01613 01 (3390-14)

APELACIÓN SENTENCIA

AUTORIDADES MUNICIPALES

ACTOR: EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI – EMCALI

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la entidad demandante, contra la sentencia proferida el 6 de mayo de 2014 por la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

ANTECEDENTES:

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI -EMCALI EICE ESP- solicita al Tribunal declarar nula la Resolución 1068 de 23 de julio de 1992 expedida por la Gerencia de Recursos Humanos de la misma entidad, mediante la cual se reconoció la pensión de jubilación al señor Eli Perilla Bonetty.



Como consecuencia de tal declaración pide disponer el reconocimiento y pago de la citada prestación, pero en los términos previstos en las Leyes 33 y 62 de 1985 y se ordene la devolución de las sumas pagadas en exceso por concepto del reconocimiento irregular de la prestación, en los términos del artículo 178 del C.C.A.

Como hechos que sustentan sus pretensiones expone que el señor Eli Perilla Bonetty se vinculó a las Empresas Municipales de Cali, hoy EMCALI, el 13 de marzo de 1959, siendo su último cargo el de Supervisor General, Categoría 78, Cargo 795, de la Sección Montaje e Instalaciones.

Señala que el 15 de abril de 1992 mediante la Resolución 001780, la Gerencia Administrativa le reconoció la pensión de jubilación de acuerdo con la convención colectiva de trabajo suscrita entre EMCALI y SINTRAEMCALI, con base en el 90% de lo percibido durante el último año de servicios.

Precisa que el anterior reconocimiento va en contravía de los artículos 1, 2, 4, 48, 83 y 150 Nral 19 Literal e) de la Constitución, 1º de la Ley 33 de 1985, 3, 4, 414, 416 y 467 del Código Sustantivo de Trabajo, en consideración a que las funciones desempeñadas eran propiamente de un empleado público, luego era inconveniente el reconocimiento de la pensión en los términos de la convención colectiva.

LA SENTENCIA APELADA

La Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante sentencia del 6 de mayo de 2014, denegó las súplicas de la demanda (fls.229-241).



Señaló que el artículo 146 de la Ley 100 de 1993 purgó la ilegalidad de las situaciones jurídicas individuales que en materia de pensión de jubilación habían sido determinadas por actos jurídicos emanados de autoridades territoriales o, como en este caso, por convenciones colectivas de trabajo, en las cuales también interviene la aquiescencia de la autoridad administrativa en un acto bilateral de voluntades en el que concurre la del organismo estatal.

Que en ese orden, la situaciones jurídicas consistentes en el goce de derechos pensionales extralegales, vale decir adquiridos sin justo título, cuyos beneficiarios son empleados de Empresas Municipales de Cali, si se consolidaron o adquirieron hasta el 30 de junio de 1997, quedaron avalados por voluntad del legislador

Que al aplicar dichos postulados al caso sub lite, se encuentra que el derecho pensional del señor Perilla quedó consolidado en abril de 1992, por lo que fuerza concluir que la Resolución por la cual se reconoció la pensión de jubilación, aunque fue expedida por fuera de los parámetros legales en que debió fundarse, quedó jurídicamente convalidada por virtud del artículo 146 ibídem.

LA APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada, la apoderada de EMCALI EICE E.S.P presentó recurso de apelación (fls.242-246), en los siguientes términos:

Al demandado no le era posible beneficiarse de las prebendas contenidas en la convención colectiva dada su condición de empleado público, ya que pertenecía a



una empresa pública llamada EMCALI que fue creada por Acuerdo 050 de 1961, proferido por el Consejo Municipal de Cali y su personal, por regla general, tenía la condición de empleado público.

Conforme a lo señalado en el artículo 416 del C.S.T, los sindicatos de empleados públicos no pueden presentar pliegos de peticiones, beneficiarse de convenciones colectivas ni reconocer unos derechos de negociación, a quienes no tienen siquiera la facultad de presentar pliegos de peticiones o celebrar convenciones colectivas.

Al establecerse la calidad de empleado público del demandado no quedaba remedio alternativo distinto que la declaratoria de nulidad con el consecuente restablecimiento del derecho de lo pagado en exceso y la orden de reliquidar la pensión, atendiendo los factores y porcentajes establecidos en las leyes aplicables a las pensiones del sector público, tales como la Ley 6ª de 1945, el Decreto 1743 de 1966, artículo 5 y la Ley 33 de 1985, normas legales que establecen el monto en un 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios.

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

CONCEPTO DEL PROCURADOR

La Procuraduría Tercera Delegada ante el Consejo de Estado solicita se confirme la sentencia del tribunal, al considerar que de conformidad con la reiterada jurisprudencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, las personas que acrediten la consolidación de su derecho antes del 30 de junio de 1995 gozan de un justo título para reclamar que la pensión les sea concedida conforme a las normas que regían su situación en esa fecha, como se presenta en el caso sub lite.

CONSIDERACIONES

El centro de la controversia se sitúa en determinar la legalidad de la Resolución 1068 de 23 de julio de 1992 expedida por la Gerencia Administrativa de la Empresa Industrial y Comercial del Estado, por la cual se reconoció una pensión de jubilación al señor Elí Perilla Bonetty, con base en la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre EMCALI y SINTRAEMCALI 01/01/1996 – 31/12/1998.

Dentro del expediente se encuentra acreditado que mediante la Resolución No. 1068 de 23 de julio de 1992, EMCALI EICE reconoció la pensión de jubilación al señor Perilla Bonetty con base en el Decreto 1743 de 1966 y la Resolución JD-104 de 1983 por valor de \$471.400, esto es, teniendo en cuenta el 90% del promedio de los salarios y primas percibidas por el empleado. Como se aprecia de la citada resolución, el demandado acreditó en total 33 años, 1 mes y 3 días en EMCALI (fls.10-11)

1.- Naturaleza de las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI - EMCALI EICE E.S.P. y del cargo desempeñado por el actor.

A través del Acuerdo 50 de 1961 se constituyó un establecimiento público denominado Empresas Municipales de Cali – EMCALI como organismo autónomo

con personería y patrimonio propio y luego mediante la Resolución 104 de 14 de octubre de 1983 creo su régimen prestacional en los siguientes términos

“ARTÍCULO CUARTO: Con retroactividad a 1 de enero de 1983, aplíquense los siguientes beneficios a favor de todos los Empleados Públicos de las Empresas Municipales de Cali:

- 1. Prima de antigüedad así... Por 20 años de servicios 56 días*
- 2. Prima anual de continuidad de servicios que se pagará a los Empleados Públicos que hayan cumplido 20 años de servicio en EMCALI y no tengan la edad de jubilación ... Por 25 años o más 66 días.*
- 3. Al personal de empleados públicos que cumpla con 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 servicios...”*

Posteriormente por medio del Acuerdo 014 de 26 de diciembre de 1996¹, proferido por el Concejo Municipal de Cali, EMCALI se transformó de un establecimiento público a una Empresa Industrial y Comercial del Estado, en virtud de lo ordenado por la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios 142 de 1994, transformación a la que se remitió el análisis de ésta Corporación en reciente sentencia²:

“ ...

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 (FIs. 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

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

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección “B”, Consejero ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez, Bogotá D.C., veintiséis (26) de junio de dos mil ocho (2008). Radicación número: 76001-23-31-000-2001-03337-01(2926-05).

términos generales el carácter de trabajadores oficiales a sus servidores y excepcionalmente se faculta a los entes colegiados de dirección competentes (juntas directivas, asambleas) para señalar en los estatutos de la empresa que cargos serán ocupados por empleados públicos.

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

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

En este sentido los estatutos internos de las empresas industriales y comerciales del Estado son el instrumento idóneo, en virtud del cual, se precisan las actividades de la empresa que corresponden a la categoría que debe ser atendida por empleados públicos; aquellos son actos que comprenden la definición del tipo de régimen aplicable a los servidores públicos en el entendido de que sólo los de dirección y confianza que se fije en el estatuto son empleados públicos, y el traslado de la competencia prevista en las expresiones acusadas no genera una contradicción con las normas constitucionales.”³

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.

³ Sentencia C-484 de 1995 Magistrado Ponente: Dr. Fabio Morón Díaz.

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.

.” Se resalta.

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

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

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

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

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

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

[...]

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

[...]

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

En suma, el Presidente de la República puede establecer, para el sector territorial, los regímenes salariales y prestacionales de los empleados públicos y señalar las prestaciones mínimas de los trabajadores oficiales, pero debe sujetarse a la ley marco expedida por el Congreso, que en nuestro caso es la Ley 4ª de 1992.⁴

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

⁴ Sentencia del 19 de mayo de 2005. Rad. No. Interno: 4396 - 2002.- C. P. Dr. Jesús María Lemus Bustamante.

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

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

2. Marco jurídico aplicable en materia pensional a los empleados territoriales.

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

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

Posteriormente, el requisito de edad para dichos empleados fue modificado, primero por la Ley 33 de 1985 que lo fijó en 55 años sin importar el sexo, y luego

por la Ley 71 de 1988 que señaló, en tratándose de pensiones por aportes, en 55 años para mujeres y 60 años para hombres.

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 -febrero 13 de 1985- hubieren cumplido 15 años continuos o discontinuos de servicio, para los cuales se continuarían aplicando las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad, esto es, para el caso de los empleados territoriales, la Ley 6º de 1945.

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

Dicho sistema determinó como requisitos pensionales para el régimen de prima media con prestación definida, el haber cumplido 55 años de edad para las mujeres y 60 años para los hombres, con una cotización mínima de 1000 semanas en cualquier tiempo.⁵ Para reducir los efectos del tránsito legislativo y garantizar el derecho pensional de algunos empleados se previó el régimen de transición dispuesto en el artículo 36 *ibídem*, en virtud del cual la edad para acceder a la

⁵ ARTICULO 33. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSION DE VEJEZ. Para tener derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

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

pensión, el tiempo de servicio, el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión se determinaría por el régimen anterior al que se encontraran afiliados quienes al momento de entrar en vigencia el Sistema de Seguridad Social Integral, hubieren cumplido treinta y cinco (35) años de edad, si son mujeres y cuarenta (40) años si fueren hombres o hubieren acumulado por lo menos quince (15) años de servicios cotizados.

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

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

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

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

Las disposiciones de este artículo regirán desde la sanción de la presente Ley".⁶ (Se destaca).

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

Respecto de la vigencia de la Ley 100 de 1993 en el nivel territorial, el artículo 151 de dicha normatividad establece que el sistema entraría a regir a partir del 30 de junio de 1995; por consiguiente, 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 subrayado del artículo 146, que permitía la consolidación del derecho dentro de los dos años siguientes a la vigencia del Sistema General de Seguridad Social.

A pesar de la decisión de la Corte, esta Sala ha concluido con fundamento en el artículo 45 de la Ley 270 de 1996, que el aparte declarado inexecutable por la Corte Constitucional sí desplegó sus efectos protectores sobre las situaciones pensionales que se consolidaron en el interregno comprendido entre el 30 de junio de 1995 y el 30 de junio del 1997, en tanto que dicho Tribunal no moduló los efectos de su decisión⁷. Por consiguiente, es dable concluir, que las situaciones jurídicas que en materia pensional se consolidaron con base en disposiciones

⁶ Nota: La expresión subrayada y entre paréntesis fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-410 de agosto de 1997.

⁷ Proceso D0001585. Desfijación edicto 17 de septiembre de 1997.

municipales o departamentales antes del 30 de junio de 1997 o antes de la fecha en que hubiese entrado a regir el Sistema General en cada entidad territorial, se deben garantizar de conformidad con lo dispuesto en el artículo 146 citado.

Además, no sobra señalar que la Sala de Sección en sentencia de 29 de septiembre de 2011⁸, concluyó que los reconocimientos pensionales individuales sustentados en convenciones colectivas también están comprendidos dentro de los supuestos establecidos en el artículo 146 de la Ley 100 de 1993.

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

En este caso al demandado le fue reconocida la pensión de jubilación a través de la Resolución No. 1068 de 23 de julio de 1992 en cuantía de \$471.400, efectiva a partir del 16 de abril de 1992, con el 90% del promedio de salarios y primas devengados en el último año de servicios, tal como lo dispone el numeral 3, artículo 4 de la Resolución No. 0104 de 14 de octubre de 1983, proferida por la Junta Directiva de EMCALI, teniendo en cuenta que el actor nació el 15 de abril de 1942.

En los considerandos de la resolución se lee:

“Que según lo determinado por la Junta Directiva de EMCALI en Resolución No. 0104 de octubre 14 de 1983, Numeral 3° del Artículo 4°, 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

⁸ Número interno de radicación: 2434-2010. Actor: Universidad del Atlántico contra Julia Lourdes Llanos Borrero.



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:

SUELDOS	\$ 11.780.483
PRIMAS	\$ 8.550.863
TOTAL	\$20.331.346

$\$20.331.346 \div 12 = \$1.694.279 \times 90\% = \$1.524.851$ ".

...

ELEVADA A LA CENTENA \$ 1'.152.000" Se resalta.

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

"ARTÍCULO CUARTO

Con retroactividad al 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".

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

Ahora bien, el numeral 3° del artículo 4° de la Resolución No. 104 de 14 de octubre de 1983, así como la Resolución No. GG-11917 de 7 de diciembre de 1977, ambas proferidas por EMCALI, fueron demandadas ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca que se pronunció declarando su ilegalidad, mediante sentencia de 10 de febrero de 1995, decisión que fue confirmada por el Consejo de Estado en providencia de 2 de octubre de 1996, Exp. No. 11697, M.P. Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora, pronunciamiento que se cita en sentencia de esta Sección, de 12 de mayo de 2005⁹.

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

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

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

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejero ponente: Jesús María Lemos Bustamante, Bogotá D.C., doce (12) de mayo de dos mil cinco (2005). Radicación número: 76001-23-31-000-2001-01732-01(1964-04).

prestación social.

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

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

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

"ART. 76 Corresponde al Congreso hacer las leyes.

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

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

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

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

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

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

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

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

Como la Resolución No. GG-11917 fue expedida por el Gerente General de EMCALI, se ha de concluir que el referido acto administrativo no tiene sustento válido, porque no es una disposición con categoría de ley, debiendo declararse la nulidad como lo dispuso la sentencia materia de apelación.

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

1. Los reconocimientos económicos creados:

- a. Prima de Antigüedad.*
- b. Prima anual de continuidad.*

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

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

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

...

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

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

Las anteriores decisiones judiciales implicaron que la norma extralegal que sirvió de sustento al reconocimiento pensional en lo que se refiere al porcentaje de liquidación desapareció del marco jurídico ya que la declaración de nulidad deja sin efectos el acto desde su expedición, en tanto que la sentencia que declara la nulidad de una norma tiene efectos *ex tunc* y *erga omnes* como quiera que elimina la disposición del ordenamiento jurídico, de tal forma que puede considerarse que ésta nunca existió, pues la nulidad es originaria e insaneable.

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

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

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

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

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



Significa lo anterior, que la condición pensional del demandante debe ser convalidada en cumplimiento del artículo 146 de la Ley 100 de 1993, por encontrarse acreditado que laboró por más de veinte años al servicio de las Empresas Municipales de Cali -13 de marzo de 1959 y el 15 de abril de 1952- y 50 años de edad el 15 de abril de 1992.

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 6 de mayo de 2014, proferida por la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, Sala Laboral, dentro del proceso instaurado por las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI – EMCALI EICE E.S.P. contra el señor Eli Perilla Bonetty.

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.

JORGE OCTAVIO RAMIREZ RAMIREZ (E)

SANDRA LISSET IBARRA VELEZ (E)



LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO