

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO VEINTE ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE CALI

SENTENCIA

Santiago de Cali, veintinueve (29) de noviembre dos mil veintidós (2022)

Radicación: 76-001-33-31-008-2010-00316-00
Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO LABORAL
Demandante: EMCALI E.I.C.E. E.S.P.
Demandado: JOSE JAIRO PAEZ GOMEZ

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento el derecho de que trata el artículo 85 del C.C.A., EMCALI E.I.C.E. E.S.P. instaura demanda en contra el señor José Jairo Páez Gómez, con el fin que se hagan las siguientes declaraciones:

1.- Las Pretensiones.

➡ Que se declare la nulidad de la Resolución No. 1053 del 05 de septiembre de 1991 *"Por la cual se reconoce y ordena el pago de la pensión mensual de jubilación al señor JOSE JAIRO PAEZ GOMEZ"*.

➡ Que, a título de restablecimiento del derecho, se ordene al demandado reintegrar las sumas de dinero pagadas como consecuencia del reconocimiento de la pensión de jubilación en su favor, a partir de la expedición del acto administrativo demandado, hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso, junto con sus respectivos intereses y ajustes monetarios.

2.- Los Hechos que fundamentan la presente acción se sintetizan en la siguiente forma:

2.1.- La vinculación del demandado a EMCALI EICE ESP se realizó mediante el acto administrativo expedido el 17 de mayo de 1956. El último cargo que desempeñó el demandado fue el de *"...Jefe de grupo de Sección alcantarillado zona sur grupo mantenimiento de redes gerencia de acueducto Categoría 80 Cargo 459 Code 34120421..."*.

2.2.- Con anterioridad a la vinculación del demandado, se suscribió la Convención Colectiva de Trabajadores, entre los sindicatos de trabajadores de EMCALI y la empresa de la que dijo ser beneficiario el demandado, bajo el falso pretexto de que era un trabajador oficial.

2.3.- El 26 de junio de 1991, la Gerencia General de EMCALI EICE ESP expidió la Resolución GG-003796 que aceptó la renuncia del demandado en aras de que pudiera gozar de su pensión de jubilación.

2.4.- A través del acto administrativo acusado se reconoció en favor del demandado una pensión de vejez, con fundamento en la Resolución No. 0104 del 04 de octubre de 1983, respecto de la cual se declaró su nulidad, y un régimen convencional que exigía el cumplimiento de una edad inferior a la legal y establecía un monto superior al que tenía derecho, pese a que ostentaba en realidad la calidad de empleado público.

3.- Las Normas Invocadas y su Concepto de Violación.

La parte actora considera que con la expedición del acto demandado se infringieron las siguientes disposiciones: 16 del Acuerdo 014 del 26 de diciembre de 1996 expedido por el Concejo Municipal de Santiago de Cali, 16 del Acuerdo 034 del 15 de enero de 1999, 17 y 41 de la Ley 142 de 1994, 5 del Decreto 3135 de 1969, 1º del Decreto 1848 de 1969, 292 del Decreto Ley 1333 de 1986, 5 del Plebiscito del 1º de diciembre de 1957, 62, 64 y 76 de la Constitución Política anterior, 4, 6, 48, 58, 83, 150 de la Constitución Política de 1991; Ley 6 de 1945, Ley 33 y 62 de 1985.

Como concepto de violación, expuso que el demandado ostentaba la calidad de empleado público para el momento en que adquirió el estatus pensional y/o la fecha de retiro del servicio.

Acto seguido, alegó que el acto demandado se expidió en contra de lo dispuesto en la Constitución y la Ley, puesto que encuentra fundamento en la Convención Colectiva suscrita entre EMCALI y SINTRAEMCALI, 1990-1991 de la que no puede beneficiarse el demandado.

Resaltó que la Resolución No. 0104 del 04 de octubre de 1983, también fue invocada como fundamento del acto demandado, resultó retirada del ordenamiento jurídico en virtud de una orden judicial que declaró su nulidad, y que, por tanto, el acto referido es a todas luces ilegal.

Con base en el artículo 5º del Plebiscito del 1º de diciembre de 1957, argumentó que EMCALI se encontraba en imposibilidad jurídica para expedir la resolución demandada, y de esta manera, que se subrogó en obligaciones o facultades que no le eran propias, puesto que en cabeza del Congreso de la República se encontraba radicada la competencia para expedir las leyes que determinaban la estructura de la administración nacional, las escalas de remuneración y el régimen de las prestaciones sociales.

Adicional a lo anterior, destacó que la Corte Suprema de Justicia declaró la inexecutable del artículo 38 del Decreto Ley 3130 de 1968, que permitía a las juntas y consejo de las entidades descentralizadas, determinar su régimen salarial y prestacional, bajo la consideración de que estos tópicos eran de competencia privativa del Congreso de la República.

Arguyó, que, con la entrada en vigencia de la Constitución Política, el acto administrativo demandado quedó sin vida jurídica, considerando lo dispuesto en su artículo 150, que establece las funciones del Congreso en materia del régimen salarial y prestacional de los servidores públicos, desarrolladas en la Ley 4ª de 1992, sin que esta última Ley excluya a una entidad como la de la naturaleza de EMCALI.

Acto seguido, concluyó que la resolución demandada contraria la anterior Carta Magna y la Constitución Política de 1991, y de esta manera, que, en el presente caso, debe aplicarse lo previsto en el artículo 4º de la última Constitución referida, en concordancia con lo establecido en el artículo 6 ibídem. Primordialmente, porque el acto demandado se expidió con base en la Resolución JD 0104 del 03 de octubre de 1983, que otorgó derechos pensionales extralegales a empleados públicos de EMCALI, declarada nula por el Consejo de Estado a través de la sentencia No. 11697 del 17 de febrero de 1997.

Desde su punto de vista, *"...Igual predicamento ha de tenerse en relación con las convenciones colectivas como acuerdos laborales, pues tampoco es viable que los actos administrativos o la conducta de las autoridades de una Empresa Industrial y Comercial del Estado, extienda beneficios de una convención de trabajo más allá de la intervención del legislador en materia de salarios y prestaciones sociales, al punto que, la misma ley, prevé la falta de eficacia y consolidación de los derechos que pudiesen alegarse. Es así como en su artículo 10 observa: "Todo régimen salarial o Prestacional que se establezca contraviniendo disposiciones contenidas en la presente Ley o en los decretos que dicte el Gobierno Nacional en desarrollo de la misma, carecerá de todo efecto jurídico y no creará derechos adquiridos"..."*

De otro lado, argumentó que la parte demandada desconoció el postulado de la buena fe, y que se quebrantó la confianza, seguridad y honorabilidad que puede esperarse de la conducta de los funcionarios de EMCALI que expidieron el acto demandado, por cuanto se benefició del poder arbitrario ejercido.

Sustentó que el acto acusado viola las Leyes 33 y 62 de 1985 y 6ª de 1945, porque se otorgó al demandado una pensión con edad inferior a la exigida, un monto porcentual mayor, y unos factores salariales convencionales que no pueden reconocerse a los empleados públicos, aclarando que el demandado podía ser beneficiario del régimen de transición de la Ley 33 de 1985.

Por último, alegó que con la expedición de la resolución demandada también resultó infringido el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, no solo porque se consideraron unos factores no contemplados en la referida ley, sino también porque la parte demandada no cotizó a la Caja Nacional de Previsión Social por concepto de los factores que se tuvieron en cuenta al momento de liquidar la prestación.

4.- La Contestación de la Demanda.

El curador ad- litem del señor **José Jairo Páez Gómez** no contestó la demanda.

5. Los Alegatos de Conclusión.

La **parte demandante** a través de su mandatario judicial alegó de conclusión reiterando los argumentos expuestos en la demanda.

El curador ad- litem del **demandado** no se pronunció durante el término para alegar de conclusión.

6. El Concepto del Ministerio Público.

El Procuradora Delegada ante el Despacho no rindió concepto.

Cumplidas las distintas etapas procesales sin que se advierta causal de nulidad que invalide lo actuado, de conformidad con lo establecido en el Art. 170 del C.C.A., se formulan:

7.- Consideraciones.

7.1.- La Competencia.

De conformidad con lo establecido en los artículos 134B, 134D y 134E del Decreto 01 de 1984 – C.C.A.-, el Juzgado Veinte Administrativo Mixto del Circuito Judicial de Cali, es competente para conocer la presente acción.

7.2.- El Marco Normativo.

El artículo 85 del C.C.A., dispone que toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La misma acción tendrá quien pretenda que le modifiquen una obligación fiscal, o de otra clase, o la devolución de lo que pagó indebidamente.

Como presupuestos de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, se tienen los siguientes: 1) La existencia de un derecho; 2) La expedición de un acto administrativo y 3) La violación del derecho a causa de la actuación administrativa.

7.3.- El Acto Administrativo

- Resolución No. 1053 del 05 de septiembre de 1991, "*Por la cual se reconoce y ordena el pago de la pensión mensual de jubilación al señor JOSE JAIRO PAEZ GOMEZ*", expedida por el Gerente General del Establecimiento Público Empresas Municipales de Cali, EMCALI.

7.4.- El Problema Jurídico.

En este punto de la controversia, corresponde al Despacho dilucidar los siguientes problemas jurídicos:

Principal: ¿Determinar si hay lugar a declarar la nulidad de la Resolución No. 1053 del 05 de septiembre de 1991 "*Por la cual se reconoce y ordena el pago de la pensión mensual de jubilación al señor JOSE JAIRO PAEZ GOMEZ*"?

Asociado: ¿Establecer si era procedente el reconocimiento de la pensión de jubilación del demandado con fundamento en normas convencionales y extralegales, y si tal reconocimiento resultó convalidado con ocasión de la expedición de la Ley 100 de 1993?

Para arribar a la decisión, se abordará el estudio de los siguientes puntos: **7.5.-** Competencia frente a la fijación del régimen pensional de los empleados públicos; **7.6.-** Alcance del artículo 146 de la Ley 100 de 1993; **7.7.-** Naturaleza jurídica de Emcali; **7.8.-** Análisis del caso concreto; **7.9.-** La conclusión; **7.10.-** Las costas.

7.5.- Competencia frente a la fijación del régimen pensional de los empleados públicos

Sobre este tema, con fundamento en lo previsto en el artículo 150.19 literal e) de la Constitución Política, el Consejo de Estado¹ se pronunció, manifestando:

"...En este orden de ideas, conforme a la Constitución Política de 1991, que no ha otorgado a otras autoridades la facultad de expedir normas sobre prestaciones sociales, corresponde al Congreso fijar las normas generales a las que se sujeta el Gobierno Nacional para fijar los requisitos y condiciones del reconocimiento de la pensión de jubilación de los empleados públicos², por lo que, es ilegal cualquier disposición, referente a: (i) normas de carácter local como ordenanzas, acuerdos municipales, resoluciones o acuerdos de establecimientos públicos, nacionales o departamentales, que regulen la materia; o, (ii) convenciones colectivas suscritas por los sindicatos de empleados públicos que establezcan disposiciones relativas a este tópico.

A su turno, la Ley 4ª de 1992, dispuso en sus artículos 10 y 12, que el régimen prestacional de los servidores públicos de las entidades territoriales será el fijado por el Gobierno Nacional, y que cualquier régimen salarial o prestacional que se establezca contraviniendo las disposiciones contenidas en la citada ley, o en los decretos que dicte el Gobierno Nacional, carecerán de efecto y no creará derechos adquiridos...."

7.6.- Alcance y vigencia del artículo 146 de la Ley 100 de 1993

En lo tocante a las situaciones jurídicas consolidadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el Legislador estableció:

"...Artículo 146. Situaciones Jurídicas Individuales Definidas por Disposiciones Municipales O Departamentales. *Las situaciones jurídicas de carácter individual definidas con anterioridad a la presente Ley, con base en disposiciones Municipales o Departamentales en materia de pensiones de jubilación extralegales en favor de empleados o servidores públicos o personas vinculadas laboralmente a las entidades territoriales o a sus organismos descentralizados, continuarán vigentes.*

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia del 09 de julio de 2015, No. Interno. 2936-14, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

² Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-510 de 14 de julio de 1999, M. P. doctor Alfredo Beltrán Sierra, sostuvo: "El Constituyente de 1991, entonces, conservó el concepto que venía desde la reforma constitucional de 1968, en relación con la necesidad de la existencia de una **competencia compartida** entre el legislador y el ejecutivo en la regulación de determinadas materias, una de ellas la fijación del régimen salarial y prestacional de los **empleados públicos**, entre otros servidores del Estado, en donde la función del primero se debe limitar a establecer unos marcos generales, unos lineamientos que le circunscriban al segundo la forma como éste ha de desarrollar su actividad reguladora para los asuntos específicamente señalados por la propia Constitución."

<Expresión tachada INEXEQUIBLE> 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 fecha de la sanción de la presente Ley...".

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad se demandó parcialmente el artículo antes citado, y la Corte Constitucional mediante Sentencia C - 410 de 1997, con ponencia del Magistrado Hernando Herrera Vergara, resolvió declarar su exequibilidad, salvo la expresión "o cumplan dentro los dos años siguientes", pues consideró que debía ser declarada inexecutable.

En la parte considerativa de esta providencia, la Corporación citada expuso:

"...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.*

...

Así entonces, el derecho pensional sólo se perfecciona previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley, edad y tiempo de servicio, lo cual significa que mientras ello no suceda, los empleados o servidores públicos o personas vinculadas laboralmente a las entidades territoriales o a sus organismos descentralizados que al momento de entrar en vigencia la ley 100 de 1993 no habían cumplido dichos requisitos, apenas tenían una mera expectativa, por lo que no les son aplicables las normas vigentes antes de la expedición de dicha ley. Quiere ello decir, que en el momento en que el legislador expidió la norma cuestionada, "el derecho" a pensionarse con arreglo a las normas anteriores no existía como una situación jurídica consolidada, como un derecho subjetivo del empleado o servidor público. Apenas existía, se repite, una expectativa, susceptible de ser modificada legítimamente por el legislador.

Por lo tanto, el privilegio establecido en el inciso segundo para quienes cumplan dentro de los dos años siguientes a la vigencia de la ley 100 los requisitos para pensionarse, genera un tratamiento inequitativo y

desigual frente a los demás empleados o servidores públicos o personas vinculadas laboralmente a las entidades territoriales o a sus organismos descentralizados que cumplan dichos requisitos con posterioridad. Situación está que quebranta el artículo 13 superior, en cuya virtud todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, y se prohíbe cualquier forma de discriminación entre personas o grupos de personas que se encuentren en circunstancias iguales...”.

De otro lado, el Consejo de Estado³ en cuanto a los destinatarios del artículo 146 de la Ley 100 de 1993, precisó:

“...- Tal como se explicó en el acápite anterior, en vigencia de la Constitución Política de 1886 la competencia para la fijación del régimen prestacional de los empleados públicos recayó en el Congreso; y, en vigencia de la Constitución Política de 1991 recae, de manera concurrente, en el Congreso y en el Ejecutivo Nacional.

Por lo anterior, al referirse la norma objeto de estudio a situaciones pensionales reguladas por disposiciones del orden municipal y departamental ha de tenerse claro que: (a) no es la misma situación de aquellos que con anterioridad a la entrada en vigencia adquirieron su prestación con arreglo a la Ley, pues en el presente asunto, se reitera, la pensión se adquirió con fundamento en normas que, a pesar de presumirse legales, contrariaban el ordenamiento jurídico; (b) tampoco es la misma situación de los beneficiarios del régimen de transición, pues las expectativas ciertas que en este caso se pudieran tener provenían de normas ajustadas a la Constitución; y, (c) obedeció a la intención del legislador de no desconocer la situación que se había generado dentro de un marco normativo pensional disgregado.

- A su turno, es válido afirmar que dos son las situaciones pensionales que, a pesar de ser de origen extralegal, merecen protección por vía de la garantía de las situaciones consolidadas al amparo del artículo 146⁴, así: (i) la de quienes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 en el sector territorial, esto es el 30 de junio de 1995⁵, tuvieron una situación jurídica definida, esto es, que se les hubiera reconocido el derecho pensional; y, ii) la de quienes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 en el sector territorial hubieran cumplido los requisitos exigidos por dichas normas, esto es, que hayan adquirido el derecho así no se les haya reconocido⁶. Frente a esta conclusión, empero, cabe una precisión adicional.

Aun cuando la norma habla de la protección de las pensiones extralegales, fundadas en disposiciones del orden municipal y departamental, adquiridas con anterioridad a la Ley 100 de 1993 y que el inciso final ídem dispuso que “las disposiciones de este artículo regirán desde la fecha de la sanción de la presente ley”, lo cierto es que de una interpretación armónica de todo el contenido de la Ley, y especialmente del artículo 151 de la misma, así como de la aplicación del principio de favorabilidad, esta Corporación ha entendido que la fecha última que ha de tenerse en cuenta para determinar la existencia o no de un derecho adquirido es el 30 de junio de 1995⁷...”.

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia del 09 de julio de 2015, No. Interno. 2936-14, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

⁴ Estos dos eventos fueron objeto de pronunciamiento de exequibilidad a través de la Sentencia C-410 de 28 de agosto de 1997.

⁵ Parágrafo del artículo 151 de la Ley 100 de 1993.

⁶ En el mismo sentido ver la sentencia de esta Corporación, Sección Segunda, Subsección B; de 4 de septiembre de 2008, C. P. doctor Jesús María Lemos Bustamante; radicado interno No. 0699-2006; actor: Universidad del Valle del Cauca; así como también la Sentencia de la Sección Segunda, Subsección B, de 16 de febrero de 2006; C.P. doctor Tarsicio Cáceres Toro; radicado No. 2001-04783-01; actor: María Antonia Solórzano Veloza.

⁷ Sentencia de la Sección Segunda, Subsección A, de 31 de julio de 2008, C.P. Doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, radicado interno No. 0218-2008, se consideró: “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; asimismo,

En consecuencia, el anterior aparte jurisprudencial lleva a concluir que el artículo 146 de la Ley 100 de 1996, pretende proteger las situaciones jurídicas consolidadas de aquellas personas que con anterioridad a su entrada en vigencia, esto es, el **30 de junio de 1995**, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 151 ibídem, ya se les hubiere reconocido su pensión, con base en normas de carácter municipal o departamental, que se presumen legales, pese a que son contrarias al ordenamiento jurídico, y de aquellas personas que no se les había reconocido el derecho tal, habiendo cumplido los requisitos que las normas territoriales exigen para tal efecto.

No obstante, en providencia posterior, el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo⁸ invocando la sentencia calendada 07 de octubre de 2010, resaltó que la fecha que debe tenerse en cuenta para determinar la configuración de un derecho adquirido, y aplicación del artículo 146 de la Ley 100 de 1993, debía **ser el 30 de junio de 1997, mas no el 30 de junio de 1995**, debido a que el precepto citado, hasta esta fecha, también amparó el caso de aquellas personas que bajo el imperio de normas extralegales cumplieran dentro de los años siguientes a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 a nivel territorial, los requisitos señalados para el reconocimiento de la pensión, ello, habida consideración de que el aparte normativo que regulaba tal circunstancia alcanzó a concretarse sin verse afectado con los efectos ex nunc de la sentencia que declaró su inexecutable.

En efecto, sobre la vigencia de la Ley 100 de 1993 a nivel territorial, sostuvo:

"...Es relevante, señalar que sobre la vigencia de la Ley 100 de 1993 en materia pensional en el nivel territorial, el artículo 151 ibídem estableció que entraría a regir a partir del 30 de junio de 1995, en esas condiciones, solamente las situaciones particulares que se definieron con anticipación a esa fecha deben ser respetadas, sin embargo el artículo 146, permitía la consolidación del derecho dentro de los dos años siguientes a la vigencia del Sistema General de Seguridad Social, aparte que fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la misma sentencia C-410 de 1997.

*No obstante lo anterior, esta Corporación consideró que dicho aparte sí surtió efectos respecto de aquellas situaciones pensionales que se consolidaron entre el 30 de junio de 1995 y el 30 de junio del 1997, con fundamento en el artículo 45 de la Ley 270 de 1996, de acuerdo con el cual las sentencias de inexecutable tienen efectos hacia futuro, y como quiera que la sentencia de constitucionalidad no moduló los efectos de su decisión, **quedaron amparadas las situaciones jurídicas que en materia pensional se consolidaron con base en disposiciones municipales o departamentales antes del 30 de junio de 1997 o antes de la fecha en que hubiese entrado a regir el Sistema General en cada entidad territorial. Así lo concluyó la sentencia del 7 de octubre de 2010**⁹:*

"(...) 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

quienes antes de su entrada en vigencia 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".

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia del 27 de abril de 2016, No. Interno. 0889-11, C.P. William Hernández Gómez.

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 7 de octubre de 2010, Radicación núm.: 1484-09 M.P.: Víctor Hernando Alvarado Ardila.

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.(...)” ...”.

Finalmente, dentro de este acápite, es menester resaltar que el Consejo de Estado¹⁰ frente a la situación pensional de aquellos empleados públicos que obtuvieron el reconocimiento de la pensión con base en una convención colectiva de trabajo, antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, señaló que resulta aplicable en su caso el artículo 146 ibídem, pese que la expedición de la convención provenga de autoridades incompetentes, lo anterior, luego de realizar el siguiente análisis:

“...Para determinar si las convenciones colectivas están dentro de aquellas situaciones que convalidó el artículo 146 de la Ley 100 de 1993, la Sección mediante Sentencia de 29 de septiembre de 2011¹¹, consideró no se puede dejar de lado, que en el sector territorial, han existido múltiples regulaciones de carácter territorial que, aún sin competencia, han reglado y creado beneficios de índole pensional, y, por supuesto, se permitió la suscripción y el amparo de convenciones colectivas que han beneficiado y aplicado de manera general no sólo a los trabajadores oficiales, sino que también, a los empleados públicos.

En virtud de lo expuesto, se puede concluir, que aun cuando la Convención Colectiva fue emanada de autoridades incompetentes para la regulación del régimen pensional de los empleados públicos, dicha situación fue convalidada por expresa disposición del legislador a través del referido artículo 146 de la Ley 100 de 1993, cuya constitucionalidad fue avalada por el Órgano que de conformidad con la Constitución Política de 1991 es el encargado de mantener la guarda e integridad del ordenamiento superior...”.

7.7.- Naturaleza Jurídica de EMCALI.

Sobre este punto, se tiene que a través del Acuerdo 50 de 1961, el Concejo Municipal de Cali constituyó el establecimiento público “EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI – EMCALI, COMO UN ORGANISMO AUTÓNOMO, DOTADO DE PERSONERÍA JURÍDICA Y PATRIMONIO PROPIO”.

Por tanto, el Consejo de Estado¹² concluyó que *“...Como establecimiento público del orden municipal que era, el régimen laboral de sus funcionarios, lo constituían por regla general los empleados públicos y, excepcionalmente los trabajadores oficiales quienes ejercían funciones de construcción y mantenimiento de obra pública...”.*

Con motivo de la expedición de la Ley 142 de 1994, y en aras de acatar lo dispuesto en el parágrafo de su artículo 17, el Concejo Municipal de Cali expidió el Acuerdo 14 de 1996 *“Por el cual se dictan disposiciones en relación con la transformación de las Empresas Municipales de Cali – Emcali en Empresa Industrial y Comercial del Municipio, se autorizan la constitución de unas sociedades de servicios públicos oficiales y se dictan otras disposiciones”,*

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia del 09 de julio de 2015, No. Interno. 2936-14, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, Sentencia de 29 de septiembre de 2011, Expediente No. 080012331000200502866 03 (2434-2011), Actor: Universidad del Atlántico.

¹² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia del 09 de julio de 2015, No. Interno. 2936-14, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

operando tal transformación a partir del 1º de enero de 1997, conforme con lo dispuesto en el párrafo II de su artículo 5º.

En consecuencia, en palabras del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo¹³ "...el régimen legal de los trabajadores de EMCALI, por regla general pasó a trabajadores oficiales. En los estatutos internos de la entidad se precisarían qué actividades de dirección y confianza deberían ser desempeñadas por empleados públicos, teniendo en cuenta el objeto y las funciones de la empresa¹⁴. El régimen laboral de sus funcionarios sería entonces el señalado por el artículo 5¹⁵ del Decreto 3135 de 1968, por remisión expresa que hiciera el artículo 41¹⁶ de la mencionada Ley 142 de servicios públicos...".

7.8.- Análisis del caso concreto

Luego de estudiar el caso concreto, a la luz de la normatividad y jurisprudencia aplicable, en concordancia con los elementos de juicio aportados, el Despacho considera que las súplicas de la demanda no tienen vocación de prosperidad, conforme con el análisis que se precisa a continuación:

De acuerdo con lo probado en este proceso, se tiene que el accionante trabajó en Emcali desde el 20 de enero de 1955 hasta el 25 de junio de 1991, prestando así **33 años, 10 meses y 09 días de servicio**, mientras la entidad mencionada fue un establecimiento público del orden municipal, siendo el último cargo que desempeñó el de Jefe de Grupo Categoría 80, Cargo 459, Code 4120421 (Sección Alcantarillado Zona Sur – Grupo Mantenimiento de Redes – Gerencia de Acueducto), que permite catalogarlo como **empleado público**, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado citada en el acápite 7.7 de esta providencia, y más aún cuando este punto no fue objeto de discusión por las partes.

Aceptada la renuncia al cargo por intermedio de la Resolución No. GG-003796 calendada 31 de julio de 1991, a partir del 26 de junio del citado año, el Gerente General del Establecimiento Público ya mencionado, desde esta fecha, reconoció al accionante una pensión de jubilación, teniendo en cuenta que había cumplido los requisitos de tiempo de servicio y edad para jubilación, y aclarando que si bien es cierto, el artículo 5º del Decreto 1743 de 1996, reglamentario de la Ley 4ª del mismo año, establecía que la cuantía de la pensión debía determinarse con el 75% del promedio de los salarios y primas devengadas en el último año, en el caso concreto, debía aplicarse el numeral 3º del artículo 4º de la Resolución No. 0104 de octubre 14 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*

¹³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia del 09 de julio de 2015, No. Interno. 2936-14, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

¹⁴ Sobre el particular ver sentencia de la sección segunda del consejo de Estado de 26 de junio de 2008 rad No. 2926-05, C.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez

¹⁵ **Artículo 5º.-** Empleados Públicos y Trabajadores Oficiales. Las personas que prestan sus servicios en los Ministerios; Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales.

¹⁶ **Artículo 41.** *Aplicación del Código Sustantivo del Trabajo. Las personas que presten sus servicios a las empresas de servicios públicos privadas o mixtas, tendrán el carácter de trabajadores particulares y estarán sometidas a las normas del Código Sustantivo del Trabajo y a lo dispuesto en esta Ley. Las personas que presten sus servicios a aquellas empresas que a partir de la vigencia de esta Ley se acojan a lo establecido en el párrafo del artículo 17o., se regirán por las normas establecidas en el inciso primero del artículo 5o. del Decreto-Ley 3135 de 1968. **NOTA: El texto subrayado fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-253 de 1996.***

Empleados Públicos”, expedida por la Junta Directiva de Emcali, cuyo texto es del siguiente tenor:

“... ARTÍCULO CUARTO

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

(...)

3 - 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 Servicios...”

Es de resaltar que el objeto del último acto administrativo citado, de acuerdo con jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado¹⁷ fue el de extender **“...los beneficios convencionales, solo en cuanto al porcentaje de liquidación pensional, (90%), más no en lo relativo a los requisitos de tiempo y edad, pues para ellos debía ceñirse a la ley y a los reglamentos de EMCALI...”** (Negrita propia del texto).

Ahora bien, en la Convención Colectiva vigente para el momento del reconocimiento de la pensión, sobre la pensión de jubilación establecía:

“...ARTICULO 63. Jubilación

Reconocimiento. EMCALI jubilará a los trabajadores oficiales que hayan prestado servicios veinte (20) años continuos o discontinuos a entidades de derecho público y cuando cumplieren cincuenta (50) años de edad (C.C. 1984 Art.12).

(...)

Cuantía. EMCALI jubilará al personal que cumpla los requisitos establecidos por la Ley y la convención vigente de EMCALI, con el 90% del promedio de los salarios y primas de toda especie devengados por el trabajador en el último año de servicio (L.A. 1983 acta resumen)...”

No obstante, al revisar el contenido de la sentencia fechada 02 de octubre de 1996, se advierte que el Consejo de Estado resolvió declarar la nulidad de la Resolución No. 0104 del 14 de octubre de 1983, respecto de los numerales 1º, 2º y 3º del artículo 4º, por las razones que se transcriben a continuación:

“...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 de la República 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...”

Luego entonces, conforme con lo hasta aquí expuesto, forzoso es colegir que para efecto del reconocimiento de la pensión de jubilación del demandado, la entidad accionante exigió el cumplimiento de la edad y tiempo de servicio previsto en la Convención Colectiva, requisitos que coinciden con los

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia del 09 de julio de 2015, No. Interno. 2936-14, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

establecidos en la Ley 6ª de 1945, aplicando además, para efectos de obtener su cuantía, el porcentaje que en la referida convención se contempló.

De igual manera, se tiene que bajo la aplicación de la Resolución No. 0104 de octubre 14 de 1983, el demandante tenía derecho al beneficio extralegal según el cual la cuantía de la pensión de jubilación debía liquidarse con el 90% de los promedios de los salarios y primas de toda especie percibidas en el último año de servicios.

En este punto, se aclara que le asiste razón a la parte demandante cuando sostiene que, el presente caso, debió estar gobernado por la Ley 6ª de 1945, como quiera que el demandado era beneficiario del régimen de transición de la Ley 33 de 1985. Lo anterior, por cuanto, este último para la fecha en vigencia de la Ley 33 de 1985 (29 de enero de 1985), según el tiempo de servicio acá acreditado, ya había prestado los quince (15) años continuos o discontinuos que exige el parágrafo segundo de su artículo 1º para ser beneficiario del régimen de transición.

Habiéndose esclarecido que el demandado en su condición de empleado público se pensionó con base en normas convencionales y extralegales, ahora es del caso, señalar que con ocasión de la declaración de nulidad del artículo 4.3. de la Resolución No. 0104 del 14 de octubre de 1983, que constituyó el sustento para la expedición de la resolución de reconocimiento de la pensión de jubilación, operó el fenómeno jurídico del decaimiento respecto éste acto administrativo, toda vez que desapareció el fundamento de derecho que motivó su expedición, a raíz de los efectos ex tunc de la providencia en virtud de la cual el Consejo de Estado tomó dicha determinación.

Sin embargo, habida consideración que el Legislador de 1993, por intermedio del artículo 146 de la Ley 100, protegió los derechos adquiridos de aquellas personas que obtuvieron el reconocimiento de la pensión de jubilación, partiendo de normas territoriales y convenciones colectivas, con anterioridad a la entrada en vigencia de tal Ley, de aquellas que cumplieron con los requisitos señalados en estas disposiciones que no tenían reconocido el derecho tal, al igual que a aquellas personas cuyo derecho se consolidó dentro de los dos años siguientes a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 a nivel territorial, resulta necesario entrar a analizar, si el caso del demandado quedó amparado por el artículo 146 citado, pese a la ilegalidad que rodea el reconocimiento de su pensión, de acuerdo con los requisitos fijados por el Consejo de Estado en la jurisprudencia ya citada en esta providencia, los cuales se proceden a estudiar en el mismo orden:

1.- Que la prestación se hubiere consolidado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993:

Para el Despacho este requisito concurre en el sub lite, teniendo en cuenta que el demandado adquirió el status de pensionado el 24 de abril de 1991, y por consiguiente, antes del 30 de junio de 1997, fecha límite de configuración del derecho, según lo establecido en el artículo 146 de la Ley 100 de 1993, ya que protegió la situación jurídica de aquellas personas respecto de los cuales su derecho pensional se consolidó dentro de los **dos años siguiente** a la entrada en vigencia del Sistema General de Seguridad Social a nivel territorial.

2.- Que la prestación de orden convencional se halle dentro de los supuestos establecidos en el artículo 146 de la Ley 100 de 1993.

El reconocimiento de la pensión de jubilación del demandado operó a partir del 26 de junio de 1991, tuvo como fundamento las normas convencionales y extralegales que regían en Emcali, motivo por el cual se pensionó con 50 años de edad, 20 años de prestación de servicios, y con el 90% del promedio de salarios y primas de toda especie percibidas por el empleado en el último año de servicios.

Por tanto, a juicio de este Operador Judicial, el caso concreto se encuentra amparado por el artículo 146 de la Ley 100 de 1993, puesto que el derecho pensional del actor se consolidó antes del 30 de junio de 1997, con base en normas de orden convencional y extralegal.

Recuérdese que este precepto convalidó los derechos adquiridos de las personas con arreglo a normas territoriales o convencionales expedidas con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, sin consideración alguna de su irregularidad por falta de competencia.

Es de advertir que respecto de la conclusión arribada no puede tener incidencia alguna la desaparición del mundo jurídico del acto administrativo sustento de la resolución por medio de la cual la entidad demandante reconoció la pensión de jubilación del demandado, como consecuencia de su declaratoria de nulidad, por cuanto deben prevalecer en el presente asunto, los mandatos del artículo 146 de la Ley 100 de 1993, conforme con la posición actual del Consejo de Estado¹⁸ sobre el tema, en virtud de la cual *"...cualquier reconocimiento pensional efectuado antes del 30 de junio de 1995¹⁹ quedó amparado por el artículo 146 de la Ley 100 de 1993..."*.

Finalmente, en torno al establecimiento del ingreso base de liquidación de la pensión considerando factores no enlistados en la Ley 62 de 1985, este Despacho debe señalar que:

i.- La Ley citada no tiene aplicación en el presente asunto, en la medida que el accionante como beneficiario del régimen de transición que contempla la Ley 33 de 1985, debía, en principio, obtener el reconocimiento del derecho pensional según los mandatos de la Ley 6 de 1945, que al no determinar los factores salariales sobre los cuales debe liquidarse la prestación, conlleva a acudir a lo reglado en el artículo 45 del Decreto Ley 1045 de 1978.

ii.- Según el documento titulado "RELACIÓN DE VALORES PERCIBIDOS EN EL ÚLTIMO AÑO DE SERVICIO POR EL SEÑOR JOSE JAIRO PAEZ GOMEZ ", se tuvieron en cuenta los factores que se citan a continuación: sueldos, prima semestral junio/91, prima extralegal mayo/91, prima semestral diciembre/90, prima de navidad, prima navidad proporcional/91, prima antigüedad, prima vacaciones, horas extras, subsidio de transporte.

Aunque algunos factores y algunas primas extralegales no están relacionados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, al haber quedado la situación pensional del demandado definida con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, y ser aplicable en su caso, el artículo 146, para efectos de la determinación de la cuantía de la pensión de jubilación, necesariamente hay que acudir a las disposiciones convencionales y extralegales, las cuales conforme esta disposición continúan vigentes, siendo en consecuencia, menester inferir

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia del 09 de julio de 2015, No. Interno. 2936-14, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

¹⁹ O hasta el año 1997 en virtud de la sentencia C-410 de 1997.

que el ingreso base de liquidación podía estar conformado con los factores mencionados en el párrafo anterior, toda vez que el demandado tenía derecho a gozar de una pensión equivalente "...al 90% del promedio de los salarios y primas de **toda especie** percibidas por el Empleado en el último año de Servicios...". (Resalta el Despacho).

7.9.- La Conclusión.

Corolario del análisis del cargo de nulidad planteado, aunado al estudio de las normas y jurisprudencia aplicables al presente asunto, encuentra este Operador Judicial, que en el *sub lite* no se logró desvirtuar la presunción de legalidad que ampara al acto administrativo impugnado, debido a que al tenor de lo dispuesto en el artículo 146 de la Ley 100 de 1993, el demandado tiene derecho a gozar de una pensión de jubilación con fundamento en normas de carácter convencional y extralegal.

Bajo estas condiciones, este Despacho negará las pretensiones de la demanda.

7.10.- Costas

El Despacho considera que es improcedente la condena en costas cuando la entidad pública interpone demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, bajo la modalidad de lesividad, por cuanto no existe la posibilidad de catalogar a la demandada como parte vencida en el proceso, a raíz de los intereses económicos que en proceso se ventilan.

En razón a las anteriores consideraciones, el Juzgado Veinte Administrativo Mixto del Circuito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

- 1.- DENEGAR** las súplicas de la demanda.
- 2.-** Sin costas.
- 3.-** En firme la presente decisión, archívese el expediente, previa anotación en el sistema de registro de actuaciones.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Firmado electrónicamente
JAIRO GUAGUA CASTILLO
Juez

Se deja constancia que esta providencia se firma en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema valida la integridad y autenticidad del presente documento en el link <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/documentos/validador>