

FIJACIÓN DE RÉGIMENES SALARIALES Y PRESTACIONALES POR PARTE DE LAS AUTORIDADES TERRITORIALES – Prohibición

Es dable concluir que las entidades del orden territorial carecen de competencia para expedir actos de reconocimiento pensional con fundamento en acuerdos internos o extralegales; por lo tanto, resultan contrarias al ordenamiento constitucional y legal, las disposiciones de carácter local como ordenanzas, acuerdos municipales, resoluciones o acuerdos de establecimientos públicos, nacionales o departamentales, que regulen el régimen prestacional de los empleados públicos, al igual que las normas de orden convencional.

DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE LOS SINDICATOS DE EMPLEADOS PÚBLICOS – Alcance / SINDICATOS DE EMPLEADOS PÚBLICOS – Prohibición de presentar pliegos de peticiones y celebrar convenciones colectivas de trabajo

Los empleados públicos no gozan de un derecho pleno a la negociación colectiva, ni tienen la posibilidad de presentar pliegos de peticiones ni de celebrar convenciones colectivas; lo que no quiere decir que estén impedidos para hacer uso de otros medios de concertación, voluntaria y libre, que les permitan participar en la toma de las decisiones que los afectan, sin trasgredir la facultad exclusiva que ostentan el Congreso de la República y el Gobierno nacional para fijar las condiciones salariales y prestacionales.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la prohibición de los sindicatos de empleados públicos de presentar pliegos de peticiones y celebrar convenciones colectivas de trabajo, ver: Corte constitucional, sentencia C-1235 de 2005.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 55 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 150 / LEY 100 DE 1993 – ARTÍCULO 36 / LEY 4 DE 1992 – ARTÍCULO 10 / LEY 4 DE 1992 – ARTÍCULO 12

PENSIÓN DE JUBILACIÓN EN LAS EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI EMCALI / RECONOCIMIENTO PENSIONAL CON BASE EN CONVENCIÓN COLECTIVA DEL TRABAJO – Convalidación

La situación particular del demandado se encuentra convalidada por virtud de lo dispuesto en el artículo 146 de la Ley 100 de 1993, según el cual dejó a salvo los derechos pensionales otorgados con fundamento en disposiciones de orden territorial, como la señalada en la Resolución 104 de 1983, que creó condiciones más favorables para acceder a la prestación, pese a la ilegalidad de su fuente normativa. Desde luego, aunque la consecuencia de la nulidad es que las cosas vuelvan al estado anterior al de la expedición del acto retirado del ordenamiento jurídico, es preciso tener en cuenta que los actos que reconocen pensiones involucran derechos fundamentales amparados por la Carta Política, lo que implica que en este caso, deba darse prevalencia a los derechos a la seguridad social y al mínimo vital del accionado que hoy cuenta con 77 años de edad

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la convalidación de los reconocimientos pensionales efectuados con base en convenciones colectivas de trabajo, ver: C. de E., Sala Plena de la Sección Segunda, sentencia de unificación de 29 de septiembre de 2011, radicación: 2434-10, C.P.: Víctor Hernando Alvarado Ardila.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de octubre de dos mil diecinueve (2019).

Radicación número: 76001-23-31-000-2010-00984-02(0494-18)

Actor: EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI -EMCALI

Demandado: GUILLERMO GUTIÉRREZ VALENCIA

Referencia: nulidad y restablecimiento del derecho

Tema: Reliquidación pensión de jubilación.

sentencia segunda instancia

Le corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que denegó las súplicas de la demanda instaurada contra el señor Guillermo Gutiérrez Valencia.

1. Antecedentes

La demanda

1.1.1. Pretensiones

En ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A, Empresas Municipales de Cali (EMCALI), por conducto de apoderado especial, presentó demanda en la modalidad de lesividad, en orden a obtener la nulidad de la Resolución 1054 de 22 de julio de 1992 por medio de la cual reconoció una pensión de jubilación al señor Guillermo Gutiérrez Valencia.

Como consecuencia de la anterior declaración, solicitó la reliquidación, pago y reembolso de las sumas que le fueron canceladas en exceso por virtud de los actos administrativos acusados, desde el momento en que se efectuó el reconocimiento pensional, hasta la fecha de ejecutoria de esta providencia; y que se cancelen los respectivos intereses de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo.

1.1.2. Hechos

Para sustentar sus pretensiones, la parte actora expuso los siguientes hechos:

Guillermo Gutiérrez Valencia se vinculó a las Empresas Municipales de Cali (EMCALI) mediante acto administrativo del 1.º de marzo de 1963, siendo su último cargo el de «jefe de grupo, categoría 88, cargo 459, code 11500311 en la Sección de Contabilidad Comercial Grupo de Cuentas por Pagar»[1].

Por medio de la Resolución 1054 de 22 de julio de 1992, el gerente de la entidad le reconoció pensión de jubilación en cuantía de \$615.500, conforme a la convención colectiva vigente

suscrita entre EMCALI y el Sindicato de Trabajadores de las Empresas Municipales de Cali (SINTRAEMCALI), que reconocía a sus trabajadores oficiales esa prestación con tiempos de 20 años de servicios, 50 de edad y con el ingreso base de liquidación del 90% del promedio de los salarios y primas de toda especie devengados en el último año de servicios.

El demandado se hizo beneficiario de la convención colectiva con el falso pretexto de considerarse trabajador oficial, pero tal instrumento no puede hacerse extensivo a los empleados públicos como era su caso particular, porque en virtud de lo dispuesto en el artículo 416 del Código Sustantivo de Trabajo, no puede alegar esos beneficios ni discutir condiciones, sino adecuarse a la norma general consagrada en la Ley 33 de 1985.

Además de lo dispuesto en la convención colectiva, la decisión acusada se fundamentó en la Resolución 0104 de 14 de octubre de 1983, que en su artículo 4.º otorgaba el derecho pensional extralegal a los empleados públicos de la institución, pero tal disposición fue retirada del ordenamiento jurídico por el Consejo de Estado en la sentencia del 2 de octubre de 1996.

1.1.3 Normas violadas y concepto de la violación

Como tales se señalan los artículos 1, 2, 4, 48, 83, 150 numeral 19 literales e) y f) de la Constitución Política; 1.º de la Ley 33 de 1985; 3, 4, 414, 416 y 467 del Código Sustantivo de Trabajo.

Al desarrollar el concepto de la violación de las anteriores normas, señaló que el reconocimiento pensional se basó en disposiciones convencionales que no le eran aplicables a la demandada en su calidad de empleada pública, lo cual contraría preceptos de orden constitucional, pues no es viable modificar el régimen prestacional de tales empleados a través de convenciones colectivas, teniendo en cuenta que dicha facultad la reservó la Constitución Política para el legislador. Bajo ese entendido, dijo que de conformidad con el artículo 10 de la Ley 4.ª de 1992, carece de eficacia todo régimen salarial o prestacional, que contravenga lo dispuesto en la misma norma.

Advierte que si bien el artículo 146 de la Ley 100 de 1993, protege las situaciones jurídicas individuales definidas por disposiciones departamentales o municipales con anterioridad a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, ello no significa que si la pensión fue expedida contraviniendo la ley, dicho vicio pueda sanearse con fundamento en el citado precepto.

1.2 La contestación de la demanda

Guardó silencio en esta etapa procesal

1.3. La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca denegó las súplicas de la demanda con base en los siguientes argumentos[2]:

Luego de analizar la naturaleza jurídica de la vinculación del señor Gutiérrez Valencia, al igual que el tema de la competencia para regular el régimen pensional de los empleados públicos, a la luz de las disposiciones vigentes, concluye que la resolución acusada fue expedida con fundamento en una disposición ilegal, en la medida en que EMCALI no estaba facultada para aplicar disposiciones propias al proferir el acto de reconocimiento pensional, con lo cual desbordó los límites legales que imponían la sujeción al régimen pensional aplicable a los

empleados públicos.

A pesar de la anterior consideración, señaló, con apoyo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que el artículo 146 de la Ley 100 de 1993 convalidó las pensiones de jubilación extralegales reconocidas en el nivel territorial con anterioridad a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones; de modo que, por regla general, continúan vigentes todas aquellas situaciones jurídicas individuales consolidadas, como es el caso particular del demandado, que adquirió su estatus pensional el 20 de abril de 1992, esto es, antes de entrar en rigor el citado marco normativo.

1.4. La apelación

El apoderado de EMCALI interpuso recurso de apelación, argumentando que el régimen general de pensiones aplicable al demandado es el contenido en la Ley 33 de 1985, norma que se encontraba vigente al momento en que adquirió el estatus pensional y en la cual se exige 55 años de edad y 20 de servicios, para que sea posible acceder a tal prestación.

Señala que en contravía de lo dispuesto en la anterior disposición, le fue reconocida una pensión de jubilación con 20 años de servicio y 50 de edad, teniendo en cuenta una resolución que fue retirada del ordenamiento jurídico y una convención colectiva claramente inaplicable, dada la condición de empleado público del demandado, al desempeñar el cargo de jefe de grupo.

1.5. Alegatos de conclusión en segunda instancia

EMCALI reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación[3]. La parte demandada guardó silencio en esta etapa procesal.

1.6. El Ministerio Público

El Procurador Tercero Delegado ante el Consejo de Estado solicitó se confirme la sentencia de primera instancia[4], argumentando que el artículo 146 de la Ley 100 de 1993 convalidó las pensiones de jubilación extralegales reconocidas en el nivel territorial con anterioridad a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, de tal manera que continúan vigentes todas aquellas situaciones jurídicas individuales consolidadas, antes de entrar en rigor el citado marco normativo, como es el caso particular del demandado.

Surtido el trámite legal y al no observarse causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir previas las siguientes,

2. Consideraciones

2.1. El problema jurídico

Consiste en determinar si la situación pensional del señor Guillermo Gutiérrez Valencia, se encuentra amparado por lo dispuesto en artículo 146 de la Ley 100 de 1993, en su condición de ex empleado público de EMCALI, al habersele reconocido su derecho con fundamento en lo dispuesto en la Resolución 0104 del 14 de octubre de 1983.

2.2. Marco normativo

Para resolver el problema jurídico planteado, se analizará la naturaleza jurídica de la vinculación laboral del señor Gutiérrez Valencia a la fecha de expedición del acto de reconocimiento

pensional; el régimen prestacional de los empleados públicos del nivel territorial; los efectos del artículo 146 de la Ley 100 de 1993 respecto de las situaciones jurídicas consolidadas con anterioridad a la entrada en vigencia de dicho marco normativo; y, por último, los efectos de la declaratoria de nulidad del numeral 4.º inciso 3.º de la Resolución 104 de 114 de octubre de 1983.

2.2.1 Naturaleza de la vinculación laboral del demandado.

Empresas Municipales de Cali (EMCALI), se creó como un establecimiento público descentralizado, con patrimonio propio y autonomía administrativa, mediante el Acuerdo 050 de 1.º de diciembre de 1961, expedido por el Concejo Municipal de Cali. Posteriormente y de conformidad con lo señalado por el Acuerdo 014 de 26 de diciembre de 1996, se transformó en una Empresa Industrial y Comercial del Estado, en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 142 de 1994.

En ese sentido, es claro que antes de la aludida transformación, los servidores de EMCALI eran considerados empleados públicos, dada la naturaleza de establecimiento público descentralizado de la entidad.

En el caso del señor Guillermo Gutiérrez Valencia, el reconocimiento de la pensión de jubilación se llevó a cabo a través de la Resolución 1054 de 22 de julio de 1992, previo a la transformación de EMCALI de establecimiento público a Empresa Industrial y Comercial del Estado; es decir, que la naturaleza jurídica de la vinculación era legal y reglamentaria en calidad de empleado público, sometido al régimen de derecho público, sin posibilidad legal de negociar sus condiciones laborales, ni beneficiarse de convenciones colectivas de trabajo, a diferencia de lo que sucede con los trabajadores oficiales a quienes les es aplicable, en el aspecto colectivo, el Código Sustantivo de Trabajo.

1. Régimen prestacional de los empleados públicos del orden territorial

En vigencia de la Carta Política de 1886, el Acto Legislativo 01 del 11 de diciembre de 1968, asignó al Congreso de la República la competencia exclusiva para fijar el régimen prestacional de los empleados públicos y autorizó al presidente de la república para fijar la asignación salarial de los empleos del orden nacional. A partir de la expedición de la Constitución Política de 1991, el régimen prestacional de los empleados del nivel territorial lo determina el gobierno de conformidad con la ley. Al respecto, señala el numeral 19, literal e) del artículo 150 superior:

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.

A su turno, la Ley 4.ª de 1992, dispone en sus artículos 10 y 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.

Todo régimen salarial o prestacional que se establezca contraviniendo las disposiciones contenidas en la presente Ley o en los decretos que dicte el Gobierno Nacional en desarrollo de la misma, carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos.

Se sigue de lo anterior que compete al Congreso de la República, dictar las normas generales y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno nacional al momento de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos; es decir que se presenta una competencia compartida entre el legislador y el ejecutivo para efectos salariales y prestacionales, en tanto que el Congreso de la República determina mediante la ley marco, los parámetros generales, conforme a los cuales, el Gobierno nacional habrá de fijar todos los elementos propios del régimen salarial y prestacional respecto de los empleados públicos.

Con la expedición de la Constitución Política de 1991, le 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 de los trabajadores oficiales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 150, numeral 19 literales e) y f). Igualmente, de acuerdo con el artículo 48 ibidem, la seguridad social, a la cual pertenece la materia pensional, es un servicio público que se presta con sujeción a los principios allí enunciados, en los términos que establezca la ley.

De acuerdo con lo expuesto, es dable concluir que las entidades del orden territorial carecen de competencia para expedir actos de reconocimiento pensional con fundamento en acuerdos internos o extralegales; por lo tanto, resultan contrarias al ordenamiento constitucional y legal, las disposiciones de carácter local como ordenanzas, acuerdos municipales, resoluciones o acuerdos de establecimientos públicos, nacionales o departamentales, que regulen el régimen prestacional de los empleados públicos, al igual que las normas de orden convencional.

En cuanto al último aspecto mencionado, es del caso precisar que si bien el artículo 55 de la Constitución Política[5] garantiza el derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales, dicha prerrogativa admite excepciones legales como la misma norma lo prevé. En ese sentido, la Corte Constitucional en la sentencia C-110 de 1994 consideró que una de las excepciones al derecho a la negociación colectiva a que hace referencia el referido artículo, es precisamente el caso de los empleados públicos, en virtud a la naturaleza legal y reglamentaria de su relación y a la trascendencia de su misión en la preservación de los intereses públicos.

Sobre el particular, manifestó lo siguiente:

La restricción consagrada en la norma para los sindicatos de empleados públicos, sobre presentación de pliegos de peticiones y celebración de convenciones colectivas, tiene sustento en el artículo 55 de la Constitución, que garantiza el derecho de negociación colectiva para regular relaciones laborales, con las excepciones que señale la ley. La que se considera es una de tales excepciones, establecida en norma con fuerza material legislativa.

Posteriormente, en sentencia C-1235 de 2005 la Corte Constitucional señaló que la imposibilidad de los empleados públicos de presentar pliegos de peticiones y celebrar convenciones colectivas no pugna con el orden constitucional, en tanto que el derecho a la negociación colectiva no se ciñe únicamente a la posibilidad de celebrar ese tipo de acuerdos, sino que comprende un mayor campo de acción a través de diversas figuras que sí pueden ser utilizadas por los empleados públicos. Adicionalmente, reafirmó la competencia de las autoridades constitucionalmente establecidas para determinar las condiciones laborales de quienes están vinculados al Estado

mediante una relación legal y reglamentaria y exhortó al legislador para que regule los mecanismos de concertación de los empleados públicos, con el propósito de materializar su derecho a la negociación colectiva dentro de los límites que comporta la naturaleza de su vinculación con el Estado.

En todo caso, los empleados públicos no gozan de un derecho pleno a la negociación colectiva, ni tienen la posibilidad de presentar pliegos de peticiones ni de celebrar convenciones colectivas; lo que no quiere decir que estén impedidos para hacer uso de otros medios de concertación, voluntaria y libre, que les permitan participar en la toma de las decisiones que los afectan, sin trasgredir la facultad exclusiva que ostentan el Congreso de la República y el Gobierno nacional para fijar las condiciones salariales y prestacionales.

2.2.3. Situaciones jurídicas de carácter individual definidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993

No obstante lo dicho con relación a la competencia privativa del Congreso de la República, compartida con el Gobierno nacional, para establecer el régimen prestacional de los empleados públicos, en el nivel territorial coexistían regímenes prestacionales extralegales contrarios al ordenamiento superior. Fue así como el legislador consecuente con dicha realidad y con el fin de salvaguardar derechos laborales consolidados, dejó a salvo las situaciones jurídicas de carácter individual definidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en desarrollo del mandato constitucional que ampara los derechos adquiridos.

En ese sentido, el artículo 146 de la ley 100 de 1993 dispuso que las situaciones jurídicas de carácter individual consolidadas bajo el amparo de la legislación preexistente no eran susceptibles de ser alteradas o modificadas por la entrada en vigencia de la nueva ley. Particularmente, el citado artículo, dejó a salvo las situaciones pensionales individuales definidas con fundamento en disposiciones municipales o departamentales, en virtud de la intangibilidad de los derechos adquiridos. Al respecto, la aludida norma señala:

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

También tendrán derecho a pensionarse con arreglo a tales disposiciones, quienes con anterioridad a la vigencia de este artículo, hayan cumplido (o cumplan dentro de los dos años siguientes)[6] 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.

Respecto a la constitucionalidad del artículo citado, se pronunció la Corte Constitucional mediante sentencia C-410 de 1997, en los siguientes términos:

El inciso primero de la norma en referencia se encuentra ajustado a los preceptos constitucionales y en especial a lo previsto en el artículo 58 de la Constitución Política, según el

cual «se garantizan los derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores».

En efecto, ha expresado la jurisprudencia de la Corporación, que los derechos adquiridos comprenden aquellas situaciones individuales y subjetivas que se han consolidado y definido bajo la vigencia de la ley, y por ende ellos se encuentran garantizados, de tal forma que no pueden ser menoscabados por disposiciones futuras, basado en la seguridad jurídica que caracteriza dichas situaciones.

Desde luego que lo que es materia de protección constitucional se extiende a las situaciones jurídicas definidas, y no a las que sólo configuran meras expectativas.

[...]

Nuestro Estatuto Superior protege expresamente, en el artículo 58, los derechos adquiridos y prohíbe al legislador expedir leyes que los vulneren o desconozcan, dejando por fuera de esa cobertura a las llamadas expectativas, cuya regulación compete al legislador, conforme a los parámetros de equidad y justicia que le ha trazado el propio constituyente para el cumplimiento de su función.

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.

Bajo esa perspectiva, el artículo 146 de la Ley 100 de 1993, protegió los derechos pensionales adquiridos con fundamento en regímenes pensionales territoriales -con anterioridad a su vigencia-, pese a su origen extralegal; así mismo, estableció que quienes previo a su entrada en rigor, cumplieran con los requisitos para pensionarse conforme a tales regulaciones, tendrían derecho a la pensión en las condiciones allí determinadas.

Entonces, para el caso concreto, en consideración a que la Ley 100 de 1993 entró a regir en el sector territorial a partir del 30 de junio de 1995, la situación particular definida con anterioridad a esa fecha, debe ser respetada.

Por lo demás, valga señalar que la jurisprudencia ha considerado que los reconocimientos pensionales individuales sustentados en convenciones colectivas también están comprendidos dentro de los supuestos establecidos en el aludido artículo. Particularmente, esta corporación en sentencia de unificación de 29 de septiembre de 2011, Consejero ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente 2434-10, señaló:

En principio podría pensarse, como en efecto lo hizo la Sala en múltiples fallos, que las disposiciones del orden territorial, como Decretos Ordenanzas, regulaban, sin competencia, el régimen pensional de los empleados públicos, mientras que en lo que se refiere a las convenciones colectivas, regulaban la aplicación sólo para los trabajadores oficiales y no para empleados públicos; pero en últimas, uno y otro eran extralegales, y en ambos casos, los saneó el legislador.

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.

[...]

En síntesis, 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.

2.2.4. Efectos de la nulidad de la Resolución 104 de 14 de octubre de 1983.

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca mediante providencia de 10 de febrero de 1995, declaró la nulidad de la Resolución GG-11917 de 7 de diciembre de 1977[7] y del numeral 3° del artículo 4.º de la Resolución 104 de 114 de octubre de 1983[8], ambas proferidas por EMCALI, decisión que fue confirmada por el Consejo de Estado[9] en sentencia de 2 de octubre de 1996, con base en la siguiente argumentación:

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 (fls 11 -1 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- AJUPEMCALEI.

Por la referencia en la parte motiva a la Ley 4.^a de 1976 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 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 1014 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 (sic) de la simple lectura del acto acusado en su artículo 4.º, numeral 3.º 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.

Posteriormente, esta corporación en sentencia del 11 de febrero de 2015, expediente 3787-13 consejero Ponente, Gustavo Gómez Aranguren se pronunció, concretamente, acerca de los efectos de dicha nulidad frente a las pensiones de jubilación reconocidas a los empleados públicos de EMCALI bajo el amparo de la aludida disposición territorial retirada del ordenamiento jurídico. Así, en razón a que en esa providencia se analizaron elementos jurídicos y fácticos análogos a los que son materia de litigio en este proceso, la Sala considera pertinente transcribir las consideraciones allí plasmadas:

[...]resulta claro que luego de quedar en firme la sentencia que declaró la nulidad del artículo 4.º numeral 3.º de la Resolución 104 de 114 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 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 situaciones, 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 nos encontramos en un escenario en donde los efectos ex tunc de la declaratoria de nulidad de la Resolución 104 de 1983 se entrecruzan con los efectos protectores que quiso dar el legislador a través del artículo 146 de la Ley 100 de 1993, situación que debe resolverse e interpretarse a la luz de los derechos fundamentales del accionado quien hoy cuenta con más de 69 años de edad, en tanto se discute su derecho a la seguridad social y al mínimo vital.

Como en reiteradas oportunidades se ha sostenido, esta determinación obedece a que el régimen jurídico de las nulidades respecto de los actos que reconocen pensiones ilegales, no puede compartir idénticas consecuencias con el esquema clásico de la nulidad, según el cual las cosas vuelven al estado anterior al de la expedición del acto retirado del ordenamiento jurídico, pues con una decisión semejante se pondrían en entredicho los derechos fundamentales señalados que encuentran abrigo por la Carta Política.

Fuerza concluir de lo anterior, que pese a que la Resolución 104 de 1983 fue declarada nula, es evidente que la situación pensional del actor ya había sido convalidada por el legislador atendiendo al artículo 146 de la Ley 100 de 1993, en tanto que el reconocimiento pensional ocurrió el 22 de agosto de 1996, es decir antes de proferirse la sentencia del Consejo de Estado el 2 de octubre de 1996. En este sentido se convalidará la pensión pues el derecho se configuró

antes del 30 de junio de 1997, pero también fue reconocido antes de emitirse el fallo del Consejo de Estado que declaró la nulidad de la Resolución 104 de 114 de octubre de 1983.

Por ello, es viable considerar que los efectos jurídicos de los actos que reconocieron pensiones de jubilación con base en la Resolución 104 de 1983, proferidos antes de la declaratoria de nulidad de aquella, se mantuvieron en la vida jurídica por virtud de la Ley 100 de 1993, artículo 146.

En este orden de ideas y como quiera que la situación pensional del accionado se encontraba ya definida con antelación al pronunciamiento del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, se concluye que al demandado le asiste la garantía del respeto a sus derechos adquiridos.

Ahora bien, debe precisarse que al legalizar las pensiones atípicamente reconocidas, no aclaró el Legislador que algunos de los aspectos que involucran dichas pensiones quedaran al margen de los ordenamientos generales que eventualmente les resultaren aplicables, por el contrario la convalidación en comento se dio en integridad sin exclusión alguna respecto de los diferentes elementos de la pensión regulados también por las normas extralegales, tales como la edad, el tiempo de servicios, el monto y los factores base de liquidación pensional, razón por la que no es posible desmembrar el derecho reconocido y convalidado para examinar y restringir parte del mismo a la luz del régimen general que resultara aplicable.

Así las cosas, si bien desapareció del ordenamiento jurídico la disposición territorial que hizo extensivos a los empleados públicos de EMCALI, los beneficios extralegales existentes en la entidad, lo que generaría, en principio, el decaimiento de la resolución que reconoció la pensión de jubilación del accionado; no puede perderse de vista que los actos de reconocimiento pensional fundados en la Resolución 104 de 1983, proferidos antes de que dicha disposición fuera declarada nula, se mantuvieron en la vida jurídica, en virtud de la garantía prevista artículo 146 de la Ley 100 de 1993, cuya constitucionalidad fue avalada por la Corte Constitucional[10].

1. Análisis de la sala

Al señor Guillermo Gutiérrez Valencia le fue reconocida la pensión de jubilación mediante Resolución 1054 de 22 de julio 1992, en cuantía equivalente al 90% del promedio de salarios y primas devengados en el último año de servicios (19 de abril de 1991 a 20 de abril de 1992) tal como lo disponía el numeral 3.º artículo 4.º de la Resolución 104 de 114 de octubre de 1983, proferida por la Junta Directiva de EMCALI.

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.º del artículo 4.º, 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 la cesantía y demás prestaciones sociales definitivas, arrojó el siguiente resultado:

SUELDOS	\$4.509.234.17
PRIMAS	\$3.697.188

TOTAL \$8.206.422.17

$(\$8.206.422.17/12=\$683.868.52 \times 90\%=\$615.500)$

(\$615.481.67 elevado a la centena)

Ahora bien, la mencionada Resolución 104 de 14 de octubre de 1983, proferida por la Junta Directiva de EMCALI, «Por la cual se deroga la Resolución JD 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.º 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, la situación particular del demandado se encuentra convalidada por virtud de lo dispuesto en el artículo 146 de la Ley 100 de 1993, según el cual dejó a salvo los derechos pensionales otorgados con fundamento en disposiciones de orden territorial, como la señalada en la Resolución 104 de 1983, que creó condiciones más favorables para acceder a la prestación, pese a la ilegalidad de su fuente normativa.

Desde luego, aunque la consecuencia de la nulidad es que las cosas vuelvan al estado anterior al de la expedición del acto retirado del ordenamiento jurídico, es preciso tener en cuenta que los actos que reconocen pensiones involucran derechos fundamentales amparados por la Carta Política, lo que implica que en este caso, deba darse prevalencia a los derechos a la seguridad social y al mínimo vital del accionado que hoy cuenta con 77 años de edad[11].

Quiere decir lo anterior, que pese a la irregularidad que se configuró en el reconocimiento de la pensión de jubilación del señor Guillermo Gutiérrez Valencia, sus derechos adquiridos se encuentran a salvo por virtud del artículo 146 de la Ley 100 de 1993, en tanto que su situación pensional quedó definida desde el 19 de abril de 1992, esto es, antes de la entrada en vigencia del mencionado cuerpo normativo y antes de proferirse la sentencia a través de la cual la jurisdicción de lo contencioso administrativo declaró la nulidad de la Resolución 104 de 114 de octubre de 1983.

1. Conclusión

En ese orden de ideas, se tiene que el acto administrativo demandado, expedido y acusado por Empresas Municipales de Cali (EMCALI), no vulnera las normas invocadas como quebrantadas, lo que conlleva a la Sala a sostener que la presunción de legalidad que lo cobija no ha sido

desvirtuada, por lo cual se impone confirmar la sentencia apelada.

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

F A L L A

CONFÍRMASE la sentencia del 18 de julio de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, dentro del proceso instaurado por EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI (EMCALI) contra el señor Guillermo Gutiérrez Valencia.

Se reconoce personería a la abogada Elizabeth Velasco Góngora, como apoderada de EMCALI en los términos y para los efectos del poder que obra a folio 222 del expediente.

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.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

[1] Folio 77

[2] Folios 188 a 201

[3] Folios 249 a 256

[4] Folios 257 a 264

[5] Artículo 55. Se garantiza el derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales, con las excepciones que señale la ley. Es deber del Estado promover la concertación y los demás medios para la solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo (subraya y resaltado fuera de texto).

[6] Expresión entre paréntesis declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-410 de 1997.

[7] Por la cual decreta el pago de una mesada extra a los jubilados de EMCALI.

[8] Por la cual se deroga la Resolución JD 100 de octubre 3 de 1983 y se conceden unos beneficios extralegales a los Empleados Públicos de EMCALI

[9] Expediente 11697 Consejero ponente Carlos Arturo Orjuela Góngora

[10] Sentencia C- 410 de 1997

[11] Conforme a lo señalado en los antecedentes administrativos, el señor Guillermo Gutierrez Valencia nació el 19 de abril de 1942.

□

—

Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Compilación Jurídica MINTIC

n.d.

Última actualización: 31 de diciembre de 2022 - (Diario Oficial No. 52249 - 15 de diciembre de 2022)



MINTIC