

CONVENCION COLECTIVA - Excepción del empleado público del derecho de negociación / EMPLEADO PUBLICO - No puede presentar pliego de peticiones, ni celebrar convención colectiva / MECANISMOS DE CONCERTACION - Procedencia

Los empleados públicos no gozan de un derecho pleno a la negociación colectiva, no tienen la posibilidad de presentar pliegos de peticiones ni de celebrar convenciones colectivas. Empero, tampoco se les puede vulnerar su derecho a buscar por diferentes medios de concertación, voluntaria y libre, la participación en la toma de las decisiones que los afectan, sin quebrantar, obviamente, la facultad que ostentan las autoridades constitucional y legalmente establecidas de fijar, de forma unilateral, las condiciones laborales de los empleados públicos. En todo caso, dichos mecanismos de concertación deben permitir afianzar un clima de tranquilidad y justicia social.

REGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL DE EMPLEADOS PUBLICOS - Competencia / FIJACION DE REGIMEN PRESTACIONAL DE EMPLEADOS PUBLICOS - Contrarios al ordenamiento constitucional y legal / UNIVERSIDADES - No pueden fijar régimen salarial y prestacional de sus empleados / AUTONOMIA UNIVERSITARIA - Los entes autónomos están sometidos a la normatividad legal y constitucional

En este orden de ideas, en vigencia de la Constitución Nacional de 1886 cualquier disposición referente a normas de carácter local como ordenanzas, acuerdos municipales, resoluciones o acuerdos de establecimientos públicos, nacionales o departamentales, que regularan el régimen prestacional de los empleados públicos son contrarias al ordenamiento constitucional y legal; al igual que disposiciones de orden convencional. Esta conclusión es incuestionable a pesar del carácter de ente universitario autónomo del que goza la entidad accionante, pues, la autonomía universitaria, garantizada por el artículo 69 de la Constitución Política de 1991, se traduce en comportamientos administrativos de gestión, tales como darse sus propios reglamentos, estatutos y directivas, lo cual significa que la institución puede organizarse internamente dentro de los parámetros que el Estado le establece al reconocerle la calidad de universidad. En estas condiciones, el ente universitario puede dirigir sus destinos con arreglo a sus propios objetivos, pero siempre bajo la dirección del Estado.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 150 LITERAL E / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 169 / LEY 4 DE 1992

PENSION DE JUBILACION - Expectativa cierta de adquirir su derecho pensional bajo las normas vigentes con anterioridad a la Ley 100 de 1993 / LEY 100 DE 1993 - Protección especial / PENSION DE JUBILACION OBTENIDA POR CONVENCION COLECTIVA – Situación consolidada / SITUACION JURIDICA DEFINIDA - Derecho pensional / CONVALIDACION DE PENSION DE JUBILACION - Artículo 146 de la Ley 100 de 1993 / DERECHO ADQUIRIDO - Situaciones individuales y subjetivas definidas bajo el imperio de la ley de manera que deben ser respetados por las leyes posteriores

Sin embargo, no sólo aquellas situaciones merecieron protección por parte de nuestro legislador. En este sentido, se precisó la necesidad de amparar a las personas que tenían una “*expectativa cierta*” de adquirir su derecho pensional bajo las normas vigentes con anterioridad a la Ley 100 de 1993 y que, seguramente, verían afectado su derecho al acceso efectivo a dicha prestación si se hubieran visto cobijados indefectiblemente por el nuevo régimen pensional. Así, bajo dos criterios, edad y tiempo de servicio a la fecha de entrada en vigencia del referido régimen general de pensiones, se consagró el derecho a la transición, el cual garantizó, por un tiempo adicional, la permanencia y aplicabilidad dentro de nuestro ordenamiento jurídico de los regímenes pensionales antes de entrar en vigor la Ley 100 de 1993. Ahora bien, además de las dos situaciones descritas, la Ley 100 de 1993 en su artículo 146 consagró una protección especial para aquellos que con anterioridad a su entrada en vigencia adquirieron el derecho pensional con fundamento en normas municipales y departamentales. Veamos: Tal como se explicó en el acápite anterior, en vigencia de la Constitución Nacional 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 146, así: **(i)** la de quienes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 en el sector territorial, (30 de junio de 1995), 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 reconocido. Frente a esta conclusión, empero, cabe una precisión adicional.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 146

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION B

Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de junio de dos mil doce (2012).

Radicación número: 08001-23-31-000-2006-02529 02(0156-12)

Actor: UNIVERSIDAD DEL ATLANTICO

Demandado: MIRIAM PANTOJA DE ROJAS

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 23 de febrero de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que declaró no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada y negó las pretensiones de la demanda incoada por la Universidad del Atlántico contra Miriam Pantoja de Rojas.

LA DEMANDA

La **UNIVERSIDAD DEL ATLÁNTICO** en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del C.C.A., le solicitó al Tribunal Administrativo de Atlántico declarar la nulidad del siguiente acto:

- Resolución No. 8 de 10 de noviembre 1983, expedida por el Presidente y el Secretario – Tesorero de la Junta Administradora de la Caja de Previsión Social del mismo ente educativo, por la cual se le reconoció a la señora Miriam Pantoja de Rojas su pensión de jubilación, por un valor de \$118.706, equivalente al 100% de su salario promedio del último año de servicios, a partir del 13 de septiembre de 1983.

Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, solicitó:

- Decretar la *“nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución No. 8 de 10 de noviembre de 1983, retroactiva al 13 de septiembre de 1983, proferida por la Junta Administradora de la Caja de Previsión Social de la Universidad del Atlántico, por la cual se reconoce una pensión de jubilación, a la señora MIRIAM PANTOJA DE ROJAS, por ser violatoria de la Constitución Política y de las Leyes vigentes al momento de otorgar la pensión”*.

Sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos:

La señora Miriam Pantoja de Rojas nació el 25 de diciembre de 1936 y, a partir del 12 de abril de 1956¹, fue vinculada a la Universidad del Atlántico, hasta el 12 de septiembre de 1983, teniendo en ese momento 46 años de edad y 7358 días laborados.

El cargo desempeñado por la demandada en la Universidad del Atlántico fue de docente, el que solo puede ser ejercido por empleados públicos, de acuerdo con los artículos 72 y 77 de la Ley 30 de 1992 que rige a partir del 28 de diciembre de 1992.

La universidad al momento de otorgarle la pensión a la accionada le reconoció una mesada del 100% de su salario promedio en el último año, al cual se le agregaron sumas de carácter convencional tales como primas de junio, diciembre, vacaciones y carestía y las doceavas de esas primas. Debiendo estar ellos

¹ La fecha de vinculación según la Resolución 8 de 10 de noviembre de 1983, es 16 de mayo de 1955 (fl. 24 del expediente)

excluidos de la constitución del salario promedio para materializar el monto pensional.

A la pensionada se le debió aplicar la Ley 6ª de 1945 en relación con la edad y el tiempo de servicios y una vez cumplidos los requisitos legales le correspondía pensionarse con un 75% del promedio.

La Resolución mediante la cual se le concedió la pensión a la demandada, invocó como fundamento para otorgar el derecho el capítulo II, artículo 9º de la Convención Colectiva de Trabajo correspondiente al año 1976, la cual por Constitución y por Ley solo debe aplicarse a los trabajadores oficiales de la Universidad del Atlántico.

LAS NORMAS VIOLADAS Y SU CONCEPTO DE VIOLACIÓN

De la Constitución Política de 1886, los artículos 76 numerales 9º y 10º y 187 numeral 5º.

De la Constitución Política de 1991, los artículos 4º, 13, 55, 123, 125 y 150.

La Ley 6ª de 1945.

La Ley 65 de 1946.

El Decreto 3135 de 1968.

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

Consideró el ente universitario accionante que el acto administrativo demandado vulneró las disposiciones antes referidas, por cuanto:

La Universidad del Atlántico es un establecimiento público creado por mandamiento de ordenanza hasta el advenimiento de la Constitución de 1991, siendo empleada pública de acuerdo con las normas legales, por lo tanto al expedir el acto administrativo demandado, violó la Ley 6ª de 1945 y los Decretos 3135 de 1968 y 80 de 1980.

El acto administrativo demandado viola ostensiblemente el concepto de igualdad, en cuanto a los empleados públicos del Estado, pues a estos se les aplican las disposiciones que para ellos se expidieron por parte del legislador en ejercicio de las competencias otorgadas por el constituyente de 1991 y las normas que regían antes y después de la reforma Constitucional tales como el Decreto 3135 de 1968, la Ley 33 de 1985, la Ley 62 de 1985 y la Ley 4ª de 1992.

La señora Miriam Pantoja de Rojas, no era una trabajadora oficial sino empleada pública. Como consecuencia de este vínculo legal y reglamentario, el ente universitario accionante nunca ha tenido competencia para fijar o alterar el régimen prestacional de sus empleados públicos, ya que este aspecto debe ser regulado por la Ley y los decretos reglamentarios.

Así las cosas, la demandada no tenía derecho a pensionarse con base en la convención colectiva suscrita por el sindicato de trabajadores de la Universidad, sino que su situación pensional se regía por los mandatos de la Ley 33 de 1985. Así, su pensión de jubilación no podía liquidarse con inclusión factores extralegales como las primas de vacaciones y de diciembre, toda vez que ello contraviene las disposiciones legales en comento.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La señora Miriam Pantoja de Rojas, ejerció su derecho de contradicción frente a la acción incoada, oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en los siguientes términos (fls. 137 a 156):

La Ley 100 de 1993 en su artículo 146 protegió los derechos adquiridos de las personas que alcanzaron los requisitos para acceder a una pensión vitalicia de jubilación o se encontraran pensionados al momento de su vigencia, es por ello que la demandada se encuentra dentro de las personas que tienen un derecho adquirido con respecto al reconocimiento y pago de su pensión.

Por otra parte, no le asiste razón al ente demandante, en cuanto a las supuestas normas violadas, pues en ningún momento éstas lo han sido, dado que la Universidad a través de la Resolución No. 8 de 10 de noviembre de 1983 dio cumplimiento a los postulados legales y constitucionales, que han establecido que la pensión es un derecho irrenunciable, constituido, como un derecho adquirido.

Como excepciones se proponen las siguientes: (i) Caducidad; (ii) Inepta demanda por o establecer en forma razonada la cuantía; (iii) Mínimo Vital; (iv) Legítima confianza; y, (v) Buena fe.

DE LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL

El Tribunal Administrativo del Atlántico mediante Auto de 26 de marzo de 2007, negó la suspensión provisional de la Resolución acusada, por considerar que no cumple con los requisitos del artículo 152 del C.C.A. (fls. 104 a 109).

El Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, mediante Auto de 11 de junio de 2009 confirmó el numeral 2º del Auto de 26 de marzo de 2007, proferido

por el Tribunal Administrativo del Atlántico, por medio del cual negó la suspensión provisional.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante sentencia de 23 de febrero de 2011, declaró no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada y negó las pretensiones de la demanda con base en los siguientes argumentos (fls. 167 a 181):

La excepción de falta de jurisdicción no está llamada a prosperar por cuanto el presente asunto concierne a una pensión de jubilación reconocida bajo el régimen anterior a la expedición de la Ley 100 de 1993.

Tampoco se encuentra probada la excepción de caducidad, porque los actos que reconocen prestaciones periódicas, tal como ocurre con el acto acusado, pueden demandarse en cualquier tiempo, de acuerdo con el artículo 136 del C.C.A.

En torno a la inepta demanda por no establecer en forma razonada la cuantía, no le asiste razón a la demandada, pues en el expediente se aprecia claramente que la parte actora hizo una estimación razonable de la cuantía, la cual excedía de 100 SMLV al momento de presentar la demanda, por lo cual en aplicación del numeral 2º del artículo 132 del C.C.A., el Tribunal es competente para conocer del presente proceso.

En vigencia de la Constitución Política de 1991, al tenor de lo establecido en el artículo 150 numeral 19 literales e) y f), la competencia para regular el régimen prestacional de los empleados públicos es compartida entre el Congreso y el Gobierno Nacional; esta atribución fue reiterada en similares términos por el artículo 12 de la Ley 4ª de 1992. Asimismo, es válido afirmar que ni antes ni

después del cambio constitucional de 1991 la aludida competencia ha recaído sobre autoridad alguna del orden territorial o sobre las Universidades.

Por tal motivo, desde la Ley 6ª de 1945 a la Ley 100 de 1993 se ha regulado el régimen pensional aplicable; sin embargo el artículo 146 de este último cuerpo normativo convalidó algunas situaciones ilegales. En efecto, de acuerdo con la Sentencia C-410 de 1997, *“la precitada norma purgó la ilegalidad de las situaciones jurídicas individuales que en materia de pensión de jubilación había (sic) sido determinadas por actos jurídicos emanados de autoridad territorial, o como en el caso que nos asiste, 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.”*

En este orden de ideas, si la situación quedó consolidada con fundamento en normas extralegales antes del 30 de junio de 1995, según lo consagrado en el artículo 151 de la Ley 100 de 1993, la pensión quedó avalada por disposición del legislador.

Después de la expedición de la Constitución Nacional de 1991, ninguna autoridad u organismo del sector territorial, y entre éstas las universidades, tuvieron facultades o atribuciones para hacer reconocimientos de pensiones a servidores públicos, con base en normas locales, internas o convenciones colectivas de trabajo.

El artículo 1º de la Ley 33 de 1985, modificó las condiciones en cuanto a la edad para obtener el derecho pensional, fijándola sin distinciones para los hombres y las mujeres en 55 años y con la expedición de la Ley 100 de 1993, se instituyó el sistema general de pensiones, el cual contempló dos regímenes: (I) el de ahorro individual con solidaridad; y (II) el solidario con prima media con prestación definida, y dentro de este último estipuló los requisitos para obtener la pensión de vejez en 55 años de edad la mujer y 60 el hombre.

Descendiendo al caso concreto se encuentra establecido que la demandada a 30 de junio de 1995 había consolidado su derecho pensional, pues acreditaba los requisitos exigidos por la convención colectiva suscrita por la entidad accionante y su sindicato de trabajadores en el año 1976 y, asimismo, el reconocimiento prestacional se efectuó el 10 de noviembre de 1983.

Entonces, la Resolución demandada, mediante la cual se le reconoció la pensión de jubilación a la accionada, *“aunque expedida por fuera de los parámetros legales dentro de los que debió fundarse, hubo de quedar jurídicamente purificada por virtud del artículo 146 ibídem sobre situaciones jurídicas definidas, por lo que habrán de denegarse las súplicas de la demanda.”*

No se condenará en costas a la Universidad, pues no se evidencia una conducta temeraria, desleal o irracional en sus pretensiones.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación contra la decisión del *A quo*, exponiendo los motivos de inconformidad que a continuación se indican (fls. 183 a 188):

El régimen aplicable en materia pensional siempre será el legal, por ello no es posible admitir, como lo hizo el Tribunal de primera instancia, que el artículo 146 de la Ley 100 de 1993 acogió regímenes ilegales e inconstitucionales como ocurre en el *Sub lite*, pues se observa que la demandada, injustificadamente, se pensionó con base en una Convención Colectiva que le reportaba ventajas superiores a las establecidas legalmente.

En efecto, la situación pensional de la señora Miriam Pantoja de Rojas, se regía por el mandato de la Ley 33 de 1985 y no por la Convención Colectiva de 1976.

De otro lado, debe aclararse que el referido artículo 146 ampara solamente las pensiones definidas con base en disposiciones municipales o departamentales, es decir que la norma alude a órdenes o mandatos, esto es actos administrativos de las autoridades territoriales y, por lo tanto, *“tal regla no se refiere a actos convencionales”*.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Tercera Delegada ante el Consejo de Estado rindió concepto solicitando se confirme la sentencia impugnada, de acuerdo con los siguientes razonamientos (fls. 240 a 248):

El Consejo de Estado ha determinado de manera general que por incompetencia, los actos administrativos expedidos por los Consejos Directivos y Superiores Universitarios deben ser declarados nulos y como restauración ha ordenado que se adecúen las pensiones a lo establecido en las Leyes 33 y 62 de 1985, pero frente al punto de la devolución de lo pagado, la ha denegado, al estimar la buena fe de los pensionados.

Los efectos del pronunciamiento jurisprudencial respecto del artículo 146 de la Ley 100 de 1993, en cada caso debe examinarse en particular, tomando en cuenta la fecha en la cual el beneficiario cumple los requisitos legales y cuando es expedido el acto administrativo, por cuanto el inciso segundo del artículo señalado, al ser declarado exequible por la Corte Constitucional, convalida las situaciones jurídicas que se hayan creado y consolidado con anterioridad a la entrada en vigencia la Ley 100 de 1993.

La señora Miriam Pantoja de Rojas, empleada pública, se le reconoció la pensión de jubilación a través de la Resolución No. 8 de 10 de noviembre de 1983, con retroactividad al 13 de septiembre del mismo año, y con fundamento en lo dispuesto por el artículo 9º de la Convención Colectiva de 1976, por ende le es factible jurídicamente el reconocimiento pensional con base en el artículo 146 de la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, se verifica que el cuestionado acto se dictó sin infringir el ordenamiento jurídico al cual debía someterse la accionada, por lo que aquel mantiene incólume la presunción de legalidad que lo ampara.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes

CONSIDERACIONES

El problema jurídico por resolver se contrae a determinar la legalidad de la Resolución No. 8 de 10 de noviembre de 1983, de cara a establecer si el reconocimiento pensional allí efectuado con fundamento en normas convencionales puede protegerse a la accionada en virtud de lo dispuesto en el artículo 146 de la Ley 100 de 1993.

Con el objeto de resolver el problema expuesto, la Sala encuentra probados los siguientes hechos:

De la vinculación de la accionada:

- Del documento de identidad visible a folio 23 del expediente, se establece que la señora Miriam Pantoja de Rojas nació el 25 de diciembre de 1936.

- De conformidad con la Resolución acusada obrante a folio 24 se indica que: (I) En reunión del 24 de febrero de 1983, la Junta Administradora acogió el informe rendido por el Departamento Jurídico de la Universidad; y (II) Mediante Resolución No. 000413 de 12 de septiembre de 1983 se aceptó la renuncia del cargo que ocupaba la demandada en la Universidad.

Del reconocimiento pensional efectuado por la Universidad.

- Por Resolución No. 8 de 10 de noviembre de 1983, suscrita por el Presidente y Secretario - Tesorero de la Junta Administradora de la Caja de Previsión Social del mismo ente educativo, se le reconoció a la señora Miriam Pantoja de Rojas la pensión de jubilación, efectiva a partir del 13 de septiembre de 1983, debiendo resaltarse que para tal efecto se tuvieron en cuenta los siguientes aspectos (fl. 24):

“QUE la señora MIRIAM PANTOJA DE ROJAS, solicitó pensión de jubilación al tenor del capítulo II del artículo 9º de la Convención Colectiva de 1976”.

La documentación presentada por la profesora Miriam Pantoja de Rojas, en respaldo con su solicitud; el informe rendido por el Departamento Jurídico de la Universidad indican que los mismos llenan los requisitos exigidos.

En su reunión del día 24 de febrero de 1983, Acta No. 01, La Junta Administradora acogió el informe rendido por el Departamento Jurídico de la Universidad.

Mediante resolución de rectoría No. 000413 de septiembre 12 de 1983, se aceptó la renuncia del cargo que ocupaba en la Universidad del Atlántico a la Profesora Miriam Pantoja de Rojas.

En consecuencia a la profesora Miriam Pantoja de Rojas adscrita a la Escuela de Bellas Artes, Universidad del Atlántico, laboró durante el tiempo comprendido del 16 de mayo de 1955 al 12 de septiembre de 1983, es decir laboró durante 27 años, 11 meses y 24 días.

La Junta Administradora en su reunión del día 4 de noviembre de 1983, Acta No. 07 aprobó la pensión de jubilación de la señora Miriam Pantoja de Rojas, de conformidad con el capítulo II, artículo 9º de la Convención Colectiva de 197”.

De los instrumentos que soportaron el reconocimiento pensional.

- El 5 de abril de 1976 la Universidad suscribió con la Asociación Sindical de Profesores Universitarios y el Sindicato de Trabajadores del mismo ente Convención Colectiva de Trabajo, que se depositó el 12 de abril de 1976, en la cual se consagró en relación con la pensión de jubilación lo siguiente (folios 39 a 48):

“Artículo 9º. La Universidad pagará a los profesores y trabajadores la pensión de jubilación según las siguientes reglas:

- a) Con más de diez (10) años de servicio y menos de quince (15) a cualquier edad, y si es retirado sin justa causa, o sesenta (60) años de edad y se retire voluntariamente.*
- b) Con quince (15) o más años de servicio y menos de veinte (20) a cualquier edad si es retirado sin justa causa o renuncie voluntariamente.*
- c) Con veinte (20) años de servicios o más, cualquiera que sea la causa de la terminación del contrato y al (sic) cualquier edad.*
- d) El monto de la pensión mensual de jubilación será equivalente al cinco por ciento (5%) del mayor salario mensual de su categoría por cada año de servicio sin el tope máximo legal.
Esta pensión de jubilación se reajustará al reajustarse los salarios del personal docente y trabajadores activo (sic).*
- e) Los años de servicios se entiendes continuos (sic) y discontinuos prestados a la Universidad.*

PARÁGRAFO 1º. La jubilación que se otorge (sic) con base en el tiempo de servicio trabajado en otras entidades oficiales será según las normas legales, pero la cuota parte que le corresponda a la Universidad pagar se calculará con base en este artículo.”.

Establecido lo anterior, la Sala pasa a resolver el *sub júdece*, en el siguiente orden:

(I) De la naturaleza de la vinculación de la demandada; **(II)** Del derecho de los empleados públicos a suscribir y beneficiarse de convenciones colectivas; **(III)** Competencia para la fijación del régimen pensional de empleados públicos; **(IV)** Situaciones consolidadas conforme al artículo 146 de la Ley 100 de 1993; y, **(V)** Del caso concreto – De la condición de empleada pública de la accionada.

(I) De la naturaleza de la vinculación de la demandada.

En primera instancia cabe referir que la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, en providencia de 16 de marzo de 1982, M.P. Doctor Luis Carlos SÁCHICA, declaró inexecutable frente a los establecimientos públicos educativos del sector territorial algunas de las disposiciones de la Ley 8ª de 1979 y del Decreto Ley 80 de 1980, con el argumento central de que las referidas entidades tenían un régimen fijado principalmente por las Asambleas y Concejos. El fundamento, debe resaltarse, no estuvo dirigido a afirmar que fuera dable que las autoridades internas de las mismas entidades estuvieran en capacidad de dictar normas sobre su funcionamiento interno, ajenas a la Ley. Al respecto, precisó:

“De manera que los departamentos y municipios tienen capacidad constitucional propia para crear y reglamentar los servicios docentes universitarios y post-secundarios respectivos, dentro de las limitaciones legales indicadas.

(...)

b) Por el contrario, no se ajusta a la Constitución, al invadir la autonomía de los departamentos y municipios, en primer término, las mismas facultades mencionadas, en tanto se refieren a las

universidades e instituciones oficiales del nivel post-secundario departamentales y municipales, porque su creación y ordenamiento administrativo, financiero y de funcionamiento interno son de competencia de las Asambleas y de los Concejos, obviamente con sujeción a las directrices académicas que hayan impuesto las leyes que desarrollen el artículo 41 de la Constitución, y el ordinal 12 del artículo 120, y respetando las restricciones que puedan resultar de la Ley a que se refiere el ordinal 6º del artículo 187, si existen; (...)”.

A su turno parte del artículo 5º del Decreto 3135 de 1968², sólo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional a través de la Sentencia C-484 de 1995 lo que implica que no afectaría la situación de la accionada por los efectos hacia futuro, empero, lo cierto es que dentro de un marco general de los criterios que iluminan la determinación de quiénes son empleados públicos y quiénes trabajadores oficiales, desde la Constitución de 1886 específicamente de la reforma del año 1968; no puede concedérsele dicha condición máxime después de la Ley 30 de 1992.

También debe advertirse que la vinculación de la accionada se dio mediante diversos actos administrativos y actas de posesión lo cual dejaría entrever, además de las funciones por ella desempeñadas, que evidentemente su condición al momento de consolidar su derecho pensional conforme a la Convención era la de una empleada pública (Docente).

(II) Del derecho de los empleados públicos a suscribir y beneficiarse de convenciones colectivas.

El artículo 55 de la Constitución Política garantiza el derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales “con las excepciones que señala la

² Esta disposición ya había sido objeto de pronunciamiento de constitucionalidad a través de providencia de la Corte Suprema de Justicia, de 26 de abril de 1971, en la cual se resaltó que la facultad de definir y clasificar al empleado público corresponde en principio a la Ley, dentro de un marco que permite la delegación expresa de la facultad en el caso de establecimientos públicos.

ley” determinando que es deber del Estado promover la concertación y los demás medios para la solución pacífica de los conflictos de trabajo.

De dicha disposición lo primero que salta a la vista es que a pesar de ser un derecho constitucional, admite excepciones legales. Y precisamente, uno de los supuestos que se consideró como excepción en la jurisprudencia inicial de la Corte Constitucional fue la relativa a empleados públicos, en atención a lo establecido en el artículo 416 del C.S. del T. Veamos:

- La disposición antes enunciada, expresó:

“Los sindicatos de empleados públicos no pueden presentar pliegos de peticiones ni celebrar convenciones colectivas, pero los sindicatos de los demás trabajadores oficiales tienen todas las atribuciones de los otros sindicatos de trabajadores, y sus pliegos de peticiones se tramitarán en los mismos términos que los demás, aun cuando no pueden declarar o hacer huelga.” Negrilla fuera de texto.

- La Corte Constitucional en Sentencia C-110 de 1994 consideró que una de las excepciones al derecho a la negociación colectiva a que hace referencia el artículo 55 de la Constitución Política es precisamente el caso de los empleados públicos, en atención a la naturaleza legal y reglamentaria de su relación y a la trascendencia de su misión en la preservación de los intereses públicos. Al respecto, se precisó en la mencionada providencia:

“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.”

Ahora bien, el parámetro de análisis normativo del artículo 416 del C.S. del T. se vio modificado con la entrada en vigencia de los Convenios Internacionales de la OIT 151 “sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública”, y 154 “sobre el fomento de la negociación colectiva”, adoptados por la Legislación Nacional mediante las Leyes 411 de 1997³ y 524 de 12 de agosto de 1999⁴, respectivamente⁵.

Es este sentido, en Sentencia C-1235 de 2005 la Corte Constitucional expresó respecto a la viabilidad de efectuar un nuevo análisis de constitucionalidad sobre el derecho a la negociación colectiva de los empleados públicos, que:

“Surge con claridad, entonces, que se está ante un panorama legal distinto al que existía cuando la Corte, en el año de 1994, en la sentencia C-110 de 1994, examinó el artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo, pues, por un lado, no habían sido incorporados por medio de la Ley, los Convenios 151 y 154 de la OIT, tantas veces citados, y del otro, los cambios introducidos son sustanciales y acordes con la Constitución, por las razones expuestas en las sentencias que aprobaron dichos tratados.”.

En la referida providencia, además, se consideró que la imposibilidad de los empleados públicos de presentar pliegos de peticiones y celebrar convenciones colectivas no riñe con el ordenamiento jurídico superior, en la medida en que la negociación colectiva no se identifica con dichos institutos, sino que comprende un mayor campo de acción a través de diversas figuras que sí pueden ser utilizadas por los empleados públicos.

³ Con análisis de constitucionalidad en la Sentencia C-377 de 1998.

⁴ Con análisis de constitucionalidad en la Sentencia C-161 de 2000.

⁵ Teniendo en cuenta lo anterior, al amparo de lo establecido en el artículo 53, inciso 4º de la Constitución Política, dichos Convenios forman parte de nuestra legislación interna.

De esta forma, la Corte reafirmó la competencia de las autoridades constitucionalmente establecidas en el orden nacional y territorial para fijar las condiciones laborales de quienes están vinculados al Estado mediante una relación legal y reglamentaria e instó al legislador para que regule los mecanismos de concertación de los empleados públicos, con el objeto de garantizar su derecho a la negociación colectiva dentro de los límites que imponen su papel dentro del Estado⁶.

De lo hasta aquí expuesto, puede concluirse que los empleados públicos no gozan de un derecho pleno a la negociación colectiva, no tienen la posibilidad de presentar pliegos de peticiones ni de celebrar convenciones colectivas. Empero, tampoco se les puede vulnerar su derecho a buscar por diferentes medios de concertación, voluntaria y libre, la participación en la toma de las decisiones que los afectan, sin quebrantar, obviamente, la facultad que ostentan las autoridades constitucional y legalmente establecidas de fijar, de forma unilateral, las condiciones laborales de los empleados públicos. En todo caso, dichos mecanismos de concertación deben permitir afianzar un clima de tranquilidad y justicia social⁷.

(III) Competencia para la fijación del régimen pensional.

⁶ "(...) La Corte no desconoce que el problema del ejercicio del derecho de los sindicatos de empleados públicos a la negociación colectiva radica en que no existen mecanismos legales apropiados para hacer cumplir este derecho. Es más, el legislador no ha desarrollado el procedimiento para que estos sindicatos puedan iniciar la concertación, garantizar que las peticiones o los reclamos sean recibidos y atendidos por la administración pública. Ni se ha establecido cuál es la autoridad pública competente para pronunciarse cuando se desconoce, sin motivo el derecho de negociación colectiva. Tampoco existen los mecanismos legales que garanticen que las solicitudes de los sindicatos de empleados públicos, después de la etapa de concertación, se reflejen en los proyectos de ley de presupuesto o en las leyes de carrera administrativa.

Por consiguiente, se comparte la solicitud del Ministerio Público en el sentido de que el legislador debe reglamentar el procedimiento encaminado a reglamentar, en un plazo prudencial, y concertando en lo posible con las organizaciones sindicales de empleados públicos, el derecho a la negociación colectiva de estos servidores, de conformidad con el artículo 55 de la Constitución y con los Convenios 151 y 154 de la OIT debidamente ratificados por el país y que hacen parte de la legislación interna en virtud de las leyes 411 de 1998 y 524 de 1999, respectivamente."

⁷ Frente al tópico relativo al derecho de negociación colectiva de los empleados públicos ver las sentencias C-110 de 1994, C-377 de 1998; C-161 de 2000, C-201 de 2002, C-1234 de 2005; C-280 de 2007 y C-466 de 2008.

El artículo 150, numeral 19, literal e), de la Constitución Política de 1991, dispone:

“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.

...”

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 reglas 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 públicos⁸, por lo que, es ilegal cualquier disposición, referente a: (a) normas de carácter local como ordenanzas, acuerdos municipales, resoluciones o acuerdos de establecimientos públicos, nacionales o departamentales, que regulen la materia; o, (b) convenciones colectivas suscritas por los sindicatos de empleados públicos que establezcan disposiciones relativas a esto tópico.

⁸ 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.”*

A su turno, la Ley 4ª de 1992, dispuso en su 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.”.

El artículo 10 de esta misma norma determinó:

“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.”.

Así, para efecto del reconocimiento y pago de las pensiones de jubilación, la Universidad estaba y está en la obligación de sujetarse a las normas legales que regulan el régimen pensional de los empleados del Estado, bajo los derechos de la Constitución Política de 1991, y no acudir a normas expedidas por esa misma entidad para reconocer pensiones.

Ahora bien, frente a este mismo aspecto pero en vigencia de la Constitución Política de 1886, consideró la Corte Constitucional en Sentencia C-510 de 14 de julio de 1999, M. P. doctor Alfredo Beltrán Sierra, que:

“En vigencia de la Constitución de 1886, el acto legislativo No. 1 de 1968 modificó el artículo 76, numeral 9 original de ésta, e introdujo para la materia que él regulaba el concepto de las leyes cuadro del derecho francés, al establecer la competencia del legislador para “...fijar las escalas de remuneración correspondiente a las distintas categorías de empleo”, al tiempo que le asignó al Presidente de la República la facultad de “... fijar sus dotaciones y emolumentos... con sujeción a la leyes a que se refiere el ordinal 9 del artículo 76...”. Al referirse a la competencia del legislador y del Presidente de la República en esta materia, la Corte Suprema de Justicia, en su momento, afirmó que estos artículos tenían que entenderse en el sentido según el cual la Constitución le asignaba al primero la

atribución de crear la parte estática y permanente de la administración, mientras el segundo tenía la función de hacerla dinámica, mediante el ejercicio de atribuciones administrativas.

*La Constitución de 1991, por su parte, al regular lo relativo a las atribuciones del Congreso de la República, estableció en el artículo 150, numeral 19, literal e), que a éste le corresponde dictar normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para regular, entre otras materias “el régimen **salarial** y prestacional de los **empleados públicos**, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública.” (subrayas fuera de texto)*

*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.*

3.2. En relación con la determinación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, a diferencia de lo que acontecía en vigencia de la Constitución de 1886, en donde el Congreso era quien señalaba la escala de remuneración de los distintos empleos, hoy, el legislador debe simplemente fijar los principios y los parámetros que el Gobierno ha de tener en cuenta para establecer no sólo la escala de remuneración sino los demás elementos que son propios de un régimen salarial y prestacional.”.

Por su parte, sobre este tópico la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en Concepto No. 1393 de 18 de julio de 2002, C. P. doctor Flavio Augusto Rodríguez Arce, sostuvo:

“De todo lo anterior, se tiene que antes de la expedición de la Constitución de 1991, conforme a la reseña histórica, el sistema salarial y prestacional de los empleados públicos presentaba las siguientes características:

a. De 1886 a 1968. Según el texto original del artículo 62 de la Constitución de 1886, la ley determinaba las condiciones de jubilación y el Congreso de la República creaba todos los empleos y fijaba sus respectivas dotaciones (artículo 76.7). (...)

b. A partir del acto legislativo No. 1 de 1968, el Congreso determinaba las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, así como el régimen de sus prestaciones sociales (art. 11). Sin embargo, se contempló la

posibilidad de revestir “pro tempore” al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias para regular la materia (artículo 76.12). En todo caso, es claro que para esa época el régimen prestacional de los empleados públicos de todos los niveles –nacional, seccional o local- tenía única y exclusivamente carácter legal, no siendo viable su reconocimiento mediante actos jurídicos de distinto contenido –acuerdos, ordenanzas, actas convenio o convenciones colectivas.”.

En este orden de ideas, en vigencia de la Constitución Nacional de 1886 cualquier disposición referente a normas de carácter local como ordenanzas, acuerdos municipales, resoluciones o acuerdos de establecimientos públicos, nacionales o departamentales, que regularan el régimen prestacional de los empleados públicos son contrarias al ordenamiento constitucional y legal; al igual que disposiciones de orden convencional.

Esta conclusión es incuestionable a pesar del carácter de ente universitario autónomo del que goza la entidad accionante, pues, la autonomía universitaria, garantizada por el artículo 69 de la Constitución Política de 1991, se traduce en comportamientos administrativos de gestión, tales como darse sus propios reglamentos, estatutos y directivas, lo cual significa que la institución puede organizarse internamente dentro de los parámetros que el Estado le establece al reconocerle la calidad de universidad.

En estas condiciones, el ente universitario puede dirigir sus destinos con arreglo a sus propios objetivos, pero siempre bajo la dirección del Estado. Al respecto sostuvo la Corte Constitucional en sentencia C-053 de 4 de marzo de 1998, con ponencia del doctor Fabio Morón Díaz:

“ ...

Las universidades públicas, como se ha dicho, son órganos autónomos del Estado, que por su naturaleza y funciones gozan de esa condición y están sujetas a un régimen legal especial que en la actualidad está consagrado en la ley 30 de 1992; dada esa caracterización sus servidores son servidores públicos, que se dividen entre docentes empleados públicos, empleados administrativos y trabajadores oficiales,

cuyos salarios y prestaciones sociales cubre el Estado a través del presupuesto nacional, específicamente de asignaciones para gastos de funcionamiento.

El legislador impuso, en el régimen especial que expidió para las universidades públicas, sin distinción alguna, un límite a su libertad de acción, a su autonomía, en materia salarial y prestacional, que hace que el régimen de sus docentes en esas materias le corresponda fijarlo al gobierno nacional, previas las asignaciones que en el rubro de gastos de funcionamiento para el efecto haga el legislador a través de la ley anual de presupuesto, y que por lo tanto a ellas les sea aplicable la restricción impuesta en la norma impugnada, la cual, además de no impedir ni obstruir el ejercicio de la autonomía de dichas instituciones, que pueden cumplir sus funciones y actividades sin que el mandato en cuestión las interfiera, contribuye a un manejo racional, armónico y equilibrado de dichos recursos por parte del Estado, y a la consolidación de una política macroeconómica que contribuya a un manejo racional y al saneamiento y optimización en el manejo de las finanzas públicas.”.

En conclusión la autonomía universitaria no es absoluta, en materia del régimen salarial y prestacional de sus empleados, pues los entes autónomos están sometidos a la normatividad legal y constitucional pertinente.

Por su parte, el artículo 77 de la Ley 30 de 1992, “por la cual se organiza el servicio público de la Educación Superior”, prescribe:

“Artículo 77. El régimen salarial y prestacional de los profesores de las universidades estatales u oficiales se regirá por la Ley 4a de 1992, los Decretos Reglamentarios y las demás normas que la adicionan y complementan.”.

(IV) Situaciones consolidadas conforme al artículo 146 de la Ley 100 de 1993.

4.1. Las situaciones pensionales individuales definidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 con fundamento en disposiciones

municipales o departamentales, a pesar de la ilegalidad de su fuente normativa, por existir un vicio de incompetencia, en virtud de lo establecido en el artículo 146 ibídem, deben dejarse a salvo. Al respecto, dispone la norma en cita:

*“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**)⁹ 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.” (Negrilla y subraya fuera de texto).

La Corte Constitucional mediante sentencia C-410 de 1997, M.P. Hernando Herrera Vergara, declaró la exequibilidad de este artículo y frente a las disposiciones Municipales y Departamentales en relación con las pensiones, dijo:

“ [...] 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

⁹ Expresión entre paréntesis declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-410 de 1997.

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.” (Corte Constitucional, Sentencia C-168 de 1995, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz)”

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...”.

Del contenido normativo de la referida disposición cabe precisar los siguientes aspectos:

Bajo el marco de una trascendental reforma al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, promovida a través de la Ley 100 de 23 de diciembre de 1993, es preciso afirmar que, como materialización de lo ordenado por los artículos 53 y 58 de la Constitución Política, su entrada en vigencia no conmovió aquellas situaciones pensionales que bajo el imperio de normas anteriores fueron adquiridas y que, en consecuencia, ingresaron al patrimonio de sus beneficiarios. Ilustra con claridad esta situación el tenor literal del artículo 11 de la referida Ley 100 de 1993, así:

“ARTICULO 11. Campo de aplicación. El Sistema General de Pensiones, con las excepciones previstas en el artículo 279 de la presente Ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores para quienes a la fecha de vigencia de esta Ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, del Instituto de Seguros Sociales y del sector privado en general.

Para efectos de este artículo se respetarán y por tanto mantendrán su vigencia los derechos adquiridos conforme a disposiciones normativas anteriores, pacto o convención colectiva de trabajo. Lo anterior será sin perjuicio del derecho de denuncia que les asiste a las partes y de que el tribunal de arbitramento dirima las diferencias entre las partes.”¹⁰.

Sin embargo, no sólo aquellas situaciones merecieron protección por parte de nuestro legislador. En este sentido, se precisó la necesidad de amparar a las personas que tenían una “*expectativa cierta*” de adquirir su derecho pensional bajo las normas vigentes con anterioridad a la Ley 100 de 1993 y que, seguramente, verían afectado su derecho al acceso efectivo a dicha prestación si se hubieran visto cobijados indefectiblemente por el nuevo régimen pensional. Así, bajo dos criterios, edad y tiempo de servicio a la fecha de entrada en vigencia del referido régimen general de pensiones, se consagró el derecho a la transición, el cual garantizó, por un tiempo adicional, la permanencia y aplicabilidad dentro de nuestro ordenamiento jurídico de los regímenes pensionales antes de entrar en vigor la Ley 100 de 1993¹¹.

¹⁰ Este artículo luego fue modificado por el artículo 1º de la Ley 797 de 2003, así: “*Campo de aplicación. El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una Pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general.*

Lo anterior será sin perjuicio del derecho de denuncia que le asiste a las partes y que el tribunal de arbitramento dirima las diferencias entre las partes.”.

¹¹ Artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, además de las dos situaciones descritas, la Ley 100 de 1993 en su artículo 146 consagró **una protección especial** para aquellos que con anterioridad a su entrada en vigencia adquirieron el derecho pensional con fundamento en normas municipales y departamentales. Veamos:

- Tal como se explicó en el acápite anterior, en vigencia de la Constitución Nacional 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 146¹², así: **(i)** la de quienes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 en el sector territorial, (30 de junio de 1995)¹³, tuvieron una situación jurídica definida, esto es, que se les

¹² Estos dos eventos fueron objeto de pronunciamiento de exequibilidad a través de la Sentencia C-410 de 28 de agosto de 1997.

¹³ Parágrafo del artículo 151 de la Ley 100 de 1993.

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 reconocido¹⁴. 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 1995. Al respecto, en 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, 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.

Respecto de la vigencia de la Ley 100 de 1993 se tiene, que ésta fue expedida y publicada en el Diario Oficial No. 41.148 el 23 de diciembre de 1993, por lo que de manera general sus efectos se surten a partir de dicha fecha; sin embargo, frente al Sistema General de Pensiones se consagraron dos situaciones de excepción frente a su aplicación

¹⁴ 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.

*inmediata, consistente la primera, en el régimen de transición consignado en el artículo 36 de dicho ordenamiento, que buscó amparar la expectativa de los trabajadores que hubiesen cumplido determinada edad y tiempo de servicios; y la segunda, en un periodo de vigencia diferido establecido por el Legislador en el artículo 151, en virtud del cual se determinó que el sistema regiría integralmente a partir del 1° de abril de 1994, **con excepción de los servidores públicos del nivel departamental, municipal y distrital, para los cuales entraría a regir a más tardar el 30 de junio de 1995 o en la fecha en que así lo determinase la respectiva autoridad gubernamental.***

Quiere ello decir, que las situaciones jurídicas que en materia pensional se consolidaron con base en disposiciones municipales o departamentales antes del 30 de junio de 1995 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.”.

Ahora bien, esta Sección, mediante Sentencia de 29 de septiembre de 2011¹⁵, al determinar si las convenciones colectivas están dentro de aquellas situaciones que convalidó el artículo 146 de la Ley 100 de 1993, precisó:

“La expresión “extra”, viene del (Del lat. extra), que significa “1. pref. Significa 'fuera de'. Extrajudicial, extraordinario. 2. pref. Significa a veces 'sumamente'. Extraplano.”., y Legal “(Del lat. legālis). 1. adj. Prescrito por ley y conforme a ella. 2. adj. Perteneciente o relativo a la ley o al derecho.”; es decir, que son normas que están por fuera de la ley o el derecho.

Por su lado, disposición, significa “(Del lat. dispositiō, -ōnis). 3. f. Precepto legal o reglamentario, deliberación, orden y mandato de la autoridad.”.

Conforme a una interpretación exegética, podría señalarse que la norma objeto de análisis validó toda clase de reconocimientos pensionales, pero esta clase de interpretación no sólo está soportada en la literalidad de la norma sino que se observa desde una

¹⁵ 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.

hermenéutica originaria, sistemática e histórica, pues el legislador quiso validar esta clase de situaciones, la cual, al ser revisada en su Constitucionalidad por la Corte Constitucional fue declarada exequible¹⁶; en ese sentido, 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 principio podría pensarse, como en efecto lo hizo la Sala en múltiples fallos, que las disposiciones del orden territorial, como Decretos y 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 naturaleza de la convención colectiva, en el caso de los empleados públicos no puede definirse como un contrato, porque los primeros no pueden gobernarse por esta clase de instrumentos; tampoco se puede definir como de carácter normativo pues no tiene las formalidades propias de una preceptiva, pero sí pueden estar encuadradas dentro de lo que la Ley pretende aplicar como una "disposición", máxime, cuando lo que buscó fue la protección y progresividad de los derechos de los trabajadores; en otras palabras, la Convención Colectiva, lleva inmersa la voluntad del empleador de otorgar unos derechos a sus beneficiarios.¹⁷

(...)

¹⁶ Salvo la expresión "o cumplan dentro de los dos años siguientes".

¹⁷ La Corte Constitucional en sentencia C-009 del 20 de enero de 1994, Magistrado Ponente Dr. Antonio Barrera Carbonell, que sostuvo: "En conclusión, aun cuando materialmente la convención es por sus efectos un acto regla, creador del derecho objetivo, a semejanza de la ley, según lo admite la doctrina, no puede considerarse como producto de la función legislativa del Estado, desde los puntos de vista orgánico, funcional y formal, en que constitucionalmente aparecen estructurados y se manifiestan las funciones estatales. Reafirma esta conclusión, la circunstancia de que el inciso final del art. 53 constitucional al establecer que, "la ley, los contratos los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores", de manera expresa está reconociendo la distinción entre "ley" propiamente dicha y "acuerdos y convenios de trabajo".

Conviene indicar de igual modo, que esta decisión se sustenta, en la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, en la medida en que es al Juez, a quien le corresponde determinar en cada caso concreto cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador y cómo ha de aplicarse o interpretarse, máxime, cuando el artículo 146 de la Ley 100 de 1993 no fue explícito en señalar cuáles normas expresamente validó sino que indicó que utilizó la expresión “disposiciones”, que puede incluir en su campo de aplicación las convenciones colectivas.

(...)”

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.

(V) Del caso concreto.

Del material probatorio allegado al expediente se evidencia que la fuente del reconocimiento prestacional de la demandada fue la Convención Colectiva de 1976, pues a pesar de ser empleada pública, se dio estricto cumplimiento al artículo 9º de dicha convención.

Por consiguiente, y una vez que se ha tenido en cuenta que la accionada fue pensionada en su condición de empleada pública al amparo de disposiciones convencionales, procede la Sala a establecer si se reúnen los siguientes requisitos, con el ánimo de determinar si es viable, a pesar de la ilegalidad del reconocimiento y salvaguardar su situación pensional:

(a) Que su prestación haya sido consolidada o adquirida con anterioridad al 30 de junio de 1995, esto es, a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 en el orden territorial; y,

(b) Que su prestación **de orden convencional** se halle dentro de los supuestos establecidos en el artículo 146 de la Ley 100 de 1993.

Frente al primer aspecto, cabe resaltar que la prestación de la señora Miriam Pantoja de Rojas se concedió por haber cumplido más de 20 años al servicio de la Universidad. Por consiguiente, se puede afirmar que la accionada adquirió su derecho pensional con base en la normatividad convencional el 12 de abril de 1976¹⁸ y su reconocimiento operó mediante Resolución No. 8 de 10 de noviembre de 1983; por tal motivo, al tenor de lo manifestado en el acápite anterior, a pesar de la irregularidad de su prestación, sería viable amparar su derecho con fundamento en lo dispuesto en el artículo 146 de la Ley 100 de 1993 pues, se resalta, su situación jurídica se encontraba definida **antes** de que entrara en vigencia dicho marco normativo.

Por lo expuesto es dable, a pesar de la irregularidad de la norma de la que deriva, amparar su derecho pensional y en consecuencia dejar incólume la Resolución No. No. 8 de 10 de noviembre de 1983.

DECISIÓN

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

¹⁸ Fecha en la cual cumplió 20 años de servicio a la Universidad del Atlántico

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia del 23 de febrero de 2011, en cuanto el Tribunal Administrativo del Atlántico, declaró no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada y negó las pretensiones de la demanda incoada por la Universidad del Atlántico contra Miriam Pantoja de Rojas.

Cópiese, notifíquese y publíquese en los anales del consejo de estado, devuélvase el expediente al tribunal de origen. Cúmplase.

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

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

Ausente con Permiso

GERARDO ARENAS MONSALVE

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA