



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN A
CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá, D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho.
Radicación: 76001-23-31-000-2010-00966-02 (0707-2023).
Demandante: Empresas Municipales de Cali - EMCALI
Demandado: Leonel Moreno Cobo – Martha Lucía Galeano Casanova¹

Temas: Pensión convencional de los trabajadores de las empresas municipales de Cali – EMCALI.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA- DECRETO 01 DE 1984



I. ASUNTO

1. La Sala de Subsección procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia del **21 de octubre de 2022**, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca², que negó las súplicas de la demanda y se abstuvo de imponer condena en costas a EMCALI EICE E.S.P.

II. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones de la demanda.³

2. Las Empresas Municipales de Cali -en adelante EMCALI-, a través de apoderada y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en la modalidad de lesividad, demandaron la nulidad de la Resolución Resolución 1215 del 13 de

¹ Sucesora procesal.

² Con ponencia de la Magistrada Ana Margoth Chamorro Benavides.

³ Folios 78 y s.s. del cuaderno principal.



junio de 1995, por medio de la cual se reconoció y ordenó el pago de una pensión convencional a favor del señor Leonel Moreno Cobo.

3. A título de restablecimiento solicitaron la liquidación, pago y reintegro de las sumas de dinero canceladas a partir del momento en que se profirió el acto administrativo, hasta la fecha de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso, con sus respectivos intereses moratorios y ajustes, conforme con lo señalado en el artículo 178 del C.C.A.

2.2. Hechos que fundamentan la demanda.

4. El señor Leonel Moreno Cobo trabajó para EMCALI EICE ESP desde el 14 de enero de 1976 hasta el 4 de febrero de 1995.

5. El último cargo desempeñado fue el de despachador en la Sección Almacenes, Departamento de Servicios Técnicos, Gerencia de Energía, categoría 059, cargo 054.001 Code 16100920.

6. EMCALI suscribió con los sindicatos de trabajadores la convención colectiva de trabajo 1994-1995, que benefició exclusivamente a los trabajadores oficiales, por lo que no podía hacer extensiva tal convención a los empleados públicos, condición que ostentaba el señor Moreno Cobo con el cargo que había desempeñado, de acuerdo con el artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo.



7. Por Resolución 1215 de 13 de junio de 1995 EMCALI le reconoció una pensión de jubilación en monto del 90% de lo devengado por todo concepto en el último año de servicio, es decir, por \$660.250, con fundamento en la Resolución 0104 de 4 de octubre de 1983 y comoquiera que el señor Leonel Moreno Cobo contaba con más de 20 años y más de 50 años de edad pues nació el 9 de marzo de 1943.

8. En atención a que laboró en el Ministerio de Defensa Nacional desde el 1.º de febrero de 1962 hasta el 15 de febrero de 1964, la participación de esa cartera ministerial se fijó en la suma de \$32.721, la cual aceptó.

9. Se dispuso que el pago total lo asumiría de manera directa EMCALI quien repetiría contra el Ministerio por la suma mensual a su cargo y en su artículo segundo se estableció que cuando el ISS asumiera el riesgo de vejez, EMCALI únicamente pagaría el mayor



valor generado entre la pensión legal y la extralegal.

2.3. Fundamentos de derecho y concepto de la vulneración.

10. Como concepto de violación, argumentó que se desconocieron:

- Constitución Política: el preámbulo y los artículos 1.º, 2.º, 4.º, 48, 53, 83 y 150
- Código Contencioso Administrativo: artículo 2.º.
- Ley 33 de 1985: artículos 1.º y 3.º.
- Ley 62 de 1985: artículo 1.º.

11. Como concepto de violación señaló que el señor Moreno Cobo no tenía derecho a percibir una pensión convencional por parte de Las Empresas Municipales de Cali, debido a la calidad de empleado público que ostentaba. En ese sentido, expuso que se realizó el reconocimiento, contrariando el ordenamiento legal, comoquiera que dicha convención sólo beneficiaba a los trabajadores oficiales.

2.4. Contestación de la demanda.

2.4.1. El *curador ad litem* del señor Leonel Moreno Cobo se opuso a las pretensiones de la demanda.

12. Al efecto indicó que el señor Moreno Cobo falleció en el año 2009 por lo que la entidad debió demandar a los herederos determinados e indeterminados o en su defecto, al albacea con tenencia de los bienes del señor Leonel Moreno Cobo para que ejercieran su derecho a la defensa.

13. Propuso las siguientes excepciones:

- **Caducidad de la acción:** al indicar que al tenor de lo señalado en los artículos 85 y 136 del CCA y 97 y 164 del CPACA, la demanda de lesividad debe formularse dentro de los dos años siguientes a partir de la notificación del acto administrativo. Sin embargo, en este caso el reconocimiento pensional se produjo en el año 1995 y la demanda se presentó en el año 2010.
- **Falta de legitimación en la causa por pasiva:** Para esta excepción insistió en que debió demandarse a los herederos





del señor Leonel Moreno Cobo toda vez que su deceso tuvo lugar en el año 2009.

- Falta de agotamiento del requisito de procedibilidad.
- Prescripción de las acciones laborales.
- Buena fe.
- Prescripción.

2.4.2. La sucesora procesal.

14. En atención al fallecimiento del señor Leonel Moreno Cobo mediante auto del 9 de noviembre de 2021⁴, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca dispuso tener como sucesora procesal a la señora **Martha Lucía Galeano Casanova**. Posteriormente, mediante auto del 28 de febrero de 2022⁵ se ordenó practicar su emplazamiento y por auto del 18 de julio del mismo año, se designó al abogado Mauricio Londoño Uribe como *curador ad litem* de la señora Galeano Casanova.



15. El curador *ad litem* contestó la demanda⁶ en escrito en el cual reiteró los argumentos y las excepciones propuestas respecto del señor Moreno Cobo.

2.5. Sentencia de primera instancia⁷

16. En sentencia del **21 de octubre de 2022**, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca negó las pretensiones de la demanda y se abstuvo de condenar en costas a la parte demandante.

17. Para adoptar esta decisión aclaró en primer lugar que como la acción perseguía la nulidad del acto administrativo que reconoció una prestación periódica, por tanto, el derecho de acción no estaba sometido a caducidad. Además, los derechos pensionales no podían ser objeto de conciliación, por tratarse de derechos irrenunciables.

⁴ Expediente digitalizado sistema SAMAI
https://samai.consejodeestado.gov.co/Vistas/Casos/list_procesos.aspx?guid=760012331000201001602021100103

⁵ *Ibidem*.

⁶ Archivo 34 del expediente digitalizado sistema SAMAI.

⁷ Archivo 43 del expediente digitalizado sistema SAMAI.



Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado: 76001233100020100096602 (0707-2023).
Demandante: EMCALI.

18. Posteriormente se refirió al marco normativo y con ello a la naturaleza de los empleos de Emcali E.I.C.E., a los Acuerdos 050 de 1961 y 014 de 1996 y el artículo 5.º del Decreto 3135 de 1968, de los cuales extrajo que por regla general las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales, excepto quienes ejecutan las actividades de dirección o confianza que son empleados públicos, de acuerdo con los estatutos internos respectivos.

19. A renglón seguido se refirió al alcance del derecho a la negociación colectiva de los empleados públicos, y resaltó que estos sólo se podían ver beneficiados de normas extralegales en los casos en los que hubieran consolidado su derecho con anterioridad al 30 de junio de 1997, como se estableció en la sentencia C-410 de 1997, relativa a la constitucionalidad del artículo 146 de la Ley 100 de 1993. Por tanto, si consolidaron su situación jurídica pensional con anterioridad al 30 de junio de 1997 por los efectos de los fallos de constitucionalidad *ex-nunc*, tienen derecho a que su pensión se pague o continúe pagando según la norma extralegal que sirvió de fundamento para adquirir el derecho. Esto, además, con sustento en los Convenios Internacionales de la OIT 151⁸, y 154⁹, adoptados por la legislación nacional.



20. Luego, analizó el tema de la Resolución 104 de 1983 y efectos de la sentencia de nulidad de 2 de octubre de 1996 y, entró a examinar el caso concreto, donde estableció que el señor Leonel Moreno Cobo acumuló un tiempo de servicio de 21 años y 14 días y, su último cargo fue el de despachador en la Sección Almacenes, Departamento de Servicios Técnicos de la Gerencia de Energía, categoría 059, cargo 054.001, Code 16100920, de Emcali – EICE. Además, cumplió 50 años de edad el 9 de marzo de 1993.

21. Por ello, EMCALI le reconoció una pensión de jubilación a través del acto demandado Resolución 1215 de 13 de junio de 1995 en un porcentaje del 90% de lo devengado por todo concepto en el último año de servicio, con fundamento en la Resolución 0104 del 4 de octubre de 1983 y en atención a que contaba con más de 20 años de servicio y más de 50 años de edad.

22. Indicó que el señor Moreno Cobo falleció el 9 de septiembre de 2009 y la señora Martha Lucía Galeano Casanova solicitó el

⁸ «[S]obre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública».

⁹ «[S]obre el fomento de la negociación colectiva».



Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado: 76001233100020100096602 (0707-2023).
Demandante: EMCALI.

reconocimiento de la pensión de sobrevivientes ante Colpensiones, que le fue denegada por Resolución 4119 del 4 de mayo de 2012, con fundamento en que no acreditó convivencia y dependencia económica. Luego, por sentencia del 8 de noviembre de 2013 el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali ordenó el reconocimiento pensional a partir de la fecha de deceso del causante. Esta decisión fue confirmada por el Tribunal Superior de Cali, Sala Laboral, mediante providencia del 16 de diciembre de 2013.

23. Como consecuencia, Colpensiones mediante Resolución GNR 224550 del 18 de junio de 2014 reconoció y ordenó el pago de la pensión de sobreviviente en favor de la señora Martha Lucía Galeano Casanova en su calidad de compañera permanente del causante y EMCALI mediante Resolución 002420 del 17 de septiembre de 2014 asumió el pago en la proporción correspondiente.

24. Estimó entonces que el señor Leonel Moreno Cobo a la fecha del reconocimiento pensional había acumulado más de veinte años de servicio y tenía más de 50 años de edad y pese a que acreditó la condición de empleado público dadas sus labores administrativas, no tenía derecho al reconocimiento de una pensión con base en disposiciones internas de la entidad. Sin embargo, el reconocimiento pensional extralegal se convalidó en virtud de lo dispuesto por el legislador en el artículo 146 de la Ley 100 de 1993, dado que adquirió su estatus pensional a partir del 4 de febrero de 1995, es decir, antes de la sentencia de nulidad de la Resolución 104 de 1983 proferida el 2 de octubre de 1996, por lo que tiene un derecho adquirido por ser convalidado por el artículo 146 de la Ley 100 de 1993.



25. En conclusión, denegó las pretensiones de la demanda y se abstuvo de imponer condena en costas a cargo de la entidad demandante.

2.6. Recurso de apelación.¹⁰

26. En primer lugar, se refirió al «[...] reajuste del artículo 116 de la Ley 6 de 1992», del cual indicó que no era procedente en este caso porque era aplicable solamente para las pensiones del orden

¹⁰ Expediente híbrido. Aparte digitalizado Aplicativo SAMAI.



nacional, de acuerdo con lo señalado en sentencias de la Corte Constitucional C-1336 del 2000, C-409 de 1994, C-009 de 1996, y C-531 de 1995 y por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, en sentencia del 10 de septiembre de 1998.

27. Igualmente, el acto administrativo demandado, Resolución 1215 de junio 13 de 1995, violó el tope del 75% del salario promedio del último año devengado por el servidor público para liquidar su pensión de jubilación establecido en el artículo 1.º de la Ley 33 de 1985 y, tales derechos prestacionales sólo pueden ser regulados por el Congreso de la República. Además, el pensionado tenía la condición de empleado público, razón por la cual no podía beneficiarse de convenciones colectivas, en los términos del artículo 416 C.S.T. y demás normas concordantes.

28. Finalmente indicó que el soporte jurídico del acto administrativo que reconoció derechos pensionales, como es la Resolución 104 del 4 de octubre de 1983 fue declarada nula mediante la sentencia del 17 de febrero 1997, por la Sección Segunda del Consejo de Estado, hecho que reitera la ilegalidad de la resolución que reconoció la prestación pensional al señor Leonel Moreno Cobo.



2.7. Trámite correspondiente a la segunda instancia

2.7.1. EMCALI presentó alegatos de conclusión en los que reiteró los argumentos del recurso de apelación¹¹.

2.7.2. Tanto la parte accionada como el Ministerio Público guardaron silencio¹².

II. CONSIDERACIONES

3.1. Competencia.

29. De conformidad con el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo¹³, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto.

¹¹ Índice 9 del aplicativo SAMAI.

¹² Índice 10 aplicativo SAMAI.

¹³ El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se conceda el extraordinario de revisión.



30. De igual manera, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 328 del Código General del Proceso¹⁴, la competencia del juez de segunda instancia está circunscrita a los argumentos expuestos por el apelante; en el caso de la referencia, se observa que únicamente la parte demandante presentó recurso de alzada, razón por la cual la competencia se encuentra limitada a los argumentos expuestos en el mencionado recurso.

3.2. Problema Jurídico.

31. Corresponde a la Sala de Subsección establecer si ¿hay lugar a declarar la nulidad de la Resolución 1215 del 13 de junio de 1995, por medio de la cual EMCALI reconoció una pensión vitalicia de jubilación a favor del señor Leonel Moreno Cobo con fundamento en una Convención Colectiva de Trabajo?

3.3. Marco normativo y jurisprudencial aplicable al caso.

3.3.1. La naturaleza jurídica de EMCALI

32. Para efectos de resolver la presente controversia, resulta imperativo hacer un recuento de la normativa que ha determinado la naturaleza jurídica de las Empresas Públicas de Cali -EMCALI-.

33. El Concejo municipal de Cali expidió el Acuerdo 50 de 1961 a través del cual se constituyeron las Empresas Municipales de Cali como un establecimiento público del orden descentralizado, con personería jurídica y patrimonio propio, con el fin de que asumiera «la dirección, organización, administración, ensanches, conservación y mantenimiento de las Empresas e instalaciones de propiedad del Municipio de Cali que constituyen el Acueducto Municipal, el Alcantarillado Municipal, la Empresa de Energía Eléctrica Municipal, la Empresa Telefónica Municipal, las Plazas de Mercado y de Ferias, y el Matadero Municipal».

34. Más adelante se expidió la Ley 142 de 1994, y en esta se determinó que aquellas empresas que prestan servicios públicos debían constituirse en sociedades por acciones. Sin embargo, precisó que las entidades descentralizadas, bien sea del orden nacional o del orden territorial cuyos propietarios no desearan que

¹⁴ «Competencia del superior. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.»





su capital estuviera representado en acciones, debían adoptar la forma de empresas industriales y comerciales del Estado.

35. Es así como el Concejo Municipal de Cali expidió el Acuerdo 014 del 31 de diciembre de 1996, mediante el cual EMCALI se transformó en una empresa industrial y comercial del Estado, del orden municipal (artículo 4.º), a partir del 1 de enero de 1997.

3.3.2. La naturaleza de los empleados de EMCALI

36. A partir del anterior recuento, se advierte que los trabajadores de EMCALI tuvieron el régimen que les aplica a los empleados de los establecimientos públicos hasta el **31 de diciembre de 1996**, y, a partir del 1.º de enero de 1997, su tratamiento corresponde al de quienes prestan sus servicios en empresas industriales y comerciales del Estado, por lo a continuación se analizan las disposiciones que se refieren a la calidad de estos servidores.

37. En ese sentido, se observa que en el Decreto Ley 3135 de 1968¹⁵ se fijaron los criterios para determinar quiénes son servidores públicos y quienes trabajadores oficiales al servicio del Estado, en los siguientes términos:

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

Las personas que prestan sus servicios en las **empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales**; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos».

38. Como se puede advertir, hasta el 31 de diciembre de 1996, quienes prestaban sus servicios a favor de las Empresas Municipales de EMCALI, por regla general, tenían la calidad de empleados públicos por tratarse de servidores vinculados a un establecimiento público.

39. Ahora bien, tal como quedó consignado en la misma normativa, por regla general, las personas que prestan sus servicios en las

¹⁵ «Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales.»





empresas industriales y comerciales del Estado tienen la calidad de trabajadores oficiales, salvo que desempeñen actividades de dirección o confianza.

40. Una vez mutó la naturaleza de EMCALI se expidió la Resolución GG-7447 de 24 de noviembre de 1997¹⁶ «por medio del cual se clasifican los servidores públicos de las Empresas Municipales de Cali».

41. Posteriormente, el Concejo de Cali a través del Acuerdo 34 de 15 de enero de 1999 adoptó el estatuto orgánico para la Empresa Industrial y Comercial de Cali EMCALI E.I.C.E. y en el artículo 16 señaló el régimen legal de los trabajadores de la entidad, pero este fue declarado nulo a través de la sentencia del 25 de marzo de 2004¹⁷.

42. Es pertinente poner de presente que a través de la Resolución 90 del 28 de diciembre de 1999, la Junta Directiva de EMCALI adoptó la estructura orgánica de la empresa.

43. Así las cosas, hasta el 31 de diciembre de 1996, los trabajadores de EMCALI tenían la calidad de empleados públicos por regla general. Por el contrario, a partir del 1.º de enero de 1997, con la transformación de su naturaleza jurídica a la de empresa industrial y comercial del Estado del orden municipal, la regla general de vinculación laboral pasó a ser de trabajadores oficiales y excepcionalmente de empleados públicos de conformidad con lo que se estableciera en sus estatutos, siempre que ello atendiera las previsiones legales que rigen la materia.



3.3.3. Competencia para la fijación del régimen pensional

44. La Constitución Política de 1991, dispone, en su artículo 150, numeral 19, literal e), que corresponde al Congreso de la República expedir las normas generales a las que se sujeta el Gobierno Nacional para definir los requisitos y condiciones del reconocimiento de la pensión de jubilación de los empleados

¹⁶ Folios 198 y 199 cuaderno de antecedentes.

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 25 de marzo de 2004, expediente 3436-2002, magistrado ponente: Nicolás Pájaro Peñaranda.



públicos, tema sobre el cual se pronunció la Corte Constitucional en sentencia C-510 de 14 de julio de 1999¹⁸ al señalar:

«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». (Negrilla de la Sala).

45. De acuerdo con lo anterior se tiene que es ilegal cualquier disposición al respecto, establecida en: (i) normas de carácter local como ordenanzas, acuerdos municipales, resoluciones o acuerdos de establecimientos públicos, nacionales o departamentales, que regulen la materia; o, (ii) convenciones colectivas suscritas por los sindicatos de empleados públicos que establezcan disposiciones relativas a este tema.

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

47. De acuerdo con lo señalado se tiene que es de reserva legal todo lo relacionado con el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos, por lo que la competencia para fijarlo reside en forma exclusiva e indelegable en el Gobierno Nacional atendiendo el marco general dispuesto por el Congreso, por lo que no es posible que una corporación territorial, o un organismo descentralizado por servicios en el mismo orden, pueda arrogarse tal competencia, ya que tal situación atentaría de manera flagrante contra el principio de legalidad.



¹⁸ M. P. doctor Alfredo Beltrán Sierra.



3.3.4. La pensión convencional de trabajadores oficiales y empleados públicos

48. Respecto de la posibilidad de que los empleados públicos se beneficien de las convenciones colectivas, esta Sala ha señalado:

«En relación con este aspecto, el Convenio 151 de la Organización Internacional del Trabajo, prevé:

«[...] Artículo 1

1. El presente Convenio deberá aplicarse a todas las personas empleadas por la administración pública, en la medida en que no les sean aplicables disposiciones más favorables de otros convenios internacionales del trabajo.

[...] Artículo 7

Deberán adoptarse, de ser necesario, medidas adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos acerca de las condiciones de empleo, o de cualesquiera otros métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones. [...].»

Por su parte, el Convenio 154 de la misma Organización, se refiere al fomento de la negociación colectiva, y se dirige a que sea posible entre todos los empleadores y a todas las categorías de trabajadores a las cuales se aplica dicho Convenio.

De acuerdo con lo anterior, el artículo 55 de la Constitución Política, garantiza el ejercicio del derecho a la negociación colectiva, limitado únicamente por las excepciones que defina la ley.

A su vez, el artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo contiene la limitación de las funciones de los sindicatos de empleados públicos, en los siguientes términos:

«[...] LIMITACIÓN DE LAS FUNCIONES. 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, aún cuando no puedan declarar o hacer huelga. [...] ».

Lo anterior tiene fundamento precisamente en la vinculación legal y reglamentaria de los empleados públicos, la cual restringe la posibilidad de afectar la facultad de las autoridades de fijar unilateralmente las condiciones del empleo.

Es importante señalar que la Corte Constitucional mediante sentencia C-377 de 1998, al examinar la exequibilidad de la Ley 411 de 1997 que aprobó el Convenio 151 antes citado, consideró ajustada a la Constitución Política la diferenciación entre





Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado: 76001233100020100096602 (0707-2023).
Demandante: EMCALI.

trabajadores oficiales y empleados públicos, en lo relacionado con el ejercicio del derecho de negociación colectiva, para conceder a los primeros el goce pleno del derecho, y restringirlo para los segundos, bajo el argumento de que no se puede afectar la facultad de las autoridades (Congreso, presidente en el plano nacional, asambleas, concejos, gobernadores y a los alcaldes en los distintos órdenes territoriales), de fijar autónomamente las condiciones del empleo.

La mencionada Ley 411 de 1997, a su turno, fue reglamentada por el Decreto 160 del 5 de febrero de 2014 en el cual se reguló «el procedimiento para la negociación exclusivamente de las condiciones de empleo, entre las entidades y autoridades públicas competentes y las organizaciones sindicales de empleados públicos», aplicable a los todos organismos excepto:

«[...] a) Los empleados públicos que desempeñen empleos de alto nivel político, jerárquico o directivo, cuyas funciones comporten atribuciones de gobierno, representación, autoridad o de conducción institucional, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas públicas; b) Los trabajadores oficiales; c) Los servidores de elección popular o los directivos elegidos por el Congreso o corporaciones territoriales, y, d) El personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional. [...]».

En el mismo sentido, al referirse a los Convenios 151 y 154 de la OIT, en la sentencia C201 de 2002, mediante la cual declaró la exequibilidad del artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo, así como en la sentencia C-1234 de 2005 que declaró la exequibilidad condicionada de la expresión contenida en el mismo artículo «Los sindicatos de empleados públicos no pueden presentar pliego de peticiones ni celebrar convenciones colectivas», bajo el entendido de que para hacer efectivo el derecho a la negociación colectiva consagrado en el artículo 55 de la Constitución Política, y de conformidad con los mencionados instrumentos, las organizaciones sindicales de empleados públicos podrán acudir a otros medios que garanticen la concertación en las condiciones de trabajo, a partir de la solicitud que al respecto formulen estos sindicatos, mientras el Congreso de la República regule el procedimiento para el efecto.



Ahora bien, a través del Decreto 160 del 5 de febrero de 2014, el Gobierno Nacional reglamentó la Ley 411 de 1997. Dicho acto reguló el procedimiento para la negociación entre las autoridades públicas y las organizaciones sindicales de empleados públicos, limitado exclusivamente a las condiciones de empleo (artículo 1.º), dentro del cual, si se llega a un consenso, no culmina con una convención colectiva propiamente dicha, sino con un acuerdo colectivo (artículo 13).

De todo lo expuesto, se concluye que los sindicatos de empleados públicos no pueden presentar pliego de peticiones, ni pueden beneficiarse de los acuerdos contenidos en las convenciones colectivas»¹⁹.

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de 19 de enero de 2023, expediente 2314-2022, magistrado ponente William Hernández Gómez.



49. De las disposiciones a las que se ha hecho referencia y de la jurisprudencia transcrita se resalta que a pesar de que los empleados públicos tienen derecho a la negociación colectiva, este se encuentra limitado, y por tal razón no es posible que esta clase de servidores se beneficien de las convenciones colectivas, motivo por el cual no podrían adquirir esta clase de prestaciones sociales.

50. Por el contrario, esta limitación no aplica para quienes ostenten la condición de trabajadores oficiales.

3.3.5. Situaciones pensionales consolidadas conforme al artículo 146 de la Ley 100 de 1993

51. Las situaciones pensionales individuales definidas con anterioridad a la entrada en vigor 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 su artículo 146 deben dejarse a salvo. Al respecto, la disposición en cita 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**)²⁰ 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).

52. La Corte Constitucional mediante Sentencia C-410 de 1997, con ponencia del Magistrado Hernando Herrera Vergara, declaró la exequibilidad de este artículo, salvo el aparte «o cumplan dentro de los dos años siguientes», y frente a las disposiciones municipales y departamentales en relación con las pensiones, indicó:

«[...]

En efecto, ha expresado la jurisprudencia de la Corporación, que los derechos adquiridos comprenden aquellas situaciones

²⁰ Expresión entre paréntesis declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-410 de 1997.



Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado: 76001233100020100096602 (0707-2023).
Demandante: EMCALI.

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.

[...]

Por lo tanto, se declarará la exequibilidad del inciso primero del artículo acusado, así como del inciso segundo, en la parte que reconoce el derecho a pensionarse con arreglo a las disposiciones municipales o departamentales en materia de pensiones de jubilación extralegales, para quienes con anterioridad a la vigencia de este artículo hayan cumplido los requisitos exigidos en dichas normas. [...]».

53. Como se aprecia de lo anterior, se tiene que el legislador consagró una protección especial para aquellas personas que con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 adquirieron el derecho pensional con fundamento en normas municipales y departamentales, y en ese sentido, ha de tenerse claro que con fundamento en ello, la situación de muchos quedó consolidada con arreglo a las disposiciones que, a pesar de presumirse legales, contrariaban el ordenamiento jurídico, respecto de la definición del régimen prestacional de los empleados públicos; pero que en garantía de los derechos adquiridos es razonable su protección.



54. Se concluye entonces que 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 146²¹, corresponden a la de quienes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 en el sector territorial, esto es el 30 de junio de 1995²², tuvieron una situación jurídica definida, esto es, que se les hubiera reconocido el derecho pensional y, 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.

55. Igualmente, aun cuando la disposición en análisis regula 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 señaló 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 su contenido, y especialmente del artículo 151 de

²¹ Estos dos eventos fueron objeto de pronunciamiento de exequibilidad a través de la Sentencia C-410 de 28 de agosto de 1997.

²² Parágrafo del artículo 151 de la Ley 100 de 1993.



la misma, así como de la aplicación del principio de favorabilidad, esta Corporación en virtud de la naturaleza del control de constitucionalidad de que fue objeto y los efectos de la decisión que lo hizo, ha entendido que la última fecha que ha de tenerse en cuenta para determinar la existencia o no de un derecho adquirido es el 30 de junio de 1997²³.

56. Ahora bien, esta Sección mediante sentencia de 29 de septiembre de 2011²⁴, unificó la postura sobre el tema al considerar que no se puede dejar de lado, que, en el sector territorial, existieron múltiples regulaciones que, aún sin competencia, regularon y crearon beneficios pensionales, 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 también, a los empleados públicos.

57. Por todo lo anterior se puede afirmar que, si bien las decisiones administrativas locales para la regulación del régimen pensional de los empleados públicos, hacia la extensión de beneficios convencionales a éstos transgreden el marco de competencias definido para el efecto en la Constitución, los derechos pensionales otorgados en tal virtud, fueron convalidados por expresa disposición del legislador a través del referido artículo 146 de la Ley 100 de 1993, cuya constitucionalidad fue avalada por la Corte Constitucional, siempre que su consolidación hubiere ocurrido antes del 30 de junio de 1997.



3.4. El caso concreto

58. En el *sub lite* se encuentra demostrado lo siguiente:

- Por medio del Acuerdo 50 de 1961 el Concejo Municipal de Cali constituyó el establecimiento público denominado «Empresas Municipales de Cali, EMCALI»²⁵.

²³ Sentencia de la Sección Segunda, Subsección A, de 11 de febrero de 2015, C.P. Doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, radicado interno No. 3787-2013, se consideró: “A pesar de la decisión de la Corte, esta Sala ha concluido con fundamento en el artículo 45 de la Ley 270 de 1996, que el aparte declarado inexecutable por la Corte Constitucional sí desplegó sus efectos protectores sobre las situaciones pensionales que se consolidaron en el interregno comprendido entre el 30 de junio de 1995 y el 30 de junio del 1997, en tanto que dicho Tribunal no moduló los efectos de su decisión.”

²⁴ 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.

²⁵ Folios 14 y s.s. del cuaderno principal 1.



Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado: 76001233100020100096602 (0707-2023).
Demandante: EMCALI.

- El señor Leonel Moreno Cobo nació el 9 de marzo de 1943²⁶, motivo por el cual es beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, dado que, para el 30 de junio de 1995, fecha de entrada en vigor de esta normativa en el orden territorial superaba los 40 años de edad.
 - En el proceso se demostró que el señor Moreno Cobo prestó sus servicios a favor de EMCALI desde el 14 de enero de 1976 hasta el 4 de febrero de 1995²⁷, y su último cargo desempeñado fue el de despachador en la Sección Almacenes, Departamento de Servicios Técnicos, Gerencia de Energía, categoría 059, cargo 054.001 Code 16100920, como se aprecia en la Resolución 223 de 17 de enero de 1995, en la cual se aceptó la renuncia²⁸. Total 19 años y 21 días.
 - Además, en la Resolución 1215 del 13 de junio de 1995 se indicó que el demandado laboró 2 años y 14 días en el Ministerio de Defensa Nacional.
- De acuerdo con esto, acreditó un tiempo superior a los 20 años de servicios²⁹.



59. Como se advierte, para el momento del reconocimiento pensional efectuado mediante Resolución 1215 de 13 de junio de 1995³⁰, el demandado había laborado por más de 20 años al servicio de EMCALI, y tenía más 50 años de edad, requisitos que son objeto de debate en el recurso de alzada, bajo el argumento de no haberse efectuado el reconocimiento pensional conforme con la Ley 33 de 1985, que exigía 55 años cumplidos, y también porque el monto del 90% superó el legal del 75% previsto en la norma en mención.

60. Ahora bien, en primer lugar, se aprecia que el señor Moreno Cobo se desempeñó como despachador en la Sección Almacenes, Departamento de Servicios Técnicos, Gerencia de Energía, categoría 059, cargo 054.001 Code 16100920. De acuerdo con el

²⁶ Según se indica en la Resolución 1215 de 13 de junio de 1995 a folio 11.

²⁷ Folio 10 del cuaderno principal 1.

²⁸ Ibidem.

²⁹ Según la Resolución 3503 del 7 de junio de 2004, acreditó 20 años, 11 meses y 4 días de servicios.

³⁰ Folios 11 y s.s.



Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado: 76001233100020100096602 (0707-2023).
Demandante: EMCALI.

Decreto Ley 3135 de 1968³¹, artículo 5.º y dado que se desempeñó en Emcali cuando era un establecimiento público y antes de su transformación en empresa industrial y comercial del Estado, se trató de un empleado público, dado que **no** se desempeñó como trabajador « [...] de la construcción y sostenimiento de obras públicas».

61. Ahora, en el año 1995, la Empresa Municipal de Cali, EMCALI, suscribió con los sindicatos de SINTRAEMCALI Convención Colectiva de Trabajo, en la cual se consagró en relación con la pensión de jubilación lo siguiente³²:

«ARTICULO 102. CONDICIONES PARA JUBILACIÓN.

EMCALI jubilará a los trabajadores oficiales que hayan prestados sus servicios veinte (20) años continuos o discontinuos a entidades de derecho público y cuando cumpliere cincuenta (50) años de edad.

ARTÍCULO 103. JUBILACIÓN OFICIOSA.

EMCALI, sin necesidad de petición de parte interesada, jubilará a los trabajadores que hayan cumplido las condiciones de la ley y las pactadas de acuerdo a las convenciones colectivas y laudos arbitrales en vigencia.

ARTICULO 108. CUANTÍA DE LA PENSIÓN.

EMCALI, jubilará al personal que cumpla los requisitos establecidos por la ley y la convención vigente en EMCALI, con el 90% del promedio de los salarios y primas de toda especie devengados por el trabajador en el último año de servicio.

[...]» (ff. 68 y s.s.).

62. Adicionalmente, la Resolución 104 del 14 de octubre de 1983³³, por medio de la cual se hicieron extensivos los efectos de la convención colectiva a los empleados públicos de EMCALI, fue anulada por esta Corporación mediante sentencia de 2 de octubre de 1996³⁴, consejero ponente dr. Carlos Orjuela Góngora, con los siguientes argumentos:

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

³¹ «Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales.»

³² Ver folios 45 y s.s.

³³ Folios 14 y s.s.

³⁴ Folios 38 a 44.





Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado: 76001233100020100096602 (0707-2023).
Demandante: EMCALI.

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

[...]

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

63. Como ya se indicó a través de la Resolución 1215 del 13 de junio de 1995³⁵, se le reconoció al demandado la pensión de jubilación porque había laborado por más de 19 años al servicio de EMCALI y más de 2 años al servicio del Ministerio de Defensa y tenía más 50 años de edad, con fundamento en la Resolución 104 de 14 de octubre de 1983. En el artículo segundo de dicho acto, estableció que EMCALI repetiría contra el Ministerio de Defensa por la parte que le correspondía y que aceptó mediante Oficio MDPSR 177 de 10 de mayo de 1995.



64. Igualmente, en su artículo tercero determinó que una vez el Instituto de Seguros Sociales asumiera el riesgo de vejez, la empresa únicamente pagaría el mayor valor si se generara entre la pensión otorgada por el ISS y la reconocida por EMCALI.

65. Conforme con lo expuesto en precedencia, se advierte que la situación jurídica de carácter individual frente a la pensión de jubilación del señor Moreno Cobo quedó definida con anterioridad al 30 de junio de 1997, fecha hasta la cual el artículo 146 de la Ley 100 de 1993 convalidó las pensiones reconocidas por disposiciones del orden territorial, dado que fue reconocida el 13 de junio de 1995 (con efectos desde 4 de febrero de ese año) por haber cumplido los requisitos de edad y tiempo de servicios previstos por la

³⁵ Folios 11 a 13.



Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado: 76001233100020100096602 (0707-2023).
Demandante: EMCALI.

Resolución 104 de 14 de octubre de 1983, los cuales corresponden a los establecidos por la Convención Colectiva suscrita en 1995.

66. Ahora bien, el ordinal 3.º del artículo 4.º de la antes mencionada Resolución 104 de 14 de octubre de 1983, así como la Resolución GG-11917 de 7 de diciembre de 1977³⁶, ambas proferidas por EMCALI, fueron demandadas ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, el cual, declaró su nulidad mediante sentencia de 10 de febrero de 1995, decisión que confirmó el Consejo de Estado en providencia de 2 de octubre de 1996, radicación 11697 (ff. 38 y s.s.).

67. En aquella oportunidad, se consideró que la competencia para crear o modificar prestaciones sociales de los servidores del Estado a nivel nacional, departamental o municipal, solamente recaía en el Congreso o el presidente de la República en uso de las facultades extraordinarias; para lo cual se fundó en anteriores pronunciamientos de la misma Corporación, por lo tanto se concluyó que dichos actos fueron expedidos con falta de competencia por parte de la junta directiva, al establecer, por una parte, el pago de una mesada extra en el mes de diciembre a los jubilados de EMCALI y por otra, unas primas anuales de antigüedad y de continuidad, así como un tope para el reconocimiento de la pensión de jubilación del 90% del promedio de salarios y primas percibido en el último año, por ser emolumentos con carácter de prestación social.



68. Con las anteriores decisiones judiciales desaparecieron del marco jurídico la regla extralegal que sirvió de sustento para el reconocimiento pensional demandado pues la declaratoria de nulidad dejó sin efecto el acto desde su expedición, en tanto que la sentencia que declara la nulidad de una norma tiene efectos *ex tunc* y es *erga omnes* comoquiera que elimina la disposición del ordenamiento jurídico, de tal forma que se considera que esta nunca existió, pues la nulidad es originaria e insaneable, situación que en criterio de la entidad demandante, conlleva el decaimiento de la resolución que reconoció la pensión que se discute, por configurarse lo previsto en el ordinal 2.º del artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, aplicable al caso.

69. En cuanto a los efectos que dicho pronunciamiento tiene sobre los derechos reconocidos en virtud del acto anulado, debe precisarse que la Ley 100 de 1993 previó la protección de los derechos adquiridos de las personas que alcanzaron los requisitos para acceder a una pensión o se encontraran pensionados al

³⁶ Por la cual se decreta el pago de una mesada extra a los jubilados de EMCALI.



momento de su entrada en vigencia, protección que como se vio, se entiende extendida hasta el 30 de junio de 1997, motivo por el cual, los efectos de la nulidad del acto general no le son aplicables a los derechos pensionales consolidados con anterioridad.

70. Finalmente habrá de indicarse dado que este caso no versa sobre el «[...] reajuste del artículo 116 de la Ley 6 de 1992», la Sala se relevará del análisis de ese aspecto, relacionado en el recurso de apelación.

71. Así las cosas, advierte la Sala que debe confirmarse la sentencia proferida el **21 de octubre de 2022**, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca³⁷, que negó las súplicas de la demanda, comoquiera que la pensión reconocida por las Empresas Municipales de Cali – EMCALI- por medio de la Resolución 1215 del 13 de junio de 1995, quedó convalidada al tenor de lo dispuesto por el artículo 146 de la Ley 100 de 1993, pues su situación jurídica individual, frente a la prestación al amparo de aquellas disposiciones, quedó definida antes del 30 de junio de 1997.

3.6. Condena en costas

72. La Sala considera que no hay lugar a condena en costas por cuanto la actividad de las partes se ciñó a los parámetros de buena fe y lealtad procesales, sin que por lo mismo se observe actuación temeraria ni maniobras dilatorias del proceso (artículo 171 del CCA, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998).

73. 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,

IV. FALLA

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia de 21 de octubre de 2022, por medio de la cual el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que negó las súplicas de la demanda presentada por EMCALI E.I.C.E. E.S.P. contra el señor Leonel Moreno Cobo, de acuerdo con las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

³⁷ Con ponencia de la Magistrada Ana Margoth Chamorro Benavides.





Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado: 76001233100020100096602 (0707-2023).
Demandante: EMCALI.

SEGUNDO.- NO CONDENAR en costas en esta instancia, en atención a lo expresado en esta sentencia.

TERCERO.- Efectuar las anotaciones correspondientes en la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del Consejo de Estado – “SAMAI”, y ejecutoriada esta providencia devolver el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión del catorce (14) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
Consejero de Estado

JORGE IVÁN DUQUE GUTIÉRREZ
Consejero de Estado

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS
Consejero de Estado



La anterior providencia ha sido firmada electrónicamente y se encuentra visible en su respectivo expediente digital, el cual esta disponible en el **Sistema de Gestión Judicial del Consejo de Estado – SAMAI**, al que puede acceder escaneando el código QR visible en este documento o visitando la página web <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080>