



Santiago de Cali, 13 AGO 2019

**Interlocutorio No. 821**

**Expediente No. 76001-33-33-013-2014- 00330-00**

**Incidentalista: ROSALBA IBARRA SONS**

**Incidentado: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR- ICBF**

**Actuación: INCIDENTE DE DESACATO**

Mediante oficio No. S-2016-523447-7600 del 11 de octubre de 2016, la Coordinadora Grupo Jurídico del ICBF – REGIONAL VALLE DEL CAUCA, indica que en cumplimiento a la Sentencia de Segunda Instancia y al auto del 25 de enero de 2016, allega al Despacho copia del oficio del 05 de octubre de 2016 de COOMACOVALLE, dirigido a la señora Rosalba Ibarra. De igual forma, mediante oficio No. S-2016-567169-7600 del 28 de octubre de 2016, la misma funcionaria del ICBF – REGIONAL VALLE DEL CAUCA indica que allega la documentación solicitada por este Despacho mediante auto de sustanciación No. 1512.

Ahora bien, una vez estudiada y analizada la documentación allegada al expediente por parte de la entidad accionada, puede vislumbrarse que el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR aportó los documentos que demuestran el cumplimiento del fallo de tutela de segunda instancia del quince (15) de septiembre de dos mil catorce (2014), toda vez que adjunto al Despacho copia del oficio del 05 de octubre de 2016 de COOMACOVALLE, dirigido a la señora Rosalba Ibarra, copia del acta de reuniones de COOMACOVALLE, (objeto de reunión caso posible vinculación de la señora ROSALBA IBARRA SONS con fecha del 15 de enero de 2015), copia del contrato individual de trabajo a termino fijo, emitido por COOMACOVALLE, copia del oficio dirigido a la señora ROSALBA IBARRA por parte de COOMACOVALLE tendientes a dar cumplimiento a los compromisos pactados, copia del oficio dirigido a COOMACOVALLE por parte de la madre comunitaria señora GLORIA AMPARO VELASCO, copia de las actas de reuniones generales de COOMACOVALLE con el objeto de aclarar caso de ingreso de la actora, copia de la ficha de afiliación del personal de COOMACOVALLE, copia de información de afiliación al sistema de seguridad social emitida por el FOSYGA, copia del formulario único de afiliación y registro de novedades al SGSSS, copia del formulario de afiliación al régimen de subsidio familiar y copia del certificado de movilidad régimen contributivo (fls. 377 – 398), todo en cumplimiento a la Sentencia de Segunda Instancia y al auto del 25 de enero de 2016; evidenciándose de tal manera en el presente caso, un hecho superado a la luz de lo ordenado en la sentencia proferida por H. Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca.

Es claro, entonces, que el incidente instaurado se ha quedado sin la causa necesaria para obtener una decisión acorde con lo pretendido por su promotor, o lo que es igual, de la respuesta brindada surge una carencia actual de objeto, si se tiene en cuenta que ya se dio cumplimiento a lo ordenado en la providencia referida.

Por último, para este Despacho judicial el fin último de la sanción por desacato no es más que lograr que la entidad accionada cese la vulneración de los derechos fundamentales de los accionantes tal y como sucedió en el presente asunto; en razón a ello, se procederá a abstenerse de dar aplicación a la sanción impuesta a la entidad accionada por intermedio del auto interlocutorio No. 1191 del primero (1º) de diciembre de dos mil catorce (2014), obrante a folios (92 - 97) del expediente, por lo que se,

**DISPONE:**

1. **CESAR** el procedimiento del incidente de desacato promovido por la señora **ROSALBA IBARRA SONS**.



2. **DEJAR SIN EFECTOS** el auto interlocutorio No. 1191 del primero (1º) de diciembre de dos mil catorce (2014), por medio del cual se impuso sanción a la **INSTITUTO COLOMBIANA DE BIENESTAR FAMILIAR** representada legalmente por su Directora Territorial.
3. Comuníquese a la accionante el presente auto, remítase por Secretaría copia del mismo.

**NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,**

**LINA VANESSA MORALES VARGAS**  
Juez

Proyectó Andrés D. Dávila Grisales. Sustanciador Nominado.

**NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO**

El Auto anterior se notifica por:

Estado No. 49

Del 14/08/2014

El Secretario. [Signature]



Sentencia Rad. 2016 - 0131 - 00 Pág. 1 de 10  
JOSÉ ANTONIO BENÍTEZ M. Vs. MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI

Santiago de Cali, Nueve (9) de agosto de dos mil dieciocho (2018)

## SENTENCIA

**Expediente No:** 76001-33-33-013-2016 – 00131 – 00.  
**Medio de Control:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.  
**Demandante:** JOSÉ ANTONIO BENÍTEZ MONTEMIRANDA  
**Demandado:** MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI.

El señor **JOSÉ ANTONIO BENÍTEZ MONTEMIRANDA**, identificado con la cédula de ciudadanía No. **6.080.673**, obrando por medio de apoderado judicial debidamente constituido instaura demanda en ejercicio de la **ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO LABORAL**, consagrada en el artículo 138 del Código Contenciosos Administrativo y del Procedimiento Administrativo - CPACA, contra el **MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI**, solicitando que se hagan las siguientes

## DECLARACIONES Y CONDENAS

1. Que se declare la Nulidad de la Resolución No. 882 del 7 de mayo de 2009, por medio de la cual se aplica la compatibilidad pensional entre una pensión mensual vitalicia de jubilación reconocida por el Municipio de Santiago de Cali y una pensión de vejez reconocida por el Instituto de Seguros Sociales ISS y se señala el valor de una diferencia en la mesada pensional.
2. Que se declare la nulidad de la Resolución No. 4122.0.21.488 del 27 de agosto de 2009 por la cual se resuelve un recurso de Apelación.
3. Que se decrete la nulidad de la resolución No. resolución No. 4122.1.21.1541 del 28 de julio de 2009 por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición, emanadas de la Dirección de Desarrollo Administrativo.
4. Que se declare nulo el Oficio No. 2013412210070501 - Derecho de petición 2013411100737172 de octubre 2 de 2013.

Como consecuencia de las declaraciones anteriores y a título de restablecimiento del derecho:

1. Que a título de Restablecimiento del Derecho, se ordene el reconocimiento y pago en forma completa del equivalente al 75% que ordena el Artículo 10 de la Ley 33 de 1985, por concepto de mesada pensional, que venía percibiendo el demandante con los correspondientes aumentos y ajustes de ley incluyendo el retroactivo a cargo del Municipio de Santiago de Cali.



Sentencia Rad. 2016 - 0131 - 00 Pág. 2 de 10  
JOSÉ ANTONIO BENÍTEZ M. Vs. MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI

2. Que se suspenda el cobro de sumas no autorizadas de la mesada pensional y se ordene la devolución de las sumas retenidas por la entidad.
3. Que las sumas que resultaren probadas deberán ser indexadas y actualizadas a valor presente.
4. Que se ordene el reconocimiento y pago de las costas procesales.

Fundamenta sus pretensiones en los siguientes:

#### HECHOS

1. Que al señor **JOSÉ ANTONINO BENÍTEZ MONTEMIRANDA** identificado con la cédula de ciudadanía No. 6.080.673 de Cali, le fue reconocida pensión de jubilación por parte del **MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI** por medio de la resolución 0557 de mayo 16 de 1997 en cumplimiento de los requisitos exigidos en el Artículo 10 de la Ley 33 de 1985 el cual determina lo siguiente: El empleado oficial que sirva o haya servido durante veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años tendrá derecho a que por la respectiva caja de previsión le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.
2. Que el **MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI** emitió la Resolución No. 882 del 7 de mayo de 2009 por medio de la cual se aplica la compartibilidad pensional entre una pensión mensual vitalicia de jubilación reconocida por el **MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI** y una pensión de vejez reconocida por el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES - ISS** y se señala el valor de una diferencia en la mesada pensional.
3. Que se acude a la conciliación obligatoria y la misma es declarada fallida según Acta de Conciliación Prejudicial No. 0439 del 16 de febrero de 2010 y constancia de la misma fecha, agotando el requisito obligatorio de procedibilidad.

#### NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE SU VIOLACIÓN:

1. Artículos 1, 2, 13, 48 modificado por el acto legislativo No. 1 de 2005, 53, 58 y 122.
2. Artículo 1º de la Ley 33 de 1985.
3. Artículo 11, 36 de la Ley 100 de 1993.
4. Artículos 291, 293 del Decreto 1333 de 1986
5. Acuerdo 025 de 1989
6. Ley 4 de 1992.



Sentencia Rad. 2016 - 0131 - 00 Pág. 3 de 10  
JOSÉ ANTONIO BENÍTEZ M. Vs. MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI

7. Artículo 17, 30 de la Ley 10 de 1990.
8. Decreto 1296 de 1994.
9. Artículo 69 y 73 de CCA (Derogado por la Ley 1437 de 2011).

Desarrolla el concepto de la violación, entre folios (32 a 43) del cuaderno único, argumentando que se transgredieron las disposiciones constitucionales citadas, por cuanto se desconocieron las obligaciones en ellas contenidas de dar protección a la Igualdad al Trabajo, como derecho fundamental del administrado. Se transgredió el Artículo 10 de la Ley 33 de 1985, igualmente se transgredió la carta magna violándose el derecho a la Seguridad Social Artículo 48, el Derecho al Trabajo Artículo 53, Artículos 58 el Principio Constitucional de los derechos adquiridos. Que en este caso en particular, se trata de un derecho subjetivo que ha entrado en el dominio de la persona, que hace parte del patrimonio propio, que por haberse consolidado debe ser reconocido por la demandada en forma completa como lo ordena el Artículo 10 de la Ley 33 de 1985, es decir el monto a percibir concepto de pensión de jubilación y que igualmente se transgredieron normas de carácter constitucional como el acto legislativo 01 de 2005, que introdujo una protección especial a quienes han adquirido el derecho a la aplicación del régimen prestacional anterior y que cumplan con lo establecido en el Artículo 36 de la Ley 100 de 1993, mandato que no puede ser desconocido por la Jurisdicción razón por la cual los actos demandados deberán declararse nulos, por ser violatorios del derecho sustancial que me asiste por estar inmerso en el mencionado régimen y cumplir con las exigencias requisitos del Artículo 1º de la Ley 33 de 1985.

#### TRÁMITE

La demanda fue admitida mediante Auto de Sustanciación No. 234 del 27 de Marzo de 2014, se notificó al demandado en debida forma (folio 56 - 58 del cuaderno principal); Mediante auto de sustanciación No. 113 del 9 de febrero de 2015 se fija fecha para Audiencia Inicial realizada el día 18 de marzo de 2015, agotadas todas las etapas procesales respectivas y decretando las pruebas solicitadas se fijó como fecha de la audiencia de práctica de pruebas el 9 de julio de 2015, en la cual como quiera que se allegaron las pruebas solicitadas se integraron los documentos allegados y se procedió mediante auto de sustanciación No. 855 declarar prelucida la etapa de pruebas corriéndose traslado por 10 días para alegar de conclusión manifestado al Despacho que dentro de los veinte (20) días siguientes al vencimiento del traslado se procederá a dictar sentencia.

#### ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

##### Por la parte Demandante:

Manifiesta que se ratifica en lo declarado en los acápites de la demanda, pues los actos demandados están viciados de nulidad, ya que la entidad demandada -Municipio de Santiago de Cali-, al proceder a modificar el Acto Administrativo por medio del cual le fue reconocida la



Sentencia Rad. 2016 - 0131 - 00 Pág. 4 de 10  
JOSÉ ANTONIO BENÍTEZ M. Vs. MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI

pensión de jubilación al señor **JOSÉ ANTONINO BENÍTEZ M** (Resolución No. 882 del 7 de mayo de 2009), no aplicó lo preceptuado por el Artículo 73 del C.C.A.

#### **Por la Parte Demandada**

##### **Municipio de Cali**

Manifiesta que el demandante es jubilado del Municipio de Santiago de Cali desde el año 1997, en el año 2009 se le aplicó la compartibilidad pensional entre la pensión de vejez que percibe por el ISS hoy Colpensiones y la reconocida por el Municipio.

Que la compartibilidad pensional es una figura bastante antigua creada con el fin de que la pensión que antes pagaba la empresa, fuera asumida por el seguro social y si existiera una diferencia entre el valor pagado por la empresa y el pagado por el seguro, la empresa debía cubrir ese mayor valor.

Que en consecuencia, si el trabajador es pensionado por el Municipio en vista a que cumplió los requisitos que lo hacían merecedor de la pensión, el Municipio paga la totalidad de la pensión hasta que el seguro social reconozca la pensión legal. Ello significa que, de ser el caso, el Municipio debe seguir cotizando al seguro aún después de haber pensionado al trabajador hasta cuando se cumplan los requisitos para que el seguro reconozca la pensión. Una vez el seguro otorga la pensión, que por lo general es de un monto inferior al otorgado convencionalmente por el Municipio, el Municipio paga únicamente la diferencia.

#### **RECAUDO PROBATORIO**

##### **Por la parte Demandante.**

##### **Documentales**

- Copia del edicto No. 008-015 (fls. 2 y 3).
- Copia simple de la resolución No. 882 del 7 de mayo de 2009 (fls. 4- 7).
- Copia simple de la resolución No. 4122.0.21.488 del 27 de agosto de 2009. (Fl.8 –y 9 Cdnó Único).
- Copia del recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la resolución No. 882 del 7 de mayo de 2009. (Fls. 10-16 Cuaderno Único).
- Original del oficio No. 2013412210070501 del 17 de octubre de 2013 (Fl. 19 Cdnó único).
- Copia del oficio No. 2015412210036561 del 6 de abril de 2015 (fl. 1 del cuaderno de pruebas)

##### **Por la parte Demandada:**

- Copia del certificado de la compartibilidad de la pensión (fls. 2 cuaderno de pruebas)



Sentencia Rad. 2016 - 0131 - 00 Pág. 5 de 10  
JOSÉ ANTONIO BENÍTEZ M. Vs. MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI

- Copia del listado de conceptos devengados y deducidos (fl.3 del cuaderno de pruebas)
- Copia de la resolución No. 4122.1.21 – 1541 del 28 de julio de 2009 (fl. 9 – 14)
- Copia de antecedentes administrativos (fls. 1 – 38 del cuaderno de antecedentes administrativos).

### CONSIDERACIONES

Se presenta en este proceso Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, el cual se encuentra consagrado en el artículo 138 del C.P.A.C.A. por medio del cual se busca no solamente el mantenimiento de la legalidad, esto es la anulación del acto administrativo cuando desatienda el ordenamiento legal, sino la protección del derecho subjetivo amparado por una determinada norma jurídica o la reparación del daño causado con esa misma ocasión; requiere de la presencia de tres elementos esenciales: 1) la existencia de un derecho, 2) la expedición de un acto administrativo, 3) la violación de un derecho a causa de la actuación administrativa.

#### Problema Jurídico

El problema Jurídico se centra en determinar si los actos administrativos demandados se ajustan a la legalidad al haber aplicado la compatibilidad pensional entre la pensión mensual vitalicia reconocida por el Municipio de Santiago de Cali y la pensión de vejez reconocida por el ISS al señor JOSÉ ANTONIO BENÍTEZ.

#### MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

El artículo 5º del Acuerdo 029 de 1985, aprobado por el Decreto 2879 de 1985, dispone:

*“Los patronos inscritos en el Instituto de Seguros Sociales, que a partir de la fecha de publicación del Decreto que apruebe este acuerdo, otorguen a sus trabajadores afiliados pensiones de jubilación reconocidas en convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral, o voluntariamente, continuarán cotizando para los seguros de invalidez, vejez y muerte hasta cuando los asegurados cumplan los requisitos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez y en este momento el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía siendo pagada por el patrono.*

*“La obligación de seguir cotizando al seguro de invalidez, vejez y muerte de que trata este artículo, solo rige para el patrono inscrito en el Instituto de Seguros Sociales.”*

El artículo 18 del Acuerdo 049 de 1990 emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios, aprobado por el Decreto 0758 de 1990 expedido por el Presidente de la República, expresa:



Sentencia Rad. 2016 - 0131 - 00 Pág. 6 de 10  
JOSÉ ANTONIO BENÍTEZ M. Vs. MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI

*“Compartibilidad de las pensiones extralegales. Los patronos registrados como tales en el Instituto de Seguros Sociales, que otorguen a sus trabajadores afiliados pensiones de jubilación reconocidas en convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral, o voluntariamente, causadas a partir del 17 de octubre de 1985, continuarán cotizando para los seguros de invalidez, vejez y muerte, hasta cuando los asegurados cumplan los requisitos exigidos por el instituto para otorgar la pensión de vejez y en este momento, el instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el instituto y la que venía cancelando al pensionado.*”

PAR. —Lo dispuesto en este artículo no se aplicará cuando en la respectiva convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o acuerdo entre las partes, se haya dispuesto expresamente, que las pensiones en ellos reconocidas, no serán compartidas con el Instituto de Seguros Sociales.”

Por su parte, el artículo 45 del Decreto 1748 de 1995 dispone en su texto original vigente para la fecha de los hechos:

*“Artículo 45. EMPLEADORES DEL SECTOR PÚBLICO AFILIADOS AL ISS. Los empleadores del sector público afiliados al ISS se asimilan a empleadores del sector privado. Por tanto, les será aplicable el Artículo 5° del Decreto 813 de 1994 y no habrá lugar a la expedición de bono tipo B.”*

Y el artículo 5° del Decreto 813 de 1994, modificado por el artículo 2° del Decreto 1160 de 1994, dispone:

*“ARTICULO 2°. El artículo 5° del Decreto 813 de 1994, quedará así:*

*“Transición de las pensiones de jubilación a cargo de los empleadores del sector privado. Tratándose de trabajadores vinculados con empleadores o empresas del sector privado que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones, para efectos de la aplicación del régimen de transición, se seguirán las siguientes reglas:*

*“a) Cuando el trabajador cumpla con los requisitos del régimen que se le venía aplicando, tendrá derecho al reconocimiento y pago de la pensión a cargo de dicho empleador. Reconocida la pensión de jubilación por el empleador, éste continuará cotizando al Instituto de Seguros Sociales hasta que el trabajador cumpla con los requisitos exigidos para el reconocimiento de la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida, establecidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993. En ese momento el ISS procederá a cubrir dicha pensión siendo de cuenta el empleador únicamente el mayor valor, si lo hubiera, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía cubriendo al pensionado.*

*“El tiempo de servicios al empleador se tendrá en cuenta para el reconocimiento de la pensión de vejez a cargo del ISS. Dicho empleador trasladará al Instituto el valor correspondiente al cálculo actuarial previsto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, resultante a 10 de abril de 1994, o un título representativo del mismo emitido por el empleador en las condiciones y con las garantías que señale la Junta Directiva del Instituto del Seguro Social. El valor de dicho cálculo se sujetará al reglamento respectivo. En el evento que no se traslade al Instituto de Seguros Sociales el valor correspondiente, el empleador o la empresa continuará con la totalidad de la pensión a su cargo;*

“...”

La Constitución Política en su artículo 128 reza: “Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.

Entiéndase por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas.”

Por otro lado la Ley 4ª de 1992 “Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política” en su artículo 19 indica :

**“Artículo 19.** Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado. Exceptúense las siguientes asignaciones:

- a) Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la Rama Legislativa;
- b) Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública;
- c) Las percibidas por concepto de sustitución pensional;
- d) Los honorarios percibidos por concepto de hora-cátedra;
- e) Los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud;
- f) Los honorarios percibidos por los miembros de las Juntas Directivas, en razón de su asistencia a las mismas, siempre que no se trate de más de dos juntas;
- g) Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente Ley benefician a los servidores oficiales docentes pensionados.

**PARÁGRAFO.** No se podrán recibir honorarios que sumados correspondan a más de ocho (8) horas diarias de trabajo a varias entidades.”

Por otro lado, el artículo 97 de la ley 100 de 1993 prevé:

**“ARTICULO 97. Fondos de Pensiones como Patrimonios Autónomos.** Los fondos de pensiones, conformados por el conjunto de las cuentas individuales de ahorro pensional y los que resulten de los planes alternativos de capitalización o de pensiones, así como los intereses, dividendos o cualquier otro ingreso generado por los activos que los integren, constituyen patrimonios autónomos, propiedad de los afiliados, independientes del patrimonio de la administradora.

La contabilidad de los mismos, se sujetará a las reglas que para el efecto expida la Superintendencia Bancaria.”



Sentencia Rad. 2016 - 0131 - 00 Pág. 8 de 10  
JOSÉ ANTONIO BENÍTEZ M. Vs. MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI

Razón por la cual no hacen parte del tesoro público, aunque la entidad empleadora sea entidad pública; en consecuencia, si las pensiones que concurren tienen fuentes distintas, vale decir una de dineros públicos y la otra de ahorro individual y por cotizaciones de empleadores particulares, es compatible, que en concurrencia de los requisitos para cada una de ellas, se tenga acceso a más de una pensión.

Por tanto, aportes de particulares y empleadores no estatales, generan pensiones compatibles con pensiones del sector público cuyos requisitos de cotización se hayan cumplido con fundamento en varios regímenes.

Según el artículo 259 del Código Sustantivo del Trabajo, inciso 2°, las pensiones de jubilación, el auxilio de invalidez y el seguro de vida colectivo obligatorio dejaron de estar a cargo de los patronos cuando el riesgo correspondiente fue asumido por el ISS. La ley 90 de 1.946, por la cual se creó el Instituto de los Seguros Sociales con la función de hacerse cargo del seguro social obligatorio, dispuso que las prestaciones reglamentadas en dicha ley que venían causándose en virtud de disposiciones anteriores a cargo de los patronos, se seguirían rigiendo por tales normas hasta la fecha en que el I.S.S. se ocupara del pago por haberse cumplido el aporte previo señalado para cada caso (art. 72).

Así las cosas, el art.76 de la citada ley 90 de 1946 sustituyó las pensiones de jubilación a cargo de los patronos, al asumir el ISS las pensiones de vejez.

El Instituto de Seguros Sociales asumió los riesgos de invalidez, vejez y muerte, mediante el acuerdo 224 de 1.966 aprobado por el decreto 3041 de 1.966, a partir del 1° de enero de 1.967.

De los anteriores antecedentes normativos, se colige que las pensiones de jubilación reconocidas con anterioridad al 1° de enero de 1.967, están a cargo de la empresa, por cuanto sus beneficiarios fueron excluidos de su incorporación al Seguro, según la ley 90 de 1.946 y el decreto 3041 de 1.966. Así mismo, son de cargo del empleador las pensiones de los trabajadores que antes del 1° de enero de 1.967 hubieran cumplido 20 años de servicio continuo o discontinuo en una misma empresa aunque no tuvieran la edad requerida.

De la misma manera, la pensión es compartida entre el ISS y el empleador. En este evento, temporalmente el empleador asume la pensión contemplada en el Código y continúa pagando el riesgo hasta que el trabajador cumpla los requisitos exigidos por el Instituto para la pensión de vejez. Si esta pensión de vejez es inferior a la pagada por el empleador, éste cubre la diferencia, si es igual o mayor la del ISS, al empleador no le corresponde compartir.

Así las cosas, la compartibilidad opera en el caso sub-judice, por lo que el empleador asume la obligación de pago de la pensión y la comparte con el ISS. Lo anterior, a partir de la vigencia del decreto 2879 de 1.985, por el cual se aprobó el acuerdo 29 del mismo año, emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios, época desde cuando existe la posibilidad de que tales



Sentencia Rad. 2016 - 0131 - 00 Pág. 9 de 10  
JOSÉ ANTONIO BENÍTEZ M. Vs. MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI

prestaciones sean asumidas por el ISS en el momento en que el asegurado cumpla los requisitos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez; en este caso el ISS cubre la pensión y el patrono únicamente responde por el mayor valor, si lo hubiere, conforme al siguiente precepto:

*“Artículo 5º, Decreto Nacional No.2879 de octubre 4 de 1985: “Los patronos inscritos en el Instituto de los Seguros Sociales, que a partir de la fecha de la publicación el decreto que apruebe este acuerdo, otorguen a sus trabajadores afiliados pensiones de jubilación reconocidas en convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral, o voluntariamente, continuarán cotizando para los seguros de invalidez, vejez y muerte, hasta cuando los asegurados cumplan los requisitos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez y en ese momento el Instituto para otorgar la pensión de vejez y en este momento el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía siendo pagada por el patrono”.*

Esta disposición se reitera en el Decreto Nacional No. 758 de 1990, al señalar en su artículo 16:

*“Compartibilidad de las pensiones legales de jubilación. Los trabajadores que al iniciarse la obligación de asegurarse en el Instituto de los Seguros Sociales contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte, lleven 10 años o más de servicios continuos o discontinuos en una misma empresa de capital de ochocientos mil pesos (\$800.000.00) moneda corriente o superior, ingresarán al seguro obligatorio como afiliados para el riesgo de invalidez, vejez y muerte. Al cumplirse el tiempo de servicios y la edad exigidos por la ley para las pensiones plenas o especiales en ella consagradas, podrá exigir la jubilación a cargo del patrono y éste estará obligado a pagar dicha pensión de jubilación, pero el patrono continuará cotizando al seguro hasta cuando el trabajador cumpla con los requisitos mínimos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez, y en este momento, el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía cubriendo al pensionado”.*

Sobre el fondo del presente asunto, el H. Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre un caso similar, en Sentencia No. 173 del 5 de octubre de 2001, Magistrado Ponente: Dr. Adolfo León Oliveros Tascon, Expediente 1999-1031, Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, Actor: Carmen Julia Paula, Demandado: Municipio de Santiago de Cali. En la misma se señaló:

*“... la Sala considera que es claro el Municipio de Cali, en ningún momento ha revocado algún acto administrativo. Conforme a lo anteriormente expuesto, solo le ha dado cumplimiento a normas constitucionales y legales que prevén la aplicación de la compartibilidad pensional para el caso de estudio. La inobservancia de estas normas por parte del Municipio de Santiago de Cali, afectaría gravemente el tesoro público, pues esta doble asignación presupuestal no se atempera a lo previsto en el ordenamiento jurídico.*



Sentencia Rad. 2016 - 0131 - 00 Pág. 10 de 10  
JOSÉ ANTONIO BENÍTEZ M. Vs. MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI

*“Por lo anteriormente expuesto, la Sala considera, que es necesario aplicar la compartibilidad pensional por cuanto las dos pensiones están cubriendo el mismo riesgo y provienen del tesoro público. En cumplimiento de lo anterior, a la actora en ningún momento se le ha desmejorado su patrimonio, toda vez, que seguirá recibiendo en valor, la misma cantidad que inicialmente se le había reconocido y pagado por concepto de la pensión; lo que se modificó, es la proveniencia de tal asignación, que seguirá siendo a cargo ya no de una sola entidad –El Municipio de Santiago de Cali-, sino de dos, es decir, el Instituto de los Seguros Sociales y el Municipio de Santiago de Cali.”*

Por otra parte, en sentencia proferida por ésta misma Sala y en un caso semejante en donde la entidad demandada era el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA y se controvertía el mismo asunto de la compartibilidad de las pensiones, se estableció:

*“Entra esta Sala a analizar la validez del acto administrativo que se demanda conforme a las normas que se argumentan como violadas.*

*“Según el artículo 16 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado a su vez por el Decreto 758 de 1990, la pensión de jubilación estará a cargo del patrono y podrá ser exigida a éste, pero el patrono continuará cotizando en el seguro social hasta cuando el trabajador cumpla con los requisitos mínimos exigidos por el instituto para otorgar la pensión de vejez, y en ese momento, el instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el seguro y la que venía cubriendo el pensionado.*

*“El Servicio Nacional de Aprendizaje SENA no ha violado el derecho a la igualdad, pues las normas son claras cuando determinan que la pensión de jubilación se comparte entre el ISS y las entidades oficiales. Además, no se están desmejorando los derechos de la demandante, pues ésta seguirá recibiendo la pensión de vejez por parte del ISS, y, de conformidad con el Decreto 3135 de 1968, si percibe un valor menor a la pensión de jubilación, tiene derecho a que la entidad a la que prestó sus servicios le complemente el valor de la pensión.*

*“Según la demandante, la pensión de jubilación y la pensión de vejez son compatibles, y pueden radicarse en su favor dos pensiones basándose en que el origen de las prestaciones es diferente.*

*“Al respecto es de anotar, que si bien es cierto que tienen un origen diferente, también es cierto que una reemplaza a la otra como lo explica el artículo 259 del Código Sustantivo del Trabajo que dispone “[...] sólo en el caso de las entidades públicas, al asumir el I.S.S. el riesgo de vejez, sustituye su obligación de reconocer a sus empleados pensión de jubilación al cabo de una edad y de un tiempo de servicios prescritos por la ley”. Además, ambas prestaciones están amparando un mismo riesgo, luego una persona no puede recibir por un mismo motivo, dos veces la misma prestación.*

Éste Tribunal considera que con el reconocimiento por parte del ISS de la pensión de vejez de la señora Rosalbina Ceballos, se sustituye la obligación radicada en cabeza del SENA, según la Ley 90 de 1946 en el Artículo 76, por tal razón la demandante no puede pretender recibir las dos pensiones simultáneamente.

*“Por otro lado, la Sala de Consulta y Servicio Civil del H. Consejo de Estado, con ponencia del Consejero Doctor Oswaldo Abelló Noguera, se ha pronunciado sobre éste punto en los siguientes términos:*

*“Esta peculiar situación jurídica frente al régimen prestacional de los servidores públicos, con todos los efectos que implica la asimilación al régimen de los trabajadores particulares, evidencia de plano una incompatibilidad entre uno y otro régimen, que excluye, desde luego, la posibilidad de que en determinado momento un exfuncionario del Sena reciba dos pensiones, reconocida una por éste establecimiento público y la otra por el instituto de seguros sociales. (Como excluiría también cualquier pago conjunto por las dos entidades o subrogación de una en la obligación prestacional de la otra).*

*Lo expuesto se corrobora por el artículo 259 del Código Sustantivo del Trabajo que dispone que las pensiones de jubilación dejaran de estar a cargo de los patrones cuando el riesgo correspondiente sea asumido por el ISS; de acuerdo con la ley dentro de los reglamentos que dicte el mismo instituto. Solo que en el caso de las entidades públicas, al asumir el ISS el riesgo de vejez, sustituye su obligación de reconocer a sus empleados pensión de jubilación al cabo de una edad y de un tiempo de servicios prescritos por la ley.*

*Sin embargo, otro de los problemas que se plantea consiste en determinar si un empleado de un establecimiento público, por ejemplo el SENA, que por estar afiliado al ISS percibe pensión de vejez de conformidad con el Decreto 3041 de 1996, en cuantía menor a la pensión de jubilación que percibirá de conformidad con el Decreto 3135 de 1966, tiene o no derecho a que la entidad a la que prestó sus servicios le complemente el valor de la pensión hasta el monto del que le correspondería con base en el último estatuto mencionado.*

*La sala, a este respecto considera que los empleados de los establecimientos públicos nacionales tienen derecho a percibir pensión de jubilación bajo las condiciones y en la cuantía prescritas por el artículo 27 del decreto 3135 de 1968.*

*Si la pensión de vejez de un empleado público afiliado al ISS es de cuantía inferior al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio, tiene derecho a que el establecimiento público en el cual presto sus servicios le reconozca la diferencia, porque la afiliación al ISS no implica la disminución de la cuantía de la pensión que la ley reconoce a todos los empleados administrativos nacionales, sin excepción alguna, con mayor razón si se considera que el decreto administrativo ley 1650 de 1977 se limitó a mantener la afiliación de los empleados al ISS sin prescribir ninguna excepción”.*

*Teniendo en cuenta lo anterior, el acto administrativo que aquí se demanda se encuentra conforme a la normatividad aplicable para estos casos, pues no está desconociendo derecho alguno ni está condicionando ilegalmente el derecho de jubilación de la actora, como se afirma en la demanda.”*



Sentencia Rad. 2016 - 0131 - 00 Pág. 12 de 10  
JOSÉ ANTONIO BENÍTEZ M. Vs. MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI

### CASO CONCRETO

De conformidad con la normatividad y jurisprudencia anterior y con las pruebas allegadas al expediente, es claro para el Despacho que los actos administrativos demandados se encuentran ajustados a derecho, toda vez que al demandante le es aplicable la compartibilidad de la pensión entre el Instituto de Seguros Sociales y el Municipio de Santiago de Cali.

En efecto, la entidad territorial demandada dio aplicación a la normatividad que regía el caso del señor **JOSÉ ANTONIO BENITEZ MONTEMIRANDA**, pues una vez cumplió con los requisitos de la Ley 33 de 1985, le reconoció la pensión de jubilación y continuó cotizando para el Instituto de Seguros Sociales hasta que el trabajador cumplió con los requisitos para que dicha administradora de pensiones le reconociera la pensión de vejez, disponiendo por demás en los actos demandados que reconocería la diferencia entre el valor reconocido por la pensión de jubilación del municipio y aquel valor reconocido entre el Instituto de Seguros Sociales para la pensión de vejez, acatando de manera íntegra el contenido del artículo 5° literal a) del Decreto 813 de 1994 que en virtud del artículo 45 del Decreto 1748 de 1995, resulta igualmente aplicable a los empleados públicos afiliados al I.S.S..

No sobra por demás advertir, que respecto del actor no se puede pregonar derecho adquirido alguno como lo alude la demanda, del cual se derive que a éste se le pague la pensión de jubilación por parte del Municipio de Santiago de Cali y que igualmente el SEGURO SOCIAL le pague la de vejez, por cuanto su pensión de jubilación le fue reconocida en el año 1997, estando la entidad demandada inscrita al ISS, y haber seguido cotizando a este después de pensionar al accionante, es indicativo que una vez cumpliera el pensionado los requisitos para la pensión de vejez, este riesgo lo seguiría asumiendo el ISS y a la demandada le correspondería el mayor valor de la pensión si lo hubiere, entre la pensión otorgado por el ISS y la del Municipio de Santiago de Cali.

Por tales motivos no se condiciona el goce ni se excluye la pensión de vejez, porque no hay dos pensiones como se afirma en la demanda, sino, que se está en presencia de una subrogación pensional, la cual como se vio se encuentra amparada por la normatividad vigente.

También es pertinente anotar, que de ninguna manera se irrespetó el régimen de transición que favorecía al demandante, pues es claro que se aplicó a su caso la Ley 33 de 1985 para efectos de reconocerle la pensión de jubilación con los requisitos de edad y tiempo de servicios así como en la cuantía que establece la citada ley, cosa diferente es que se le aplique a su caso la normatividad que consagra la compartibilidad de la pensión por cuanto como se vio se encuentra cobijada su situación por el artículo 5° del literal a) del Decreto 813 de 1994.

En razón de lo anterior, para el Despacho los actos administrativos impugnados se ajustan a derecho, en consecuencia se negarán las pretensiones de la demanda.



Sentencia Rad. 2016 - 0131 - 00 Pág. 13 de 10  
JOSÉ ANTONIO BENÍTEZ M. Vs. MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI

Por último, se advierte que en términos de lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.CA., el Despacho debe pronunciarse sobre la condena en costas, empero como quiera que al revisar el expediente no se avizoran gastos que hayan resultado comprobados; y, considerando que a la parte demandante no se le observo conducta dilatoria o de mala fe en la actuación surtida dentro de este proceso, considera esta operadora judicial que no es dable condenar en costas a la parte vencida en juicio.

En razón y mérito de lo expuesto, el Juzgado Trece Administrativo del Circuito de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

## FALLA

1. **NIÉGUENSE** las pretensiones de la demanda.
2. Sin condena en costas
3. **ORDENASE** la devolución de los remanentes que por gastos ordinarios del proceso le pudieran corresponder a la parte actora y en firme la presente sentencia **ARCHÍVESE** el expediente previa cancelación de su radicación.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

LINA VANESSA MORALES VARGAS

Juez

Proyectó: Luisa Fernanda Marín Calero. Profesional U

