



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CAUCA**

Popayán, catorce de mayo de dos mil veinte

Magistrado ponente: **CARLOS HERNANDO JARAMILLO DELGADO**

Expediente: 19001 33 31 006 2015 00217 01
Actor: OSCAR MARINO TOVAR OREJUELA
Demandado: MUNICIPIO DE BUENOS AIRES, CAUCA
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

Decide la Sala el recurso de apelación impetrado por la parte demandante, contra la sentencia dictada el 28 de junio de 2017, en la audiencia inicial, por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Popayán.

I. ANTECEDENTES

1. PARTE DEMANDANTE

OSCAR MARINO TOVAR OREJUELA
C.C. No. 6.331.984

2. PARTE DEMANDADA

MUNICIPIO DE BUENOS AIRES, CAUCA

3. LA DEMANDA

La parte demandante, a través de apoderado, por medio del control de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra de la parte demandada, solicitó, en síntesis:

Que se declare la nulidad del Oficio de 10 de febrero de 2015, proferido por el Alcalde Municipal de Buenos Aires, Cauca, en el que se negó el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación.

Que, en consecuencia, y a título de restablecimiento del derecho:

Se ordene el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación, compartida, liquidada en el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios, de conformidad con la Ley 33 de 1985, a cargo del municipio de Buenos Aires, Cauca.

Expediente: 19001 33 31 006 2015 00217 01
Actor: OSCAR MARINO TOVAR OREJUELA
Demandado: MUNICIPIO DE BUENOS AIRES, CAUCA
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

Se ordene el reconocimiento y pago de las diferencias pensionales existentes entre la pensión que se reconozca a cargo del municipio de Buenos Aires, Cauca, y la pensión de vejez reconocida por Colpensiones, en Resolución No. GNR 157926, de 27 de mayo de 2015.

Que las sumas resultantes, sean indexadas, devenguen intereses comerciales y de mora, y se condene en costas a la demandada.

Hechos

El sustento fáctico de la demanda se reduce a lo siguiente:

El señor Oscar Marino Tovar Orejuela, nació el 1 de diciembre de 1953, y prestó sus servicios por más de 20 años en el municipio de Buenos Aires, Cauca, así: desde el 26 de febrero de 1981 hasta el 4 de febrero de 1982 y desde el 2 de julio de 1985 hasta el 31 de diciembre de 2011.

Durante su vinculación laboral, el municipio cubrió los riesgos en seguridad social en pensiones, a través de su propio "fondo de previsión social" o a través del Instituto de Seguro Social, ahora Colpensiones.

El señor Oscar Marino Tovar es beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación de la Ley 33 de 1985.

De acuerdo con el artículo 75 del Decreto 1848 de 1969, y el pronunciamiento de la Subsección B, Sección Segunda, del Consejo de Estado, quien debe reconocer la pensión es la última entidad empleadora, y cuando se acrediten los requisitos se debe reclamarla ante el ISS, hoy Colpensiones, y el municipio cancelará la diferencia por el mayor valor.

Previa solicitud, en el acto administrativo demandado, se negó el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación referida. *Fls. 1 a 13 y 105 y siguientes del cuaderno principal*

4. RECUENTO PROCESAL

La demanda fue presentada el 11 de junio de 2015, repartida al Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Popayán, donde, previa corrección, se admitió y se notificó en debida forma a las partes –folios 64 y siguientes, C. ppal.-. La corrección consistió en la exclusión de pretensiones y supuestos fácticos atinentes al reconocimiento y pago de las cesantías y otras acreencias laborales.

5. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El **municipio de Buenos Aires, Cauca**, contestó la demanda en tiempo oportuno y a través de apoderado.

Expediente: 19001 33 31 006 2015 00217 01
Actor: OSCAR MARINO TOVAR OREJUELA
Demandado: MUNICIPIO DE BUENOS AIRES, CAUCA
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

En la contestación, se opuso a las pretensiones y aceptó como ciertos los hechos expuestos, salvo las interpretaciones según las cuales el demandante tendría derecho a la pensión reclamada. En las razones de defensa, explicó el trámite para el reconocimiento de las pensiones, con transcripción, en extenso, de apartes de la sentencia de 23 de mayo de 2013, radicado 2390-10, de la Sección Segunda, del Consejo de Estado.

Planteó la excepción de inexistencia de la obligación a su cargo, con sustento en que afilió a sus empleados a Colpensiones y, además, reconoció el bono pensional por el traslado del actor desde la caja de previsión municipal al Instituto de Seguro Social, hoy sucedido por Colpensiones, lo que, en todo caso, no afecta su derecho pensional. También propuso la excepción de prescripción. Y formuló, por separado, la excepción de falta de integración del litisconsorcio necesario. *Fls. 127 y siguientes*

6. ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO

De las excepciones propuestas se corrió el traslado de ley, dentro del que la parte actora no intervino.

En la audiencia inicial, en la etapa de excepciones, se resolvió desfavorablemente la de integración del litisconsorcio necesario, decisión que quedó en firme. Y ante la inexistencia de pruebas por practicar, se pasó a la etapa de alegatos y se dictó la sentencia. *Fls. 148 y siguientes*

7. LA SENTENCIA APELADA

Se trata de la sentencia dictada el 28 de junio de 2017, por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Popayán, en la que se consideró que el señor Oscar Marino Tovar no es beneficiario de una convención o de un pacto colectivo que radicara en el municipio de Buenos Aires, Cauca, la obligación de reconocer a su favor una pensión compartida; a la vez que, está probado que el municipio de Buenos Aires, Cauca, efectuó los aportes para pensión, a partir de los cuales, al señor Tovar Orejuela le fue reconocida una pensión de vejez por Colpensiones. Consecuentemente, se negaron las pretensiones de la demanda. *Fls. 148 y siguientes*

8. EL RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante**, apeló la decisión anterior en tiempo oportuno.

En el recurso aseveró que el municipio de Buenos Aires, Cauca, es competente para el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación reclamada, en forma compartida con la pensión de vejez reconocida por Colpensiones en Resolución No. GNR 157926.

Aclaró que no se trata de una pensión de jubilación de origen extralegal, sino legal, por lo cual no tiene la obligación de demostrar que es beneficiario de una convención o de un pacto colectivo, como mal lo consideró la A quo.

Expediente: 19001 33 31 006 2015 00217 01
Actor: OSCAR MARINO TOVAR OREJUELA
Demandado: MUNICIPIO DE BUENOS AIRES, CAUCA
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

Dijo que el reconocimiento pensional debe hacerse siguiendo lo asentado en sentencia de 6 de octubre de 2011, radicado 0599-11, de la Subsección B, de la Sección Segunda, del Consejo de Estado, que explica que dentro del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, debe aplicarse el régimen pensional del sector público.

Finalmente, indicó que la discusión sobre la determinación del ingreso base de liquidación y de los factores salariales de la pensión, no tenía cabida en este asunto.

Pidió que se revoque la sentencia y que se acceda a las pretensiones de la demanda. *Fls. 156 y siguientes*

9. TRÁMITE DE LA SEGUNDA INSTANCIA

El recurso fue concedido y admitido, y se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para presentar sus alegatos de conclusión en esta instancia. Las partes no se pronunciaron en esta instancia. El Ministerio Público conceptuó que se confirme la sentencia, a folios 15 y siguientes del cuaderno de segunda instancia.

II. CONSIDERACIONES

1. La competencia

El TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA es competente para conocer de este asunto en segunda instancia, de acuerdo al artículo 153 de la Ley 1437 de 2011, porque se trata de resolver el recurso de apelación impetrado contra la sentencia dictada el 28 de junio de 2017, por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Popayán.

2. Lo demostrado y los actos administrativos demandados

Con los elementos de prueba allegados, están demostrados los siguientes hechos:

El señor Oscar Marino Tovar Orejuela, nació el 1 de diciembre de 1953, según su registro civil de nacimiento, a folio 15, y padece una discapacidad permanente, por amputación de su pierna derecha, desde el mes de mayo de 1979, según certificación médica, a folio 36.

Prestó sus servicios en el municipio de Buenos Aires, Cauca, en el cargo de Tesorero Municipal desde el 16 de febrero de 1981 hasta el 4 de febrero de 1982, en el cargo de Auxiliar de Tesorería, desde el 2 de julio de 1985 hasta el 22 de enero de 1987, y en el cargo de Secretario del Concejo Municipal, desde el 23 de enero de 1987, hasta el 31 de diciembre de 2011, para un total de más de 26 años, según certificado de tiempo de servicios, a folio 17. Al plenario también se allegó un certificado de los factores recibidos en el último año de servicios, a folio 19.

Solicitó el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación ante el municipio de Buenos Aires, Cauca, en dos ocasiones: la primera le fue negada por oficio de 21 de

Expediente: 19001 33 31 006 2015 00217 01
Actor: OSCAR MARINO TOVAR OREJUELA
Demandado: MUNICIPIO DE BUENOS AIRES, CAUCA
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

septiembre de 2013, que reposa a folios 37 y siguientes, y la segunda petición la elevó el 4 de febrero de 2015, y le fue negada por el oficio demandado de 10 de febrero de 2015.

En este oficio, se consideró que la relación laboral del señor Tovar Orejuela fue, principalmente, con el Concejo Municipal de Buenos Aires, Cauca, y se anotó que la caja de previsión municipal fue liquidada en marzo de 1996, por lo cual, los empleados pasaron al Instituto de Seguro Social, hoy Colpensiones, ante quien debía entonces tramitar el reconocimiento y pago de la prestación. El oficio reposa a folios 54 y 55.

Posteriormente, le fue reconocida una pensión de vejez, por Resolución No. GNR 157926 de 27 de mayo de 2015, emitida por Colpensiones.

En esta resolución, se consideró que el señor Tovar Orejuela, prestó sus servicios al municipio de Buenos Aires, Cauca; que efectuó cotizaciones desde el 16 de febrero de 1981 hasta el 31 de diciembre de 2011; que era beneficiario del régimen de transición; y que le asistía el derecho a una pensión de conformidad con la Ley 33 de 1985; por lo que se reconoció dicha prestación, con efectividad a partir del 1 de enero de 2012, fecha de retiro del servicio. Copia de la resolución está a folios 21 y siguientes del cuaderno principal.

Al plenario también se allegó copia de la sentencia de 6 de octubre de 2011, de la Subsección B, de la Sección Segunda, del Consejo de Estado, en la que se resuelve sobre una pensión de un empleado del SENA, beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, bajo la figura de la compartibilidad pensional.

Y reposan solicitudes y oficios relativos al reconocimiento y pago de cesantías y de otras acreencias laborales del actor, a folios 20, y 39 a 47.

3. La sentencia de instancia y los cargos de la apelación

En contra del Oficio de 10 de febrero de 2015, el señor Oscar Marino Tovar, instauró la demanda de la referencia, que fue tramitada y sentenciada por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Popayán, que negó su anulación y el consecuente restablecimiento del derecho, consistente en el reconocimiento y pago de una pensión compartida a cargo del municipio de Buenos Aires, Cauca.

Contra lo así resuelto, la parte demandante recurrió, con sustento en que i) la pensión de jubilación reclamada es de origen legal, no extralegal, por lo que no debe acreditarse que es beneficiario de una convención o de un pacto colectivo, y en que ii) el municipio de Buenos Aires, Cauca, es competente para reconocer la pensión de jubilación de carácter compartida con la pensión de vejez reconocida por Colpensiones.

Luego, en esta instancia le corresponde a la Sala, determinar si al señor Oscar Marino Tovar Orejuela, le asiste el derecho al reconocimiento y pago de una pensión de jubilación a cargo del municipio de Buenos Aires, Cauca, de carácter compartido con la pensión ya reconocida a su favor por Colpensiones.

Expediente: 19001 33 31 006 2015 00217 01
Actor: OSCAR MARINO TOVAR OREJUELA
Demandado: MUNICIPIO DE BUENOS AIRES, CAUCA
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

4. Juicio de la Sala

Del recuento probatorio y procesal efectuado, se desprende que el señor Oscar Marino Tovar Orejuela, solicita el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación a cargo del municipio de Buenos Aires, Cauca, lo que sustenta, esencialmente, en i) las consideraciones de una sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado, ii) en que el municipio de Buenos Aires, Cauca, es la última entidad empleadora y, por tanto, es competente para el reconocimiento de la pensión, de conformidad con el artículo 75 del Decreto 1848 de 1969, iii) en que es beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y por ende, beneficiario del régimen pensional del sector público contenido en la Ley 33 de 1985, y que, consecuentemente, iv) debe serle reconocida la pensión de carácter compatible con la pensión de vejez que ya tiene reconocida por Colpensiones.

Al respecto, la Sala coincide con la entidad demandada, el A quo y el Ministerio Público ante esta instancia, en que el señor Oscar Marino Tovar, no tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión que pretende a cargo del municipio de Buenos Aires, Cauca, y de carácter compatible con la que ya tiene reconocida a su favor por Colpensiones.

4.1. El riesgo está amparado

Como expuso la Procuraduría 39 Judicial II para Asuntos Administrativos en este proceso, el ordenamiento jurídico colombiano, en general, prohíbe que un mismo riesgo de un trabajador esté amparado por dos prestaciones con la misma finalidad. No obstante que la Corte Suprema de Justicia - Sala Laboral, permite o avala la coexistencia o subsistencia simultánea de la pensión de jubilación y de la pensión de vejez, cuando se causan, la primera por tiempos de servicios en el sector público, y la segunda por tiempo de servicios en el sector privado, siempre que dichos tiempos no sean concurrentes o simultáneos para cumplir el estatus pensional, de manera que las prestaciones tengan un origen diferente y no se incurra en la prohibición del artículo 128 constitucional.

Descendiendo al caso concreto, se observa que el señor Oscar Marino Tovar, tiene amparado el riesgo de la vejez, con la pensión reconocida por Resolución No. GNR 157926 de 27 de mayo de 2015, emitida por Colpensiones, lo que desde ya impide el reconocimiento y pago de otra pensión, como la aquí reclamada, que ampare el mismo riesgo. Además, no se trata de una persona que haya efectuado aportes por el tiempo de servicios público, y cotizaciones por el tiempo de servicios privado, unos después de otros, con orígenes y recursos distintos, y claramente independientes y diferenciables, para acceder a dos prestaciones que cubran el mismo riesgo. En este sentido, se advierte que en la resolución mencionada, para el reconocimiento de la pensión se tomaron los tiempos de servicios y de cotizaciones prestados ante el municipio de Buenos Aires, Cauca, mismos que se pretenden hacer valer para el reconocimiento de otra prestación, lo que no es viable, pues se incurriría en la prohibición del artículo 128 constitucional.

4.2. No se trata de una pensión compatible o compatible

Expediente: 19001 33 31 006 2015 00217 01
Actor: OSCAR MARINO TOVAR OREJUELA
Demandado: MUNICIPIO DE BUENOS AIRES, CAUCA
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

Como bien lo consideró la A quo, en la situación laboral y pensional del señor Oscar Marino Tovar, no se estructura una pensión compartible ni una pensión compatible, con la prestación que ya tiene reconocida a su favor.

Para entender estas figuras, es preciso decir que, acorde con el ordenamiento jurídico colombiano, las pensiones de jubilación eran reconocidas y pagadas por los empleadores, de conformidad con el artículo 260 del CST –llamadas pensiones legales-, o según lo estipulado en las convenciones colectivas, pactos colectivos o laudos arbitrales –llamadas entonces pensiones extralegales-.

Luego, con la Ley 90 de 1946, se estableció un sistema de subrogación de riesgos al Instituto de Seguros Sociales, específicamente, de subrogación o de que asuma las pensiones originadas en el CST y que estaban a cargo de los patronos, esto es, que asuma las pensiones legales. Y no se previó así para las pensiones originadas en las convenciones o en los pactos, o de mera liberalidad del empleador, o llamadas pensiones extralegales. La subrogación fue paulatina, gradual y progresiva.

En desarrollo de la normatividad anterior, se expidió el Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 de 1966, a partir de lo cual, el ISS asumió el reconocimiento y pago de las pensiones del artículo 260 del CST o llamadas pensiones legales.

Entre tanto, las pensiones legales a cargo de los patronos, que se preveía serían asumidas por el ISS, coexistían con las pensiones legales, lo que se denominó compatibilidad pensional.

Luego, con el Acuerdo 029 de 1985, aprobado por Decreto 2879 de 1985, publicado el 17 de octubre de 1985, se modificó la situación anterior, al establecerse la figura de la compartibilidad de las pensiones extralegales. Esta figura se hizo más explícita en el Acuerdo 049 de 1 de febrero de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990.

La compatibilidad, es lo opuesto a la compartibilidad de las pensiones. Hace referencia a que el pensionado tiene derecho a percibir dos o más pensiones de distinta fuente, así: de origen extralegal, a cargo del empleador, y la de origen legal, a cargo de la administradora de pensiones, esto es, la que reconoce el ISS. En la compatibilidad las pensiones son entonces compatibles, coexisten. Opera cuando el empleador reconoce una pensión –extralegal-, sigue haciendo los aportes o cotizaciones, y la administradora de pensiones, o ISS, reconoce otra pensión, de suerte que el empleado tiene derecho a dos pensiones.

Por su parte, la compartibilidad hace relación a que la pensión es compartida en cuanto a su pago, entre el empleador y la administradora de pensiones, es decir, el ISS. Aquí, el pensionado solo recibe una pensión, pues se rechaza otra prestación que cubra el mismo riesgo amparado. Opera cuando el empleador reconoce una pensión –extralegal-, sigue haciendo los aportes o cotizaciones, y, finalmente, es subrogado, total o parcialmente, por la administradora de pensiones, o ISS, quien asume entonces la pensión. *Ver sentencias T 167 de 2004, T 438 de 2010 y T 353 de 2011, entre otras.*

Expediente: 19001 33 31 006 2015 00217 01
Actor: OSCAR MARINO TOVAR OREJUELA
Demandado: MUNICIPIO DE BUENOS AIRES, CAUCA
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

La compatibilidad y la compartibilidad de las pensiones, obedecen a una razón histórica o de evolución de la normatividad en materia pensional. En este sentido, se desprende que la compatibilidad de las pensiones opera para aquellas reconocidas antes del 17 de octubre de 1985. Mientras que la compartibilidad de las pensiones extralegales constituye la regla general para aquellas reconocidas con posterioridad al 17 de octubre de 1985.

Cabe ahondar en que la compartibilidad surgió con el propósito de evitar que un mismo riesgo quedara cubierto en forma concomitante con dos prestaciones, una de origen extralegal y otra de origen legal, a menos que las partes pactaran expresamente lo contrario, es decir, que den paso a la figura de la compatibilidad.

La compartibilidad supone que un trabajador se hace beneficiario de una pensión extralegal, que está a cargo de su empleador, hasta que se cumplan los requisitos para que la pensión sea asumida por la administradora de pensiones, o ISS, momento en el que el empleador es subrogado, parcial o totalmente, por esta administradora. La subrogación es parcial, cuando la pensión reconocida por el empleador es mayor a la que reconoce el ISS, de manera que al empleador le compete cancelar la diferencia, para no menguar el valor o el derecho que percibe el pensionado. Y la subrogación es total, cuando la pensión reconocida por el empleador es menor a la que reconoce el ISS.

De lo anterior, fácil es comprender que la evolución normativa y, por tanto, el surgimiento de las figuras de compatibilidad y de compartibilidad de las pensiones, está ligado a los trabajadores del sector privado. Y justamente cabe subrayar que la compartibilidad de las pensiones es excepcional tratándose de empleados públicos. Como se vio, fue en la normatividad pensional enfocada principalmente en los trabajadores, que se estableció esa especie de régimen de transición para que el ISS asumiera los riesgos o las pensiones; lo que no ocurrió con la normatividad de la función pública, donde el caso más representativo está en el régimen pensional del SENA, que afilió a sus empleados al ISS, para que opere la compartibilidad pensional –ver sentencias del Consejo de Estado, Sección Segunda, de 6 de octubre de 2011, radicado 599-11, y de 24 de octubre de 2018, radicado 0716-16-; pero no es lo usual.

Con fundamento en la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es dable indicar que la compartibilidad de las pensiones, i) no depende del acto de reconocimiento de la prestación, sino del acuerdo entre las partes; ii) puede aplicar para la sustitución pensional y para la pensión – sanción; además, cabe aducir que iii) la omisión en los aportes por parte del empleador, no torna una pensión en compatible; y con sustento en la jurisprudencia de la Corte Constitucional hay que subrayar que iv) la obligación de cruzar la información o de verificar la compartibilidad de las pensiones recae, principalmente, en la administradora de pensiones –SU 546 de 2016, que remite a T 1117 de 2003-.

Por último, se tiene que hasta antes del AL 01 de 2005, no había impedimento en que las partes, en forma voluntaria, dispusieran que la pensión a cargo del empleador fuere compatible con la de vejez que reconoce el ISS. La Ley 100 de 1993, pese a la finalidad de integración de los regímenes, no se oponía a esa posibilidad. Mas el AL 01 de 2005, limita el acuerdo sobre condiciones pensionales, lo que difirió a 31 de julio de 2010, y dejó a salvo los

Expediente: 19001 33 31 006 2015 00217 01
Actor: OSCAR MARINO TOVAR OREJUELA
Demandado: MUNICIPIO DE BUENOS AIRES, CAUCA
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

derechos adquiridos antes de su vigencia. Es decir, que la compatibilidad de las pensiones está permitida hasta el 31 de julio de 2010, pues el AL 01 de 2005, estableció que no pueden acordarse condiciones diferentes al régimen general de pensiones, y respetó las que estaban en curso, pero hasta el 31 de julio de 2010.

4.3. No se trata de una pensión compartible ni compatible en el caso concreto

Retomando el caso concreto, es evidente que la pensión que se reclama a cargo del municipio de Buenos Aires, Cauca, no es una pensión extralegal, o de aquellas surgidas de una convención, pacto o por la liberalidad del empleador, por lo que no puede predicarse la compartibilidad con la pensión ya reconocida por Colpensiones.

Tampoco la prestación suplicada y la ya reconocida resultan compatibles, pues además de que ninguna tiene el carácter de pensión extralegal, tampoco tienen reconocimiento con anterioridad a octubre de 1985, y no hay pacto entre las partes que les otorgue ese carácter compatible.

A la vez, no existe o no hay vocación de subrogación del municipio, de que vaya a ser reemplazado o sustituido en el reconocimiento y pago por Colpensiones, ni total ni parcialmente. Sobre esto, cabe referir que las partes están de acuerdo en que el municipio de Buenos Aires, Cauca, tras la liquidación de su caja de previsión municipal, trasladó a sus empleados, incluido el actor, al ISS, hoy Colpensiones, quien asumió completamente el reconocimiento pensional a su favor.

Todo lo cual denota la no compatibilidad y la no compartibilidad en la situación pensional del señor Tovar Orejuela, y muestra que es acertado el análisis de la sentencia, atinente a que no se demostró que él sea beneficiario de una convención o pacto colectivo, o que se encontrara inmerso en alguno de los supuestos de procedencia de la pensión compatible o compartible.

4.4. La sentencia invocada no es aplicable en este caso

En este orden de ideas, se tiene que la sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado y los argumentos desde allí invocados por la parte demandante, no constituyen un precedente válido aplicable para este asunto, porque en dicha providencia se aborda la situación laboral y pensional de un empleado del Sena que se enmarca en el fenómeno de la compartibilidad pensional, lo cual difiere de la situación laboral y pensional del señor Oscar Marino Tovar, quien no está amparado por las figuras de la compartibilidad y compatibilidad de la pensión, como se deja expuesto.

4.5. El artículo 75 del Decreto 1848 de 1969 no se aplica en los términos pretendidos en la demanda

Finalmente, no es de observar el artículo 75 del Decreto 1848 de 1969, en los términos como lo pretende la parte demandante. Como se sabe, este artículo consagra la competencia para el reconocimiento de la pensión, en los regímenes pensionales del sector público anteriores a

Expediente: 19001 33 31 006 2015 00217 01
Actor: OSCAR MARINO TOVAR OREJUELA
Demandado: MUNICIPIO DE BUENOS AIRES, CAUCA
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

la Ley 100 de 1993. En síntesis, establece que la pensión debe ser reconocida por la entidad de previsión a la que estaba afiliado el servidor público cuando cumplió los requisitos de pensión o, en su defecto, es decir, cuando el servidor público no estaba afiliado a una entidad de previsión, la pensión será reconocida por la última entidad pública empleadora. El artículo dispone, literalmente, lo siguiente:

ARTÍCULO 75.- Efectividad de la pensión.

1. La pensión de jubilación correspondiente se reconocerá y pagará al empleado oficial por la entidad de previsión social a la cual estuvo afiliado al tiempo de cumplir el tiempo de servicios requerido por la ley, si para entonces se hubiere retirado del servicio oficial sin tener la edad exigida para tal fin, o por la entidad de previsión a que esté afiliado al tiempo del retiro, si entonces cumple los requisitos de tiempo de servicios y edad señalados para el goce de la pensión.

2. Si el empleado oficial no estuviere afiliado a ninguna entidad de previsión social al tiempo de retirarse del servicio oficial, el reconocimiento y pago se hará directamente por la última entidad o empresa oficial empleadora.

Aplicado este artículo al caso en concreto, se tiene que el municipio de Buenos Aires, Cauca, sí afilió al señor Oscar Marino Tovar, primero a la caja de previsión municipal y luego al Instituto de Seguro Social, hoy Colpensiones, ante quienes efectuó las cotizaciones, de manera que el reconocimiento de la pensión radica en esta última entidad de previsión, como efectivamente lo hizo por Resolución No. GNR 157926 de 27 de mayo de 2015. Lo que significa que no opera el supuesto atinente a que el empleado no esté afiliado a una entidad de previsión, por lo cual, la competencia para el reconocimiento pensional no recae en el empleador, en este caso, no radica en el municipio de Buenos Aires, Cauca, lo que desvirtúa la tesis de la demanda y de la apelación.

5. Conclusión

Por lo expuesto, la Sala enjuicia que los cargos de la apelación no prosperan, y estima, al igual que la A quo, que el acto administrativo cuestionado conserva su presunción de legalidad, al indicar que el señor Oscar Marino Tovar no tiene derecho al reconocimiento y pago de una pensión de jubilación a cargo del municipio de Buenos Aires, Cauca, sino solo a la ya reconocida por Colpensiones. Sin más consideraciones, se confirmará la sentencia.

6. Costas

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, dispone que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del procedimiento civil, contenidas actualmente en el artículo 365 del Código General del Proceso, que en su numeral 3 dispone "3. *En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.*".

Expediente: 19001 33 31 006 2015 00217 01
Actor: OSCAR MARINO TOVAR OREJUELA
Demandado: MUNICIPIO DE BUENOS AIRES, CAUCA
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

En virtud de lo anterior, las costas de esta instancia estarán a cargo de la parte demandante, a quien se le resuelve desfavorablemente el recurso de apelación. Las agencias en derecho ascenderán a la suma del cero como cinco por ciento (0,5%) del valor de las pretensiones de la demanda. Las costas se liquidarán por el Juzgado.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo del Cauca, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley

F A L L A

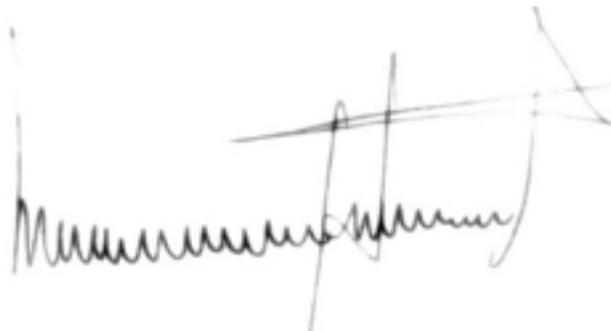
PRIMERO: Confirmar, la sentencia dictada el 28 de junio de 2017, por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Popayán, en el asunto de la referencia.

SEGUNDO: Se condena en costas en esta instancia a la parte demandante, según lo expuesto.

TERCERO: Devuélvase al Juzgado de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y ARCHÍVESE

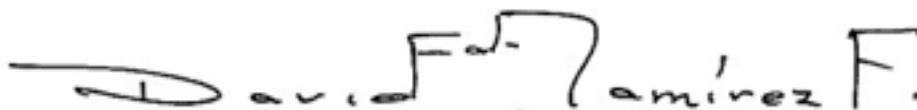
Los Magistrados



CARLOS H. JARAMILLO DELGADO



NAUN MIRAWAL MUÑOZ MUÑOZ



DAVID FERNANDO RAMÍREZ FAJARDO