



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia



SIGCMA-SGC

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL N° 01 DE 2022
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER
ENERO DE 2022

Municipio de Rionegro, Provincia Metropolitana, fundado el 5 de mayo de 1805.



Municipio de El Playón, Provincia Metropolitana, fundado en 1984,





HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER

MAGISTRADOS TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER

Dr. Iván Fernando Prada Macías- Presidente -
Dra. Francy del Pilar Pinilla Pedraza - Vicepresidente -
Dra. Solange Blanco Villamizar
Dr. Iván Mauricio Mendoza Saavedra
Dra. Claudia Patricia Peñuela Arce
Dr. Julio Edison Ramos Salazar
Dr. Milciades Rodríguez Quintero

Relatora. Angela Maria Alaix Rugeles



PROVIDENCIAS DE INTERÉS PROFERIDAS POR EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER QUE FUERON OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO POR EL ÓRGANO DE CIERRE DE LA JURISDICCIÓN

1. NULIDAD Y RESTALECIMIENTO. SUSTITUCIÓN PENSIONAL A CÓNYUGE – Procedencia. SEPARACIÓN TEMPORAL DE LA PAREJA – Efecto. REQUISITO DE CONVIVENCIA – Acreditación, aunque no se comparta domicilio / REQUISITO APOYO Y SOCORRO MUTUO – Acreditación / AUSENCIA DE NOTA MARGINAL DEL MATRIMONIO EN EL REGISTRO CIVIL – Efecto. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección A. Sentencia de 18 de noviembre de 2021. Radicación 680012333000-2018-00434-01. C.P. Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS.

Radicación 680012333000-2018-00434-01.

NR/ DRA. SBV. Confirma sentencia que accede a las pretensiones de la demanda.

Como primera medida la decisión precisa el alcance del significado de la sustitución pensional, recordando que es aquella prestación que se le otorga al núcleo familiar de un pensionado que fallece o del afiliado que cumple con los requisitos legalmente exigibles para pensionarse y fallece; indicando que las disposiciones aplicables son aquellas vigentes al momento del fallecimiento del causante.

Ahora bien, en relación con la prueba de la convivencia efectiva con el causante, indica la decisión que el CE ha sostenido lo siguiente:¹

“La “convivencia” entendida no solamente como “habitar juntamente” y “vivir en compañía de otro” sino como acompañamiento espiritual y moral permanente, auxilio, apoyo económico y vida en común es el cimiento del concepto de familia. Núcleo básico de la sociedad que, como ya se indicó, es el objeto principal de

¹ Cita de cita. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia del 24 de octubre de 2012. Radicación 25000 23 25 000 20100 0860 01 (2475/11).



protección de la sustitución pensional.

Es necesario precisar que la voluntad de conformar hogar y mantener una comunidad de vida, son elementos distintivos y esenciales del grupo familiar, los cuales, en criterio reciente y reiterado de la Corte Suprema de Justicia,² no se pueden desvirtuar por la “separación”, cuando esta eventualidad se impone por la fuerza de las circunstancias:

“El grupo familiar lo constituyen aquellas personas entre las que se establecen lazos afectivos estables que deben trascender el plano de un mero acompañamiento emocional y social, y alcanzar el nivel de un proyecto común de vida; es esencial a la familia el prestarse ayuda mutua, que no es cualquier clase de apoyo sino la que se encamina a realizar el propósito familiar común.

De esta manera el acompañamiento espiritual y material ha de estar referido a lo que la jurisprudencia ha reiterado: una verdadera vocación de constituir una familia.

En sentencia de 8 de septiembre de 2009, rad. N° 36448, precisó la Corporación:

‘En el diseño legislativo de la pensión de sobrevivientes tal como fue concebida en la Ley 100 de 1993, la convivencia ha estado presente como condición esencial para que el cónyuge o la compañera o compañero permanente accedan a esa prestación.

‘Este ha sido también el criterio reiterado de la jurisprudencia de la Corte, que ha visto en la convivencia entendida como acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y con vida en común que se satisface cuando se comparten los recursos que se tienen, con vida en común o aún en la separación cuando así se impone por fuerza de las circunstancias, ora por limitación de medios, ora por oportunidades laborales, el cimiento del concepto de familia en la seguridad social y requisito indispensable para que la cónyuge o la compañera o compañero permanente puedan tener la condición de miembros del grupo familiar, y vocación para ser beneficiarios de la prestación por muerte del afiliado o pensionado.

‘Lo anterior significa que en principio para que haya convivencia se exige vida en común de la pareja, y que no se desvirtúa el concepto de familia en la separación siempre que ésta obedezca a una causa razonable que la justifique, porque de lo contrario lo que no existiría es esa voluntad de conformar un hogar

² Sentencia de Casación Laboral de 27 de abril de 2010, proceso No. 38113, demandante: Beatriz Elena Aristizábal Vallejo.



y tener una comunidad de vida'.³ [...].

Respecto al requisito de la convivencia, esto es, los 5 años continuos inmediatamente anteriores a la muerte del causante, esta Corporación⁴ ha señalado que «[...] el legislador lo previó como un mecanismo de protección, ello para salvaguardar a los beneficiarios legítimos de quienes pretenden solo buscar provecho económico [...]».

Así mismo que debe acreditarse la vocación de estabilidad y permanencia, por lo tanto, no se tienen en cuenta aquellas relaciones casuales, circunstanciales, incidentales, ocasionales, esporádicas o accidentales que haya podido tener en vida el fallecido pensionado.”

Concluye pues de lo anterior que la exigencia de ese requisito, busca evitar que con base en vínculos adquiridos a último momento y convivencia que no tenga el carácter de permanente, se origine el derecho a sustituir, en forma vitalicia, una prestación.

Igualmente reitera que la jurisprudencia de esa Corporación ha señalado que la convivencia no se desvirtúa cuando la separación obedece a causas justificadas siempre y cuando se evidencie la voluntad de conformar un hogar, anotando que en ese sentido la Sección Segunda Subsección A señaló:⁵

“[...] la convivencia no se refiere, en forma exclusiva, a compartir el mismo techo y habitar junto al otro, sino que los elementos que en mayor medida definen esa convivencia se relacionan con el acompañamiento espiritual, moral y económico y el deber de apoyo y auxilio mutuo. Además de ello, es preciso tener en cuenta el factor volitivo de la pareja de mantener un hogar y tener la vocación y convicción de constituir y mantener una familia.

[...]

[...] no es factor determinante para desvirtuar la convivencia efectiva, el que los cónyuges o compañeros permanentes no vivan juntos en un momento dado. En efecto, debe valorarse cada circunstancia en concreto, las razones por las que no vivieron en el mismo techo, así como los demás factores determinantes de la convivencia, como los son el auxilio o apoyo mutuo, la comprensión y la vida en común, que en últimas son los que legitiman el derecho reclamado.⁶ [Resalta la Sala].

³ Sentencia de abril 7 de 2001, Radicación número: 76001-23-31-000-2005-02741-01(0669-08).

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 9 de noviembre de 2017, número interno: 0286-2015.

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 13 de junio de 2019, radicado 66001 23 33 000 2014 00167 01 (2033-2017), M.P. William Hernández Gómez.

⁶ Cita del texto original «Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 22 de marzo de 2018. Radicación: 15-001-23-33-000-2013-00077-01, número interno: 4526-2013».



Este criterio ha sido adoptado también por la Corte Constitucional⁷ y la Corte Suprema de Justicia⁸ quienes han señalado que la falta de convivencia entre el causante y el cónyuge o compañero puede llegar a estar justificada y que, por lo tanto, es «necesario hacer una evaluación de las circunstancias concretas en cada caso».⁹

Por un lado, la Corte Constitucional ha señalado que la interrupción de la convivencia –vida marital o cohabitación– de los cónyuges o compañeros no implica, necesariamente, la pérdida del derecho,¹⁰ de manera que se debe verificar si la «interrupción de la convivencia o la no vida en común del causante y su cónyuge [...] se encontraba justificada». Por el otro, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que «la situación de que los esposos o compañeros no puedan estar permanentemente juntos bajo el mismo techo, por circunstancias especiales como podrían ser motivos de salud, de trabajo, de fuerza mayor, etc., no conlleva a que desaparezca la comunidad de vida o la vocación de convivencia de la pareja».¹¹

De tal forma, si las separaciones temporales de la pareja se dieron como consecuencia de oportunidades laborales fuera del lugar de habitación o por circunstancias de salud, se trata de circunstancias que la justifican y no alteran el propósito de hacer vida en común.

2. CONTRACTUAL. CONTRATO ESTATAL / Contrato de obra / Acto precontractual / Acto previo / Interés directo. ACTO DE ADJUDICACIÓN DE CONTRATO ESTATAL. NULIDAD DEL ACTO PRECONTRACTUAL / Control jurisdiccional del acto administrativo. ACTO ADMINISTRATIVO DEFINITIVO / ACTO ADMINISTRATIVO PREPARATORIO. ACTO PRECONTRACTUAL / NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO / Procedencia de la acción contractual. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección A. Sentencia de 08 de noviembre de 2021. **Radicación 680012331000-2000-02677-01.** C.P. Dr. **JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ.**

Radicación 680012331000-2000-02677-01.

CT/ DRA. DMGP. Confirma sentencia que niega las pretensiones de la demanda.

⁷ Sentencia SU-108 de 2020.

⁸ Expediente 38113, sentencia del 27 de abril de 2010.

⁹ Sentencias T-197 de 2010, T-324 de 2014 y T-245 de 2017.

¹⁰ Sentencia T-787 de 2002.

¹¹ Radicado 30141, sentencia del 10 de mayo de 2007.



Avalando la postura del a quo, refiere la providencia que tratándose de actuaciones contractuales, el artículo 77 de la Ley 80 de 1993 establece que son aplicables las normas que rigen los procedimientos y actuaciones administrativas, siempre que éstas sean compatibles con la finalidad y principios del Estatuto General de la Contratación Estatal.

Así las cosas y en atención a lo previsto en los artículos 49 y 50 del CCA, normativa aplicable para la época en que ocurrieron los hechos que originaron este asunto, es procedente el control judicial de un acto administrativo, en virtud de los aspectos de los que se ocupe en el proceso de selección; en estos términos, tal control es viable respecto de los actos precontractuales de contenido definitivo, esto es, aquellos que finalizan la actuación administrativa porque deciden directa o indirectamente el fondo del asunto y, excepcionalmente frente a los actos de trámite cuandoquiera que con ellos se ponga fin a la actuación porque impiden continuarla.

De tal suerte, en esta línea, no son susceptibles de llevar a juicio los demás actos preparatorios emitidos en el proceso de selección, precisamente por no corresponder a decisiones de carácter definitivo; sino que, conforme con su alcance y naturaleza son catalogados como actos de apoyo o de impulso para adelantar las etapas propias del trámite respectivo, pues su finalidad es permitir llevar el procedimiento hasta su culminación.

En este orden de ideas, bajo el *sub-lite* es evidente que tres de los actos enjuiciados no son susceptibles de control judicial, a saber, (i) el acta de respuesta de las observaciones realizadas al informe de evaluación, (ii) el acta de la audiencia pública de adjudicación de la licitación pública 004 de 2000, y (iii) el acta de respuesta a los comentarios surgidos en la audiencia pública de adjudicación.

De otro lado, anota que con el propósito de determinar quién tiene un interés serio y legítimo en la solicitud de nulidad absoluta del contrato, cuando ella se fundamenta en la declaratoria de nulidad del acto de adjudicación, es primordial destacar que este último ha sido catalogado como uno de los actos preparatorios, los cuales constituyen decisiones unilaterales o autónomas de la administración, expedidas en las etapas previas a la celebración del contrato

De tal forma, la Ley 446 de 1998, cuyo artículo 32 modificó el artículo 87 del CCA,



permitió demandar de forma separada los actos previos del contrato¹², fijando para ello un término especial de caducidad de 30 días, contados a partir del día siguiente a la comunicación, notificación o publicación del acto, restringiendo, así mismo, la legitimidad para solicitar la nulidad absoluta del contrato estatal respecto de *“cualquier tercero que acredite un interés directo”*

De lo anterior resulta más que claro que, el límite de la separabilidad de los actos previos se traza una vez se cumple el plazo de los 30 días ya referenciado o, cuando se suscribe el contrato, por cuanto desde ese momento tales actos se tornan en inseparables del mismo, lo que hace ineludible que su control judicial se ejerza mediante el ejercicio de la denominada acción de controversias contractuales, como mecanismo procedente para escrutar la presunción de legalidad de los aludidos actos previos.

De tal suerte, el interés directo funge como punto de equilibrio del mecanismo de control judicial, en la medida que autoriza su activación en armonía con el principio de conservación de los contratos *–favor contractus–*, a través del cual se promueve el cumplimiento y protección de los acuerdos de voluntades, como fuente estable de derechos y obligaciones que, por su importancia en el tráfico jurídico, ha venido adquiriendo preponderancia dentro del sistema jurídico del derecho de los contratos, de forma que la misma legislación define factores o mecanismos para su conservación y para su defensa frente a terceros; indicando además la providencia que el Consejo De Estado ha sostenido que el interés directo de los terceros para pretender la nulidad absoluta del contrato, con fundamento en la ilegalidad de los actos previos, está radicado en quienes participaron en el proceso de selección y no resultaron adjudicatarios del mismo, en tanto se perjudicó su derecho subjetivo al no ser seleccionados por razones injustificadas, como sería la pretermisión de las exigencias legales, el desconocimiento de los pliegos de condiciones, la adjudicación en contravía de los principios de la contratación estatal -ejemplos de algunos de los escenarios en los cuales se puede considerar viciado el acto de adjudicación-.

¹² “...los actos previos por regla general no eran demandables separadamente, salvo las excepciones relativas al acto de adjudicación de la licitación, al que la declara desierta, o el que califica y clasifica a los proponentes inscritos en las cámaras de comercio” (Sentencia C-1048 de 2001 de la Corte Constitucional).



3. NULIDAD SIMPLE. / FONDO DEPARTAMENTAL DE REFORESTACIÓN FONDER DEPARTAMENTO DE SANTANDER - Destinación de los recursos / OBLIGACIÓN PARA CONTRATISTAS DEL DEPARTAMENTO DE SANTANDER DE PAGAR SUMAS DE DINERO PARA FINANCIAR EL FONDO DEPARTAMENTAL DE REFORESTACIÓN FONDER. Naturaleza tributaria de la obligación contenida en el numeral 1 del artículo 2 de la Ordenanza 035 de 2016 / TRIBUTOS - Características. FACULTAD IMPOSITIVA DE LOS DEPARTAMENTOS / Facultad, poder, potestad o autonomía impositiva, fiscal o tributaria de las entidades territoriales - Alcance y límites. Reiteración de jurisprudencia. PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN MATERIA TRIBUTARIA. Parámetros mínimos para establecer los elementos del tributo. CREACIÓN EX NOVO DE TRIBUTOS - Reserva de ley. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta. Sentencia de 30 de septiembre de 2021. Radicación 680012333000-2018-00293-01. C.P. Dra. MYRIAM STELLA GUTIÉRREZ ARGÜELLO.

Radicación 680012333000-2018-00293-01.

SN/ DR. MRQ. Confirma sentencia que declara parcialmente nula la Ordenanza 015 de 02 de diciembre de 2016, en su artículo 2 numeral 1, por medio del cual se dispuso el cobro del 1% del valor de los contratos que celebren las entidades del orden departamental, con el fin de financiar el Fondo Departamental de Reforestación.

En el caso concreto se verifica que el Departamento impone la obligación de pagar una suma de dinero a cargo de los contratistas, por los contratos que celebren con la entidad territorial en determinada cuantía, y que está destinada a conformar un fondo que financia y apoya la realización de planes y programas en materia de reforestación, lo que denota la naturaleza tributaria del pago exigido en la norma, dado que los tributos se caracterizan por i) ser prestaciones pecuniarias y ii) estar destinadas a la contribución del financiamiento de gastos e inversiones de una entidad estatal.

En apoyo de su análisis, la sala cita decisión de la Corte Constitucional mediante sentencia C-278 de 2019 en los siguientes términos:

“El concepto de tributo constituye el eje fundamental del análisis de constitucionalidad de la norma acusada, propuesto en la demanda de la referencia. En ese sentido, para Fernando SAINZ DE BUJANDA el tributo es: “... una obligación de realizar una prestación pecuniaria a favor de un ente público para subvenir a las necesidades de éste, que la ley hace nacer directamente de la realización de ciertos hechos que ella misma establece.”



(...)

No existe en la Constitución una definición precisa del concepto de tributo, al que en ocasiones se denomina de manera general contribución, impuesto, entre otras..”

(...)

En conclusión, el concepto de tributo en la Constitución y como ha sido entendido por la Corte, comprende: i) un sentido amplio y genérico, pues en su definición están contenidos los impuestos, tasas y contribuciones; ii) constituye un ingreso público destinado al financiamiento de la satisfacción de las necesidades por parte del Estado a través del gasto; iii) tiene origen en la ley como expresión de la “potestad tributaria” (...), además de ser una manifestación del principio de representación popular; y iv) su naturaleza es coactiva”.

De tal suerte, aplicando esas definiciones al caso concreto, se encuentra que la norma demandada establece un tributo, porque constituye un ingreso del departamento que consiste en una prestación pecuniaria exigida a los contratistas, por la suscripción de un contrato de determinada cuantía, y tiene por destinación el financiamiento de programas ambientales de la entidad territorial. Así, independientemente que estos recursos conformen un fondo con fines ambientales, la naturaleza tributaria se desprende de las características de la obligación impuesta en la norma demandada.

De otro lado, conviene precisar que de conformidad con lo establecido en el numeral 4 del artículo 300 de la Constitución Política, le corresponde a las Asambleas Departamentales por medio de ordenanzas decretar de conformidad con la ley, los tributos y contribuciones necesarios para el cumplimiento de las funciones departamentales, por ello la Sala advierte que el gravamen establecido en la norma demandada no tiene sustento en una ley, toda vez que fue establecido directamente por la asamblea departamental.

Ahora bien, en relación con la autonomía tributaria de las entidades territoriales, recuerda la decisión que esa Sala ha mantenido una línea jurisprudencial construida a partir de la sentencia del 9 de julio de 2009 (Exp. 16544, C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia), en la que ha señalado que la facultad creadora de los tributos está atribuida al Congreso, y que a partir del establecimiento legal del



impuesto, los entes territoriales, de conformidad con las pautas dadas por la ley, pueden establecer los elementos de la obligación tributaria cuando aquella no los hubiere fijado directamente.

Esa posición jurisprudencial se mantiene en la actualidad, como se verifica en la Sentencia del 6 de noviembre de 2019 (Exp. 23836, C.P. Julio Roberto Piza Rodríguez), reiterada en sentencia del 29 de abril de 2020 (Exp. 23273, C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto)

De tal suerte, concluye la Sala que no existe una ley expedida por el Congreso de la República que permita o autorice el cobro del tributo en cabeza del Departamento de Santander; por tanto, al establecerlo, la entidad territorial se atribuyó funciones propias del legislador.



PROVIDENCIAS DE INTERÉS PROFERIDAS POR EL CONSEJO DE ESTADO

- 1. REPARACIÓN DIRECTA / PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ERROR JURISDICCIONAL. Falla del servicio - certeza del daño. EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA / efectos de la sentencia. DAÑO OCASIONADO POR LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / FIRMEZA DE LA PROVIDENCIA JUDICIAL. ACCIÓN DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO DE EJECUCIÓN - Firmeza del acto administrativo de ejecución - alcance de la sentencia de acción de tutela - daño antijurídico.** Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección B. Sentencia de 11 de octubre de 2021. **Radicación: 250002326000-2009-00554-01. C.P. Dr. ALBERTO MONTAÑA PLATA.**

Radicación: 250002326000-2009-00554-01.

En asuntos en los que se ha alegado un error judicial provocado por una decisión judicial que no cobró firmeza porque fue revocada, esta corporación ha asumido dos posturas en las que, en todo caso, se ha resuelto estudiar de fondo el asunto. La primera, señala que, aunque no procede el estudio del error judicial, por falta de un presupuesto, sí debe estudiarse si existió o no una falla en el servicio de administración de justicia. La segunda, argumenta que, el hecho de que hubiera producido efectos y con ello un daño cierto, constituye razón suficiente para estudiar el error judicial, pues exigir la firmeza, por ejemplo, en las sentencias de tutela que se ejecutaron sin cobrar firmeza contraría la finalidad de la disposición.

Ahora, en la medida que la Ley estatutaria 270 de 1996 estableció los títulos por los cuales debe responder el Estado ante una acción de uno de sus agentes como el caso concreto, corresponde sujetarse a ello y estudiar si, en la decisión judicial concreta, se produjo un error judicial.

Respecto de la falta de firmeza de la decisión, la Sala, comparte lo ya expuesto por esta corporación. Esto es, que la interpretación de esa disposición no puede ser aquella en la que la ausencia de la firmeza formal impida el estudio cuando una decisión se ha ejecutado, ha producido efectos y ha causado un daño cierto.



Para la Sala, una interpretación gramatical de esa disposición llevaría a resultados inadmisibles en nuestro ordenamiento jurídico.

Ahora bien, respecto de la acción de tutela, puntualmente el artículo 86 Constitucional indicó que “esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”. Por su parte, el Decreto 2591 de 1991 en su artículo 6, indicó que la acción de tutela no procedería cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales; luego en el sublite la Sala encuentra que la decisión adoptada por el Juzgado 37 Penal del Circuito de Bogotá contrarió el carácter residual de la acción de tutela previsto en el ordenamiento jurídico; de otro lado, se incurrió en un error judicial porque se efectuó un análisis contrario a la ley al declarar la procedencia de la tutela, y usarla como mecanismo principal para la reliquidación de mesadas pensionales de ex congresistas, y al amparar el derecho fundamental al debido proceso.

En conclusión, el daño es imputable a la Rama Judicial, dado que el Juzgado 37 Penal del Circuito de Bogotá estudió de fondo la tutela y amparó el debido proceso, sin tener en cuenta que el ordenamiento jurídico le impedía realizarlo. Esa situación pudo evitarse, si el juez hubiera estudiado –como le correspondía hacerlo - las causales de procedencia de la tutela, e incluso, el propio informe de Fonprecon que ponía en evidencia que existía un medio ordinario para que se ventilara la controversia o si se hubiera percatado que el artículo 73 del CCA no aplicaba a ese caso.

- 2. NULIDAD ELECTORAL/ Contra el acto de elección del personero municipal / CONCURSO DE MÉRITOS - Régimen aplicable a la elección del personero municipal / ELECCIÓN DEL PERSONERO MUNICIPAL / CONCURSO DE MÉRITOS - Contratación de terceros para su realización / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA. Alcance del principio de la libre concurrencia / INSCRIPCIÓN AL CONCURSO DE MÉRITOS. Posibilidad de limitar la inscripción de los participantes a una sola convocatoria / ELECCIÓN DEL PERSONERO MUNICIPAL – La Sección Quinta sienta jurisprudencia en el sentido de que es improcedente que se restrinja a los aspirantes al cargo a que se inscriban a una sola convocatoria. Alcance de la libre concurrencia. Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Quinta. Sentencia de 12 de agosto de 2021. Radicación: 11001-03-28-000-2021-00030-00. C.P. Dr. ROCÍO ARAÚJO OÑATE**



Radicación: 11001-03-28-000-2021-00030-00

En primera instancia la providencia informa que la Constitución Política de 1991 consagró en cabeza de los concejos municipales la facultad para la elección de los personeros, tal y como se deriva de la lectura del artículo 313 numeral 8º de dicho cuerpo normativo, en cuyo desarrollo, el legislador de 1994 expidió la Ley 136 de 1994, la cual fue modificada posteriormente en 2012 -Ley 1551-, fijando en su artículo 170 los parámetros para el ejercicio de dicha función electoral en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 170. ELECCIÓN. <Artículo modificado por el artículo 35 de la Ley 1551 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:>

Los Concejos Municipales o distritales según el caso, elegirán personeros para periodos institucionales de cuatro (4) años, dentro de los diez (10) primeros días del mes de enero del año en que inicia su periodo constitucional, previo concurso público de méritos de conformidad con la ley vigente. Los personeros así elegidos, iniciarán su periodo el primero de marzo siguiente a su elección y lo concluirán el último día del mes de febrero del cuarto año.

Para ser elegido personero municipal se requiere: En los municipios de categorías especial, primera y segunda títulos de abogado y de postgrado. En los municipios de tercera, cuarta y quinta categorías, título de abogado. En las demás categorías podrán participar en el concurso egresados de facultades de derecho, sin embargo, en la calificación del concurso se dará prelación al título de abogado.

Para optar al título de abogado, los egresados de las facultades de Derecho, podrán prestar el servicio de práctica jurídica (judicatura) en las personerías municipales o distritales, previa designación que deberá hacer el respectivo decano.

Igualmente, para optar al título profesional de carreras afines a la Administración Pública, se podrá realizar en las personerías municipales o distritales prácticas profesionales o laborales previa designación de su respectivo decano.”

Así las cosas, la elección del personero dejó de estar al arbitrio, discrecionalidad y liberalidad del concejo municipal o distrital, según el caso, aunque sin afectarse su competencia eleccionaria o de nominación, al establecerse que la designación se haría por medio de un procedimiento objetivo y reglado, orientado en la meritocracia y sin perder la capacidad de dirigir los aspectos tendientes a estructurar el proceso de selección y de elección, dentro de los márgenes legales.”



De la jurisprudencia sentada por la Honorable Corte Constitucional, se tiene entonces una regla clara: los concejos municipales, como órganos de elección, tienen la competencia exclusiva y excluyente para la determinación de los lineamientos generales de la forma en que se adelantarán las etapas y parámetros mínimos del concurso de méritos antes descritos siendo responsables de su dirección en todo momento, lo cual se concreta con la suscripción y posterior publicación de la correspondiente convocatoria. A pesar de ello, se reconoce que ante las dificultades que dicha labor puede conllevar, es posible que dichas entidades acudan a “terceras instancias” que presten su apoyo logístico en la realización de una o todas las etapas del proceso meritocrático. Así las cosas, esta última posibilidad permite acudir al apoyo logístico y técnico de universidades o instituciones de educación superior públicas o privadas o con entidades especializadas en procesos de selección de personal.

Se tiene entonces que con el fin de garantizar la mayor inscripción de aspirantes - quienes desde el punto de vista normativo tienen como única limitante el cumplimiento de los requisitos exigidos para el cargo-, debe atenderse (i) los medios de publicidad idóneos que permitan la libre concurrencia, siendo aquellos determinados por la entidad convocante y por la Ley 1437 del 2011, y (ii) efectuarse la publicación de la convocatoria con una antelación no inferior a 10 días calendario antes del inicio de la fecha de inscripciones.

De tal suerte, en relación con la libre concurrencia, es de resaltar que esta se encuentra amparada de forma expresa los derechos a elegir y ser elegido, así como de acceso al desempeño de funciones y cargos públicos; luego no sobra indicar que, en virtud del bloque de constitucionalidad consagrado en los incisos 1º y 2º de artículo 93 de la Constitución, el reconocimiento de esta garantía incorporado en diversos tratados internacionales hace parte de nuestro ordenamiento interno, por lo que es importante referenciar igualmente al contenido del artículo 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

De lo anterior puede concluirse entonces que la convocatoria, expedida en debida forma por el concejo municipal o distrital, se convierte en el marco de acción de todas las entidades e interesados en el concurso de méritos, en tanto la misma



establece, desde las reglas para la inscripción, hasta la forma en que se adelantarán cada una de sus etapas y demás circunstancias relevantes. Incluso en el caso de la contratación de un tercero -institución de educación superior, pública o privada, o empresa especializada en procesos de selección de personal-, las funciones de este último se limitan al apoyo logístico, administrativo y técnico necesarios para el desarrollo de la actuación, más no se reemplaza con dicha decisión las competencias propias de la duma correspondiente.

Retomando en tema relacionado con el principio de la libre concurrencia en el concurso para la elección de personeros municipales, es claro que como elemento o nota característica de nuestro sistema constitucional, no solamente propende por la materialización del voto como manifestación de la voluntad popular y con ello procurar la conformación de los espacios deliberativos colectivos o la designación de mandatorios en los distintos niveles -democracia procedimental y representativa-, sino que también, tiene un elemento relevante en la participación de todos los asociados en la conformación del poder público y la gestión directa de los intereses colectivos y la dinámica política, social y económica -democracia deliberativa y participativa; luego deviene como finalidad de la etapa de reclutamiento y como criterio orientador de la publicidad de la convocatoria efectuada por el concejo municipal, permitiendo considerar que en todo momento se debe garantizar la efectiva participación de aquellos interesados, siendo claro que la única restricción que a nivel normativo se impone -ello de la lectura del literal b), artículo 2.2.27.2- es el cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales para el ejercicio del cargo.

Conforme a lo anterior, a juicio de esta Sala de Sección, la referida norma consagra un parámetro de acción expreso que limita la forma en que los concejos municipales materializan su competencia de fijar las condiciones de la convocatoria, pues en todo momento, la etapa de reclutamiento debe permitir la participación de los interesados que cumplan los requisitos para el cargo.

En línea con lo expuesto, los particulares pueden llevar a cabo todos aquellos actos que se deriven de su libertad y autonomía, siempre y cuando no se encuentren expresamente prohibidos por las leyes -en un sentido amplio, es decir,



aquellas normas de rango constitucional, legal o reglamentario-. De esta manera, si un ciudadano acredita el cumplimiento de los requisitos para el cargo de personero, y al no existir prohibición expresa dirigida a este que le imponga una limitante de participar solamente en un concurso público de méritos, es posible concluir que puede entonces presentarse a tantas convocatorias como considere procedente.

Así las cosas, bien sea que se decida por parte de los concejos llevar a cabo en forma directa el concurso, acudir a terceros o suscribir convenios asociativos o colectivos, lo cierto es que en todas ellas es improcedente imponer a los ciudadanos interesados en el acceso al cargo de personeros, que solo pueden presentarse a una convocatoria, cuando lo cierto es que independiente de la modalidad, una restricción en tal sentido no ha sido autorizada por el ordenamiento jurídico, luego restringir la posibilidad de acceso al concurso de méritos para la selección de los personeros municipales mediante la prohibición de la denominada multifiliación, implica desconocer las normas en las cuales debe fundarse la decisión del órgano que lleva a cabo tal elección, especialmente, lo dispuesto en el literal b), artículo 2.2.27.2 que consagra la etapa de reclutamiento como aquella en la cual se busca la mayor participación, con la única limitante relativa al cumplimiento de las calidades exigidas para el cargo.

Concluido el análisis sobre el tema la providencia dispone:

“PRIMERO: SENTAR JURISPRUDENCIA en los siguientes términos:

En aplicación de los principios de democracia participativa y libre concurrencia, así como de conformidad con lo señalado en el literal b), artículo 2.2.27.2 del Decreto 1083 del 2015, es improcedente que los concejos municipales en sus convocatorias para la elección de personero municipal o distrital, así como los terceros o entidades especializadas de la Administración Pública que se contraten para el apoyo logístico en el desarrollo del concursos públicos de mérito para dichos efectos, establezcan como restricción para las aspirantes a dicho cargo, que sólo pueden inscribirse para una sola convocatoria, siendo que en todo momento se debe garantizar la amplia participación ciudadana, siempre que se acredite el cumplimiento de los requisitos para el acceso a dicha dignidad.



SEGUNDO: ADVERTIR que la regla fijada en los anteriores términos, constituye precedente vinculante para todas las autoridades judiciales y administrativas, en los términos del artículo 270 de la Ley 1437 del 2011, modificado por el artículo por el artículo 78 de la Ley 2080 del 2021, siendo que la misma tiene efectos hacia el futuro y se predica su aplicación a partir del próximo concurso público y abierto de méritos, que por cualquier razón, se convoque para proveer el cargo de personero municipal y/o distrital.

...”



**PROVIDENCIAS DE INTERÉS PROFERIDAS POR EL HONORABLE
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER**

1. **SIMPLE NULIDAD.** Sentencia de 12 de enero de 2022. **RADICADO:** 686793333003-2018-00351-01. **DEMANDANTE:** LUIS GIOVANNY HERNANDEZ. **DEMANDADO:** MUNICIPIO DE CIMITARRA, CONCEJO MUNICIPAL DE CIMITARRA. **M.P.** DR. JULIO EDISSON RAMOS SALAZAR.

RADICADO: 686793333003-2018-00351-01.

DESCRIPTOR

FACULTAD DEL ALCALDE PARA CONCECIONAR Y COMPROMETER VIGENCIAS FUTURAS.

RESTRICTOR

Municipio de Cimitarra. Acuerdo No 130 de 2018 por medio del cual se autoriza al alcalde para concesionar la operación, modernización, reposición y expansión del alumbrado público, así como comprometer las vigencias futuras excepcionales. Requisitos de procedencia conforme indican la Ley 1483 de 2011 y el Decreto 2767 de 2012.

DECISIÓN

Confirma sentencia que declara la nulidad del acuerdo demandado, y como consecuencia, declaró sin efectos los actos administrativos que hubieren desarrollado directamente las autorizaciones conferidas en el mismo.

TESIS

El artículo 1 de la Ley 1483 de 2011, prevé lo siguientes en cuanto a las vigencias futuras excepcionales En las entidades territoriales, las asambleas o



concejos respectivos, a iniciativa del gobierno local, podrán autorizar la asunción de obligaciones que afecten presupuestos de vigencias futuras sin apropiación en el presupuesto del año en que se concede la autorización, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- “a). Las vigencias futuras excepcionales solo podrán ser autorizadas para proyectos de infraestructura, energía, comunicaciones, y en gasto público social en los sectores de educación, salud, agua potable y saneamiento básico, que se encuentren debidamente inscritos y viabilizados en los respectivos bancos de proyectos.*
- b). El monto máximo de vigencias futuras, plazo y las condiciones de las mismas deben consultar las metas plurianuales del Marco Fiscal de Mediano Plazo de que trata el artículo 5° de la Ley 819 de 2003.*
- c). Se cuente con aprobación previa del Confis territorial o el órgano que haga sus veces.*
- d). Cuando se trate de proyectos que conlleven inversión nacional deberá obtenerse el concepto previo y favorable del Departamento Nacional de Planeación.*

La corporación de elección popular se abstendrá de otorgar la autorización, si los proyectos objeto de la vigencia futura no están consignados en el Plan de Inversiones del Plan de Desarrollo respectivo y si sumados todos los compromisos que se pretendan adquirir por esta modalidad y sus costos futuros de mantenimiento y/o administración, excede la capacidad de endeudamiento de la entidad territorial, de forma que se garantice la sujeción territorial a la disciplina fiscal, en los términos del Capítulo II de la Ley 819 de 2003.

Los montos por vigencia que se comprometan por parte de las entidades territoriales como vigencias futuras ordinarias y excepcionales, se descontarán de los ingresos que sirven de base para el cálculo de la capacidad de endeudamiento, teniendo en cuenta la inflexibilidad que se genera en la aprobación de los presupuestos de las vigencias afectadas con los gastos aprobados de manera anticipada.

La autorización por parte de la asamblea o concejo respectivo, para comprometer presupuesto con cargo a vigencias futuras no podrá superar el respectivo período de gobierno. Se exceptúan los proyectos de gastos de inversión en aquellos casos en que el Consejo de Gobierno, con fundamento en estudios de reconocido valor técnico que contemplen la definición de obras prioritarias e ingeniería de detalle, de acuerdo a la reglamentación del Gobierno Nacional, previamente los declare de importancia estratégica.

Parágrafo 1°. *En las entidades territoriales, queda prohibida la aprobación de cualquier vigencia futura, en el último año de gobierno del respectivo gobernador*



o alcalde; excepto para aquellos proyectos de cofinanciación con participación total o mayoritaria de la Nación y la última doceava del Sistema General de Participaciones.”

El Decreto 2767 de 2012, indica:

*“**Artículo 1º.** Declaración de importancia estratégica. De conformidad con lo establecido en el artículo 1º de la Ley 1483 de 2011, los proyectos de inversión que requieran autorización de vigencias futuras, y excedan el período de gobierno, deberán ser declarados previamente de importancia estratégica, por parte de los Consejos de Gobierno de las entidades territoriales y cumplir los siguientes requisitos:*

- a). Que dentro de la parte General Estratégica del Plan de Desarrollo vigente de la entidad territorial se haga referencia expresa a la importancia y el impacto que tiene para la entidad territorial el desarrollo del proyecto que se inicia en ese período y trasciende la vigencia del periodo de gobierno;*
- b). Que consecuente con el literal anterior, dentro del Plan de Inversiones del Plan de Desarrollo vigente se encuentre incorporado el proyecto para el cual se solicita la vigencia futura que supera el período de Gobierno;*
- c). Que dentro del Marco Fiscal de Mediano Plazo de la entidad territorial se tenga incorporado el impacto, en términos de costos y efectos fiscales, del desarrollo del proyecto para los diez años de vigencia del Marco Fiscal.*
- d). Que el proyecto se encuentre viabilizado dentro del Banco de Programas y Proyectos de la entidad territorial;”*

Consecuentemente con las normas transcritas, el ad quem, siguiendo la posición del Honorable C.E. considera necesario precisar que mediante Decreto 2767 de 28 de diciembre de 2012, reglamentario de la Ley 1483 de 2011, se señaló que los proyectos de inversión que requieran autorización de vigencias futuras, y excedan el período de gobierno, deberán ser declarados previamente de importancia estratégica por parte de los Consejo de Gobierno de las entidades territoriales y cumplir con los requisitos allí señalados.

De tal suerte, en el sub examine se advierte que la autorización concedida al Alcalde concretamente corresponde a la contratación por el sistema de concesión, sin embargo, lo cierto es que el mismo Acuerdo claramente prevé el compromiso de vigencias futuras para financiación del mencionado contrato, por lo que, no es cierto que el contrato que llegue a suscribir el Alcalde en virtud de la autorización de otorgada por el Concejo Municipal sean financiado en forma exclusiva con los recursos del recaudo el impuesto de alumbrado público, y que no afecte los recursos del Municipio; por lo anterior, es claro que la ejecución del contrato de concesión al que se ha hecho alusión sí implica la utilización de vigencias futuras, y en este orden, requiere cumplir con los requisitos de la Ley 1483 de 2011 y el Decreto 2767 de 2012.



2. CONTROVERSIAS CONTRACTUALES. Sentencia de 12 de enero de 2022. **RADICADO:** 680013333014-2017-00311-01. **DEMANDANTE:** UNIÓN TEMPORAL CAMINEROS MANTENIMIENTO VIAL. **DEMANDADO:** IDESAN Y DEPARTAMENTO DE SANTANDER. **M.P. DR.** JULIO EDISSON RAMOS SALAZAR.

RADICADO: 680013333014-2017-00311-01.

DESCRIPTOR

NULIDAD DEL ACTO DE LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO. NATURALEZA DEL CONTRATO DE OBRA Y CONSULTORÍA.

RESTRICTOR

Idesan, Departamento de Santander. Nulidad del acto de liquidación bilateral del contrato. Contrato de consultoría de obra pública por factor multiplicador y gastos reembolsables de valor indeterminado pero determinable No. 3260 de 2013 celebrado entre el departamento de Santander y la unión temporal camineros mantenimiento vial. Descuentos, impuesto de guerra.

DECISIÓN

Confirma sentencia que niega las pretensiones de la demanda, declara la nulidad absoluta del contrato y declara que no hay lugar a restituciones mutuas.

TESIS

Inicialmente considera la sala indispensable anotar que para establecer la naturaleza de los contratos celebrados, se hace necesario interpretar el contenido de los mismos de acuerdo con los procedimientos y modalidades establecidas en la Ley 80 de 1993; para de esta forma determinar la procedencia, o no, de los descuentos realizados; y por ello, se analizan en primer lugar los elementos que caracterizan tanto al contrato de obra, como al de consultoría:



Tribunal Administrativo de Santander

Relatoria

CONCEPTO	CONTRATO DE CONSULTORIA	CONTRATO DE OBRA
NORMA	Artículo 32 numeral 2 Ley 80 de 1993	Artículo 32 numeral 1 Ley 80 de 1993
PROCESO DE SELECCIÓN	Se debe realizar a través del Concurso Público de Méritos.	Por regla general la selección del contratista debe efectuarse mediante licitación pública.
EJECUCIÓN	La ejecución se efectúa por cuenta y riesgo de la entidad contratante.	La ejecución de la actividad material contratada constituye responsabilidad directa del contratista hasta su terminación.
DESARROLLO	El contratista debe actuar como mandatario de la entidad pública y asume la obligación de poner toda su capacidad técnica y administrativa para realizar la obra, pero no le corresponde ejecutar directamente el trabajo material constitutivo del objeto del contrato.	El contratista debe desarrollar directamente un trabajo material para su construcción, mantenimiento, instalación e incluso demolición.
CARACTERÍSTICAS	- Tiene por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos. - También se refiere a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión. Para ello recurre a personas naturales o jurídicas especializadas en una determinada materia, las cuales ofrecen conocimientos y experiencia en una específica área o actividad. - Sus obligaciones tienen un carácter marcadamente intelectual, como condición para el desarrollo de las actividades que le son propias, aunque también se asocia con la aplicación de esos conocimientos a la ejecución de proyectos u obras.	- Tiene por objeto la ejecución de una obra pública, considerándose dentro del alcance de la misma todo trabajo que tiene por objeto, crear, construir, conservar o modificar bienes inmuebles incorporándose a dicho concepto trabajos como la construcción, instalación, conservación, mantenimiento, reparación y demolición de los bienes inmuebles, así como la construcción, instalación, conservación, mantenimiento, reparación y demolición de aquellos bienes destinados a un servicio público o al uso común. - Fuente de obligaciones recíprocas para las partes, en cual el contratante se obliga a dar una contraprestación, cualquiera que sea ella, a cambio, por parte del contratista, de una obra material (Hacer), que engrandece el patrimonio público, resultante de una intervención o realización material sobre inmuebles, obligaciones que se miran como equivalentes conforme a las previsiones objetivas iniciales acordadas por las partes al momento de proponer o de contratar.

Acto seguido recalca que libertad contractual que permiten incluir las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, queda limitada a que siempre que no sean contrarias a



la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración.

Así las cosas, conforme a lo expuesto para la sala; es claro que se trata de un contrato de obra y no de consultoría; prima más que la denominación que quisiera darle la entidad el objeto contractual que está determinado por las actividades ejecutadas; donde prevalecen las de orden material que se refieren a realizar el mantenimiento rutinario de las vías secundarias del Departamento, y que han sido determinadas en extenso en el informe de la supervisión del proyecto; no importando su denominación de las actividades a desarrollar, resultaba claro que su naturaleza obedecía a un contrato de obra y no de consultoría como lo denomino la entidad y se suscribió.

Por ello se acoge en su integridad las conclusiones del juez de instancia frente a los efectos en materia tributaria y por ende si de debió realizar el descuento denominado “contribución especial”, pues la Ley 418 de 1997 establece que este tributo que se aplica a los contratos de obra.

Igualmente, los descuentos por concepto de contribución especial (impuesto de guerra) de que trata el capítulo 3 de la Ley 418 de 1997, hechos por IDESAN de conformidad con el convenio interadministrativo No. 00002055 de 2012, fueron legales teniendo en cuenta que el Contrato 3260 de 2013 es un contrato de obra y no de consultoría por lo que procede aplicar las retenciones de acuerdo a la norma señalada anteriormente.

La sala igualmente comparte los argumentos de la primera instancia, independientemente de los efectos tributarios y la imposibilidad de restituciones mutuas ya consolidados dado que se ejecutó el contrato; se debe declarar la nulidad del contrato entre el DEPARTAMENTO DE SANTANDER y la UNIÓN TEMPORAL CAMINEROSM ANTENIMIENTO VIAL ya que la Ley 80 de 1993 en su artículo 44 dispone que los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y especialmente cuando: (...)2) Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal,(...):

Y el numeral 8 del artículo 24 del mismo estatuto prohíbe expresamente eludir los procedimientos determinados en la ley para la selección del contratista, lo que trae como consecuencia la declaratoria de nulidad del contrato, dado que está en contra de la Constitución Política o de la ley.



Y tal como se analizó, aunque se denominó como contrato de consultoría en realidad fue un contrato de obra en el que prevalecieron las actividades materiales para el mantenimiento de las vías secundarias del Departamento de Santander, por lo cual según lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, el proceso de selección del contratista no podía realizarse a través de concurso de méritos, sino de licitación pública; con lo cual al adelantar un procedimiento diferente al previsto para este tipo de contratos, se violaron los principios de selección objetiva y de transparencia; lo cual tiene como consecuencia la nulidad absoluta el contrato; y sin que sea necesaria la petición de ninguna de las partes del contrato ya que el Juez de Instancia tenía la competencia oficiosa para su estudio y decreto.

3. NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. Sentencia de 14 de diciembre de 2021. **RADICADO: 686793333003-2017-00072-01.**
DEMANDANTE: LUZ YANET SILVA DE GARRIDO. **DEMANDADO:** COLPENSIONES. **M.P.** DRA. FRANCY DEL PILAR PINILLA PEDRAZA.

RADICADO: 686793333003-2017-00072-01.

DESCRIPTOR

INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ.

RESTRICTOR

Colpensiones. Docente beneficiaria de pensión de jubilación por parte del Fomag. Presupuestos de procedencia de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. Decreto 1730 de 2001. Incompatibilidad existente entre la indemnización sustitutiva y las pensiones de vejez, origen de los aportes.

DECISIÓN

Revoca sentencia que niega y en su lugar accede a las pretensiones de la demanda.



TESIS

Recuerda la Sala que la indemnización sustitutiva, como derecho de carácter supletorio dentro del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, se encuentra consagrado en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993. Ahora bien, en relación con la naturaleza jurídica de la «indemnización sustitutiva», el H. Consejo de Estado en sentencia del 04 de junio de 2020 señaló que, la indemnización sustitutiva está dirigida a compensar o restituir el capital aportado en los términos dispuestos por la ley, o recuperar los aportes efectuados durante el período laboral, ante la imposibilidad de obtener la pensión, advirtiendo que, dicha indemnización tiene como finalidad otorgar protección a las personas que no hayan cumplido con los requisitos establecidos por la ley -edad, capital o tiempo- para adquirir el estatus de pensionado, a fin de que puedan acceder a la devolución de dineros aportados al sistema.

Ahora bien, el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 fue reglamentado por el Decreto 1730 de 2001, en cuyos artículos 1° y 4° dispuso los eventos en los cuales hay lugar a la causación del derecho, mientras que el artículo 6 del referido Decreto 1730 de 2001 dispuso su incompatibilidad con las pensiones de vejez y de invalidez.

Puntualmente de la compatibilidad de la indemnización sustitutiva de vejez (aportes privados) y la pensión de jubilación (tiempos públicos), primeramente es indispensable recordar que el Decreto 3135 de 1968, en su artículo 31 consagra en forma taxativa la incompatibilidad entre la pensión de jubilación y la pensión de vejez, en los siguientes términos: “Las pensiones de jubilación, invalidez y retiro por vejez son incompatibles entre sí. El empleado o trabajador podrá optar por la más favorable cuando haya concurrencia de ellas”. En igual sentido, en el artículo 88 del Decreto 1848 de 1969, se consagró dicha incompatibilidad.

Finalmente resulta relevante advertir, frente a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, que conforme fuere igualmente considerado en la citada sentencia del veintidós (22) de julio de dos mil veintiuno (2021), esta constituye una prerrogativa de que dispone todo trabajador oficial que se encuentre en la imposibilidad de continuar efectuando cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones y no haya alcanzado el mínimo de semanas requerido para acceder al reconocimiento pensional, siendo el propósito de la norma “garantizar el mínimo vital del trabajador que alcanza la edad de retiro forzoso, pero no cumple con la totalidad de los requisitos exigidos en el régimen pensional del cual es



beneficiario”, por lo que si el peticionario es beneficiario de una pensión de vejez, no es posible otorgarse la indemnización sustitutiva, en atención a lo señalado en el artículo 6 del Decreto 1730 de 2001, que consagra la incompatibilidad de las indemnizaciones sustitutivas de vejez y de invalidez, con las pensiones de vejez y de invalidez; incompatibilidad que advirtió ha de interpretarse “«como una imposibilidad en torno a los aportes del sistema para que no lleguen a financiar dos prestaciones simultáneamente». No obstante, en el marco de lo expuesto, predicable resulta su compatibilidad de provenir su financiamiento de aportes privados.

Así, y conforme la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, es dable devengar simultáneamente una pensión de jubilación por servicios prestados en el sector público y una pensión de vejez -o indemnización sustitutiva de esta- pagada por el ISS -hoy Colpensiones-, siempre y cuando su fuente de financiamiento sea distinta, esto es, que los aportes involucrados no provengan de dineros del tesoro público, pues en tal caso se genera una incompatibilidad pensional, correspondiéndole al interesado escoger la pensión que le resulte más favorable.

NOTA DE RELATORIA: El contenido de las notas citadas respecto de las decisiones referenciadas es de carácter eminentemente informativo de conformidad con la labor compiladora de la relatoría; por lo que se resalta el deber de consultar los textos completos de las providencias para verificar el contenido fiel de las decisiones ante posibles yerros en la tarea de clasificar, titular, extraer y divulgar dichos documentos.