



República de Colombia
Consejo de Estado

Publicación Quincenal

BOLETÍN DEL CONSEJO DE ESTADO

No 28 - Agosto 1 de 2008
BOGOTÁ, COLOMBIA

Contenido:

Editorial	1
Jurisprudencia del Consejo de Estado al Día	
• Acciones Constitucionales	1 - 2
• Sección Primera	2 - 5
• Sección Segunda	5 - 6
• Sección Tercera	6 - 8
• Sección Cuarta	8 - 9
• Sección Quinta	9 - 11
• Sala de Consulta	12 - 13
• Noticias Destacadas	13 - 14

Noticias destacadas

- **DR. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA, VICEPRESIDENTE DEL CONSEJO DE ESTADO**
- **DR. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO NUEVO CONSEJERO DE ESTADO**
- **LA AGENCIA ALEMANA PARA LA COOPERACIÓN TÉCNICA - GTZ - Y EL CONSEJO DE ESTADO REALIZARÁN FORO INTERNACIONAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO - Viernes 29 de agosto Hotel Tequendama, Bogotá.**

EDITORIAL

En esta edición del Boletín, se publica la nueva línea jurisprudencial trazada por la Sección Quinta de la Corporación, en torno a la problemática electoral sobre el manejo que debe darse a las mesas afectadas con registros falsos o apócrifos, cuando éstas inciden en la nulidad de la elección.

De otro lado, es importante destacar que dentro del marco de la reforma al Código Contencioso Administrativo, se realizará el Seminario y Foro Internacional en Derecho Contencioso Administrativo, con la colaboración de la Agencia de Cooperación Técnica Alemana GTZ y la participación de reconocidos juristas y Magistrados extranjeros. Será un importante evento académico que permitirá enriquecer el propósito de modernización y fortalecimiento de nuestra jurisdicción, a través de las experiencias del derecho comparado.

Finalmente, queremos felicitar al Tribunal Administrativo de Norte de Santander por sus 80 años de creación y esperamos que continúen en la labor que con denuedo vienen realizando para bien del país y de la justicia.

ENRIQUE GIL BOTERO
Presidente

JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO AL DÍA

En esta sección destacamos algunos de los fallos proferidos por el Consejo de Estado en las últimas semanas:

ACCIONES CONSTITUCIONALES

ACCIONES POPULARES

1. DISCAPACITADOS ACCESIBILIDAD A CAJEROS AUTOMÁTICOS - PLAZO DE ADECUACIÓN VENCió EL 11 DE FEBRERO DE 2001

En orden a lo anterior, no hay duda, entonces, que el cajero automático debe adaptarse a las previsiones técnicas dictadas por el Gobierno Nacional para asegurar la accesibilidad de las personas discapacitadas y contenidas en la Ley 361 de 1997, porque si bien existe fila preferencial en el Banco Cafetero para atender las transacciones de aquellas personas con discapacidad o mujeres embarazadas, también lo es, que para efectos de transacciones rápidas, como retiro de dinero, transferencias de dinero a otras cuentas, consulta saldo, etc., se pueden realizar a través de los cajeros electrónicos que permiten facilidad y rapidez en este tipo de actividades, y aún más cuando el banco se encuentra cerrado. En efecto, como ya se mencionó el artículo 47 de la Ley 361 de 1997 dispuso que las edificaciones abiertas al público, debían realizar las construcciones, ampliaciones y reformas ten-

dientes a permitir la accesibilidad de las personas con movilidad reducida, sean éstas temporales o permanentes. Igualmente, el artículo 52, ibídem, concedió a las instalaciones abiertas al público de carácter particular un plazo de cuatro (4) años para realizar las adecuaciones contempladas en la Ley 361 de 1997 una vez entrara en vigencia, lo cual ocurrió el 11 de febrero de 1997 con su publicación en el Diario oficial, por lo que los cuatro (4) años vencieron el 11 de febrero de 2001 y aún el causante de la vulneración no ha adecuado el inmueble para el acceso de los discapacitados o personas con movilidad reducida.

Sentencia del 12 de junio de 2008. Exp. (AP.) 2004-92201-01. M.P. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA

TUTELAS

1. PAGO PARCIAL DE SALARIOS A EMPLEADO FUNDACIÓN SAN JUAN DE DIOS NO ES SUFICIENTE PARA SU RECUPERACIÓN ECONÓMICA

Se debe establecer en esta oportunidad, si a pesar de que la Fundación San Juan de Dios canceló parcialmente algunos salarios a la tutelante, ello resulta suficiente para que no continúe la vulneración de sus derechos fundamentales.

Lo cierto es que la falta del pago de sus salarios y prestaciones por espacio de siete años, constituye una grave vulneración a sus derechos constitucionales fundamentales, que han hecho a la actora adquirir deudas hasta el punto de no saber cómo cubrirlas, viviendo en condiciones indignas con sus dos menores hijas, por lo tanto, por el hecho de liquidarse parcialmente algunos de los salarios, no alcanza a resarcir el perjuicio ya ocasionado, pues para que la actora vuelva a recuperarse económicamente, requiere el pago total de los salarios y prestaciones adeudados, hasta la fecha.

Sentencia del 17 de julio de 2008. Exp. AC-2008-00354, M.P. JUAN ÁNGEL PALACIO HINCAPIÉ

SECCIÓN PRIMERA

1. TASA DEL FONDO ROTATORIO DE ESTUPEFACIENTES - NULIDAD PARCIAL DEL DECRETO 257 DE 1969 AL CREAR TASA SIENDO RESERVA LEGAL

El recargo de que trata el artículo 4° de la disposición acusada encaja dentro de la definición de tasa, como lo dijo el Procurador Delegado ante esta Corporación, pues ciertamente está orientada a cubrir los costos en que incurre el Fondo por la prestación del servicio de

importe de medicamentos que formen hábito pernicioso. La misma disposición censurada así lo dispone cuando establece que ese sobrecosto se destina “para atender a los gastos de administración del Fondo” y agrega “con cargo a los cuales podrán crearse, mediante resolución del Ministro los empleos necesarios para su gestión”. La Constitución Política estableció que la tasa está sujeta al principio de reserva legal en cuanto a su creación. En efecto, tanto el artículo 338 de la Constitución Política de 1886 como el de la actual, disponen: (...). La Ley 36 de 1939 no otorgó facultades al Gobierno para cobrar y recaudar esta tasa ni lo hicieron las leyes posteriores que regularon la comercialización de estos medicamentos. Dentro de este contexto, no hay duda para la Sala que el artículo 4° del decreto acusado excedió la potestad reglamentaria, pues creó una tasa, la cual, se repite, está reservada expresamente al legislador.

Sentencia de 12 de julio de 2008. Exp. 2003-00064-01, M.P. MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN

2. PERDIDA DE FUERZA EJECUTORIA - CUMPLIMIENTO DE CONDICIÓN RESOLUTORIA: EXISTENCIA DE ESCUELAS AUTOMOVILÍSTICAS

Lo que emerge de la situación planteada en el debate procesal, es que la resolución acusada resulta lógicamente de la situación jurídica en que quedó la resolución revocada, 505 de enero de 1996, como quiera que ésta obedeció a una situación de hecho susceptible de cambiar o desaparecer y dependía de ésta, consignada expresamente en su propia parte motiva, consistente en que la validación de las técnicas de conducción para la obtención de la licencia de conducción en 5ª y 6ª categoría se podía hacer mientras no existieran escuelas de enseñanza automovilística en esta categoría, por expreso mandato del artículo 64 del Acuerdo 51 de 14 de octubre de 1993 según se señala en el tercer párrafo de los considerandos o parte motiva de la misma resolución 505, el cual conviene traer a colación, así: “Que el artículo 64 del Acuerdo 51 del 14 de octubre de 1993, señala que para la obtención de la licencia de conducción en quinta (5ª) o sexta (6ª) categoría, se podrá validar las técnicas de conducción ante el INTRA en cuanto existan escuelas de enseñanza automovilística en esta categoría.” Así las cosas, tanto la Resolución 505 en comento como los actos administrativos que se profirieron con fundamento en ella (permisos especiales para recategorizar licencias de conducción en 6ª categoría) estaban sujetos a una condición resolutoria, consistente en que surgieran escuelas de enseñanza automovilística en sexta categoría, de allí que al surgir cuatro (4) de esas escuelas, como se dice en los considerandos de la resolución acusada y no ha sido desvirtuado, la comentada resolución y los permisos especiales que por

virtud de la mismas se otorgaron, perdieron su fuerza ejecutoria por la ocurrencia de la condición resolutoria. En esas circunstancias no cabía aducir derecho adquirido alguno, ya que los derechos surgidos en su contexto eran provisionales o transitorios, iuris tan tum, es decir, mientras no existieran las referidas escuelas. De modo que no es por razón del acusado artículo segundo de la resolución 001996 de 2002 que los aludidos permisos especiales quedaron sin vigencia, sino por el fenómeno extintivo de sus efectos atrás precisado, la condición resolutoria, y dicho artículo no hace otra cosa que concederles un periodo de gracia o prórroga temporal oficiosa por el lapso que señala, hasta el 15 de abril de 2002.

Sentencia de 3 de julio de 2008. Exp. 2004-00209-01. M.P. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA

3. EL REQUISITO DE LA CONSULTA A COMUNIDADES INDÍGENAS ES OBLIGATORIO EN DECISIONES SOBRE EXPLOTACIÓN DE RECURSOS NATURALES NO EN RELACIÓN CON DISTRIBUCIÓN DE RECURSOS DEL FOSYGA

Resta entonces a la Sala analizar la presunta violación de los artículos 6°, 24 y 25 del Convenio 169 de la OIT “Sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes”, aprobado mediante la Ley 21 de 1991, los cuales establecen: (...). Sobre la consulta previa que debe surtir ante las comunidades indígenas para adoptar medidas administrativas o legislativas que las afecten, la Corte Constitucional, en sentencia C-169 de 2001, claramente dejó sentado lo siguiente: Al mismo tiempo, el artículo 34 del mismo tratado estipula: ‘La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, tomando en cuenta las condiciones propias de cada país’. Es decir, el instrumento otorga a los Estados Partes un importante margen de discrecionalidad para determinar las condiciones en que habrán de dar cumplimiento a los deberes internacionales que allí constan; ello, por supuesto, en la medida en que las Partes hagan uso de dicha flexibilidad sin dejar de cumplir con el objeto esencial de sus obligaciones que, en este caso, consiste en asegurar la efectiva participación de los grupos étnicos en las decisiones que les conciernan: (...). De acuerdo con lo anterior, en cuanto ni la Constitución ni la Ley han sometido a la consulta de las comunidades indígenas materia alguna diferente a la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas (artículo 330 de la Constitución Política, en armonía con el artículo 76 de la Ley 99 de 1993) esta corporación concluye que tampoco tiene vocación de prosperidad el cargo en estudio, como quiera que la norma acusada versa sobre el porcentaje de los recursos que tanto los resguardos indígenas como el FOSYGA deben asignar

para la ampliación de la cobertura de la población indígena en el régimen subsidiado, aspecto no sometido a consulta, se reitera, ni por la Constitución ni la ley, requisito necesario para su procedencia.

Sentencia de 3 de julio de 2008. Exp. 2004-00260-01. M.P. MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

4. FIDUCIA MERCANTIL - EXISTE CONTRATO DE CESIÓN CUANDO HA SIDO FIRMADO POR CEDENTE, CESIONARIO Y LA FIDUCIARIA

De las anteriores disposiciones (C.Civil arts. 1226, 1228 y 1959), concordantes entre sí, se puede inferir que la cesión de una posición de fideicomitente inversionista debe constar por escrito, tal como nace el derecho o la posición objeto de la cesión, pues el cesionario inversionista pasa a sustituir al fideicomitente inversionista en la posición cedida, en sus derechos y obligaciones dentro del fideicomiso. Lo anterior explica que en la cláusula tercera del contrato de promesa de cesión se hubiere estipulado que “La cesión que se promete, se perfeccionará mediante la firma del documento de cesión suscrito por ‘EL PROMITENTE CESIONARIO’, ‘EL PROMITENTE CEDENTE’, o quien haga sus veces y la ‘FIDUCIARIA’.” Quiere decir que sólo cuando se ha plasmado por escrito y se ha firmado por las partes interesadas en el asunto (el cedente, el cesionario y la fiduciaria), vale decir que hubo cesión o existe contrato de cesión de la posición de que se trate en el fideicomiso.

Sentencia de 03 de julio de 2008. Exp. 2001-00054-01, M.P. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA

5. CELEBRACIÓN DE CONTRATOS CON ENTIDADES PÚBLICAS - EJECUCIÓN DEL CONTRATO DENTRO DEL AÑO ANTERIOR A LA ELECCIÓN: NO CONFIGURACIÓN POR RENUNCIA A REPRESENTACIÓN LEGAL DE ASOCIACIÓN DE PADRES DE FAMILIA

Se le endilga al demandado esta inhabilidad por cuanto, en su condición de representante legal de la Asociación de Padres de Familia de la Institución Educativa ROQUE DE ALBA, celebró contrato de aportes con el ICBF el 27 de enero de 2006, adicionado el 10 de marzo de 2006. Al respecto, cabe advertir lo siguiente: La elección de Diputados se llevó a cabo el 28 de octubre de 2007 y el contrato de aportes se celebró el 27 de enero de 2006 y su adicional el 10 de marzo de 2006. Es decir, que, en principio, el período inhabilitante estaría comprendido entre el 28 de octubre de 2006 al 28 de octubre de 2007, por lo que, por ende, no se configura la causal alegada. Ahora, el actor hace énfasis en que el contrato siguió produciendo sus efectos con posterioridad a su celebración. Al respecto, cabe advertir que la ejecución o cumplimiento del contrato, si se produce dentro del término de los doce meses anteriores a la elección, debe comportar la configuración de la causal

examinada, pues es indudable que en desarrollo de las actividades contractuales es donde se pueden obtener ventajas o beneficios frente a los demás aspirantes o candidatos, que fue precisamente lo que el legislador quiso proscribir. Resulta indudable que es la implementación del contrato y no su celebración donde el contratista tiene la posibilidad de obtener provecho de su situación de privilegio frente a la Administración y a los otros candidatos. Sin embargo, en este caso, la renuncia presentada por el demandado como representante de la Asociación de Padres de Familia de la Institución Educativa ROQUE DE ALBA, desde el 30 de agosto de 2006 (folio 47), aprobada el 12 de septiembre del mismo año, según consta en el Acta visible a folios 48, deja sin sustento el aspecto relativo a la ejecución del contrato y la relevancia que la misma pudiera tener en este caso.

Sentencia de 3 de julio de 2008. Exp. 2008-00017-01, M.P. MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

6. DELEGACIÓN DE FUNCIONES DE LA ASAMBLEA AL GOBERNADOR - LEGALIDAD PARA REGULAR MONOPOLIO NO PARA GRAVARLO

En el caso que ocupa la atención de la Sala, la Asamblea Departamental de Nariño, delegó en el Gobernador la facultad de regular el monopolio de licores destilados en dicho departamento. Dicha función se encuentra prevista en el artículo 61 de la Ley 14 de 1983, en los siguientes términos: Art. 61... las Asambleas Departamentales regularán el monopolio o gravarán esas industrias y actividades, si el monopolio no conviene, conforme a lo dispuesto en esta Ley.” La disposición transcrita establece para las asambleas departamentales dos facultades diferentes, una consistente en regular el monopolio sobre la producción, introducción y venta de licores destilados y la otra, consistente en gravar la actividad cuando el monopolio no conviene. En este caso, se repite, la función delegada es la de regular no la de gravar el citado monopolio que, como se dijo, no es pasible de delegación por expresa prohibición del artículo 338 de la Constitución Política. No ocurre lo mismo con la facultad reguladora, habida cuenta que no existe prohibición alguna que impida delegarla. Contrario a ello, la Carta Política en su artículo 300 numeral 9, le permite a las asambleas departamentales delegar pro tempore las funciones que le son propias. Es claro entonces que, al ser la Asamblea Departamental de Nariño la titular de la función de regular el monopolio de licores en dicho ente territorial y estar facultada por la Carta Política para delegar las funciones que le son propias, no se advierte ilegalidad en el acto acusado ya que no se ha actuado en contra de la prohibición.

Sentencia de 19 de junio de 2008. Exp. 2002-00685-01, M.P. MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN

7. FALTA DE NOTIFICACIÓN PERSONAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE CONSERVACIÓN ARQUITECTÓNICA - INOPONIBILIDAD

Esta Sala tiene dicho que los actos administrativos que consignan disposiciones de carácter general y a la vez particular deben notificarse al público a través de la publicación ordenada por el artículo 43 CCA y a los particulares personalmente, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 44 CCA. Por lo tanto, no cabe duda que el Decreto 677 de 1994 debía notificarse personalmente a los propietarios de los inmuebles individualizados. Para justificar esta notificación personal la Sala adujo las siguientes razones: «Primero, porque para el caso particular del Distrito Especial de Santa Fe de Bogotá así lo señala el artículo 36 del decreto distrital 327 de 1.992, cuyo enunciado es el siguiente: [...] Segundo, en cada caso concreto se surte una actuación administrativa iniciada de oficio o a solicitud de parte, tal como puede inferirse de lo dispuesto en los artículos 39 y 40 del precitado decreto distrital, puesto que implica estudios del inmueble y otros pasos procedimentales. [...]. Tercero, por las implicaciones que para el propietario del inmueble pueden acarrear las decisiones que se tomen o los actos materiales que se realicen sobre el mismo, según se desprende del artículo 68 ibídem, que a la letra dice: Cuarto, por cuanto es la forma más efectiva de garantizar el derecho de defensa y de contradicción a los afectados, y condición necesaria para su aplicación en lo que a su inmueble corresponde.» En el expediente obra constancia de la publicación del Decreto 677 de 1994 en la Gaceta de Urbanismo y Construcción, edición número 54 de 1° de diciembre de 1.994, pero no de la notificación surtida a Julio Barreneche Almacenadora Colombiana & Cia S. en C., propietaria del inmueble desde 1988, como se deduce de su certificado de tradición y libertad. En consecuencia, a ALMACOL no le era oponible el Tratamiento de Conservación Arquitectónica (TCA) y así, mal pudo violarlo.

Sentencia de 29 de mayo de 2008. Exp.1997-9040-01(6437) y 1998-0746-01(5747), M.P. CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE

8. SERVICIO PÚBLICO DE EDUCACIÓN - LEGALIDAD DEL DECRETO 1850 DE 2002: JORNADA DOCENTES Y EDUCANDOS; FACULTADES DEL RECTOR

Según quedó expuesto, la Ley 715 de 2001 distribuyó las competencias del sector educación entre la Nación, las entidades territoriales, las instituciones educativas y los rectores o directores. En tal virtud, a la Nación, sin perjuicio de las establecidas en otras normas legales, le compete ejercer competencias relacionadas con la prestación del servicio público de la educación en sus niveles preescolar, básico y medio en las áreas urbana y

rural, y entre ellos formular las políticas y objetivos de desarrollo para el sector educativo y dictar normas para la organización y prestación del servicio. A criterio de la Sala, el Gobierno Nacional, lejos de exceder la potestad reglamentaria otorgada por el legislador, mediante el contenido normativo del acto acusado aseguró el cumplimiento de las cuarenta (40) semanas de tal forma que se cumplan las intensidades horarias mínimas, semanales y anuales, de actividades pedagógicas relacionadas con las áreas obligatorias y fundamentales y con las asignaturas optativas, para cada uno de los grados de la educación básica y media, con miras a garantizar la calidad de la educación. A la vez, determina el horario mínimo que los educandos dedicarán a la asignación académica y de desarrollo institucional, con miras a garantizar la calidad de la educación. Tampoco se excedió al deferir al rector o director la potestad de distribuir actividades de los docentes para cada día de la semana, discriminando el tiempo dedicado al cumplimiento de la asignación académica y a las actividades curriculares complementarias pues el numeral 10.9 del artículo 10° de la Ley 715 de 2001 dispone que compete al rector distribuir las asignaciones académicas, y demás funciones de docentes, directivos docentes y administrativos a su cargo, de conformidad con las normas de la materia, además de las funciones asignadas por otras normas, de tal suerte que no hubo exceso al otorgarle tales funciones. Si bien se estableció una jornada laboral de ocho horas, éstas se reparten en un mínimo de seis (6) horas diarias distribuidas en la asignación académica y las dos (2) horas restantes podrán realizarlas fuera de la institución educativa dedicadas a la administración del proceso educativo, la preparación de su tarea académica, la evaluación, edificación, planeación disciplina y formación de los alumnos, las reuniones de profesores generales o por área, la dirección de grupo y servicio de orientación estudiantil, la atención a la comunidad, en especial a los padres de familia, las actividades formales, culturales y deportivas contempladas en el Proyecto Educativo Institucional -PEI, la realización de otras actividades vinculadas con organismos o instituciones del sector que incidan directamente e indirectamente en la educación, actividades de investigación y actuación pedagógica relacionadas con el PEI y actividades de planeación y evaluación institucional. Por lo demás, es infundado el argumento según el cual los docentes tienen un derecho adquirido pues según jurisprudencia de esta Corporación éstos son los que se hubiesen consolidado durante la relación laboral. No las expectativas a cuya intangibilidad no se tiene ningún derecho, como ocurre en el sub iudice.

Sentencia de 30 de abril de 2008. Exps. 2002-00338-01, 2002-00271-01 y 2003-00024-01. M.P. CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE.

SECCIÓN SEGUNDA

1. LA DECLARACIÓN DE ILEGALIDAD DEL CESE DE ACTIVIDADES EN TELEBUCARAMANGA SE AJUSTO AL DEBIDO PROCESO

En efecto, aparece el Acta de 22 de enero de 2003, en la que consta que para acreditar la existencia del cese de actividades, se comisionó a la Inspectoría de Trabajo, quien se hizo presente en dos de las instalaciones de la Empresa TELEBUCARAMANGA, donde se constató que existía por parte de los trabajadores un cese parcial de actividades de los funcionarios operativos, siendo invitado en cada oportunidad el sindicato para que participara en la respectiva constatación frente a lo cual manifestaron su negativa. Acreditado que algunos trabajadores suspendieron su actividad laboral de manera intempestiva, sin poder hacerlo válidamente, porque el Legislador no permite esta clase de conductas en los servicios públicos esenciales, en virtud de lo dispuesto por el artículo 451 del CTS. , se podía declarar su ilegalidad. Por tanto, no le asiste razón al Ministerio Público, cuando asiente en la declaratoria de nulidad del acto acusado, con fundamento en que no se cumplió la verificación del cese de actividades de la forma como lo exige la Circular 019 de 1991 y que en consecuencia se produjo la violación al debido proceso, cuando la declaratoria de ilegalidad por suspensión de las actividades se produjo acorde a lo establecido en la ley y no conforme a lo dispuesto por una Circular de carácter informativo, de la que no se infiere una clara voluntad de producir efectos jurídicos, en la medida en que no crea ni extingue o modifica situación jurídica alguna y que carece de carácter coercitivo o imperativo.

Sentencia del 19 de junio de 2008, Exp. 2003-0022, M.P. GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN

2. FACTORES SALARIALES PARA LIQUIDAR LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN DE LOS EMPLEADOS DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPUBLICA

La Caja al establecer la base de liquidación de la pensión de jubilación de la parte actora incluyó la asignación básica y la bonificación por servicios prestados, y omitió incluir otros factores devengados en el último semestre de servicio como la bonificación especial (quinquenio) y las primas de servicios, vacaciones y navidad. La relación de factores (artículo 40 del Decreto 720 de 1978) no pueden ser entendidos de manera taxativa y excluyente de los factores consagrados en el referido artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, por dos razones: la primera, por cuanto fue el propio Decreto 929 de 1976 en su artículo 17 que remitió a sus factores; remisión que adhirió al régimen especial de la Contraloría, en cuanto a factores

salariales se refiere, al régimen general de los empleados públicos. Y la segunda, porque la filosofía del artículo 40 del Decreto 720 de 1978 consistió en enunciar algunos factores salariales, toda vez que de su texto se desprende la existencia de otros posibles al decir que "Además [...] constituyen factores de salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios. En resumen, la Sala precisa que para efectos de determinar la base de liquidación pensional de los empleados de la Contraloría General de la República debe acudirse a los factores salariales previstos en los artículos 45 del Decreto 1045 de 1978 y el 40 del Decreto 720 del mismo año, sin perjuicio de todos aquéllos que de manera habitual y periódica recibe el empleado como contraprestación por sus servicios.

Sentencia del 19 de junio de 2008. Exp.2003-2740 (1228-07), M.P. GERARDO ARENAS MONSALVE

3. SE NIEGA NULIDAD DEL DECRETO 933 DE 2003 (artículos 2°, 7°, 8, 11,14) POR EL QUE SE REGLAMENTA EL CONTRATO DE APRENDIZAJE

Al considerar que la Relación de Aprendizaje difiere sustancialmente de la contractual ordinaria, por lo se descarta la vulneración de los artículos 37 y 39 del C.S.T por no ser extensivos para regular la Relación Especial del Contrato de Aprendizaje, como también del artículo 30 de la Ley 789 de 2002, que establece que el término del Contrato de Aprendizaje es de dos años y que en el mismo se pacta una remuneración, por lo que el Gobierno podía establecer entre los aspectos formales que el contrato debe celebrarse por escrito. Que el ejercicio de la potestad reglamentaria permitía al Presidente de la República, establecer las prácticas y programas que no constituyen Contratos de Aprendizaje, en aras de precisar y delimitar el alcance del artículo 31 de la Ley 789 de 2002, que señala aquellas que tienen tal connotación, sin desconocerlo. De otra parte, si bien SENA no tiene la exclusividad de la formación profesional, no significa que no tenga competencia para fijar la cuota de aprendices que deben tener las empresas obligadas a dicha contratación, ni que no pueda controlar que se mantenga la proporción de aprendices en relación con el número de trabajadores de la empresa. Igualmente, no se limita al empleador en la escogencia del aprendiz sino que establece la necesidad de informar al SENA las variaciones en la nómina. Por último, frente al incumplimiento del pago de la cuota de monetización, resulta armónico que surja una sanción económica.

Sentencia del 19 de junio de 2008, Exp. No 2003-2741(2799-03), M.P GERARDO ARENAS MONSALVE

SECCIÓN TERCERA

1. JUECES ARBITRALES - COMPETENCIA ACERCA DE LA LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

En materia contractual se encuentran excluidos de la competencia de los árbitros i) los actos administrativos de contenido particular y concreto que se expidan en ejercicio de potestades o facultades excepcionales en los términos previstos por la Corte Constitucional en la precitada sentencia C-1436 de 2000 y ii) los actos administrativos de carácter general proferidos en desarrollo de la actividad contractual de la Administración. Podrán, en cambio, ponerse en conocimiento de los árbitros los actos administrativos contractuales de contenido particular que no provengan del ejercicio de facultades excepcionales, dado que respecto de tales actos se reconoce la capacidad dispositiva de las partes, según se desprende de la misma sentencia C-1436 de 2000 en consonancia con los artículos 70 y 71 de la Ley 446 de 1998. En asuntos de otra naturaleza, queda también proscrito para los árbitros adelantar juicios de legalidad referidos a i) actos administrativos generales, así como respecto de ii) actos administrativos de contenido particular y concreto que por expresa disposición legal deban someterse a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. En cambio, tal competencia sí se advierte respecto de los actos administrativos de contenido particular, ya que el hecho de su transigibilidad, fundado en los artículos 70 y 71 de la Ley 446 de 1998, hace operante el enunciado normativo del artículo 115 del Decreto 1818 de 1998.

Auto del 26 de junio de 2008. Exp.2008.00031-00(35287), M.P. MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

2. FALLA DEL SERVICIO. FALTA DE SEÑALIZACIÓN. ACCIDENTE DE TRANSEÚNTE

El señor Rosero sufrió un accidente debido a la falta de medidas de seguridad en cabeza de las Entidades Municipales de Cali, EMCALI, entidad que se encontraba a cargo de la obra realizada en el lugar de los hechos, lo cual constituye una falla en la prestación del servicio imputable a ésta última. No resulta predicable hablar en este caso de que las lesiones sufridas por el señor Rosero se debieron a su propia culpa, habida consideración de que no se demostró que éste se encontrara en estado de embriaguez como lo afirmó la citada empresa, mucho menos que se le hubiese advertido de que no transitara por el lugar y que éste hubiera hecho caso omiso a tal advertencia; por el contrario, se acreditó que las Empresas Municipales de Cali, EMCALI, no adoptaron las medidas requeridas, las cuales resultaban necesarias para el buen desarrollo de las tareas realizadas en el lugar de los hechos; es decir,

tal omisión, produjo el accidente en el cual se vio involucrado el señor Rosero.

Sentencia del 19 de junio de 2008. Exp.1994-00736-(15263) M.P. MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR

3. RETENCIÓN INJUSTA DE AERONAVES. PERIODO DE INMOVILIZACIÓN. DETERIORO Y SAQUEO

La acción incoada en el presente caso, como quiera que la misma se fundara, entre otros hechos, en la presunta dilación injustificada en que, se afirma, incurrió la entidad demandada durante el trámite administrativo aduanero adelantado. El daño se produjo porque el procedimiento administrativo superó los términos previstos en la ley, toda vez que entre la fecha en que la aeronave fue retenida para constatar posibles irregularidades en su importación y la fecha en que fue efectivamente recuperada por su dueño, transcurrieron 14 meses. Si bien es cierto que esta jurisdicción ha conocido eventos similares, con fundamento en el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho respecto de los actos por medio de los cuales se suspenden las actividades de vuelo de una aeronave y se dispone su retención, el evento aquí planteado como se evidencia, es distinto y amerita su trámite a través de la acción de reparación directa que ejercitó el actor. Así lo ha entendido la Sala en anteriores oportunidades, al definir pretensiones sustentadas en el deterioro de la nave por el transcurso del tiempo o por el saqueo de que pudo ser objeto durante el período de la inmovilización, una vez que el mismo es advertido por su propietario, cuando se produce la devolución de la misma. Como bien lo explicó el Tribunal, la responsabilidad aquí analizada no se fundamenta en la ilegalidad del acto sino, se reitera, en la dilación presuntamente injustificada del trámite administrativo. Nota de Relatoría: Ver sentencia proferida el 5 de marzo de 2004, expediente 14730; actor: Guillermo Otero Castellanos y otro.

Sentencia del 4 de junio de 2008, Exp.1994-00158 (14721) M.P. RAMIRO SAAVEDRA BECERRA

4. INEXISTENCIA DE DOBLE CONTRATACIÓN

El contrato, celebrado entre el Departamento del Casanare y la demandante, no adolecía de vicio de nulidad absoluta porque en realidad jamás existió doble contratación del mismo objeto, toda vez que las órdenes de servicio se celebraron para períodos diferentes y con un alcance diferente al establecido en el contrato 0589 de 1996. Bajo esta premisa resulta claro que el acto administrativo acusado, mediante la cual se declaró la terminación unilateral del contrato 589 de con fundamento en la segunda causal de nulidad prevista en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, se encuentra falsamente motivado, toda vez que se sustentó en la existencia de una doble contratación, respecto del mismo objeto, la cual nunca existió, tal

como se pudo demostrar en el proceso, y por lo tanto, el acto administrativo se encuentra sustentado en un hecho que no corresponde a la realidad, razón por la cual será declarada su nulidad, previa revocatoria de la sentencia impugnada mediante la cual se denegó la pretensión formulada en este sentido.

Sentencia de 2 de mayo de 2007. Exp.1997-00339-01 (15599), M.P. MAURICIO FAJARDO GÓMEZ.

5. I. FALLA DEL SERVICIO POR FALTA DE SEÑALIZACIÓN PREVENTIVA - Arroyos en la ciudad de Barraquilla

En consecuencia, concluye la Sala que hubo incumplimiento de las normas de señalización preventiva en el lugar de los hechos, lo cual permite imputar el daño antijurídico de que trata el presente asunto al Distrito de Barraquilla, entidad propietaria de las vías urbanas y por tanto encargada de su mantenimiento y señalización, como quiera que la omisión en este último deber, constituye la falla sobre la cual se erige la causa determinante de los mismos, y en virtud de ello es por lo que se reclama su reparación. Advierte la Sala que la muerte de personas y los daños causados por los arroyos en la ciudad de Barraquilla constituyen una falla del servicio que hoy día resulta indamisible, y en virtud de ello la Administración Distrital debe dar una pronta solución, como quiera que la ocurrencia de hechos de esta naturaleza, evidencia una deficiente prestación del servicio, que pone en peligro la integridad de las personas que transitan por la ciudad.

II. INAPLICACION DE FALLA RELATIVA DEL SERVICIO

Estima la Sala que dentro del asunto sub-examine, la doctrina de la relatividad de la falla, alegada por el recurrente, no es de aplicación, en tanto la instalación de señalización preventiva, es uno de los deberes mínimos que las autoridades de tránsito tienen, con el fin asegurar la circulación de los automotores y los peatones, dando así aplicación a las normas que gobiernan la materia. En relación con el papel que desempeña el juez, frente a la determinación del buen o mal funcionamiento de los servicios públicos, la doctrina ha manifestado: "Entre las hipótesis de funcionamiento normal y anormal existen algunas distinciones que pueden ser establecidas. La primera, que en el segundo caso no es exigible al usuario del servicio previsión y diligencia ordinarias, que si lo es, en cambio, en el primero. Para utilizar el ejemplo ya señalado de los baches en las carreteras, mientras estos baches sean considerados normales o estén señalizados, se exige al conductor la diligencia debida para evitarlos; tan solo las situaciones "anormales" en la carretera hacen innecesario el examen de dicha diligencia. La segunda es que, en caso de funcionamiento anormal - especialmente por actuaciones ilícitas-, la

Administración no puede presentar título justificativo alguno para que el particular cargue con los daños, salvo el caso de fuerza mayor que más adelante se verá. La tercera, de cariz ya sociológico, es que ante las diferencias ya señaladas los jueces tiendan a admitir con mayor facilidad las demandas en caso de funcionamiento anormal, demandas que en caso de prosperar tiende a repercutir de alguna manera sobre la mejora del servicio. De esta forma los jueces intervienen indirectamente en la señalización de la delicada barrera entre lo normal y lo anormal de los servicios públicos, sirviendo de acicate para que éstos se mantengan en un umbral aceptable para la sociedad en que se desarrollan.”

Sentencia del 16 de julio de 2008. Exp. 1995-09490 (17163). M.P. ENRIQUE GIL BOTERO

6. LA RESTRICCIÓN A LA LIBERTAD DE LOCOMOCIÓN, RESIDENCIA Y PROHIBICIÓN DE SALIR DEL PAÍS HACE PARTE DE LA PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD

El compromiso al que fue sometido el demandante el día 25 de enero de 1994, conllevó la prohibición de salir del país y de cambiar de domicilio sin previa autorización, vulneró el desarrollo íntegro de su derecho fundamental a la libertad de locomoción y residencia, daño que se tornó en antijurídico habida consideración que después en fallo definitivo se determinó que la víctima no cometió el hecho, de donde resulta evidente que no tenía por qué soportarlo y por tanto compromete la responsabilidad patrimonial del Estado en los términos del artículo 90 Superior. En este orden de ideas, el daño sufrido por el demandante como consecuencia de la afectación de una de las facetas de la libertad es imputable a las entidades demandadas, por ser éstas quienes intervinieron en la adopción de las decisiones dentro del proceso penal que comportaron el sacrificio de su libertad, cuando finalmente fue absuelto por no cometer el hecho punible. Está, pues, demostrado que el daño infligido al demandante, vale decir, su limitación a la libertad de locomoción y residencia reviste el carácter de antijurídico en tanto injusto por cuanto la víctima no estaba en la obligación de soportarlo, dado que Delgado Cruz fue objeto de una medida de aseguramiento que entrañaba limitantes a su libertad por motivo de la sindicación del delito de prevaricato por omisión, cuando posteriormente el Tribunal Superior de Ibagué decidió absolverlo en tanto no cometió el hecho endilgado en su contra.

Sentencia del 6 de marzo de 2008. Exp.1997.05503-01 (16075).M.P. RUTH STELLA CORREA PALACIO.

*** Con Salvamento de Voto del Consejero RAMIRO SAAVEDRA BECERRA**

*** Con Aclaración de Voto del Consejero ENRIQUE GIL BOTERO**

7. OPORTUNIDAD PARA SOLICITAR SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE LAUDO ARBITRAL

La petición expresa para que se produzca la suspensión del laudo, obligatoriamente ha de formularse con anterioridad a la notificación del auto que avoque conocimiento -independientemente de que la misma se incorpore dentro del propio recurso de anulación o en escrito separado-, ello porque la oportunidad procesal para que el juez competente establezca los aspectos básicos de la caución cuya constitución será indispensable para que se abra paso la pretendida suspensión, la constituye la expedición del auto por el cual se avoca conocimiento, sin que dicho pronunciamiento, en consecuencia, pueda efectuarse por fuera de esa oportunidad, a lo cual se agrega que sólo en esa etapa, que es la que antecede a la admisión del recurso, resulta ontológicamente posible declarar desierto el trámite del mismo. Así las cosas, en cuanto la ley estableció de manera precisa la oportunidad procesal para que en el trámite de los recursos de anulación se pueda formular la petición de suspensión del laudo arbitral, tampoco hay lugar a considerar que tal oportunidad sólo resultaría obligatoria para los particulares y que, por tanto, de su observancia estarían exoneradas las entidades públicas, puesto que tal privilegio no les fue otorgado por la norma en estudio, ni a su deducción hay lugar por vía de interpretación, puesto que de hacerlo así se afectaría gravemente tanto el Principio Constitucional de Imparcialidad como el igualitario Constitucional Principio y a la vez Derecho Fundamental a la Igualdad de las partes. La única exoneración que la ley consagró de manera precisa a favor de las entidades públicas recurrentes, la cual naturalmente debe interpretarse y aplicarse de manera restrictiva, exclusivamente se refiere al otorgamiento de la caución.

Auto de 1 de febrero de 2008. Exp.2007-0009-00(33644), M.P. MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

SECCIÓN CUARTA

1. CONCEJOS MUNICIPALES NO PUEDEN GRAVAR A COMERCIALIZADORES DE ENERGÍA CON EL IMPUESTO DE SERVICIO DE ALUMBRADO PÚBLICO

Se controvierte la legalidad del Acuerdo 024 de julio 7 de 2005, artículos 1, 2 y 4 expedido por el Concejo Municipal de Saravena (Arauca) en cuanto gravó con el impuesto de servicio de alumbrado público a los comercializadores del servicio de energía.

Cuando el Acuerdo de Saravena incluye como uno de los hechos generadores del impuesto sobre el servicio de

alumbrado público, la “comercialización de energía”, está estableciendo por primera vez la materia imponible del impuesto, sin que esté previamente señalada en la Ley o pueda deducirse de ella. Además, al gravar específicamente la comercialización de energía se vulnera el artículo 24.1 de la Ley 142 de 1994, porque a pesar de la prohibición allí señalada, se está imponiendo un gravamen a las empresas de servicios públicos que desarrollen esta actividad, el cual no se aplica en la misma forma a los demás contribuyentes del municipio. Quienes desarrollen otras actividades comerciales no estarán sujetos al tributo por la comercialización de energía.

Sentencia del 17 de julio de 2008. Exp. 2005-00203(16170), M.P. LIGIA LOPEZ DIAZ

2. TESTIMONIO DE TERCEROS NO CONSTITUYE PRUEBA IDÓNEA PARA ADICIONAR INGRESOS, NI RESTAR VALOR PROBATORIO A LA CONTABILIDAD QUE SE LLEVA EN DEBIDA FORMA.

Se debe establecer en esta providencia si la prueba testimonial es suficiente para desvirtuar la contabilidad llevada en debida forma y demostrar la percepción de ingresos por los contribuyentes.

La contabilidad de la demandante constituye plena prueba de conformidad con el artículo 774 del E.T. al no haber sido desvirtuada por la Administración. Por su parte los testimonios, como se explicó, no son pruebas idóneas y suficientes para despojar a los asientos contables de la eficacia probatoria que la ley le ha otorgado cuando se llevan en debida forma (art. 772 E.T.), como ocurre en el presente caso. No puede la Administración tomar como fundamento de la adición de ingresos pruebas testimoniales, amén de que las normas tributarias le otorgan amplias facultades de investigación y fiscalización (art. 684 E.T.) para desvirtuar la contabilidad del contribuyente y para obtener medios probatorios directos y contundentes que le permitan tener la certeza y veracidad requerida en la determinación de los tributos.

Sentencia del 17 de julio de 2008. Exp.2005-00495 (16156), M.P. MARIA INÉS ORTIZ BARBOSA

*** Con Salvamento de Voto de la Consejera Ligia López Díaz**

3. CONDONACIÓN DE DEUDAS CONSTITUYE PARA EL BENEFICIARIO UN INGRESO EXTRAORDINARIO

Esta providencia se ocupa de establecer la naturaleza tributaria de la condonación de deudas de los contribuyentes, esto es, si se trata de un ingreso extraordinario o de renta por recuperación de deducciones

Entendiendo entonces, la condonación como un modo de extinguir las obligaciones, la cual se produce

mediante la renuncia gratuita que hace el acreedor a favor del deudor del derecho de exigir el pago de su crédito, se tiene que la condonación de las deudas contraídas por el contribuyente desde el año 1993 a 1998 efectuada por el proveedor en la vigencia fiscal objeto de discusión, constituyen un ingreso extraordinario causado en el año 1998 período gravable en el cual se efectuó el perdón de las obligaciones por parte del acreedor, toda vez que no hace parte del giro ordinario de la actividad del contribuyente.

Sentencia del 17 de julio de 2008. Exp. 2002-01011(15722), M.P. JUAN ÁNGEL PALACIO HINCAPIÉ

4. EL TERMINO DE DOS AÑOS CON QUE CUENTA LA ADMINISTRACIÓN PARA HACER EFECTIVA LA PÓLIZA INICIA A PARTIR DE LA FECHA DE INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES ADUANERAS.

EL ACTO QUE DECLARA EL INCUMPLIMIENTO Y ORDENA HACER EFECTIVA LA GARANTÍA PUEDE ADQUIRIR FIRMEZA VENCIDO EL TERMINO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DERIVADA DEL CONTRATO DE SEGURO

Establece esta providencia la fecha que da inicio al término de prescripción de la acción derivada del contrato de seguro, así como si la interrupción de tal fenómeno, solo se presenta si el acto que declara el incumplimiento adquiere firmeza dentro de los dos años siguientes a la fecha en que se presentó el incumplimiento.

La Administración dispone del término de (2) dos años para declarar el siniestro y la efectividad de la garantía, contados a partir de cuando tenga conocimiento de la ocurrencia del siniestro, o de la fecha en que razonablemente podía tenerlo, conforme a lo dispuesto en el artículo 1081 del Código de Comercio. En consecuencia, la prescripción ordinaria se cuenta desde que se haya producido el conocimiento del hecho que da base a la acción, que para el caso, es el incumplimiento de la obligación aduanera. De acuerdo con el artículo 1081 del Código de Comercio no se requiere que el acto que declara el incumplimiento y ordena hacer efectiva la garantía quede en firme dentro del término de los dos años, contados a partir de la ocurrencia del hecho o del momento en que debía tenerse conocimiento del mismo, pues, conforme a dicha disposición, dentro del señalado término debe declararse el incumplimiento para hacer efectiva la garantía, aspecto que no tiene que ver con la firmeza, por cuanto la misma es determinante para constituir el título que preste mérito ejecutivo para hacer efectiva la póliza (artículo 68 [numeral 5] del C.C.A.)

Sentencia del 17 de julio de 2008. Exp. 2001-02180 (15261), M.P. HÉCTOR J. ROMERO DIAZ

SECCIÓN QUINTA**1. NORMATIVIDAD APLICABLE A LA ELECCIÓN DEL DIRECTOR GENERAL DE CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL (CRQ)**

El Dec. 760/05 “Por el cual se establece el procedimiento que debe surtir ante la Comisión Nacional del Servicio Civil para el cumplimiento de sus funciones” y el Dec. 2772/2005 “Por el cual se establecen las funciones y requisitos generales para los diferentes empleos públicos de los organismos y entidades del orden nacional y se dictan otras disposiciones”, no son aplicables al proceso de selección de los Directores Generales de las Corporaciones Autónomas Regionales porque regulan la selección pero de los procesos que adelanta la Comisión Nacional del Servicio Civil. La designación de los Directores Generales de las Corporaciones Autónomas, por mandato de la Ley 99 de 1993 desarrollada por el Decreto 2011 de 2006, es materia de competencia exclusiva de los Consejos Directivos de estas entidades, quienes para tal propósito y a través de un concurso abierto y surtiendo un proceso de selección para la escogencia de los candidatos más idóneos para el ejercicio de las funciones, designan al Director en audiencia pública de entre quienes superen el puntaje mínimo establecido, luego de valorar las pruebas, las entrevistas y los antecedentes de los participantes.

En relación con la experiencia que deben acreditar los candidatos a Director General de una Corporación Autónoma, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial en cumplimiento de lo dispuesto en el par. 2 art. 1° del Dec. 3685 de 2006, profirió la Circular N° 1000-2-115203 del 27 de noviembre de 2006 dirigida a los Presidentes y miembros de los Consejos Directivos de las Corporaciones Autónomas y de Desarrollo Sostenible y conceptuó sobre qué entender por “*actividades relacionadas con el medio ambiente y los Recursos Naturales Renovables*” y acerca de las actividades que sirven para comprobar la experiencia relacionada con éstos temas.

Por su parte la CRQ expidió el Acuerdo 017 de 2006 en la cual se determinó que el Director General debe certificar experiencia profesional de 4 años adicionales a los requisitos básicos, tiempo éste del cual por lo menos un (1) año debe ser en actividades relacionadas con el medio ambiente y con los recursos naturales renovables o haber desempeñado el cargo de Director General de Corporación. En consecuencia, como del análisis probatorio efectuado, la Sala encontró que el Director de la CRQ electo sí acreditó los requisitos exigidos en las normas especiales aplicables al proceso de selección, el reproche elevado sobre este aspecto no resultó demostrado, razón por la cual se impone negar las súplicas de la demanda.

Sentencia de 3 de Julio de 2008. EXP. 0006-00 ACUMULADOS, M.P. SUSANA BUITRAGO VALENCIA**2. COMPETENCIA FUNCIONAL PARA CONOCER DE LA DEMANDA CONTRA LA ELECCIÓN DE ALCALDE MUNICIPAL DE CIUDAD NO CAPITAL DE DEPARTAMENTO CON POBLACIÓN SUPERIOR A 70.000 HABITANTES**

El memorialista alega para fundamentar el vicio de incompetencia funcional que atribuye al Consejo de Estado para haber proferido en segunda instancia la providencia acusada, que existen dos normas opuestas que le asignan competencia a los juzgados y a los Tribunales Administrativos para el conocimiento de las demandas contra los actos de elección de los alcaldes de municipios que no sean capital de Departamento. Considera ante tal situación que debe preferirse, en aplicación del postulado previsto en la Ley 57 de 1887 art. 5, la competencia en cabeza de los jueces administrativos.

La Sala precisa que es claro que conforme al art. 132 num. 8, los Tribunales Administrativos conocen en primera instancia de los asuntos relativos a la acción de nulidad electoral contra los Alcaldes de los municipios capital de Departamento o con poblaciones superiores a setenta mil (70.000) habitantes. Por su parte, el art. 134-B regula la competencia para conocer en primera instancia los asuntos relativos a la acción de nulidad electoral contra los Alcaldes de los demás municipios no Capitales de Departamento, atribuyéndosela a los jueces administrativos.

De esta manera los Tribunales Administrativos conocen en primera instancia de las demandas que se presenten contra los actos de elección de los Alcaldes municipales, siempre que el municipio sea capital de departamento o su población sea de más de 70.000 habitantes. Por su parte, los Juzgados Administrativos conocen, en primera instancia de la demanda de elección del Alcalde municipal de aquellos municipios que no sean capital de departamento ni superen los 70.000 habitantes.

No es cierto entonces que estas disposiciones se encuentren en oposición, pues al armonizarlas se establece, sin necesidad de acudir a interpretaciones adicionales, que de la presente demanda conoce en primera instancia el Tribunal Administrativo de la Guajira porque está acreditado que Maicao si bien es un municipio no capital de departamento, supera los 70.000 habitantes como lo certifica el DANE. Por lo tanto, la decisión de esta Sala contenida en el auto del 17 de abril de 2008, que resolvió la apelación contra el auto admisorio de la demanda en cuanto negó la suspensión provisional se encuentra ajustada a las reglas de competencias que para el efecto señala el C.C.A., art. 129, que confiere al Consejo de Estado el conocimiento en segunda instancia de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación.

Por lo tanto, se impone negar la solicitud de nulidad procesal.

En cuanto al auto del 29 de noviembre de 2007 que erróneamente dictó la Juez Primero Administrativo de Riohacha admitiendo la demanda y decidiendo la solicitud de suspensión provisional, la inicial falta de competencia funcional de que adoleció el proceso en su etapa primigenia precisamente quedó superada con el envío del expediente al Tribunal Administrativo de la Guajira para lo de su competencia y con la asunción por éste, órgano competente, del conocimiento de la acción electoral.

Auto de 3 de julio de 2008. Exp. 2007-0244. M.P. SUSANA BUITRAGO VALENCIA

*** Con salvamento de voto de la Consejera MARÍA NOHEMÍ HERNÁNDEZ PINZÓN.**

3. INCIDENCIA DE LOS REGISTROS FALSOS EN EL RESULTADO ELECTORAL Y LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE EFICACIA DEL VOTO CON BASE EN LA FILOSOFÍA DE LA REFORMA POLÍTICA

Nueva línea jurisprudencial

La falta de normatividad legal que de manera expresa regule el tratamiento que debe darse a las votaciones de las mesas afectadas por votos irregulares, cuando la existencia de los mismos conduzca a la declaratoria de nulidad de la elección, aunado al principio del secreto del voto, que impide precisar qué partido o candidato se benefició de los votos falsos o apócrifos, hace imprescindible la adopción de una nueva línea jurisprudencial para determinar la incidencia de los votos irregulares en el resultado electoral y su correlación frente al principio de eficacia del voto.

Las modificaciones al régimen electoral, con el advenimiento del A.L 01/03, conducen necesariamente a que el análisis que se debe realizar para determinar el efecto o la incidencia de votos irregulares afectados por falsedad o apocricidad en los resultados electorales no pueda basarse en la diferencia de votos entre el último elegido y quien le siguió en votación, sino que debe amoldarse a la nueva preceptiva introducida en la Constitución Política, porque aquella forma sólo privilegia el individualismo político, criterio ajeno a la filosofía de la reforma, donde se reconoce la primacía de los partidos o movimientos políticos, colectivos que en verdad son los que se disputan el poder político, pese a que en su interior existan igualmente aspiraciones individuales de los candidatos, que en razón de la enmienda constitucional terminan subsumidos en los intereses del colectivo.

En consecuencia, para el análisis sobre la incidencia en el resultado electoral de los votos falsos o apócrifos probados, es preciso tener en cuenta la modalidad de falsedad o apocricidad que resultó demostrada, toda

vez que el principio de eficacia del voto no puede ser aplicado de manera uniforme para todas las irregularidades que lograron comprobarse.

En efecto, en aquellos eventos en que los votos irregulares provienen de suplantación de electores, diferencias entre formularios E-11 y E-24, votos depositados frente a cédulas correspondientes a personas fallecidas o con pérdida de derechos políticos o de cualquier otra modalidad de fraude respecto del cual no es posible determinar el partido o candidato que resultó beneficiado, para calcular la incidencia de aquellos es preciso acudir al sistema de distribución ponderada, según el cual, se toma el número de votos fraudulentos que por cualquiera de los anteriores conceptos fueron acreditados en una mesa de votación y se distribuye en forma ponderada entre las listas abiertas (votos solamente por la lista y votos por candidatos), listas cerradas y votos en blanco, dependiendo de la participación que tenga cada uno en el total de los votos de la mesa, cálculo que se repite en cada una de las mesas donde se haya comprobado la existencia de las anteriores irregularidades.

En otros términos, teniendo en cuenta el número de votos obtenidos por los diferentes partidos y candidatos en las mesas que resultaron afectadas, se procede a calcular la participación porcentual de cada uno respecto del total de votos válidos depositados en la mesa, luego de establecido el porcentaje de participación, en esa misma proporción se les asigna el voto o votos irregulares que se han comprobado, procedimiento que se sigue en cada una de las mesas afectadas por las irregularidades antes descritas. Agotada la anterior etapa se suman los resultados que arrojan cada una de las mesas hasta obtener cifras enteras y depuradas que corresponden al número total de votos irregulares que deberán descontarse a cada partido y candidato; concluida esta sustracción queda totalmente depurada la votación y sobre ella, de conformidad con el artículo 263 Constitucional, se aplica el sistema para la asignación de curules, comenzando por el cálculo del umbral, la cifra repartidora y la reordenación de las listas cuando a ello haya lugar (listas con voto preferente), lo que finalmente permite evidenciar si existe o no modificación en el resultado electoral.

La anterior metodología consulta el principio de eficacia del voto, en cuanto permite que se tomen los votos irregulares en su justa medida y se distribuyan a prorrata de la participación que han obtenido los diferentes partidos y candidatos en la votación válida, sin sacrificar ni afectar los votos mayoritarios que representan la auténtica voluntad del elector.

Sentencia de 22 de mayo de 2008. Exp. 2006 - 00119, 127, 128 y 129 (4060, 4068, 4069 y 4070). M.P. FILEMÓN JIMÉNEZ OCHOA

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

1. LA NO TRAMITACIÓN DE LOS CONFLICTOS DE COMPETENCIA ADMINISTRATIVA CONSTITUYE UNA VIOLACIÓN DEL DERECHO DE PETICIÓN Y PUEDE COMPROMETER LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS ENCARGADOS DE SU TRAMITACIÓN

La entidad que niega su competencia para tramitar una actuación administrativa no sólo debe remitirla a la autoridad competente para ello, sino que le asiste un deber especial de sustentación de esa decisión, de manera que, no tenga duda alguna de que el asunto escapa del ámbito de su competencia; por su parte, la entidad que recibe la actuación por remisión competencial de otra, tiene una carga especial de verificación seria y motivada y ante todo *ab initio*, sobre si tiene o no la competencia que se le imputa, pues en caso de no tenerla debe provocar de inmediato el conflicto negativo de competencias administrativas (art.33 C.C.A), para que el asunto sea resuelto sin afectar el derecho del peticionario a una respuesta oportuna, que es un elemento propio del núcleo esencial del derecho de petición. (...) la no tramitación de los conflictos de competencia administrativa de manera seria y fundada y en las oportunidades previstas en el artículo 33 del Código Contencioso Administrativo, constituye una violación del derecho de petición, que puede comprometer la responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos encargados de su tramitación. (...) es claro que si la autoridad administrativa considera que no tiene competencia para decidir debe abstenerse de decidir de fondo la actuación, pues en tal caso, lo que llegue a decir sobre el derecho reclamado por el particular no puede tener efecto vinculante ni ser obligatorio para el ciudadano.

Conflicto de competencias administrativas. No.2008-00036, M.P. WILLIAM ZAMBRANO CETINA. PARTES: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES Y CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL

2. APLICABILIDAD DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN PARA EL RECONOCIMIENTO DE PENSIÓN DE JUBILACIÓN

El Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones del Distrito Capital de Bogotá, es la entidad competente para el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación cuando el peticionario cumpla los requisitos del régimen de transición que corresponda, en este caso el previsto en la Ley 71 de 1988. El pago de la pensión de jubilación por aportes corresponde a la última entidad de previsión a la cual se cotizó y, en lo territorial, en caso de liquidación de la obligada, es responsable la entidad que la sustituya, de conformidad con el Decreto 2709 de 1994 reglamentario del artículo 7° de la Ley 71 de 1988. Adicionalmente, el Decreto

reglamentario 1068 de 1995 por el cual se reglamenta la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones en los niveles departamental, municipal y distrital, la constitución de los Fondos de Pensiones del Nivel Territorial y la declaratoria de solvencia de las cajas, fondos o entidades de previsión social del sector público del nivel territorial, coincide con el anterior al señalar que el Fondo de Pensiones del nivel Territorial respectivo es la entidad que debe reconocer y pagar las pensiones, por ser el sustituto de la Caja de Previsión Social declarada insolvente.

Conflicto de competencias administrativas. Exp. 2008-0027. M.P. GUSTAVO APONTE SANTOS. PARTES: FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES Y INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

3. DEFINICIÓN DE COMPETENCIAS ADMINISTRATIVAS PARA RECONOCIMIENTO DE PENSIÓN DE VEJEZ

El primer artículo del decreto 2527 de 2000 supone la existencia de un requisito, cual es la subsistencia de la Caja, Fondo o entidad pública que reconozca o pague pensiones, sin el cual el supuesto normativo y las consecuencias jurídicas previstas en dicha regla no pueden aplicarse. El Fondo Pensional Territorial de Boyacá indica que no es procedente la petición de solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de retiro por vejez de la peticionaria en atención a lo dispuesto por el artículo 5 del decreto 1068 de 1995, por el cual se reglamenta la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones en los niveles departamental, municipal y distrital, la constitución de los Fondos de Pensiones del Nivel Territorial y la declaratoria de solvencia de las cajas, fondos o entidades de previsión social del sector público del nivel territorial. Respecto a este punto se precisa que la peticionaria al momento de cumplir los requisitos para el reconocimiento de la pensión, se encontraba trabajando con el Congreso de la República, entidad de orden nacional, y la norma planteada por el Fondo aplica exclusivamente para aquellos empleados que fungen como servidores públicos del nivel departamental, municipal y distrital al tener derecho para reclamar la pensión. De acuerdo con los documentos allegados la Sala concluye que la peticionaria cumple con los requisitos legales y reglamentarios para tener derecho a los beneficios del régimen de transición. También se encuentra acreditado, que al momento de cumplir los requisitos para adquirir el derecho a la pensión de jubilación se encontraba afiliada al Fondo de Previsión social del Congreso de la República - FONPRECON; por lo que, en los términos del artículo 6° del citado decreto le corresponde estudiar la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de retiro por vejez de la reclamante. Lo anterior, sin perjuicio del estudio de fondo que deba adelantar FONPRECON sobre el cumplimiento de los

requisitos legales, y de la distribución de las cuotas partes pensionales de las entidades que estarían obligadas a concurrir al pago de esta prestación social (Caja de Previsión Social de Boyacá, Caja Nacional de Previsión Social, Instituto de Seguros Sociales, Fondo de Previsión Social del Congreso de la República).

Conflicto de competencias administrativas. No. 2008-0011, M.P. ENRIQUE ARBOLEDA PERDOMO. Partes: FONDO PENSIONAL TERRITORIAL DE BOYACÁ Y EL FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DEL CONGRESO - FONPRECON

4. COMPETENCIAS CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA Y CONTRALORÍAS DEPARTAMENTALES.

La Sala definió que la Contraloría General de la República - Gerencia Departamental Guaviare es competente para efectuar el control fiscal sobre los recursos provenientes del sistema general de participaciones y/o transferencias girados a la Gobernación del Guaviare. Reiteró que es competencia de la Contraloría General de la República la vigilancia fiscal de los recursos que la Nación transfiere a la Entidades Territoriales, cualquiera sea la persona pública o particular que los maneje; señalando lo siguiente: (i) La Contraloría General de la República es la encargada de vigilar a la Administración y a los particulares o entidades que manejen fondos o bienes

de la Nación, en el desarrollo de su gestión fiscal, en los términos contemplados en los artículos 267 constitucional y 49 de la Ley 42 de 1993. (ii) Los recursos que se transfieran a las entidades territoriales ingresan al respectivo presupuesto de dichas entidades, pero eso no hace que pierdan su carácter nacional ni tampoco su naturaleza jurídica. (iii) Siempre que los bienes provengan de la Nación, será competencia de la Contraloría General de la República ejercer la vigilancia fiscal, bien sea que el manejo y administración corresponda a organismos y entidades nacionales o a entidades territoriales. En lo que toca específicamente con la vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios, se dispuso que ella correspondería a las contralorías territoriales en donde las hubiere y que por tanto, los contralores departamentales, distritales y municipales ejercerían, en el ámbito de su jurisdicción, las funciones atribuidas al Contralor General de la República.

Conflicto de competencias administrativas. No. 2008-0042. M.P. LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO. Partes: CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL DEL GUAVIARE Y CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

NOTICIAS DESTACADAS

ES EL DR. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA NUEVO VICEPRESIDENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

Consejero de la Sección Primera desde el 2 de diciembre de 2002, es abogado de la Universidad Externado de Colombia, especializado en Derecho Administrativo y Comercial en la misma Universidad, y en Derecho Público Comparado en el Instituto de Estudios Europeos de la ciudad de Torino (Italia).

En la actividad profesional se ha desempeñado como Asesor Especial de la Presidencia de la República, Asesor Jurídico del Instituto Nacional del Transporte y Secretario de Transportes y Tránsito de Bogotá; Consultor Externo de Entidades Públicas y Privadas en Asuntos Administrativos y de Transporte, Conjuer del Consejo de Estado y del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, así como al ejercicio de la profesión en los Estrados Judiciales en el ámbito del Derecho Constitucional y Administrativo.

Profesor Titular de las Universidades Externado de Colombia y Santo Tomás en la ciudad de Bogotá, tanto al nivel de Pregrado como de Postgrado, en las asignaturas de Derecho Administrativo, Derecho Constitucional, Régimen de los Contratos Estatales, Régimen del Transporte y Derecho Procesal Administrativo.

Autor del Proyecto de Ley por el cual se expidió el Estatuto Nacional del Transporte (Ley 336 de 1996) y del proyecto de Ley por el cual se expidió el Código Nacional de Tránsito (Ley 769 de 2002), así como co-redactor de los Decretos Reglamentarios de la Ley 80 de 1993, expedidos entre 1993 y 1994.

Elección Magistrados Consejo de Estado

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO NUEVO CONSEJERO DE ESTADO

El Magistrado del Tribunal Administrativo de Cundinamarca Luis Rafael Vergara Quintero fue elegido como Consejero de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en la sesión de votaciones llevada a cabo durante la Sala Plena del 22 de julio.

El Doctor Vergara Quintero quien obtuvo la mayoría de una lista de 9 integrantes, ocupará el cargo en reemplazo del doctor Jaime Moreno García, quien finalizó su período el pasado 14 de julio.

Rafael Vergara Quintero, nacido en Sincelejo (Sucre), es abogado de la Universidad Externado de Colombia y especialista en Derecho Administrativo de la misma Universidad.

Se ha desempeñado desde 1989 como Magistrado de Tribunal en Sucre y Cundinamarca. La Sala Plena del Consejo de Estado da la bienvenida al Honorable Consejero Luis Rafael Vergara Quintero.



LA AGENCIA ALEMANA PARA LA COOPERACIÓN TÉCNICA - GTZ - Y EL CONSEJO DE ESTADO REALIZARÁN FORO INTERNACIONAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Viernes 29 de agosto en el Hotel Tequendama

La modernización y el fortalecimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo son algunos de los principales objetivos de la Sala Plena del Consejo de Estado. Una de las herramientas en la elaboración y discusión para avanzar en esta modernización es la profunda reforma al Código Contencioso Administrativo.

El proyecto de Ley del Código Contencioso Administrativo que elabora la Comisión de Reforma a esta jurisdicción, busca adecuar la legislación a la actualidad y a los grandes cambios que la sociedad colombiana ha experimentado en el último tiempo.

Este nuevo código busca hacer más eficientes los procesos judiciales de la jurisdicción, así como aumentar la calidad de las sentencias que se producen en ella.

Por este motivo, en el marco del proyecto para el fortalecimiento del Estado de Derecho - FORTALEDER-, la Agencia Alemana para la Cooperación Técnica - GTZ - y el Consejo de Estado realizarán un foro de carácter internacional, que permita enriquecer el proceso de discusión del nuevo código contencioso administrativo.

El foro internacional en Derecho Contencioso administrativo se realizará el viernes 29 de agosto en el Hotel Tequendama de la ciudad de Bogotá y participarán expertos alemanes, españoles y nacionales en la materia.

De acuerdo con el programa los temas que se tratarán son la evolución de la jurisdicción administrativa en Alemania, el concepto y las categorías de la jurisdicción administrativa alemana y la presentación del documento de investigación "Vía Gubernativa, Conciliación y Arbitramento y sus posibilidades para la descongestión en lo contencioso administrativo", financiado por la Agencia de Cooperación Técnica Alemana -GTZ.

Los invitados internacionales seleccionados para el desarrollo del programa, expertos en la materia del derecho contencioso, son:

- Dr. Hans Christian John (Alemania)
- Dr. Matthias Hartwig (Alemania)
- Dr. Martin Ludwig (Alemania)
- Dr. Diego Younes (Colombia)
- Ramón Trillo (España)

Para mayores informes pueden comunicarse al teléfono 7587876 o al correo electrónico contacto@fortalesder.org

CONSEJO EDITORIAL

ENRIQUE GIL BOTERO
Presidente

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA
Vicepresidente

Sala de Gobierno

Marco Antonio Velilla Moreno
Presidente Sección Primera
Bertha Lucía Ramírez De Páez
Presidente Sección Segunda
Myriam Guerrero de Escobar
Presidente Sección Tercera
María Inés Ortiz Barbosa
Presidente Sección Cuarta
Susana Buitrago Valencia
Presidente Sección Quinta
Luis Fernando Álvarez Jaramillo
Presidente Sala de Consulta

Reseña fallos

Relatoría Consejo de Estado

Coordinación General

- **Marcela Zuluaga**
Secretaria Privada de Presidencia
Teléfono: (1) 3506700 Ext. 2052

- **Luisa Fernanda Berrocal**
Jefe de Prensa y Comunicaciones
Teléfono 3506700 Ext. 2117

Si desea obtener las sentencias a las que se hace referencia en cada número del BOLETÍN DEL CONSEJO DE ESTADO, ingrese a la página Web de la Corporación www.consejodeestado.gov.co, opción **BOLETINES**, opción **CONSULTAR**, opción **2008**, abra el boletín y descárguelas haciendo clic sobre los datos del expediente que aparecen al final de cada reseña.

Para cualquier inquietud escribanos a: boletince@consejoestado.ramajudicial.gov.co