



## Contenido:

Editorial	1
Jurisprudencia del Consejo de Estado al Día	
• Acciones Constitucionales	1 - 6
• Sección Primera	6 - 12
• Sección Segunda	12 - 12
• Sección Tercera	12 - 16
• Sección Cuarta	16 - 22
• Sala de Consulta y Servicio Civil	22 - 23
• Noticias Destacadas	24

## Noticias destacadas

### CULMINÓ CON ÉXITO EL 'XV ENCUENTRO DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO'

## EDITORIAL

En el XV Encuentro de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa llevada a cabo en la ciudad de Medellín, Magistrados y Jueces Administrativos tuvieron la oportunidad de conocer y analizar el texto del Proyecto de Reforma del Código Contencioso Administrativo, luego de lo cual, la Comisión Redactora dispuso su publicación en la página web del Consejo de Estado, con el fin de que miembros de la academia, operadores jurídicos, abogados litigantes, estudiantes y demás interesados, tengan acceso directo al mismo y puedan contribuir con sus valiosos aportes al enriquecimiento jurídico del mentado documento.

**Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta**  
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

## TUTELAS

1. a) Los descuentos sobre pensiones no pueden desconocer el derecho a gozar de una remuneración que permita satisfacer las necesidades básicas

De conformidad con las normas que regulan el sistema pensional, los descuentos efectuados sobre pensiones y salarios, son permitidos, siempre y cuando se respete la regulación especial en la materia y no sobrepase los límites establecidos por ella y respondan a criterios que no desconozcan el derecho del trabajador a gozar de una remuneración que le permita satisfacer sus necesidades básicas y las de su núcleo familiar. El artículo 344 del C.S.T, el Decreto 994 del 2003 y la jurisprudencia, son claros al establecer que el monto de la retención no puede ser superior al cincuenta por ciento de la mesada pensional incluyendo los descuentos por cooperativas.

De conformidad con lo anterior, considera la Sala que la actuación de la Caja General de la Policía Nacional es contraria a la ley, en tanto que al momento de realizarle el descuento respectivo, se está efectuando por más del porcentaje permitido, es decir por más del 50% establecido en el Decreto 994 de 2003, el cual modificó el Decreto 1073 de 2002, desconociendo que al ser normas de orden público, no tiene un carácter dispositivo.

**b) La acción de tutela es procedente ante la eventual vulneración del derecho al mínimo vital puesto que podría causarse un perjuicio irremediable**

La acción de tutela tiene como una de sus características esenciales, su subsidiariedad, razón por la cual es necesario efectuar un estudio sobre la procedencia de la misma. El decreto 2591 de 1991, que regula la acción de tutela, es su artículo 6° establece: “ARTICULO 6o. CAUSALES DE IMPROCEDENCIA DE LA TUTELA. La acción de tutela no procederá: 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante”. Considera la Sala que en el caso objeto de estudio, la acción de tutela es procedente toda vez que la eventual vulneración del derecho al mínimo vital podría causar un perjuicio irremediable para el actor y su familia, en su vida e integridad personal.

[Sentencia de 10 de septiembre de 2009. Exp. 73001-23-31-000-2008-00504-01\(AC\). M.P. MARCO ANTONIO VELILLA MORENO](#)

**2. El derecho a la pensión no es conciliable, por tanto, al demandarse, no puede exigirse la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad para acceder a la administración de justicia**

En el asunto en examen, el afectado interpone la acción de tutela como mecanismo de protección inmediata, al considerar que con la lectura y alcance que tanto el Juzgado Primero Administrativo de Ibagué como el Tribunal Administrativo del Tolima fijó a las disposiciones legales que gobiernan la conciliación como requisito de procedibilidad para acceder a la jurisdicción, se le impidió de manera injustificada el ejercicio del derecho de acceso a la administración de justicia, del derecho al debido proceso e igualdad. Para efectos de decidir sobre el trámite de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad, es indispensable no perder de vista que son materia de conciliación, derechos que tengan el carácter de “inciertos y discutibles” estos son los autorizados por el artículo 53 de la Carta Política, y a los que hace referencia la Ley Estatutaria al establecer dicho requisito “...cuando los asuntos sean conciliables...”. Cuando una persona considera que ha causado el derecho a la pensión, por cumplir los requisitos señalados en la ley, las partes involucradas en la eventual controversia judicial, no están en posibilidad jurídica de conciliar tal derecho. Él, como se sabe, es de carácter imprescriptible e irrenunciable, las condiciones para su reconocimiento están señaladas en la ley y ella no puede ser objeto de negociación por ninguno de los extremos, por ser de orden público. La anterior, es la razón de ser del condicionamiento señalado en la ley, para exigir la conciliación extrajudicial, como requisito de procedibilidad del contencioso administrativo laboral “...cuando los asuntos sean conciliables...” de lo contrario el legislador no hubiera consignado dicha frase. Insiste la Sala en que para la exigencia del requisito de procedibilidad en examen, el juez en materia contencioso administrativa debe observar extremo cuidado con “los derechos ciertos y discutibles” susceptibles de conciliación en materia laboral, puesto que la mayoría de ellos son irrenunciables e imprescriptibles y para sus destinatarios son fundamentales, como sucede con el derecho a la pensión. De ahí que el rechazo de la demanda por ese motivo implica el observar especial responsabilidad en la actividad judicial. Las razones que anteceden son suficientes para concluir que, tanto el Juzgado Primero Administrativo de Ibagué como el Tribunal Administrativo del Tolima, al rechazar la demanda por las razones consignadas, incurrieron en violación de los derechos de acceso a la administración de justicia y debido proceso del señor ISMAEL ENRIQUE MOLINA GUZMÁN.

[Sentencia de 1º de septiembre de 2009. Exp. 11001-03-15-000-2009-00817-00 \(AC\). M.P. ALFONSO VARGAS RINCÓN](#)

**3. Los funcionarios de carrera que acrediten haber realizado el curso de formación judicial, no están obligados a repetirlo para obtener eventuales ascensos, siempre que se produzcan dentro de la misma jurisdicción y especialidad**

El párrafo del artículo 160 de la Ley 270 de 1996 establece que los funcionarios de carrera que acrediten haber realizado el curso de formación judicial, no están obligados a repetirlo para obtener eventuales ascensos, los cuales se producen dentro de la misma jurisdicción y especialidad; lo anterior de acuerdo con el mandato del artículo 164 *ídem* y la necesidad de conservar la estructura funcional y orgánica de la administración de justicia, mediante la observación de criterios de coherencia y afinidad en los conocimientos que demandan los asuntos que se controvierten en las diferentes jurisdicciones. Respecto de las normas que regulan la convocatoria en la que participa el tutelante, se resalta que el Acuerdo PSAA08-4528 de 2008 (numeral 5) prevé que en el evento que un aspirante supere la prueba de conocimientos para dos o más cargos de diferente área o especialidad, únicamente podrá participar en uno de los cursos de formación especializados. Como en el *sub lite* el actor optó por la especialidad promiscua, pues, aspira al cargo de Magistrado de Sala Única (fl. 12), se descarta la posibilidad de ascenso y por ende el beneficio de la exoneración del curso, toda vez que actualmente ejerce el cargo de Juez Penal del Circuito, el que si bien es cierto pertenece a la misma jurisdicción (ordinaria) no obedece a igual especialidad. En ese orden de ideas, es claro que la vía de hecho que alega el accionante no ocurrió, dado que los argumentos que sirvieron de base a la decisión de la entidad accionada son producto de una interpretación sistemática de la Constitución Política, de la Ley 270 de 1996 y de las normas que gobiernan la convocatoria, no así de la arbitrariedad o el capricho del Consejo Superior. El hecho de que frente a la controversia *sub júdice* el actor encuentre una interpretación diferente al párrafo del artículo 160 de la Ley 270 de 1996, la cual desde luego favorece sus intereses, no convierte de modo alguno la decisión del accionado en irrazonable o contraria a derecho.

[Sentencia de 12 de agosto de 2009. Exp. 52001-23-31-000-2009-00147-01\(AC\). M.P. HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ](#)

**4. Si durante el trámite de una consulta por desacato, se verifica que la autoridad responsable cumplió con la orden impartida en un fallo de tutela, no existe fundamento para imponer la sanción**

El artículo 52 *ibídem* señala que aquel que incumpla una orden de tutela, incurrirá en desacato sancionable con arresto hasta de seis (6) meses y multa hasta de veinte (20) salarios mínimos mensuales, sanciones que impondrá el juez que dictó la decisión mediante trámite incidental y que deben ser consultadas ante el superior jerárquico de aquél, quien decidirá si las revoca o no. En el caso concreto, observa la Sala que posterior al auto de 22 de julio de 2009, por medio del cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera - Subsección "B", decidió el incidente de desacato, la Jefe de la Oficina Jurídica de la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional, presentó un informe que obra a folios 106 a 123 del expediente, en el que indica las ayudas que han sido entregadas al actor y a su núcleo familiar por parte de Acción Social desde la expedición del fallo. Con fundamento en lo anterior, considera la Sala que el fallo origen del presente incidente de desacato se ha venido cumpliendo, toda vez que según se advierte del mencionado informe, posterior a la decisión sancionatoria le ha sido entregados al actor, en calidad de prórroga, dinero por concepto del componente de alojamiento. Así mismo, el actor y su grupo familiar han recibido en tres oportunidades mercados, con el fin de suplir sus necesidades más urgentes de alimentación. Por otra parte, el actor y su grupo familiar actualmente son beneficiarios de programas como Familias en Acción y de la oferta institucional en materia de salud,

ya que el señor DUARTE DÍAZ se encuentra afiliado a la E.P.S. SOLSALUD. En cuanto el servicio de educación, según lo informa Acción Social, los menores hijos del actor JEFERSON DAVID VILLAMIL ROJAS y BRYAN STID LESMES ROJAS se encuentran cursando 8° y 5° grado, respectivamente, en el Colegio República Bolivariana de Venezuela. Finalmente al accionante se le hizo entrega de apoyo para emprendimiento por valor de \$ 1.600.000.00 y capacitación a través del SENA. Por lo expuesto, la Sala considera que durante el trámite de la presente consulta se verificó que la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional cumplió con la orden impartida en el fallo de 20 de febrero de 2009 proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera - Subsección "B" y en ese orden de ideas, no existe fundamento para imponer sanción por desacato al Director de dicha entidad.

[Sentencia de 26 de agosto de 2009. Exp. 25000-23-15-000-2009-90097-01\(AC\). M.P. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA](#)

## **ACCIONES POPULARES**

### **1. En la señalización vial se puede instalar publicidad comercial siempre que no ocupe más del 30% del respectivo mensaje o aviso**

El artículo 1 de la Ley 140 de 1994 "*por la cual se reglamenta la Publicidad Exterior Visual en el Territorio Nacional*" define la publicidad exterior visual como el medio masivo de comunicación que informa o llama la atención del público por medio de elementos visuales tales como las leyendas, inscripciones, dibujos, fotografías o signos similares visibles en vías de uso o dominio público. El mismo artículo determina que la señalización vial, la nomenclatura urbana o rural, la información sobre sitios históricos, turísticos y culturales, y aquella información temporal de carácter educativo, cultural o deportivo que instalan las autoridades públicas u otras personas encargadas por dichas autoridades no se consideran como publicidad exterior visual, éstos pueden incluir mensajes comerciales o de otra naturaleza siempre y cuando no ocupen más del 30% del tamaño del respectivo mensaje o aviso. Tampoco se considera publicidad exterior visual las expresiones artísticas como pinturas o murales, siempre que no contengan mensajes comerciales o de otra naturaleza.

Sobre la publicidad exterior en la señalización vial, se resalta que el artículo mencionado dispone que en la señalización vial se puede instalar publicidad comercial siempre que no ocupe más del 30% del respectivo mensaje o aviso. En el caso concreto, las fotografías aportadas por la parte demandante indican que en el Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla, en la señalización de la calle 70 con carrera 46 existe publicidad de la marca Maggi, igualmente, en las señales que indican la intersección entre la carreras 57 y calle 72, carrera 51B con calle 76, calle 76 con carrera 51, carrera 51 con calle 76, calle 80 con carrera 53, carrera 51B con calle 84 y carrera 51 con calle 84 sobre las cuales existe publicidad del almacén Carrefour, American Broasted Chicken, Colchones Romance Relax. Para la Sala resulta claro que la publicidad comercial de las empresas anteriormente mencionada aún cuando no obstaculiza la información de la señalización vial si ocupa más del 30 % de la misma. En esa medida, se revocará el fallo de primera instancia y se protegerá el derecho colectivo al goce del espacio público y a la utilización y defensa de los bienes de uso público por incumplimiento del artículo 3 de la Ley 140 de 1994.

[Sentencia de 10 de septiembre de 2009. Exp. 08001-23-31-000-2002-02908-01\(AP\). M.P. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA](#)

### **2. a) Naturaleza del pacto de cumplimiento**

El pacto de cumplimiento es el resultado de un acuerdo, de naturaleza conciliatoria, a que llegan las partes en relación con los hechos que motivaron la presentación de la acción popular, constituyéndose en una etapa procesal obligatoria en donde el demandado reconoce la amenaza o

vulneración al derecho o interés colectivo y en la que se concertan las diferentes formas en que será protegido o restablecido. Esta figura tiene como finalidad establecer una instancia de forzoso agotamiento en la que las partes en conflicto puedan establecer por sí mismas los distintos parámetros a través de los cuales se va a solucionar la litis, agilizar la resolución del conflicto y proteger a la mayor brevedad posible y de la manera mas efectiva el derecho o interés colectivo invocado.

**b) La ley 99 de 1993, señala un porcentaje de los ingresos municipales para la adquisición de áreas de interés ecológico para acueductos municipales, por ello al celebrarse un pacto de cumplimiento no se precisa señalar la suma exacta a que corresponde dicho porcentaje**

Según el recurrente al momento de ser aprobado el pacto “se omitió solicitar la cuantificación correspondiente en dinero de los recursos propios del municipio en cada uno de los años señalados, y de esta forma poder entonces establecer en forma precisa, inequívoca, exacta la suma de dinero equivalente al 1% de cada anualidad que debe ser invertida en la adquisición de las áreas estratégicas que señala la norma en comento a fin de darle un cabal cumplimiento”. Conviene destacar que el artículo 111 de la Ley 99 de 1993, norma que sirvió de fundamento a la demanda, previó un deber a cargo de los municipios de dedicar durante quince años “*un porcentaje no inferior al 1% de sus ingresos*”, de tal forma que antes de concluido tal periodo, haya adquirido las áreas de importancia estratégica para la conservación de recursos hídricos que surten de agua los acueductos municipales y distritales, las cuales fueron declaradas de interés público por el mismo precepto. La Sala destaca cómo la norma alude a un porcentaje no inferior al 1% de los ingresos del presupuesto y este fue justamente el monto al que se comprometió el alcalde del municipio accionado. Si el pacto de cumplimiento prevé un porcentaje idéntico al previsto por la norma que se alegó como infringida en el escrito de demanda de la acción popular, y que fue declarada exequible, no se advierte en qué medida ello podría suponer amenaza o infracción de los derechos colectivos que se pretende tutelar justamente por este mecanismo.

**c) La acción popular no está concebida para pretender que el juez ordene que se adelanten investigaciones disciplinarias**

La acción popular no está concebida para pretender que el juez ordene que se adelanten investigaciones, pues para ello el ciudadano puede recurrir directamente ante las autoridades disciplinarias, sin que para ello sea menester acudir previamente al juez popular, para que éste - una vez estudiado el asunto- ordene la investigación respectiva, como tampoco para ordenar que se reabra una investigación que ya fue concluida. Por manera que la acción popular no puede entrar a constituirse en una suerte de instancia previa al juicio disciplinario que sea menester adelantar: “*(...) La acción popular es fundamentalmente preventiva, como se desprende del artículo 2º de la ley 472, cuando consagra que ella es procedente para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos colectivos, pero ella no es procedente para imponer sanciones penales o disciplinarias o de cualquier tipo.*”

**d) Para aplicar el incentivo del artículo 40 de la ley 472, en acciones populares sobre moralidad administrativa, se exige que la entidad pública recupere un valor económico que se había perdido**

Si bien el artículo 40 de la Ley 472 se titula “incentivo económico en acciones populares sobre moral administrativa” y si bien *prima facie* la norma señala que en las acciones populares que se generen en la violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa, el demandante o demandantes tendrán derecho a recibir el quince por ciento (15%) del valor que recupere la entidad pública en razón de la acción popular, lo cierto es que justamente para que haya lugar a la aplicación de dicho porcentaje es preciso que se reúna la condición de aplicación allí prevista: que con la interposición de la acción la entidad pública “recupere” un valor que ésta ha perdido. A esta

misma conclusión se arriba, luego de revisar el contenido de los otros apartes de la norma en comento, los cuales aluden a la responsabilidad solidaria “cuando se trate de sobrecostos o de otras irregularidades provenientes de la contratación” y que para hacer viable la acción en materia probatoria se tendrá acceso a los “documentos referidos a la contratación”. Como en el *sub lite*, en modo alguno la entidad accionada recuperó dinero alguno, sino que -muy por el contrario- se comprometió a desembolsar el equivalente al 1% de sus ingresos, tal y como lo ordena el artículo 111 de la ley 99 de 1993, para la adquisición de áreas de importancia estratégica para la conservación de recursos hídricos que surten de agua los acueductos municipales y distritales. Así las cosas, al no resultar aplicable lo previsto por el artículo 40 de la Ley 472, hizo bien el fallador de primera instancia en recurrir a lo dispuesto por el artículo 39 *eiusdem* que establece que en la acción popular el actor tendrá derecho a recibir un incentivo que el juez fijará entre diez (10) y ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales.

[Sentencia de 2 de septiembre de 2009. Exp. 23000-12-33-000-2004-00618-01\(AP\). M.P. RUTH STELLA CORREA PALACIO](#)

## SECCIÓN PRIMERA

### 1. SANCIÓN DE MULTA POR NO RELACIONAR LA MERCANCÍA EN LOS DOCUMENTOS DE TRANSPORTE NO EXCLUYE LA APREHENSIÓN Y EL DECOMISO DE LA MISMA CUANDO NO ESTÁ AMPARADA EN LA DECLARACIÓN DE IMPORTACIÓN.

El hecho que determinó la actuación administrativa que concluyó con la adopción de las decisiones demandadas, consistió en que la mercancía traída al país por la sociedad demandante, resultó ser diferente de la que aparece relacionada en los documentos aduaneros, lo cual determinó su aprehensión y decomiso. El cargo que se menciona en el recurso presentado por quienes actúan en el proceso como cesionarios del derecho litigioso, gira en torno a falta de aplicación del artículo 5° del Decreto 1960 de 1997 y en el cual se dispone lo siguiente: “ARTÍCULO 5. Modifícase el artículo 4° del Decreto 1105 de 1992, el cual quedará así: “Artículo 4°. Sanciones relativas a los documentos de viaje. (...) Cuando se presenten excesos en el número de bultos o en el peso de la mercancía respecto de lo consignado en los documentos de transporte o se encuentre mercancía no relacionada en estos y este hecho fuere imputable al transportador, se impondrá a la empresa transportadora una multa equivalente al cien por ciento (100%) del valor de los fletes internacionalmente aceptados de la mercancía no amparada.” Con respecto a las afirmaciones formuladas por los recurrentes en cuanto a la inaplicación del artículo que se acaba de reproducir, es del caso señalar que si bien es cierto que para la época de los hechos se encontraba vigente el Decreto 1960 de 1997, no es menos cierto que los preceptos en él contenidos, se limita simple y llanamente a adicionar el artículo 9° del Decreto 1909 de 1992 y a modificar los artículos 12, 13 y 17 del mismo Decreto, así como los artículos 4° y 5° del Decreto 1105 de 1992, sin entrar a modificar o adicionar lo preceptuado en el artículo 72 del Decreto 1909 de 1992, norma, que como se puede constatar en el texto de los actos acusados, fue la que se aplicó en el presente caso. Examinados los antecedentes administrativos por parte de la Sala y en particular el acta de aprehensión N° 298 de fecha 14 de noviembre de 1997 obrante a folio 57 del cuaderno principal, se llega a la plena convicción de que se encontraba configurada la causal prevista en el artículo 72 del Decreto 1909 de 1992, pues el motor fuera de borda, los bolsos, camisas, bermudas, pantalones, suéteres, VHS, baterías, cassetes de audio y de video, telas, deck estéreos, exhibidores plásticos, tocadiscos, linternas, teléfonos, televisiones, grabadoras, equipos de sonido, parlantes, cámaras de video, aspiradoras, amplificadores, relojes, flores sintéticas, masajeadotes, set de peluquería, aspiradoras, adaptadores de antena, planchas eléctricas, confecciones, lavadoras, gafas y estuches para gafas, no corresponden a la denominación de genérica “juguetes” a que se refieren los documentos de transporte, debiendo tenerse tales bienes como mercancía no presentada, siendo en consecuencia susceptible de aprehensión y decomiso.

[Sentencia del 10 de septiembre de 2009, Exp. 13001-23-31-000-1999-00060-01, M.P. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA](#)

**2. ES IMPROCEDENTE EL REGISTRO DE LA MARCA AGUA SANTA POR LA EXISTENCIA DEL RIESGO DE CONFUNDIBILIDAD CON LA MARCA SANTA CLARA, PREVIAMENTE REGISTRADA PARA DISTINGUIR LA MISMA CLASE DE PRODUCTO: AGUA NATURAL.**

Lo primero a dirimir es si pueden o no coexistir en el mercado, sin generar confusión en el consumidor, las marcas AGUA SANTA, registrada para distinguir agua natural, producto de la clase 32, y SANTA CLARA, marca registrada con anterioridad a la solicitud de aquélla, para distinguir todos los productos de la clase 32, de propiedad de una empresa distinta al solicitante. (...) A fin de verificar los cargos de la demanda, se han de seguir las reglas de comparación delineadas por la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en el sentido de que el análisis debe hacerse bajo una perspectiva global, ya que dichas reglas exigen la visión de conjunto y la de las partes o elementos que componen las marcas enfrentadas, pero se advierte que ésta se hace en función de aquélla, es decir, que las partes o elementos deben analizarse dentro del conjunto, como partes de un todo, a fin de establecer el peso o la incidencia que tienen en éste, y así establecer si hay semejanza o no, con la consecuente confundibilidad o distintividad respectivamente, y no de manera aislada. (...) Se observa en este caso que la marca AGUA SANTA está conformada por una palabra que sirve para denominar el producto que con ella se distingue, agua natural, luego es una expresión genérica en cuanto es la que se utiliza para identificar o nombrar el producto, de allí que carezca de distintividad, considerada en sí misma, y sólo puede ser utilizada como marca si se le agrega un elemento que le imprima al conjunto la distintividad requerida frente a otras marcas que se utilicen para distinguir la misma clase de productos. Ese elemento que se le ha agregado es justamente la palabra SANTA, que valga anotar lo no tiene una relación directa ni indirecta con el producto, pero sucede que ésta hace parte, como elemento central y sustantivo, de la marca opuesta, SANTA CLARA, que también distingue agua en tanto en cuanto ese producto se encuentra dentro de los de la clase 32, por lo tanto resultan con un elemento común, que es la citada palabra SANTA. Siendo SANTA el elemento que se agrega o adiciona a la palabra genérica AGUA para darle distintividad por no tener relación con el producto ofrecido, la comparación con la marca opuesta se ha de hacer tomándola sólo a ella como elemento de comparación, pues por su carácter genérico la palabra AGUA no tiene relevancia distintiva, pues igual también se le podría agregar a la expresión SANTA CLARA en tanto igualmente distingue agua, de suerte que en relación con ese producto da igual comparar AGUA SANTA con AGUA SANTA CLARA que SANTA con SANTA CLARA, pues los signos genéricos y descriptivos no son apropiables por nadie, lo que significa que no se puede excluir a nadie de su uso, toda vez que por ser tales son de uso común. (...) En esas circunstancias es claro que la marca enjuiciada, en el elemento o signo que no es genérico ni descriptivo, es decir, que tiene la posibilidad de ser apropiable para distinguir productos o servicios de determinada clase, reproduce una parte de la marca opuesta, que distingue los mismos productos de aquélla, de suerte que la marca AGUA SANTA está conformada exclusivamente con uno de los vocablos de una marca anteriormente registrada, SANTA CLARA, y que por lo mismo su uso está reservado al propietario de esta marca, la palabra SANTA. En la medida en que la palabra SANTA de la marca acusada, no está acompañada de ningún elemento que le introduzca al conjunto marcario distinción frente a la marca SANTA CLARA, y que realmente resulte constituida por dicha palabra, que pertenece a esta marca anteriormente solicitada y registrada en cabeza de la actora, hay carencia de la distintividad necesaria para que los signos enfrentados puedan coexistir en el mercado sin crear el riesgo de confusión entre los consumidores sobre el origen empresarial del producto, especialmente del agua, que con cada uno de ellos se ofrece. (...) En consecuencia, la decisión de conceder el registro de la marca AGUA SANTA, para distinguir agua natural, producto de la clase 32, viola el artículo 136 literal a), de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, a cuyo tenor no puede registrarse como marca aquellos signos que sean idénticos o se asemejen a una marca anteriormente solicitada para registro o registrada por un tercero, para los mismos productos o servicios; debido a que, según se anotó, no es distintiva

frente a la marca de propiedad de la actora SANTA CLARA, registrada para distinguir la misma clase de productos, razones éstas que generan el riesgo de confundibilidad respecto del signo precitado, y de inducir a error o engaño al consumidor sobre la procedencia, naturaleza u otros aspectos del producto, por la notoria identidad del elemento susceptible de comparar que conforma la primera con uno de los dos elementos que conforman la segunda.

[Sentencia del 10 de septiembre de 2009, Exp. 13001-23-31-000-1999-00020-01, M.P. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA](#)

**3. ES DEBER DEL DEMANDANTE EN ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO DEMANDAR TODOS LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS, INCLUIDO AQUEL QUE RESUELVE EL RECURSO DE REPOSICIÓN CONTRA LA PRIMERA DECISIÓN, CONFIRMÁNDOLA.**

La actora pide la nulidad de los siguientes actos administrativos: - La Resolución 000029 de 28 de noviembre de 1996, por medio de la cual el Jefe de la División de Liquidación de la DIAN - Administración Medellín declaró el incumplimiento de la obligación aduanera y ordenó hacer efectiva una garantía, por violación del artículo 281 del Decreto 2666 de 1984. - La Resolución 0064 de 4 de noviembre de 1997, mediante la cual la Administradora de Aduanas de la DIAN - Administración Medellín confirmó la resolución anterior, al decidir el recurso de apelación interpuesto por ROSS CO. S.A. La Sala advierte que además de los actos administrativos acusados, en la actuación administrativa adelantada contra la demandante se profirió la Resolución 00004 de 17 de enero de 1997, que resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 000029 de 28 de noviembre de 1996, en el sentido de mantener la decisión en esta última contenida y conceder el recurso de apelación. Dicha Resolución 00004 no fue objeto de pretensión de nulidad en la acción que ocupa la atención de la Sala. El artículo 138 del Código Contencioso Administrativo dispone: “Cuando se demande la nulidad del acto se le debe individualizar con toda precisión. (...) Si el acto definitivo fue objeto de recursos en la vía gubernativa, también deberán demandarse las decisiones que lo modifiquen o confirmen; pero si fue revocado, solo procede demandar la última decisión. (...)” \_La Sala había venido sosteniendo reiteradamente en diversos pronunciamientos, en los cuales se dijo que por no ser el recurso de reposición obligatorio, cuando éste es confirmatorio del acto principal, no es obligatorio demandarlo, sin embargo, en el pronunciamiento de 10 de diciembre de 2008, se rectificó esta tesis jurisprudencial y se sostuvo: «[...] Es de advertir que con este pronunciamiento la Sala rectifica la tesis jurisprudencial que había venido sosteniendo reiteradamente en diversos pronunciamientos, entre ellos, las sentencias de 28 de marzo de 1996 (Exp. 3603, Actora: Flota la Macarena S.A. Consejero Ponente Ernesto Rafael Ariza Muñoz), de 6 de julio de 2001 (Actora: Servientrega Ltda., Consejero Ponente doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo) y de 27 de junio de 2002 (Exp- 6929, Actora: Schulumberger Surencó S.A., Consejero Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), en los cuales se dijo que por ser el recurso de reposición en la vía gubernativa un recurso optativo, cuando se interpone y es confirmatorio del acto principal, se constituye en accesorio de este y por lo mismo no es obligatorio de demandar. Es decir, que a partir de este proveído la Sala interpreta que el alcance del art. 138 del C.C.A. no puede ser otro que el de exigir la demanda contra todos los actos de la vía gubernativa, y en consecuencia es menester aportar copia hábil de todos los actos acusados.» Por lo anterior, la Sala considera que la actora debió demandar todos y cada uno de los actos de la vía gubernativa, incluido el que resolvió el recurso de reposición. (El citado fallo de 10 de diciembre de 2008, fue dictado en el expediente núm. 2006-117, con ponencia del Consejero de Estado Marco Antonio Velilla Moreno).

[Sentencia del 10 de septiembre de 2009, Exp. 05001-23-31-000-1998-00528-01, M.P. MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO](#)

**4. AUSENCIA DE CONCEJALES MUNICIPALES CON POSTERIORIDAD A LLAMADO A LISTA PARA VERIFICACIÓN DE QUÓRUM CONSTITUYE INASISTENCIA A LA SESIÓN PARA EFECTOS DE CONFIGURAR LA CAUSAL DE PERDIDA DE INVESTIDURA, EN TANTO QUE EL DEBER DE ESTOS**



**SERVIDORES NO SE LIMITA SOLO A ASISTIR A LA SESIÓN, SINO A PARTICIPAR ACTIVAMENTE EN ELLA, EJERCIENDO SU DERECHO Y DEBER AL VOTO.**

Pretende el actor la desinvestidura de los ciudadanos LUIS DANIEL GALLEGO MAZ y MARÍA CLAUDIA GONZÁLEZ OÑATE como Concejales de La Paz (César) por haber incurrido en inasistencia a más de cinco (5) sesiones de comisión o plenaria de dicha Corporación en las que se votaron proyectos de acuerdo, conforme lo dispone el numeral 2º del artículo 48 de la Ley 617 de 2000. (...) En sentencia de 1º de octubre de 2004, la Sala sostuvo que los elementos o supuestos necesarios para que se configure la causal alegada son: i) la inasistencia a cinco (5) reuniones plenarios o de comisión; y ii) que en cada una de tales reuniones se voten proyectos de acuerdo (...). Dicho lo anterior, la Sala considera que se configuran los presupuestos fácticos para que se decrete la solicitud de pérdida de investidura que como concejales de La Paz (César) ejercen los demandados puesto que se acreditó su inasistencia a cinco (5) sesiones de comisión tal como lo dispone el numeral 2º del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, como a continuación se procede a explicar. En efecto, se demostró la inasistencia de los demandados a las reuniones celebradas los días 8, 13, 16, 21 y 22 de agosto, sin embargo, para efectos de la prosperidad de las pretensiones de la demanda no puede tenerse en cuenta la reunión celebrada el 16 de agosto, pues del texto del Acta 009 de 2008, contentiva de las actuaciones allí desarrolladas no es posible determinar si en ella se votaron proyectos de acuerdo, como lo dispone el numeral 2º del artículo 48 de la Ley 617 de 2000. (...) Por otra parte, la Sala no comparte el criterio expuesto por el a quo y el Ministerio Público consistente en que la ausencia de los Concejales demandados en la reunión celebrada el 12 de agosto con posterioridad al llamado a lista no constituye inasistencia a la sesión correspondiente, por los motivos que a continuación se explican. Para la Sala, la interpretación que debe hacerse del numeral 2º del artículo 48 de la Ley 617 de 2000 en cuanto hace referencia a la inasistencia de los diputados, concejales y miembros de juntas administradoras locales a las sesiones de comisión o plenaria en las que se voten proyectos de ordenanza o acuerdo, según el caso, no se limita al simple llamado a lista que se hace con la verificación del quórum al comienzo de la sesión correspondiente. En efecto, el deber de estos servidores públicos supera la simple asistencia a la sesión, haciéndose responsables además de participar de manera activa en el desarrollo de la misma, lo que consecuentemente, implica ejercer su derecho y correlativo deber al voto en las deliberaciones que sobre los proyectos de acuerdo y ordenanza, según el caso, se realicen en cada una de las reuniones. De lo contrario, la causal de pérdida de investidura bajo estudio hubiera limitado sus presupuestos fácticos a la simple inasistencia del diputado, concejal o edil correspondiente, a las sesiones de plenaria o comisión que en la respectiva corporación se celebren, interpretación que no es posible realizar puesto que el tenor literal del numeral 2º del artículo 48 de la Ley 617 de 2000 es claro al señalar que las sesiones que se tienen en cuenta a efectos de su configuración, son aquellas «en las que se voten proyectos de ordenanza o acuerdo, según el caso». (...) Por lo anterior, la Sala considera que la ausencia de los demandados en la reunión que tuvo lugar el 12 de agosto de 2008 no es excusable bajo el pretexto que contestaron «presente con salvamento de voto», una vez realizado el llamado a lista correspondiente y se retiraron posteriormente, pues en dicha reunión sí se votaron proyectos de acuerdo y los demandados no estuvieron presentes en las deliberaciones correspondientes ni ejercieron su derecho y correlativo deber al voto. (...) Con lo anterior, se configura el presupuesto numérico de que trata el numeral 2º del artículo 48 de la Ley 617 de 2000 en tanto que se demuestra la inasistencia a cinco (5) sesiones de la comisión segunda del Concejo de La Paz (César) de los ciudadanos MARÍA CLAUDIA GONZÁLEZ OÑATE y LUIS DANIEL GALLEGO MAZ, por lo que, consecuentemente se revocará la sentencia apelada y se decretará la pérdida de su investidura como concejales de dicha municipalidad. (En relación con los elementos o supuestos necesarios para que se configure la causal de pérdida de investidura alegada en este proceso se cita la sentencia del 1º de octubre de 2004, dictada en el expediente núm. 2004-00050, con ponencia del Consejero de Estado Rafael E. Ostau De Lafont Planeta)

[Sentencia del 10 de septiembre de 2009, Exp. 2009-00201-01, M.P. MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO](#)

## 5. INSTITUTO NACIONAL PARA LA VIGILANCIA DE MEDICAMENTOS Y ALIMENTOS - INVIMA ES COMPETENTE PARA DETERMINAR LOS REQUISITOS SANITARIOS PARA LA APROBACIÓN DE LAS LICENCIAS DE IMPORTACIÓN Y PUEDE DELEGAR ESTA FUNCIÓN EN OTRAS AUTORIDADES.

Los apartes demandados (en negrilla y subrayados) del artículo 64 del Decreto 3075 de 1997, establecen: *“Artículo 64.- Autorización para la Importación de Alimentos. El Invima otorgará visto bueno sanitario a la importación de alimentos y materias primas. Para ello determinará requisitos sanitarios para la aprobación de las licencias de importación, según la naturaleza e implicaciones de orden sanitario y epidemiológico de los alimentos y materias primas y podrá delegar esta facultad a otra autoridad pública que cumpla con las condiciones para este fin o a las entidades territoriales”*. El actor considera que no podía la norma acusada autorizar al INVIMA para determinar los requisitos sanitarios para la aprobación de las licencias de importación y para delegar esta facultad en otra autoridad pública que cumpla con las condiciones para este fin o en las entidades territoriales. El Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos-INVIMA fue creado mediante el artículo 245 de la Ley 100 de 1993 como un establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Salud (hoy de la Protección Social), cuyo objeto es la ejecución de las políticas en materia de vigilancia sanitaria y de control de calidad de medicamentos, productos biológicos, alimentos, bebidas, cosméticos y demás que puedan tener impacto en la salud individual y colectiva. Dicho precepto dispuso que el Gobierno Nacional reglamentará el régimen de registros y licencias, así como el régimen de vigilancia sanitaria y control de calidad de los productos de que trata el objeto del INVIMA, dentro del cual deberá establecer las funciones a cargo de la Nación y de las entidades territoriales, de conformidad con el régimen de competencias y recursos. El Decreto 3075 de 1997, contentivo del artículo 64 cuya nulidad parcial se solicita, fue expedido en ejercicio de la facultad concedida al Gobierno Nacional por el artículo 189, numeral 11 de la Constitución Política y reglamentó la Ley 9ª de 1979 “Por la cual se dictan medias sanitarias”, cuyo artículo 301 considera violado la actora y el cual preceptúa: *“Artículo 301.- El Ministerio de Salud establecerá, conjuntamente con el Ministerio de Agricultura, los requisitos sanitarios que deban cumplir los productos de importación o exportación a que se refiere este título y vigilarán su estricto cumplimiento”*. A juicio de la Sala, debe tenerse en cuenta que la Ley 9ª de 1979 es anterior a la Ley 100 de 1993, que creó el INVIMA, instituto de cuya reglamentación se ocupó el Gobierno Nacional mediante el Decreto Ley 1290 de 1994 “Por el cual se precisan las funciones del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos -INVIMA y se establece su organización básica” que, a su turno, fue expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas al Gobierno Nacional por el artículo 248, numeral 7 de la Ley 100 de 1993, para precisar las funciones del INVIMA y proveer su organización básica. Dicho Decreto Ley 1290 de 1994 en su artículo 4º enumeró las funciones del INVIMA y en su numeral 26 dispuso que le correspondería *“Ejercer las demás funciones que le asigne el Ministerio de Salud o el Gobierno Nacional”*. La Sala considera que como quiera que el Decreto Ley 1290 de 1994 tiene la misma fuerza o entidad normativa que la Ley 9ª de 1979, con fundamento en los artículos 245 y 248, numeral 7 de la Ley 100 de 1993, 4º, numeral 26 del Decreto Ley 1290 de 1994 y 189, numeral 11 de la Constitución Política, bien podía el Gobierno Nacional expedir una disposición como la contenida en el artículo 64 del Decreto 3075 de 1997, sin que por ello pueda afirmarse que se desconoció lo previsto en los artículos 301 de la Ley 9ª de 1979 y 84 de la Constitución Política, último de los cuales establece que cuando una actividad o derecho hayan sido reglamentados las autoridades públicas no podrán exigir requisitos adicionales para su ejercicio. Lo anterior, por cuanto no debe olvidarse que el INVIMA es de creación posterior a la Ley 9ª de 1979 y que a partir de su creación es la autoridad sanitaria en materia de alimentos, medicamentos, cosméticos, etc., tal como lo reafirma, precisamente, el artículo 2º del Decreto 3075 de 1997, del cual hace parte también la disposición analizada que se acusa (artículo 64), el cual precisa que “Por autoridad sanitaria competente se entenderá el Instituto Nacional de Vigilancia y Medicamentos y Alimentos, Invima, y a las Direcciones Territoriales de Salud, que, de acuerdo con la ley, ejercen funciones de inspección, vigilancia y control y, adoptan las acciones de prevención y seguimiento para garantizar el cumplimiento de lo dispuesto en el presente decreto”. En consecuencia, nada impedía que el Gobierno Nacional le atribuyera al INVIMA la facultad de determinar los requisitos sanitarios para la

aprobación de las licencias de importación y con el fin de otorgar el visto bueno para la importación de productos sometidos a su control, como tampoco que lo autorizara para delegar tal facultad en otra autoridad pública, siempre y cuando la misma cumpla con las condiciones requeridas para el efecto, o en las entidades territoriales, máxime cuando, como ya se vio, el artículo 245 de la Ley 100 de 1993 dispuso que el Gobierno Nacional reglamentará el régimen de registros y licencias, así como el régimen de vigilancia sanitaria y control de calidad de los productos objeto del INVIMA, dentro del cual establecerá las funciones a cargo de la nación y de las entidades territoriales, en las cuales el artículo 64 acusado permite delegar la función allí contenida.

[Sentencia del 10 de septiembre de 2009, Exp. 11001-03-24-000-2003-00531-01, M.P. MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN](#)

#### **6. IMPROCEDENTE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE CONCEJAL MUNICIPAL AL NO ACREDITARSE EL SUPUESTO CONFLICTO DE INTERESES EN LA TRAMITACIÓN DE ACUERDO MUNICIPAL CONTENTIVO DEL ESTATUTO TRIBUTARIO DE ARMENIA.**

El problema jurídico consiste en establecer si el concejal John Fredy Tamayo Restrepo debió declararse impedido para participar en las discusiones y debate dado al artículo 47 del proyecto de acuerdo N° 037 de 2008, que culminó con la aprobación del Acuerdo Municipal N° 082 del mismo año, que mantuvo la tarifa del impuesto de industria y comercio que venía rigiendo para los propietarios de moteles y amoblados de la ciudad de Armenia. (...) [En el expediente obran] (...) [t]res certificados de matrícula mercantil de fecha 27 de marzo de 2009 expedidos por la Cámara de Comercio de Armenia, en los que consta, que los señores John Fredy Tamayo Restrepo y Julio César Tamayo Gallón y la señora Teresita Restrepo Molina, respectivamente, son propietarios de los establecimientos de comercio Paradise Motel, Motel La Finquita y Refugio de Amor, ubicados en el municipio de Armenia (folios 11 a 15); a folio 16 reposa copia del registro de nacimiento del concejal en el cual consta que es hijo de Julio César Tamayo Gallón y la señora Teresa Restrepo Molina. (...) [E]l proyecto de Acuerdo N° 037 de 2008 fue presentado por la Alcaldesa del municipio de Armenia, pues la iniciativa en materia impositiva es del ejecutivo, que en este caso presentó en el proyecto sobre impuestos, entre otros ítems, una reducción del impuesto de industria y comercio del 10.0 por mil que de conformidad con el Acuerdo 027 del 20 de diciembre de 2005 regía, al 7.5 por mil, lo cual como quedó demostrado, fue modificado por la Comisión de Presupuesto y Hacienda Pública en su primer debate para que se continuara con la tarifa que venía rigiendo y el Acuerdo Municipal N° 082 de 2008 en su artículo 47 en el código 317 así lo señaló. En este caso se examina es el comportamiento del demandado frente a los deberes y responsabilidades que como concejal le fueron encomendadas por la Constitución Política y la ley para tomar decisiones en interés general, teniendo en cuenta que debido a ciertas circunstancias, ese interés general se puede ver afectado por circunstancias personales que no permiten actuar imparcial y objetivamente, por lo cual se debe alegar el impedimento. En ningún momento se advierte que se hubiera propuesto o discutido en el concejo municipal una posible exención del impuesto de industria y comercio para los propietarios de moteles o amoblados, como lo señala el fallo suplicado, ni mucho menos que el concejal hubiera pretendido u obtenido algún beneficio; si bien el Acuerdo 082 de 2008 considera actividades exentas de este impuesto y de otros, no incluye los mencionados, sino otras como las consagradas en sus artículos 26, 96, 127, 139, 184, 185 y 187 relacionadas con el impuesto predial unificado, el de espectáculos públicos, el de delimitación urbana, participación en plusvalía etc. (folio 90). Como puede desprenderse del texto del artículo 47 código 317 del acuerdo aprobado éste es un acto de carácter general, impersonal y abstracto que deja intacto el impuesto de Industria y Comercio que venía rigiendo para todos los moteles y amoblados del municipio de Armenia; no hay constancia en el plenario de que el concejal y sus progenitores sean los únicos dueños de este tipo de establecimientos, ni prueba de que el demandado hubiera pretendido alguna exención o rebaja del referido impuesto que, se repite, venía operando en el municipio, luego no se vislumbra un interés directo e inmediato por parte de éste, pues el hecho de ser propietario él y su familia de los establecimientos de que se viene hablando no genera por sí solo la causal de pérdida de investidura. Lo cierto es que el interés del concejal se confunde con el que le asiste a todas las personas o a la

comunidad en general en igualdad de condiciones, más aún, como ya se dijo, que el impuesto del 10.0 por mil es el más alto que se cobra en el municipio. Luego, de conformidad con el numeral 1° del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, el concejal no estaba obligado a declararse impedido para participar en los debates o votaciones respectivas, motivo por el cual se revocará la sentencia apelada.

[Sentencia del 10 de septiembre de 2009, Exp. 63001-23-31-000-2009-00071, M.P. MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN](#)

## SECCIÓN SEGUNDA

### 1. DESAPARICIÓN DE LOS FUNCIONARIOS DE SEGURIDAD SOCIAL DE LA CLASIFICACIÓN DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

La Corte Constitucional mediante sentencia C-579 de 30 de octubre de 1996, M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara, resolvió declarar inexecutable el párrafo del artículo 235 de la Ley 100 de 1993 y el inciso 2° del artículo 3° del Decreto Ley 1651 de 1997, normas relacionadas con la clasificación de funcionarios de seguridad en el Instituto de Seguros Sociales y Posteriormente el Decreto No. 416 de 20 de febrero de 1997, aprobatorio del Acuerdo No. 145 de 4 de febrero de 1997, emanado del Consejo Directivo del Instituto de Seguros Sociales, en su artículo 1° clasificó el personal de la Entidad como empleados públicos y trabajadores oficiales; ya no apareció la clasificación de funcionarios de la seguridad social, como lo dispuso la Corte Constitucional.

[Sentencia del 1 de julio de 2009, Exp. 44001-23-31-000-2001-00382-01 \(4879-2004\) M.P. BERTHA LUCIA RAMÍREZ DE PÁEZ](#)

### 2. SE ANULA NORMA QUE ESTABLECE CONDICIONES Y REQUISITOS PARA LA DESIGNACIÓN DE CURADORES URBANOS / RÉGIMEN DE IMPEDIMENTOS DE LOS CURADORES URBANOS

En el presente caso, el Gobierno Nacional precedido de una facultad constitucional (art. 189-11) - procedió a “reglamentar el régimen de impedimentos” de los curadores urbanos, tuvo como fundamento el numeral 9° del artículo 101 de la Ley 388 de 1.997. Dicha reglamentación desborda los límites máximos establecidos en la Ley 388 de 1.997, ya que el Gobierno Nacional se ocupó fue de regular la calificación de los concursantes que aspiran a ejercer funciones de curador urbano y establecer unas causales de impedimento para concursar a tales cargos. Con base en la anterior precisión, es claro que el Gobierno Nacional, al expedir los actos acusados, actuó sin competencia, ya que el legislativo no le concedió facultades extraordinarias para regular aquellas materias, si no que le determinó con precisión la materia objeto de reglamentación (régimen de impedimentos - num. 9° del art. 101 de la Ley 388/97), restringiendo el ámbito propio de la facultad a desarrollar. En conclusión, si bien el Gobierno Nacional puede ejercer la potestad reglamentaria, en los términos del artículo 189 - numeral 11 - de la Constitución Política, no puede desbordar dicha facultad, esto es, alterar o modificar la ley que reglamenta. En esas condiciones, prospera el cargo formulado y en consecuencia se declarará la nulidad de los actos acusados.

[Sentencia de 6 de agosto de 2009, Exp. 11001-03-25-000-2001-00231-00\(3338-01\), M.P. ALFONSO VARGAS RINCÓN.](#)

## SECCIÓN TERCERA

1. SE ACUSÓ A LA POLICÍA QUE AL FRUSTRAR EL HURTO A UN BANCO, CAPTURÓ A UNA JOVEN Y LUEGO LA EJECUTÓ, ABANDONANDO SU CADÁVER EN LAS AFUERAS DE MEDELLÍN. PERO NO

## **SE DEMOSTRÓ LA RELACIÓN ENTRE LOS DOS EVENTOS NI PARTICIPACIÓN ALGUNA DE LOS AGENTES EN LA RETENCIÓN Y MUERTE DE LA MUJER, POR LO QUE SE EXONERA AL ESTADO AL NO SERLE IMPUTABLE EL HECHO Y EL DAÑO RECLAMADO**

El 23 de diciembre de 1993 se produjo un asalto a la oficina de un banco, ubicada en la zona céntrica del municipio de Medellín, que fue reprimido por miembros de la Policía Nacional. En el informe del operativo presentado el 26 de diciembre de 1993, al Jefe de la Unidad Investigativa de Policía Metropolitana del Valle de Aburrá, por el Jefe de Grupo de Inteligencia de esa misma institución, se hizo una narración de lo sucedido y se dejaron a disposición de esa autoridad los retenidos, las armas y otros elementos. También se demostró que en las primeras horas de la madrugada del 26 de diciembre de 1993 fue hallado el cadáver de la joven Luz Ener Belly López Castillo en el kilómetro 3 de la vía a las Palmas, en la ciudad de Medellín. Sobre el vínculo entre el operativo adelantado con ocasión del asalto al banco, y la muerte de la joven declararon tres personas, vecinos de la familia de la víctima, dos de los cuales aseguraron haberla reconocido en el momento en el cual fue sacada de dicho banco, maniatada y cubierto su rostro con una bolsa negra, junto con otras personas, a quienes luego subieron a un carro rojo. Pero, la Sala considera que no está acreditado el hecho de que estas personas hubieran sido retenidas en el operativo adelantado por la Policía con el fin de impedir el hurto. El nexos entre ambos hechos no fue demostrado, corresponde a un rumor callejero, a conjeturas de los vecinos y amigos de los fallecidos. Ese rumor se originó, tal vez, a raíz de la manera como fue presentada la noticia en los diarios locales. En el informe periodístico no se afirmó expresamente que las personas que aparecieron muertas en la vía Las Palmas hicieran parte del grupo de asaltantes, pero las noticias se mezclaron de tal manera que bien pudieron dar lugar a las conjeturas de los vecinos de los fallecidos sobre la participación de éstos en ese asalto. También pudo contribuir a crear la idea de que las personas que aparecieron muertas en la vía Las Palmas hicieran parte del mismo grupo que pretendió asaltar el banco y que hubieran sido capturados en el mismo operativo, el hecho de que, al menos uno de los autores del ilícito, quien murió durante dicho operativo era exagente de la Policía, como también lo eran dos de las personas halladas muertas en “la cola del zorro”. De acuerdo con los testimonios, de los cuales se destaca el del señor Agustín Restrepo Villegas, Fiscal Delegado, por tratarse del funcionario que practicó la diligencia y en relación con quien no se advierte ningún interés en el resultado del proceso penal, las personas retenidas en el operativo fueron cuatro hombres, y un quinto que fue capturado con posterioridad cuando ya se había retirado del sitio. Por lo tanto, carece de verosimilitud la versión de los testigos, en cuanto afirmaron haber visto sacar del banco a Luz Ener Belly del banco, junto con otras personas, retenida y cubierto su rostro con unas bolsas plásticas. Tampoco hay pruebas que demuestren que la retención de la joven y de los demás hombres que la acompañaban la noche de los hechos, se hubiera producido en inmediaciones del banco y que desde allí hubieran sido transportados hasta la vía las Palmas, donde fueron hallados sus cadáveres. No resulta coherente la versión de acuerdo con la cual los agentes de la Policía que practicaron el operativo hubieran respetado la vida de los retenidos en el interior de la entidad bancaria, pero, en cambio, hubieran dado muerte a quienes prestaban guardia en los alrededores del mismo. A juicio de la Sala, no obra en el expediente ninguna prueba que comprometa la responsabilidad patrimonial del Estado por la muerte de la joven Luz Ener Belly López Castillo. La relación de ese hecho con el operativo que se adelantó en contra del grupo de hombres que ingresó al banco no fue demostrada.

**[Sentencia de 19 de agosto de 2009. Exp. 05001-23-26-000-1995-01758-01 \(18156\). M.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA](#)**

**2. SE CONDENA AL ESTADO POR HABER DEJADO OLVIDADO UN CUERPO EXTRAÑO EN EL INTERIOR DE UN PACIENTE DURANTE UNA INTERVENCIÓN QUIRÚRGICA (OBLITO), HECHO QUE POR SÍ SOLO CONSTITUYE UNA FALLA DEL SERVICIO MÉDICO**

La víctima directa padecía un carcinoma papilar de tiroides, razón por la que fue intervenido quirúrgicamente en cuatro oportunidades: 27 de diciembre de 1994, 24 de enero de 1995, 25 de agosto de 1995 y 31 de enero de 1997. Ahora bien, como se señaló, está debidamente acreditado que en la cirugía realizada el 24 de enero de 1995, fue dejado un compresoma en el cuello del paciente, razón por la que tuvieron que practicarle otra intervención quirúrgica para extraer ese cuerpo extraño. Como consecuencia de lo anterior, se le practicó al demandante una intervención quirúrgica el 25 de agosto de 1995. En el informe quirúrgico se dice lo siguiente: “INTERVENCIÓN PRACTICADA: Resección nódulo residual de tiroides”. Finalmente, en el informe anatomopatológico realizado con posterioridad a la cirugía, el patólogo señaló: “DESCRIPCIÓN MACROSCÓPICA: “Tejido irregularmente redondeado, con diámetro mayor de 3.3 cms que pesa 8 gramos, de superficie congestiva. Al corte se aprecia tejido de algodón compactado, rodeado de una cápsula fibrosa. “DESCRIPCIÓN MICROSCÓPICA: “Fibras vegetales, algodón, con marcada reacción granulomatosa a cuerpo extraño a su alrededor. “DIAGNÓSTICO: “COMPRESONA (sic) DE REGIÓN TIROIDEA - HISTORIA DE CIRUGÍA PREVIA - EXTIRPACIÓN”. Al paciente le dejaron una compresa cuando le realizaron la cirugía para extraer la tiroides afectada con el carcinoma papilar, situación que, sin lugar a dudas, configura por sí misma una falla en la ejecución de los cuidados quirúrgicos. En relación con los casos de oblitio quirúrgico, se tiene por establecido que esos olvidos se consideran una culpa o falla probada como quiera que los hechos hablan por sí solos. La jurisprudencia de esta Corporación también ha sido enfática al respecto. Por lo tanto, como quiera que está demostrado el olvido de una gasa en el cuello del paciente que obligó a una intervención quirúrgica para extraerla, y también está claro que este hecho constituye por sí mismo una falla, la Sala condenará a las entidades demandadas a pagar la indemnización respectiva por este daño.

[Sentencia de 8 de julio de 2009. Exp. 63001-23-31-000-1997-04675-01 \(16451\). M.P.: ENRIQUE GIL BOTERO. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA](#)

**3. LOS DEMANDANTES ACUSARON A LA RED DE INTELIGENCIA N° 7 DE LA ARMADA NACIONAL DE LA CONFORMACIÓN DE GRUPOS DE EXTERMINIO Y EN CONCRETO DEL ASESINATO DE UN PERIODISTA, PERO NO SE DEMOSTRARON LOS MÓVILES DEL HECHO, NI LOS AUTORES INTELECTUALES Y MATERIALES, Y MUCHO MENOS LA PARTICIPACIÓN DE AGENTES ESTATALES EN EL MISMO, LO CUAL DESCARTA LA POSIBILIDAD DE IMPUTAR ESE HECHO A LA ENTIDAD DEMANDADA**

En el sub judice se le atribuye a la Red de Inteligencia N° 7 de la Armada Nacional, con sede en Barrancabermeja, la conformación de grupos de exterminio, la cual, según se dijo en la demanda, era dirigida por varios oficiales y suboficiales de dicha Institución, y que a través de ella se cometieron innumerables homicidios en el Puerto Petrolífero de Barrancabermeja, entre ellos el del periodista Ismael Jaimes Cortés, director del Diario La Opinión, según denuncias formuladas por Carlos David López Maquilón y Saulo Segura Palacios, quienes posteriormente se retractaron de las mismas, lo cual implica que las investigaciones penales y disciplinarias que se apoyaron en ellas quedaron sin fundamento, a más de que no obra prueba alguna en el proceso que respalde lo afirmado por los demandantes. Con fundamento en los mismos hechos y pruebas que son materia de estudio por la Sala, fueron formuladas varias demandas contra la Armada Nacional, por la presunta participación de la Red de Inteligencia N° 7 en la muerte de varias personas en el Municipio de Barrancabermeja, pero hasta la fecha ninguna de ellas ha prosperado, toda vez que no se logró demostrar la responsabilidad del Estado por los hechos que se le imputaron, pues ni siquiera fue posible establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon esos crímenes. Puede concluirse, entonces, que no se encuentra acreditada la falla del servicio alegada por los demandantes, habida consideración que, al igual que lo acontecido en los casos traídos a colación por la Sala, no existen elementos de juicio que permitan afirmar que la muerte de Ismael Jaimes Cortés hubiere sido perpetrada por miembros pertenecientes a la Red de Inteligencia N° 7 de la Armada Nacional, o al servicio de ésta, o que su homicidio obedeciera a una orden impartida por la entidad aludida, como tampoco es posible establecer o afirmar que en dicho crimen se hubieren utilizado instrumentos, vehículos o armas de dotación oficial. Lo único cierto es que el señor Ismael

Jaimes Cortés fue asesinado por sicarios en el Barrio Torcorma de Barrancabermeja, Departamento de Santander, pero los móviles de su crimen aún no se han podido establecer, como tampoco los autores materiales e intelectuales del crimen, mucho menos la participación de agentes estatales en el mismo, lo cual descarta la posibilidad de que en el sub judice se hubiere presentado una falla en la prestación del servicio imputable a la demandada, como lo afirmaron los actores.

[Sentencia de 19 de agosto de 2009. Exp. 68001-23-15-000-1999-09916-01 \(16363\). M.P.: MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA.](#)

#### **4. SE RECTIFICA JURISPRUDENCIA SEGÚN LA CUAL EL DAÑO POR LA INTERVENCIÓN DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS Y BURSÁTILES SÓLO PODÍA ESTABLECERSE UNA VEZ CONCLUIDO EL PROCESO DE LIQUIDACIÓN, PARA DETERMINAR QUE DICHO DAÑO PUEDE PRODUCIRSE DESDE EL MISMO MOMENTO DE LA INTERVENCIÓN**

En materia de responsabilidad del Estado por la prestación de los servicios financieros y bursátiles, en los procesos en que se imputa la responsabilidad al Estado por la omisión en sus funciones de control, inspección y vigilancia, la Sala ha considerado que se debe aplicar el régimen subjetivo de falla probada y, al estudiar cada caso, se ha declarado inhibida para pronunciarse sobre el fondo del asunto, en consideración a que ha encontrado que las pretensiones se formulan antes de tiempo, toda vez que el proceso liquidatorio en que se encontraban las entidades financieras demandadas intervenidas, a la fecha de presentación de la demanda, no había concluido. En esos casos, la Sala consideró que solamente cuando el proceso de liquidación concluyera, era posible determinar si se pagaron o no las acreencias y si los depositantes o ahorradores sufrieron un daño, puesto que antes de la ocurrencia de esa situación, el daño sería eventual. En esta oportunidad, la Sala considera que, a pesar de que la entidad financiera esté intervenida y su liquidación aún no haya terminado, los usuarios - ahorradores o depositantes -, e incluso la misma entidad objeto de dicho procedimiento, pueden sufrir daños ciertos que generan perjuicios materiales e inmateriales. En efecto, entre las entidades de control y los usuarios de las entidades financieras existe una relación de protección, que genera la confianza de éstos últimos en el sistema financiero y los motiva a depositar sus ahorros en las entidades financieras, con la finalidad de obtener liquidez, seguridad y rentabilidad, dentro de una entidad que le otorga confianza para ello. En el momento en que la entidad es intervenida - con fines de liquidación - los objetivos con los cuales los usuarios acudieron a la entidad financiera se ven afectados, y la confianza de éstos con respecto a la entidad y al sistema, se quebranta. En estos casos, el daño consiste en el menoscabo patrimonial de los usuarios, quienes no pueden contar con su dinero - ahorros - en el momento en que lo necesitan, es decir, de forma inmediata. La Sala advierte igualmente que, entre las entidades de control y las vigiladas, también existe una relación jurídica de derecho público en la cual, éstas últimas pueden padecer daños durante la intervención o con ocasión de la liquidación, procedimiento dentro del cual la entidad de control puede adoptar medidas transitorias, como puede ser la toma de posesión, que tiene por objeto proteger el sistema financiero y a los depositantes o ahorradores, y que tiene la potencialidad de causar un daño, consistente en el menoscabo de la capacidad operativa de la entidad vigilada, que pierde su autonomía en la toma de decisiones. Ahora, la Sala considera que las pretensiones no se formulan antes de tiempo puesto que, como se explicó, los procedimientos previos a la liquidación e incluso, durante la misma liquidación, pueden causar daños a los ahorradores o usuarios e incluso a las mismas entidades financieras. Desconocer lo anterior, significaría prolongar un daño y agravar los perjuicios que de él se generan, haciendo más gravosa la situación de los usuarios. Ante esta realidad, afirmar que el daño no es cierto, sería desnaturalizar la noción misma de daño, concebida como la aminoración patrimonial sufrida por las víctimas, quienes no pueden disponer de su dinero por un largo período de tiempo, y desconocer la cláusula general de responsabilidad consagrada en el artículo 90 de la Constitución Política. La responsabilidad del Estado por la omisión de los órganos de control se configurará únicamente cuando los daños causados sean consecuencia de una actuación de las entidades vigiladas contraria al ordenamiento jurídico, cuyo cumplimiento ha debido garantizar el organismo supervisor.

[Sentencia de 22 de julio de 2009. Exp. 25000-23-26-000-1999-00228-01 \(27920\). M.P.: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA](#)

## SECCIÓN CUARTA

### 1. PROCEDE LA GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN CUANDO LOS ERRORES COMETIDOS SON MERAMENTE TÉCNICOS Y NO IMPIDEN EL CONTROL FISCAL

**Situación fáctica:** La actora demandó los actos mediante los cuales la DIAN la sancionó por no enviar información magnética de 1994.

**Tesis:** De acuerdo con el literal a) del artículo 651 del E. T., la sanción puede graduarse, pues la preposición “hasta el 5%” que utiliza dicha disposición, indica el límite, de modo que todo lo anterior a éste también se entiende comprendido en tal expresión. Al respecto, la Sala ha reiterado que “es evidente que cuando el artículo 651 del Estatuto Tributario utiliza la expresión ‘hasta el 5%’, le otorga a la Administración un margen para graduar la sanción, pero esta facultad no puede ser utilizada de forma arbitraria”; por tanto, corresponde al funcionario fundamentar su decisión de imponer el tope máximo con argumentos que deben atender no sólo los criterios de justicia y equidad, sino también los de razonabilidad y proporcionalidad de la sanción, tal y como fue expuesto por la Corte Constitucional en sentencia C-160 de 1998, invocada por la demandante. En efecto, al estudiar la exequibilidad del artículo 651 del Estatuto Tributario, la Corte Constitucional precisó que las sanciones que puede imponer la Administración, deben estar enmarcadas en criterios de proporcionalidad y razonabilidad que legitimen su poder sancionador. Así, no todo error cometido en la información que se remite a la autoridad tributaria, puede generar las sanciones consagradas en la norma en mención, pues, la entidad está obligada a demostrar que el mismo lesiona sus intereses o los de un tercero. Luego, no todo error en la información suministrada puede dar lugar a las sanciones previstas en el artículo 651 del Estatuto Tributario. Por tanto, las sanciones que imponga la administración por el incumplimiento de este deber, deben ser proporcionales al daño que se genere. Si no existió daño, no puede haber sanción. En concordancia con lo anterior, la Sala ha sostenido que en la sanción por no informar, el daño o perjuicio al fisco se configura en la medida en que las conductas que dan lugar a la infracción afectan la función de la DIAN, encaminada a efectuar los cruces de información necesarios para el control de los tributos

[Sentencia de 27 de agosto de 2009. Exp. 08001-23-31-000-1998-01547-01\(17025\). M.P. HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ](#)

### 2. EL DECLARANTE DE IVA ES SÓLO UN INTERMEDIARIO RECAUDADOR DONDE LA OMISIÓN EN LA TRANSFERENCIA AL DESTINATARIO CONFIGURA UN DELITO

**Situación Fáctica:** La actora demandó los actos mediante los cuales la DIAN negó las excepciones contra el mandamiento de pago.

**Tesis:** En cuanto a los derechos de defensa e igualdad que reporta el demandante como vulnerados por tener que soportar un tortuoso trámite para la compensación, permitir que la unidad penal pueda denunciar al contribuyente y que librado el mandamiento se pueda embargar al deudor; el ente fiscal no hizo sino aplicar las normas pertinentes en materia tributaria, las cuales no permiten la compensación de oficio y contemplan tanto el embargo de bienes para los deudores morosos como la denuncia penal por apropiarse indebidamente de dineros que pertenecen al Tesoro Público, dado que por tratarse de retenciones en la fuente e IVA el declarante es solo un intermediario recaudador frente al ente fiscal, de donde la omisión en la transferencia al destinatario final configura un delito tipificado en la legislación penal, vale decir, la actuación de la administración se ajustó en todo a



derecho y se encuentra amparada por el principio de legalidad al aplicar la normatividad vigente, de donde procede la confirmación de la Sentencia apelada.

[Sentencia de 20 de agosto de 2009. Exp. 66001-23-31-000-2007-00295-01\(17280\). M.P. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA](#)

### **3. EL VALOR PAGADO POR LOS SUSCRIPTORES DE TELEVISIÓN SATELITAL POR SERVICIOS LOCALES NO HACEN PARTE DE LA BASE GRAVABLE DEL IMPUESTO DE TIMBRE**

**Situación fáctica:** La actora demandó los actos mediante los cuales la DIAN le modificó la declaración de retención en la fuente de mayo de 2000.

**Tesis:** A juicio de la Sala, tal contrato no pierde su naturaleza jurídica porque se estableció claramente cuál es el negocio entre la programadora extranjera y el agente y, cuál es el negocio propio del agente frente a los suscriptores y, en cada caso se estableció la contraprestación correspondiente. Lo que nos permite inferir que el 40% del valor pagado por los suscriptores, que corresponde a la compensación por los servicios locales prestados directamente por la sociedad demandante, no hacen parte de la base gravable del impuesto de timbre nacional causado sobre el contrato de operación local y agencia suscrito entre GLA Y GEC para el suministro de la televisión DTH. En consecuencia, no procede la adición de ingresos como retención a título de impuesto de timbre que efectuó la Administración de Impuestos en la declaración de retención en la fuente del mes de mayo de 1999, razón por la cual se revocará la decisión de primera instancia y en su lugar se anularán los actos demandados y a título de restablecimiento del derecho se declarará en firme la declaración de corrección de retenciones en la fuente presentada por la actora el 16 de agosto de 2002 la cual reemplazó la declaración inicial de retenciones, presentada el 16 de junio de 1999. Prospera el recurso de apelación de la demandante.

[Sentencia de 20 de agosto de 2009. Exp. 76001-23-31-000-2003-02996-01\(16040\). M.P. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS](#)

### **4. PROCEDE LA DEVOLUCIÓN DE LOS PAGOS DE LO NO DEBIDO CUANDO EXISTA PROCESO DE CORRECCIÓN VOLUNTARIA**

**Situación fáctica:** La actora demandó los actos mediante los cuales la DIAN le rechazó la devolución de un pago de lo no debido.

**Tesis:** La Sala encuentra que para enmendar este tipo de errores que inciden en una disminución del valor a pagar establecido en la liquidación privada, el ordenamiento tributario en el artículo 589 permite al contribuyente su corrección a través de una solicitud elevada a la Administración, acompañada del respectivo proyecto de modificación, dentro del año siguiente al vencimiento del término para presentar la declaración [artículo 8° de la Ley 383 de 1997], para que el ente fiscal practique la liquidación oficial de corrección dentro de los seis meses siguientes a la fecha de la solicitud en debida forma, so pena de que tal proyecto sustituya la declaración inicial. Es importante resaltar que esta corrección de la declaración, no impide la facultad de revisión, la cual se cuenta a partir de la fecha de la corrección o del vencimiento de los seis meses siguientes a la solicitud, según sea el caso. En efecto, como lo ha considerado la Sala el proceso de devoluciones no permite comprobar la correcta determinación de los tributos, pues parte de la presunción de veracidad de las declaraciones tributarias consagrada en el artículo 746 del Estatuto Tributario, la cual se desvirtúa a través del procedimiento de determinación de los artículos 702 y siguientes ibídem o bien con la modificación a la liquidación privada a iniciativa del contribuyente conforme a los artículos 588 y 589 ib. De otra parte, vale la pena señalar que si bien es cierto que en otras oportunidades la Corporación ha considerado viable la devolución de los pagos de lo no debido consignados en las declaraciones tributarias, sin necesidad de acudir al proceso de corrección

voluntaria, ello ha obedecido a que no se trata de un error del contribuyente en la liquidación del tributo, sino a decisiones judiciales que han calificado los pagos como “no debidos” o “excesivos”, o a la ausencia de la calidad de sujeto pasivo de la obligación tributaria, lo que hace inocua la corrección del denuncia fiscal. Por ende, como la sociedad omitió modificar la declaración de Impuesto sobre las Ventas del primer bimestre de 2000, no se verifica que exista un pago en exceso o de lo no debido que le otorgue el derecho a la devolución, razón por la cual la Sala considera que los actos administrativos se ajustaron a derecho, lo que conduce a confirmar la sentencia recurrida.

[Sentencia de 20 de agosto de 2009. Exp. 25000-23-27-000-2003-01816-01\(16142\). M.P. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA.](#)

**\*Salvamento de voto del Dr. Héctor J. Romero Díaz**

#### **5. PARA IMPONER LA SANCIÓN POR DEVOLUCIÓN IMPROCEDENTE NO SE REQUIERE ANALIZAR ASPECTOS SUBJETIVOS**

**Situación fáctica:** La actora demandó los actos mediante los cuales la DIAN le impuso sanción por imputación impropia.

**Tesis:** De acuerdo con la ley, una vez verificado que dentro del proceso de determinación oficial del tributo, mediante liquidación de revisión se modificó o rechazó el saldo a favor imputado por el administrado al período siguiente, la autoridad tributaria exigirá su reintegro junto con los intereses moratorios correspondientes. De la norma se deduce que para imponer la sanción debe existir una decisión definitiva que rechace o modifique el saldo, por lo que contrario a lo sostenido por el apelante para exigir el reintegro, no es necesario demostrar que el saldo a favor imputado fue amañado o que se originó en datos falsos o desfigurados, ni aspecto diferente al mencionado. En consecuencia, se configura el supuesto de hecho del artículo 670 inciso cuarto, por lo que procede imponer la consecuencia jurídica prevista en la misma norma, esto es, el reintegro de \$410.821.000, incrementado en los intereses moratorios correspondientes, exigido por la Administración mediante los actos demandados. En el presente proceso, sin que sea necesario analizar aspecto subjetivo alguno.

[Sentencia de 3 de septiembre de 2009. Exp. 25000-23-27-000-2004-01387-01\(16241\). M.P. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA](#)

#### **6. a) CUALQUIER GASTO NO ES DEDUCIBLE AÚN ESTANDO CONTABILIZADO Y SOPORTADO**

**Situación fáctica:** La actora demandó los actos mediante los cuales la DIAN le modificó la declaración de renta de 2002.

**Tesis:** No es la actividad la que determina la procedencia o no del gasto como deducción fiscal, sino la renta que con dicho gasto se obtiene, sin lo cual no es posible su aceptación, de donde, la expensa así se realice en forma esporádica debe estar vinculada a la producción de la renta. El Consejo de Estado ha manifestado su concordancia con lo expuesto en diversos pronunciamientos, exponiendo que solo es posible aceptar una partida como deducible, si cumple los presupuestos exigidos para las expensas necesarias por el artículo 107 del Estatuto Tributario, el cual exige no el cumplimiento de uno o dos de los requisitos esenciales, sino de la totalidad de ellos, luego, la necesidad está ligada directamente con el ingreso que se obtenga de haber efectuado la erogación, al igual que la causalidad y la proporcionalidad, la que tampoco consiste en que represente un porcentaje ínfimo respecto de la totalidad de ingresos declarados sino, como lo aclara la definición, es la proporción del gasto frente al beneficio o entrada que ese mismo gasto pueda generar. Queda claro entonces, que cualquier gasto que se realice por parte de un contribuyente, aún estando debidamente contabilizado y soportado, solo tendrá la calidad de deducible en materia fiscal si cumple los presupuestos antedichos, los cuales constituyen condiciones *sine qua non* para su aceptación.

## **b) LOS PAGOS POR REGISTRO O RENOVACIÓN DE MATRÍCULA MERCANTIL SON EXPENSAS NECESARIAS**

**Tesis:** Si se analiza si es aplicable a los pagos efectuados a la Cámara de Comercio por registro o renovación de matrícula, por reunir los requisitos del artículo 107 del Estatuto Tributario para su deducibilidad, tenemos: En lo que hace a la relación de causalidad, el registro y la renovación de la matrícula en la Cámara de Comercio forman parte de los egresos realizados en cumplimiento de disposiciones legales de carácter obligatorio para desarrollar el objeto social, siendo además necesario para dar cumplimiento a lo requerido por los artículos 28 y 33 del Código de Comercio y proporcional por cuanto la tarifa es determinada por autoridad competente y no por el albedrío de los comerciantes, de donde cumple con los presupuestos del citado artículo, ya que al igual que el anterior, si bien no posee relación directa con el ingreso obtenido forma parte de las expensas necesarias, por ser indispensable para el funcionamiento de la sociedad. Lo anterior hace procedente también la deducción de lo pagado a la Cámara de Comercio. Ahora, si bien en principio, como se desprende del estudio efectuado, tanto los aportes a la Superintendencia de Sociedades como lo cancelado por registro y renovación de matrícula a la Cámara de Comercio son deducibles fiscalmente, es claro además, que una vez cuestionada por parte del ente tributario la presunción de veracidad que ampara en principio lo declarado, la carga de la prueba le pertenece exclusivamente al contribuyente, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil y demás normas concordantes, de donde las sumas a deducir deben no solo corresponder a los conceptos enunciados y haber sido pagadas a los beneficiarios contemplados en la ley, sino estar debidamente soportadas y contabilizadas, es decir plenamente demostradas. Finalmente, no le asiste razón a la demandante al afirmar que el Tribunal sostiene que los gastos que no se desprenden de una obligación legal no son deducibles, ya que como queda claro, para que una erogación sea deducible, es indispensable que se acrediten los requisitos de causalidad, necesidad y proporcionalidad exigidos por el artículo 107 del Estatuto Tributario, pues en caso contrario, es decir cuando éstos no se cumplen, solo se pueden aceptar las deducciones reconocidas por la ley.

[Sentencia de 13 de agosto de 2009. Exp. 25000-23-27-000-2005-01251-01\(16454\). M.P. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA](#)

## **7. a) LOS PAGOS HECHOS POR LOS EMPLEADORES POR MEDICINA PREPAGADA SON DEDUCIBLES**

**Situación fáctica:** La actora demandó los actos mediante los cuales la DIAN le modificó la declaración de renta de 2001.

**Tesis:** Observa la Sala que los pagos en medicina prepagada que realiza el empleador para sus trabajadores encuadran dentro de la definición de pago laboral indirecto que trae el Decreto Reglamentario 3750 de 1986 en su artículo 5º, el cual consagra que “constituyen pagos indirectos hechos al trabajador, los pagos que efectúe el patrono a terceras personas, por la prestación de servicios o adquisición de bienes destinados al trabajador o a su cónyuge, o a personas vinculadas con él por parentesco siempre y cuando no constituyan ingreso propio en cabeza de las personas vinculadas al trabajador y no se trate de cuotas que por ley deban aportar los patronos a entidades tales como el Instituto de Seguros Sociales, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y las Cajas de Compensación Familiar”. Toda vez que esta definición fue establecida para efectos del procedimiento aplicable para realizar la retención en la fuente, el legislador agregó que “Se excluyen los pagos que el patrono efectúe por concepto de educación, salud y alimentación en la parte que no exceda el valor promedio que se reconoce a la generalidad de los trabajadores de la respectiva empresa por tales conceptos y siempre y cuando correspondan a programas permanentes de la misma para con los trabajadores”. Conforme a la definición transcrita los pagos que por concepto de servicios de salud por medicina prepagada realiza el empleador para sus trabajadores, constituyen un gasto de naturaleza laboral, susceptible de ser considerado como deducción a la luz del artículo 107 del E.T., toda vez que entre este gasto y la actividad de la empresa generadora de

renta, consistente en la comercialización de productos farmacéuticos, existe una relación de causalidad. Además como adelante se expondrá ésta fue una expensa necesaria y proporcional. Este servicio de medicina prepagada se estima como una forma de remuneración para los trabajadores, que son parte fundamental en la consecución de los ingresos de la empresa, la cual debe velar por sus condiciones de salud que son necesarias para que la empresa consiga su objeto social enderezado a generar renta. En otras palabras este tipo de gastos guarda estrecha relación con la actividad generadora de renta de la empresa y resultan necesarios para este propósito.

#### **b) EL HURTO DE ACTIVOS FIJOS NO ES UN HECHO IMPREVISIBLE NI IRRESISTIBLE**

La pérdida originada por el hurto de un computador portátil de la empresa, sólo encuadraría dentro de los supuestos fácticos de la pérdida de activos fijos por hechos constitutivos de fuerza mayor consagrada en el artículo 148 del E.T. Se observa que la actora no demostró los elementos que configuran el caso fortuito o la fuerza mayor ya que en efecto, la ocurrencia de un siniestro como un hurto, no es un hecho imprevisible ni irresistible.

[Sentencia de 13 de agosto de 2009. Exp. 25000-23-27-000-2004-01987-01\(16217\). M.P. WILLIAM GIRALDO GIRALDO](#)

#### **8. LA CORRECCIÓN DE ERRORES ARITMÉTICOS NO REVIVE LOS TÉRMINOS RESPECTO DEL ACTO CORREGIDO PARA ACUDIR ANTE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA**

**Situación fáctica:** La actora demandó los actos mediante los cuales la DIAN le modificó la declaración de renta de 1997.

**Tesis:** Se cuestiona el hecho de si el acto de corrección revive los términos del acto corregido y, si en consecuencia, éstos se vuelven a contar para efectos de demandar la nulidad ante la jurisdicción contencioso administrativa. En sentencia del 14 de septiembre del 2001 esta Corporación indicó que la posibilidad de corrección por parte de la Administración de impuestos, contemplada en el artículo 866 del Estatuto Tributario, no tiene la virtud de revivir los términos respecto del acto corregido para acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa. Teniendo en cuenta que la demandante agotó la vía gubernativa con el recurso de reconsideración interpuesto contra la liquidación oficial, el cual fue resuelto en la Resolución 9000011 del 19 de febrero del 2002, notificada el 22 de marzo de 2002, los cuatro meses con que contaba para demandar la nulidad de dichos actos vencían el día 23 de julio de 2002. De otra parte y conforme con la jurisprudencia, con la Resolución de Corrección No. 900002 del 16 de febrero de 2004 la Administración corrigió un error de transcripción cometido en la resolución que desató el recurso, la cual no tuvo incidencia para efectos del conteo del término de caducidad de la acción. En consecuencia es incuestionable que cuando el contribuyente acudió ante la jurisdicción en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, habían transcurrido más de los cuatro meses previstos en el artículo 136 del C.C.A, operando así el fenómeno de la caducidad, lo que acarrea la extinción de la oportunidad de impugnar jurisdiccionalmente la actuación gubernativa y la imposibilidad de hacerse un pronunciamiento de mérito sobre la legalidad de la Liquidación Oficial de Revisión 090642001000027 del 11 de mayo de 2001.

[Sentencia de 27 de agosto de 2009. Exp. 73001-23-31-000-2004-01367-01\(16398\). M.P. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS](#)

#### **9. a) SI EL ÁREA SUBURBANA TIENE UN DESARROLLO AGRÍCOLA NO CAMBIA SU NATURALEZA DE PREDIO SUBURBANO**

**Situación fáctica:** La actora demandó los actos mediante los cuales el IDU asignó la contribución de valorización por beneficio local del conjunto de obras del Eje 5 a sus predios.

**Tesis:** El Acuerdo 6 de 1990 por medio del cual se adopta el Estatuto para el ordenamiento físico del Distrito Especial de Bogotá y al cual remite el Acuerdo 25 de 1995 definió el área suburbana la franja de transición, que rodea las áreas urbanas de la ciudad y los núcleos urbanos de corregimientos y veredas, así como las Áreas que se extienden a lo largo de las vías de acceso y en donde coexisten los modos de vida rurales y urbanos, como una prolongación de la vida urbana en el campo. Señaló como regla general que el desarrollo de terrenos de las áreas suburbanas está definido en usos agrícolas mientras no sean incorporados como áreas urbanas, mediante la definición de su desarrollo en usos urbanos con arreglo a ese acuerdo (artículo 185). Dentro de las áreas suburbanas están las áreas del Sistema Orográfico y del Sistema Hídrico a las que les son aplicables los Tratamientos Especiales de primer Nivel de Zonificación: Tratamiento Especial de Preservación del Sistema Orográfico y Tratamiento Especial de Preservación del Sistema Hídrico (artículo 186 *ibidem*). De acuerdo con lo anterior el hecho de que un predio del área suburbana tenga desarrollo agrícola no cambia su naturaleza de predio suburbano. Es decir, no se contradice que un predio sea suburbano y tenga un uso agropecuario. Los predios que tienen vocación o desarrollo agropecuario no están exceptuados del gravamen porque así no lo dispusieron las normas correspondientes. En consecuencia, y como lo advirtió la Sala en la sentencia citada, si a juicio de la actora los predios suburbanos deber ser exentos de la contribución de valorización por su vocación agropecuaria conforme al régimen legal señalado, le correspondía demandar la nulidad de los Acuerdos 07 de 1987, 25 de 1995 y 9 de 1998 que no contemplaron tal beneficio y que a su juicio resulta violatorio de tal normatividad, para que a través del juicio correspondiente se determine su legalidad. Mientras eso no suceda y en relación con las exenciones tributarias, las autoridades administrativas están obligadas al estricto cumplimiento de las normas que regulan el decreto, la asignación y la liquidación de la contribución de valorización.

#### **b) ES IMPROCEDENTE LA RELIQUIDACIÓN DE LA CONTRIBUCIÓN DE VALORIZACIÓN CUANDO LOS ACTOS DE MODIFICACIÓN DEL USO DEL SUELO SON POSTERIORES**

**Tesis:** La Sala reitera el criterio expuesto en varias sentencias, según el cual es improcedente la reliquidación del gravamen porque los actos en virtud de los cuales se produjo la modificación del uso del suelo, fueron expedidos con posterioridad a la liquidación de la contribución. En efecto, la Sala ha considerado que los actos administrativos por medio de los cuales el Ministerio del Medio Ambiente adoptó decisiones sobre las “áreas denominadas borde norte y borde noroccidental del proyecto Plan de Ordenamiento Territorial del Distrito Capital” y que a su vez fueron regulados por el Decreto 1110 de 28 de diciembre de 2000, se surtieron con posterioridad a la expedición de la Resolución 5100 por la cual se asignó la contribución de valorización (oct. 26/1998). En consecuencia, la disposición prevista en el artículo 54[j] del Acuerdo 7 de 1987 no puede entenderse, en el caso analizado, como una autorización legal para efectuar una nueva distribución de la contribución, tomando en cuenta los cambios sugeridos al uso de la zona de ubicación de los predios gravados, decretada por las autoridades competentes porque tales actos se producen hasta el año 2000, es decir, más de un año después de la liquidación y asignación del gravamen.

[Sentencia de 27 de agosto de 2009. Exp. 25000-23-27-000-2002-00665-01\(15122\). M.P. HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ](#)

#### **10. LA SALA DE VENTAS Y/O APARTAMENTO MODELO NO PUEDEN CONSIDERARSE COMO EDIFICIO O COMO PREDIO EDIFICADO PARA EFECTOS DE IMPUESTO PREDIAL**

**Situación fáctica:** La actora demandó los actos mediante los cuales la Secretaría de Hacienda le estableció el impuesto predial del año 2002.

**Tesis:** Teniendo en cuenta el acervo probatorio, la entidad demandada concluyó que el demandante construyó el apartamento modelo y la sala de ventas una vez le fue aprobada la licencia de construcción, esto es, el 10 de abril de 2002 y, por lo tanto, al primero de enero de 2002, el predio no se encontraba edificado. Para el demandante a esa conclusión no se puede llegar

por la fecha de otorgamiento de la licencia pues es posible construir sin licencia, incurriendo en sanciones. La Sala arriba a la misma conclusión de la entidad demandada por cuanto lo legal es que se inicien las construcciones una vez obtenida la licencia. Si bien el contra argumento del demandante es cierto, le correspondía a él demostrar que, incluso contraviniendo la ley, construyó sin la correspondiente licencia. Como el demandante no aportó prueba de tal hecho, lo propio es concluir que la construcción se efectuó una vez obtenida la licencia. Ahora bien, como el demandante no cumplió con su deber de actualizar la situación fáctica del inmueble ante las autoridades catastrales, es menester dar crédito al certificado catastral aportado al expediente, del que se deriva que, incluso al año 2003, el predio figuraba como no edificado, salvo que demostrara lo contrario. Como del material probatorio no se deduce que al 1 de enero de 2002 el predio objeto de la litis estuviera edificado o que hubo un “desarrollo por construcción”, con edificaciones viables y aptas para el desenvolvimiento de los usos permitidos, el cargo de violación a las normas invocadas en la demanda no prospera. Adicionalmente porque de la Resolución 2555 de 1988 del IGAC se infiere que el apartamento modelo y la sala de ventas no pueden considerarse para efectos catastrales o bien del impuesto predial como “*otras construcciones o edificios*”, dado que no cumplen con la condición de permanencia. El objeto de la construcción del apartamento modelo y de la sala de ventas se circunscribió a promocionar temporalmente la comercialización del proyecto de construcción.

[Sentencia de 27 de agosto de 2009. Exp. 25000-23-27-000-2005-00707-01\(16327\). M.P. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS](#)

#### SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

##### **1) NO ES JURÍDICAMENTE VIABLE LA TRANSFERENCIA A TÍTULO GRATUITO DE BIENES INMUEBLES FISCALES A PERSONAS JURÍDICAS PRIVADAS**

La Ministra de Educación Nacional preguntó a la Sala de Consulta y Servicio Civil sobre la posibilidad de suscribir un convenio de asociación, en los términos del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, en concordancia con el artículo 355 de la Constitución Política, para transferir la propiedad que detenta sobre un inmueble fiscal a la Fundación para el Fomento de la Lectura, “Fundalectura”, fundación privada sin ánimo de lucro que tiene por objeto el desarrollo de actividades relacionadas con los derechos y servicios constitucionales referidos a la educación, la cultura y el conocimiento.

La Sala contestó que el instrumento jurídico sugerido por la entidad consultante no era viable, primero, porque el artículo 355 de la Constitución Política prohíbe las donaciones a particulares, de modo que la transferencia de la propiedad de un inmueble fiscal de la Nación a un particular sólo puede hacerse a título oneroso mediante el procedimiento descrito en el Estatuto de Contratación. Y, segundo, porque según esa misma norma, la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro que se autoriza para los fines allí descritos debe hacerse exclusivamente “*con recursos de los respectivos presupuestos*”, lo que descarta que se comprometan en las contrataciones de esa naturaleza otro tipo de bienes, como los inmuebles.

No obstante, advirtió que el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 permite a las entidades públicas crear, con la participación de particulares, personas jurídicas privadas sometidas al Código Civil, a las que pueden hacer aportes en dinero o en especie.

[Concepto 1957 de 3 de septiembre de 2009. CONSEJERO PONENTE: ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO. AUTORIZADA LA PUBLICACIÓN CON OFICIO 2009EE53568 DE 22 DE SEPTIEMBRE DE 2009, MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL](#)

## **2) UN MISMO TÍTULO DE POSGRADO NO PUEDE SER USADO DOS VECES POR UN DOCENTE PARA ASCENDER EN EL ESCALAFÓN**

La Ministra de Educación Nacional requirió concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil sobre la doble utilización de un mismo título de posgrado por parte de un docente para ascender en el escalafón por mejoramiento académico.

En respuesta, la Sala se remitió al concepto 1833 de 26 de julio de 2007 sobre el mismo asunto, que concluyó con la prohibición de la situación planteada.

En efecto, la Sala reiteró que desde 1979 el Decreto Ley 2277, que contiene el Estatuto Docente, dispone en el artículo 39 que el título de posgrado confiere al docente tres años de servicio en calidad de estímulo para efectos de ascenso en el escalafón, mientras que en el artículo 10 el título de posgrado constituye un requisito para ascender específicamente al grado 14 del escalafón.

De modo que *“si se usa el título de postgrado para conseguir tres (3) años de servicio y ascender a algún grado del escalafón, tal título ya ha producido la consecuencia jurídica, y por tanto, no se puede utilizar nuevamente para acceder al grado 14, pues este uso doble constituiría un estímulo adicional que la ley no autoriza expresamente. Si se admitiera la doble utilización, se estaría produciendo un beneficio a favor de una persona con un mismo requisito establecido por el Estatuto Docente en normas distintas que ciertamente no prevén su acumulación”*.

[Concepto 1959 de 27 de agosto de 2009. CONSEJERO PONENTE: GUSTAVO APONTE SANTOS. AUTORIZADA SU PUBLICACIÓN CON OFICIO 2009EE53569 DE 23 DE SEPTIEMBRE DE 2009 DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL](#)

## **3) LA AUTORIDAD COMPETENTE PARA ADELANTAR EL PROCESO DISCIPLINARIO CONTRA UN EMPLEADO JUDICIAL ES SU NOMINADOR O SUPERIOR JERÁRQUICO EN PRIMERA INSTANCIA Y LA PROCURADURÍA EN SEGUNDA INSTANCIA**

Así lo recordó la Sala de Consulta y Servicio Civil al resolver el conflicto de competencias que se suscitó entre la Procuraduría General de la Nación - Regional Boyacá y la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Tunja, autoridades ambas que se declararon incompetentes para conocer el recurso de apelación que interpuso el señor Luis Carlos Araque Antolinez contra el fallo condenatorio proferido por la Juez Promiscua Municipal de Arcabuco, dentro del proceso disciplinario adelantado en su contra.

La Sala remitió *in extenso* al auto de 22 de junio de 2006, proferido dentro del conflicto de competencias No. 11001-03-06-000-2006-00060-00, que en un asunto similar, con fundamento en los artículos 67 de la Ley 734 de 2002 y 115 de la Ley 270 de 1996, precisó que los funcionarios y empleados de la Rama Judicial deben ser investigados disciplinariamente por sus nominadores o superiores jerárquicos en primera instancia y que las impugnaciones contra las decisiones de los procesos de esa naturaleza corresponden a la Procuraduría General de la Nación y no al juez, tribunal o Alta Corte que sea el superior jerárquico de quien actúe como autoridad disciplinaria, teniendo en cuenta que la función disciplinaria es administrativa y no jurisdiccional.

[Auto de 6 de agosto de 2009. Exp. 11001-03-06-000-2009-00042-00. CONSEJERO PONENTE: LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO](#)

## NOTICIAS DESTACADAS

**CULMINÓ CON ÉXITO EL 'XV ENCUENTRO DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO'**

El XV Encuentro de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo que se llevó a cabo en Medellín el 16, 17 y 18 de septiembre de 2009 culminó con resultados muy positivos.

El tema central del evento fue el proyecto de ley por medio del cual se adoptará el Nuevo Código Contencioso Administrativo. Tanto magistrados como jueces se mostraron muy receptivos y todos tuvieron la oportunidad de expresar sus opiniones y sugerencias, participación que fue muy valiosa para los miembros de la Comisión de la Reforma del Código y del Consejo de Estado.

También es importante destacar que dentro de la organización del certamen, no sólo tuvo lugar una excelente jornada académica sino que complementariamente se llevaron a cabo visitas de índole cultural a sitios representativos de la ciudad de Medellín.

Sin embargo, todo el éxito de esta gran reunión de nuestra Jurisdicción se debe a la ardua labor desplegada el Vicepresidente del Consejo de Estado, doctor Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Director del Encuentro, a su esposa Nury, al equipo de trabajo del Consejo de Estado, al Tribunal Administrativo de Antioquia y a los Jueces Administrativos de la ciudad de la Eterna Primavera.

**CONSEJO EDITORIAL**

**RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PLANETA**  
Presidente

**LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO**  
Vicepresidente

**Sala de Gobierno**

**Maria Claudia Rojas Lasso**  
Presidente Sección Primera  
**Alfonso Vargas Rincón**  
Presidente Sección Segunda  
**Enrique Gil Botero**  
Presidente Sección Tercera  
**Martha Teresa Briceño de V.**  
Presidente Sección Cuarta  
**Filemón Jiménez Ochoa**  
Presidente Sección Quinta  
**William Zambrano Cetina**  
Presidente Sala de Consulta

**Reseña fallos**

Relatoría Consejo de Estado

**Coordinación General**

- Carolina Leal Galán

Secretaria Privada de Presidencia  
Teléfono: (1) 3506700 Ext. 2052

- Fabiana De La Espriella S.  
Jefe de Prensa  
Teléfono: (1) 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](http://www.consejodeestado.gov.co), opción **BOLETINES**, opción **CONSULTAR**, opción **2009**, abra el boletín y descárguelas haciendo clic sobre los datos del expediente que aparecen al final de cada reseña.

Para cualquier inquietud escríbanos a: [boletin@consejodeestado.gov.co](mailto:boletin@consejodeestado.gov.co)