



Contenido:

Editorial	1
Jurisprudencia del Consejo de Estado al Día	
• Acciones Constitucionales	1 - 10
• Sección Primera	10 - 17
• Sección Tercera	17 - 23
• Sección Cuarta	23 - 29
• Sala de Consulta y Servicio Civil	29 - 32
• Noticias Destacadas	33

EDITORIAL

Con el fin de fortalecer los lazos institucionales de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa de nuestro país con la de España Y Francia, algunos Consejeros de Estado visitarán durante los próximos días ciudades como Murcia, Madrid y Paris. El citado escenario será propicio para enriquecer la cultura jurídica en materia de Derecho Constitucional y Administrativo, nutrir el Proyecto de Reforma del Código Contencioso Administrativo de esa importante experiencia foránea y, además tendrá lugar el lanzamiento de las memorias del Seminario Francés celebrado en el 2008 en nuestro país.

Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta
Presidente

Noticias destacadas

EL DOCTOR JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES ENTREGÓ ACTAS DEL ARCHIVO HISTÓRICO AL CONSEJO DE ESTADO

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:

SALA PLENA

SE NIEGA NULIDAD DE ELECCION DEL REGISTRADOR NACIONAL DEL ESTADO CIVIL

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado conoció en única instancia por importancia jurídica las demandas de nulidad acumuladas contra el Acuerdo 021 de 26 de noviembre de 2007, por el cual los presidentes de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado eligieron a Carlos Ariel Sánchez Torres como Registrador Nacional del Estado Civil.

El fallo negó la pretensión anulatoria de las demandas, con apoyo en los siguientes argumentos:

a) El acto demandado en un proceso electoral puede aportarse hasta antes de que se admita la demanda

“En primer lugar, frente a la falta de acompañamiento de copia auténtica del acto acusado reconoce la Sala Plena que efectivamente con la demanda radicada el 16 de enero de 2008, la parte demandante anexó copia informal del Acuerdo 021 del 26 de noviembre de 2007 expedido por los Presidentes de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, incluso desprovisto de firmas sobre las respectivas antefirmas. Sin embargo, con escrito radicado el 21 de enero de 2008 el demandante presentó solicitud de suspensión provisional de los efectos jurídicos del acto acusado, adjuntando copia auténtica del Acuerdo 021 del 26 de noviembre de 2007, lo que al tiempo que desmiente la afirmación de haberse presentado tal anexo con la adición de la demanda, radicada el 11 de febrero de 2008, desvirtúa la tesis del interviniente sobre la existencia de esa irregularidad procesal.

Ahora, si según lo dispuesto en el artículo 152 del C.C.A., modificado por el Decreto 2304 de 1989 artículo 31, es viable “Que la [suspensión provisional] se solicite y sustente de modo expreso en la demanda o por escrito separado, presentado antes de que sea admitida” (No. 1º) y para ello la confrontación puede realizarse “directa[mente] o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud” (No. 2º), no encuentra reprochable la Sala Plena que si la parte demandante, por la circunstancia que sea, no pudo allegar con su demanda la copia auténtica del acto acusado, que ordena anexar el artículo 139 del C.C.A. (Mod. Dto. 2304/1989 art. 25), lo haga con escrito separado mediante el cual pida a su vez la suspensión provisional del acto que demanda, eso sí siempre que ello acontezca antes de que se decida sobre la admisión de la demanda, pues con ello se cierra tal posibilidad.”

b) En tratándose de actos de elección, la acción electoral debe dirigirse contra el acto que la declara. Los actos de trámite por regla general no son demandables: Reiteración de jurisprudencia

En tercer lugar, se arguye la inminencia del fallo inhibitorio al no haberse demandado el acto de inscripción del Dr. CARLOS ARIEL SÁNCHEZ TORRES como aspirante a Registrador Nacional del Estado Civil, porque de abordarse las razones de la impugnación se produciría un fallo extra petita. De infundado califica inmediatamente la Sala Plena el anterior planteamiento, puesto que según lo dispuesto en el artículo 229 del C.C.A., “Para obtener la nulidad de una elección... deberá demandarse precisamente el acto por medio del cual la elección se declara...”. Con esto fue preciso el legislador extraordinario en señalar que independientemente del motivo por el cual se pretenda la nulidad de una elección, la acción electoral debe dirigirse contra el acto administrativo contentivo de su declaración, ya que es a través del mismo que pueden juzgarse los eventuales vicios que se hayan podido presentar en el curso de su formación, pues en ese sentido apunta el artículo 84 del C.C.A. (Subr. D.E. 2304/1989 art. 15), al establecer como causal de nulidad de los actos administrativos la expedición en forma irregular.

Repárese, además, en lo prescrito en la parte final del artículo 50 ibídem (...) Aquí se definen, con toda propiedad, el acto administrativo y el acto de trámite; el primero adquiere esa naturaleza gracias a contener una decisión sobre la sustancia del tema tratado y a partir de allí puede calificarse como acto administrativo por ser depositario de una decisión como fuente, modificación o extinción del derecho; y el segundo, no adquiere este status porque sirve de instrumento a la realización del acto administrativo, es uno más de los trámites a surtir para concluir en la expedición del acto administrativo, salvo que por impedir el curso de la actuación se torne definitivo y por ello pasible de acción jurisdiccional. Las anteriores apreciaciones no son nuevas, existe toda una línea jurisprudencial en la Sección Quinta sobre el particular que ha venido pregonando.

c) Es válida la actuación de la Procuradora Delegada demandante, como funcionaria competente del Ministerio Público y como ciudadana

“Ilegitimidad de personería para actuar”: Sostiene la parte accionada que esta excepción se configura respecto de la demanda interpuesta por la Dra. LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ, en calidad de Procuradora Séptima Delegada ante el consejo de Estado y Vicepresidenta de la Comisión Nacional de Control y Asuntos Electorales, porque si bien dijo actuar por delegación que le hiciera el Procurador General de la Nación mediante la Resolución 317 del 9 de noviembre de 2007, del contenido de ese acto administrativo se desprende que sólo podía interponer acciones electorales respecto de las elecciones territoriales cumplidas el 28 de octubre de 2007, pero no frente a la elección del Registrador Nacional del Estado Civil, argumento que sustenta en lo previsto en el artículo 64 del C. de P. C.

(...) si bien la delegación invocada con la demanda resultó insuficiente al no comprender la función de interponer esta acción electoral, la legitimación de la accionante se conservó incólume por su innegable condición de ciudadana en ejercicio, pero especialmente porque no hizo nada distinto a ejercer una función constitucional (Constitución Política, artículo 277, numeral 7). Por tanto, la excepción no prospera.

d) No se configuró inhabilidad del artículo 122, inciso 5° de la Constitución Política: La sentencia que impuso condena por responsabilidad patrimonial al demandado no estaba ejecutoriada al momento de su inscripción

Como la imputación examinada descansa en la preexistencia de una “sentencia judicial ejecutoriada” mediante la cual se estableció que por culpa grave del demandado, en su calidad de Contralor Distrital de Bogotá D.C., el Estado fue condenado a una reparación patrimonial, y como quiera que la defensa cuestiona la ejecutoria de esa decisión, debe la Sala Plena, en primer lugar, abordar tal posibilidad, pues del mismo dependerá que se puedan o no abordar los demás planteamientos jurídicos.

(...) Este recorrido por el material probatorio regular y oportunamente incorporado al proceso demuestra que la sentencia condenatoria del 4 de octubre de 2006, dictada en el proceso de Acción de Repetición 1999-2563, no estaba ejecutoriada cuando se surtió la inscripción y elección del Dr. CARLOS ARIEL SÁNCHEZ TORRES.

(...) Ahora bien, como no está probado el supuesto de hecho de la causal de inhabilidad consagrada en la segunda parte del inciso final del artículo 122 constitucional, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2004, puesto que la sentencia condenatoria del 4 de octubre de 2006 no estaba en firme para la época en que el Dr. CARLOS ARIEL SÁNCHEZ TORRES se inscribió y resultó elegido Registrador Nacional del Estado Civil, concluye la Sala Plena que la misma no se configura, resultando por lo mismo inútil abordar las diferentes tesis jurídicas expuestas por las partes y por los intervinientes.

e) Otras imputaciones

- Como la elección se cumplió de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 4° de la Ley 1134 del 4 de mayo de 2007, esto es por el voto de la mayoría de los Presidentes electores, es claro que el reparo atinente a que no era obligatorio elegir al aspirante que obtuvo el mayor puntaje carece de toda eficacia frente a la presunción de legalidad del acto demandado, puesto que ello conllevaría la realización de un examen de legalidad contra un supuesto no previsto en norma jurídica alguna, solamente fundado en la afirmación del impugnante, lo que desde luego se aparta de los referentes normativos a tomar en cuenta por el operador jurídico para realizar su juicio de legalidad.

- Si bien es cierto que el artículo 25 del Acuerdo 001 del 13 de agosto de 2007 “*Por medio del cual se establece el reglamento del concurso de méritos para la elección del Registrador Nacional del Estado Civil*”, establece que el mencionado funcionario se posesionará ante los Presidentes de la

Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, es lo cierto que esta norma está en contravía de lo dispuesto en el artículo 31 del Código Electoral, según el cual el Registrador se posesionará ante el Consejo Nacional Electoral, de modo que por tener la última disposición rango de ley, debe primar sobre la primera que tiene carácter reglamentario. En segundo lugar, el objeto de esta acción electoral se contrae al estudio de legalidad del acto de elección del Registrador Nacional del Estado Civil contenido en el Acuerdo 021 del 26 de noviembre de 2007 y no a lo sucedido con su posesión, que por tratarse de una actuación distinta no puede ser controlada jurídicamente por la Sala Plena, ya que frente a la misma carece de competencia.

- Consultando el Acuerdo 021 del 26 de noviembre de 2007 se logra establecer que la elección del Dr. SÁNCHEZ TORRES como Registrador Nacional del Estado Civil, en ningún momento se condicionó al cumplimiento por parte del elegido de lo dispuesto en el artículo 2° del mismo Acuerdo, donde se le confirió un término de 5 días para que acreditara si el fallo de acción de repetición estaba en firme o no, o si estando ejecutoriado ya se había cancelado la obligación. Al no existir relación de sujeción entre la decisión de elegir a dicho aspirante y el cumplimiento de la decisión de conferirle un término para aclarar lo relativo a su eventual condena patrimonial, bien puede afirmarse que no se configura la causal genérica de nulidad de expedición irregular, ya que lo dispuesto en el numeral 2° en cita debe considerarse como una decisión independiente de la elección, a tal punto que la supuesta falta de competencia de los Presidentes de dichas Cortes para conferir esos plazos, viene a resultar ineficaz de cara al examen de legalidad del acto enjuiciado.

[Sentencia de 22 de septiembre de 2009, Exp. 11001-03-28-000-2007-00063-00/2008-00001-00/2008-00003-00. M.P.: MARÍA NOHEMÍ HERNÁNDEZ PINZÓN](#)

* Salvamentos de voto: Susana Buitrago Valencia, Gustavo Gómez Aranguren y Héctor Romero Díaz

* Aclaraciones de voto: Víctor Alvarado Ardila, Gerardo Arenas Monsalve, Martha Teresa Briceño, Ruth Stella Correa, Enrique Gil Botero, Bertha Lucía Ramírez, María Claudia Rojas Lasso, Martha Sofía Sanz Tobón y Mauricio Torres Cuervo

ACCIONES CONSTITUCIONALES

TUTELAS

1. a) Protección as las personas con discapacidad física, sensorial y/o psíquica

De conformidad con lo previsto en los artículos 13 y 47 de la Constitución Política le corresponde al Estado proteger a aquellas personas que se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, y adelantar políticas de previsión, rehabilitación e integración social de las personas con discapacidad física, sensorial y/o psíquica, a quienes deberá prestarles la atención requerida. En atención a las disposiciones anteriores el Congreso de la República expidió la Ley 361 de 1997 que consagra las normas y criterios para facilitar la accesibilidad de las personas con movilidad reducida, temporal o permanente, o cuya capacidad de orientación se encuentre disminuida por razones de edad, analfabetismo, limitación o enfermedad.

b) La falta de adecuación de las edificaciones para garantizar la accesibilidad a las personal con movilidad reducida, en el término previsto por la ley 361 de 1997, vulnera los derechos fundamentales de los discapacitados. Computo del término del artículo 52 de la ley 361 de 1997

De los artículos 47 y 52 de la Ley 361 de 1997, se colige que los edificios existentes a la fecha de expedición de la Ley, deben adaptarse de manera progresiva para garantizar la accesibilidad a las personas con movilidad reducida, temporal o permanente, y que el término para realizar las adecuaciones correspondientes es de cuatro años contados a partir de la vigencia de dicha ley. Sobre el cómputo del término para realizar las adecuaciones a las instalaciones abiertas al público, la jurisprudencia de la Sección Primera de esta Corporación, en principio, había sostenido que el mismo empezaba a correr a partir de la vigencia del Decreto 1538 de 2005 - norma que se encargó de reglamentar la ley aludida -, más no desde la entrada en vigencia de la ley. Sin embargo, tal criterio fue reconsiderado en la sentencia de 8 de noviembre de 2007, según la cual el término de los cuatro años para hacer las adecuaciones a las edificaciones debe contarse desde la vigencia de la ley 361 de 1997 y no desde que se profirió la norma reglamentaria. Por lo tanto, como la ley empezó a regir el 11 de febrero de 1997 el plazo para adecuar las edificaciones donde funcionan la Dirección Territorial del Ministerio de la Protección Social de Rihacha y el Palacio de Justicia de esa misma ciudad, previsto en el artículo 52 de la ley aludida, venció el 11 de febrero de 2001, y como tales adecuaciones no se han realizado, resulta evidente que se desconocieron los derechos fundamentales del accionante, quien demostró su discapacidad.

c) La existencia de una sentencia de acción popular que protege derechos colectivos, no impide que se instaure una tutela si están de por medio derechos fundamentales

Igualmente es de destacar que aunque existe una sentencia proferida el 28 de enero de 2009, dentro de la acción popular No.44001-23-31-003-2008-00022-01, mediante la cual se protegen derechos colectivos y se ordena la adecuación de esa edificación, lo evidente es que aún no se han realizado las gestiones presupuestales y administrativas necesarias para dar cumplimiento a esa orden judicial. Además tal decisión en nada impide que se instaure una acción de tutela, cuando están de por medio derechos fundamentales que, como en este caso, se demostró su vulneración.

[Sentencia de 26 de agosto de 2006. Exp. 44001-23-31-000-2009-00101-01. M.P. WILLIAM GIRALDO GIRALDO](#)

- * Con salvamento de voto del Consejero Hugo Fernando Bastidas Bárcenas
- * Con aclaración de voto de la Consejera Martha Teresa Briceño de Valencia

2. La acción de tutela es procedente para reclamar la mesada pensional reconocida e indexada, en aras de obtener la protección del derecho fundamental al mínimo vital

Frente a la existencia de otro medio de defensa judicial, advierte la Sala que en principio, la acción de tutela no es el mecanismo adecuado para acceder a las pretensiones de la actora, es decir, para reclamar el pago de la mesada pensional reconocida e indexada en la resolución 902 del 16 de abril de 2009, pues para ello existe la acción ejecutiva, natural para resolver este tipo de controversias, que es el mecanismo idóneo para resolver el asunto planteado. No obstante, se observa que la actora, a quien le fue reconocida la pensión de jubilación convencional indexada mediante la resolución 902 de 2009 en un monto de \$ 1'316.096, 75, solo recibe como pensión la suma de \$727.467,01, por lo que es procedente analizar si la tutela procede en aras de obtener la protección del derecho fundamental al mínimo vital, que alega la accionante le fue vulnerado por las accionadas. De las pruebas allegadas, se tiene que, al realizar la suma de los pasivos de la actora, ésta arroja un valor de \$779.088, valor que resulta superior al monto de la pensión que actualmente recibe la actora, que es de \$727.467, con lo que evidentemente resulta vulnerado el derecho fundamental al mínimo vital, toda vez que el monto que recibe no es suficiente para cubrir el pasivo y sufragar los gastos tanto suyos como de su madre, quien se encuentra a cargo de la accionante. Adicionalmente, el valor de la pensión está establecido en un acto administrativo que se presume legal, por lo que no se justifica la mora en el pago de unas prestaciones ya reconocidas.

[Sentencia de 26 de agosto de 2006. Exp. 25000-23-15-000-2009-00943-01. M.P. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS](#)

3. a) La acción de tutela es el mecanismo idóneo para proteger derechos fundamentales dentro de un concurso de méritos

Tal como lo aceptó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, las decisiones que se dictan durante el concurso son actos de trámite, expedidos dentro de la actuación propia del mismo y las determinaciones que en ellos se adoptan, se hacen para impulsar y dar continuidad al proceso propio de las convocatorias, en cumplimiento de los deberes legales de las entidades involucradas. Ahora bien, si se acepta, que contra los actos que provocan la exclusión de concursantes, proceden las acciones de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho, dada la velocidad con que se desarrollan los concursos de méritos, tales mecanismos no son eficaces para lograr la protección de los derechos invocados. En efecto, la acción de tutela es el mecanismo idóneo para acceder a la pretensión del actor, para proteger sus derechos dentro del concurso.

b) La convocatoria a un concurso de méritos es de obligatoria aplicación, no cumplir con los requisitos mínimos relacionados en la misma, no viola el derecho de igualdad

La entidad estatal que convoca a un concurso (abierto o cerrado), debe respetar las reglas que ella ha diseñado y a las cuales deben someterse, tanto los participantes en la convocatoria como ella misma. El desconocimiento de las normas que regulan el concurso implica el rompimiento de la confianza que se tiene respecto de la institución y atenta contra la buena fe de los participantes. Coherentemente, como garantía de transparencia e imparcialidad en el concurso, las normas de obligatoria aplicación para su desarrollo son las previstas en la convocatoria mientras se encuentren vigentes, aún cuando respecto de éstas se aleguen reparos o posibles contradicciones con normas o principios superiores, pues, para ello el ordenamiento prevé las instancias competentes para su revisión. En el asunto bajo estudio, el actor se inscribió para proveer el cargo de Profesional Especializado en Investigación en la Defensoría del Pueblo - Regional Valle del Cauca. La Convocatoria 008-09, dentro de los requisitos mínimos, exigió: “*Título de formación profesional en Derecho, Antropología, Psicología, Economía, Administración Pública, Ingeniería de Sistemas, Ingeniería Industrial, Contaduría, Estadística, Administración de Empresas, Administración Financiera, Sociología, Medicina, Ingeniería Mecánica o Comunicación Social*”. Aunque el demandante acreditó título de formación profesional como Ingeniero de Materiales, sin embargo, éste no se encuentra relacionado en la convocatoria, por tanto, se concluye que no cumple con los requisitos mínimos. Es claro que a pesar de conocer esta circunstancia, el demandante se inscribió en el concurso, por lo que no puede afirmar que con la decisión de no permitirle continuar en el proceso de selección, se violó su derecho a la igualdad, pues, carece de la formación profesional requerida para el cargo al cual aspira.

c) Derechos de petición en los procesos de selección o concursos de mérito. Las contestaciones a las solicitudes deben hacerse de la misma forma en que se publicó la lista de admitidos y no admitidos al concurso

El artículo 23 de la Constitución Política, faculta a toda persona para presentar solicitudes respetuosas ante las autoridades y obliga a la Administración a contestar de forma clara oportuna y de fondo lo solicitado y, además, a ponerlo en conocimiento del peticionario. Si no se cumplen estos requisitos, se incurre en la vulneración del derecho fundamental de petición. La respuesta no implica aceptación de lo solicitado, pues la competencia del juez de tutela se limita a verificar que la respuesta sea de fondo y que se cumplan los términos establecidos legalmente para contestar las solicitudes elevadas por los peticionarios. En el caso de los procesos de selección o concursos de méritos, el legislador ha establecido normas especiales para la presentación de solicitudes ante la entidad convocante, como es el caso del Decreto 760 de 2005 [12], que faculta a los aspirantes a presentar reclamaciones a la lista de admitidos y no admitidos cuando tengan alguna inconformidad respecto de la misma.

La Convocatoria 008-2009, Séptimo Concurso de Méritos 2009 Defensoría del Pueblo, estableció que ante las reclamaciones a la lista de inadmitidos, *“la Comisión de la Carrera Administrativa resolverá las reclamaciones en única instancia dentro de los 15 días hábiles siguientes al vencimiento de los términos establecidos para interponerlas”*. En el caso concreto, no se encontró prueba alguna que demostrara que antes de la fecha de presentación de la presente acción, la demandada hubiera dado contestación a la reclamación hecha por el actor, por lo que vulneró su derecho fundamental de petición. No obstante, se encuentra en el expediente, que el 15 de julio de 2009 la Presidencia de la Comisión de la Carrera Administrativa, envió oficio al Tribunal mediante el que informó que el 14 de julio le fue enviado al actor por correo certificado la respuesta de fondo al derecho de petición presentado el 2 de junio de 2009. Sin embargo, no puede tomarse como prueba idónea de la contestación al actor la copia de la constancia de envío, pues esta debió hacerse de la misma forma en que se publicó la lista de admitidos y no admitidos, de conformidad con el inciso 2º del artículo 12 del Decreto 760 de 2005, en consecuencia aún continúa la vulneración a su derecho de petición.

[Sentencia de 2 de septiembre de 2009. Exp. 76001-23-31-000-2009-00653-01. M.P. HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ](#)

4. a) Los concursos de mérito son el mecanismo idóneo para escoger a quien mejor pueda desempeñar un cargo, dentro de criterios de imparcialidad y objetividad

Es del caso indicar que los concursos tienen fundamento en el artículo 125 de la Constitución Política y se ha entendido que son el mecanismo idóneo para que el Estado, dentro de criterios de imparcialidad y objetividad, mida el mérito, las capacidades, la preparación y las aptitudes generales y específicas de los distintos aspirantes a un cargo, con el fin de escoger entre ellos a quien mejor pueda desempeñarlo. El concurso por su propia naturaleza de competitividad se aparta de todo tipo de influencias por asegurar imparcialidad e igualdad. Así las cosas, la finalidad de los concursos es que la vacante existente se llene con la mejor opción, es decir, con aquel de los concursantes que haya obtenido el más alto puntaje, parámetro que evalúa y califica el mérito del aspirante para ser elegido o nombrado.

b) La formación recibida en la Escuela de Cadetes de la Policía Nacional tienen como propósito el ascenso y la mejor formación de sus miembros pero no sirven para acreditar el curso de formación en Policía Judicial o en investigación criminal o criminalística

Frente a la formación recibida en la Escuela de Cadetes de Policía se observa de los certificados de estudios que obran a folios 28 a 34, que el ahora actor estuvo vinculado a la Policía Nacional y durante los años 1989 a 1994 recibió los cursos de formación de cadetes, de alférez y de subteniente para teniente, en los que, entre otras materias, están las de policía de vigilancia, historia de la policía, fotografía judicial, planimetría judicial, derecho de policía, química forense, toxicología forense, operaciones policiales, práctica de vigilancia, medicina forense, pruebas judiciales, actualización en policía judicial y criminología. Entiende la Sala que estos cursos tienen como propósito el ascenso y mejor formación de los miembros de la Policía Nacional pero, de manera alguna, para el caso concreto pueden tenerse en cuenta para acreditar el curso de formación en Policía Judicial o en investigación criminal y criminalística, el cual es dictado por las escuelas de capacitación del DAS, Fiscalía General de la Nación, Policía Nacional y Ministerio del Interior y de Justicia, con intensidad mínima de 500 horas. Deduce esta Corporación que el curso de cadetes tiene un pensum e intensidad horaria diferente a los de policía judicial o de investigación criminal y criminalística y que estos últimos pretenden enseñar una especialidad.

[Sentencia de 2 de septiembre de 2009. Exp. 25000-23-15-000-2009-00890-01. M.P. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA](#)

ACCIONES POPULARES

1. La acción popular tiene como finalidad la protección de intereses y derechos colectivos por tanto, no pueden intentarse para conseguir la reparación subjetiva o plural de eventuales daños individuales de varias personas que comparten una causa en común

En el caso bajo estudio se comprobó que existe una urbanización residencial denominada PARQUES DE TIMIZA, hoy CONJUNTO RESIDENCIAL TIMIZA, la cual no fue construida según el diseño y propuesta inicial ofrecida a sus habitantes. Como consecuencia de lo anterior, el recurrente estima que los inmuebles han sufrido una devaluación comercial, por cuanto la carencia de zonas comunes y acometidas para servicios públicos de éstas hacen más gravosa la situación comercial, en el sentido de ser mucho más difícil vender los apartamentos, razón por la cual se vulneran los derechos colectivos de los consumidores y usuarios, los cuales pudieron haberse salvaguardado si la Alcaldía Local de Kennedy, hubiese intervenido y obligado al constructor a mantener el diseño inicialmente ofrecido. De lo expuesto, la Sala encuentra que el conflicto se genera por causa de unos contratos de compraventa, en los cuales existen vicios redhibitorios, por lo que resulta acertado el análisis y conclusión del a-quo al afirmar que la inconformidad de los actores recae sobre derechos individuales o subjetivos que tienen como causa común el contrato de compraventa y el contrato de mutuo con hipoteca. Respecto de este preciso aspecto es necesario aclarar que los derechos e intereses colectivos son aquellos que rodean, uniformemente, a un grupo de personas que conforman una comunidad organizada, y que se convierten en sujetos activos de la acción popular, en el evento que sus derechos colectivamente considerados se encuentran conculcados. De esta forma, debe tenerse en cuenta que mediante las acciones populares las personas ejercen verdaderos derechos de orden colectivo para la satisfacción de necesidades comunes de tal suerte que cuando ciertas prerrogativas protegidas por el marco constitucional sean desconocidas y se produzca un agravio o daño colectivo, se pueda recurrir a la protección constitucional a través de esta acción. En consecuencia, las acciones populares aunque tienen como finalidad la protección de unos intereses concretos colectivos, no pueden intentarse para conseguir la reparación subjetiva o plural de eventuales daños individuales de varias personas que comparten una causa en común. Así las cosas por tratarse de derechos e intereses que incumben a la sociedad en general, no proceden tales acciones para dirimir conflictos en los cuales se discutan derechos derivados de relaciones subjetivas, pues la interpretación de situaciones, como la aquí planteada, conlleva a razonamientos intrínsecos de donde se desprenden consecuencias subjetivas, es decir, consecuencias distintas según la condición de cada individuo respecto de las pretensiones y el contrato de mutuo con hipoteca, así desde esa perspectiva, dichas situaciones entrañan efectos fácticos, perdiéndose con ello el rasgo colectivo, que debe fundamentar la procedencia de la acción popular. Ahora bien, para la Sala es claro que en el sub lite, la acción se instauró por cuanto los demandantes consideran que la incompleta materialización de la oferta, modificada por convención y aceptada por las partes contratantes, devaluó sus inmuebles, al igual que lo hizo la incompleta construcción de zonas comunes. No obstante, ello no quiere decir que realmente se esté vulnerando los derechos colectivos de los consumidores y usuarios. En el caso en concreto se solicita la cancelación gravámenes hipotecarios de los propietarios de los inmuebles, lo que conllevaría a verificar la situación individual de cada habitantes, desapareciendo el elemento común necesario para considerar la situación como colectiva, porque el interés jurídico que se protege con esta acción no puede estar directamente relacionado con la situación individual de ciertas personas, sino con la vulneración de los intereses de la sociedad misma, como sujeto autónomo de derechos.

[Sentencia de 24 de septiembre de 2009. Exp. 25000-23-24-000-2003-01189-01. M.P. MARCO ANTONIO VELILLA MORENO](#)

* Con salvamento de voto de la Consejera Martha Sofía Sanz Tobón

2. a) Las Corporaciones Autónomas Regionales y las entidades territoriales deben ejercer el seguimiento, control y vigilancia en aras de proteger el medio ambiente

Las Corporaciones Autónomas Regionales, los Departamentos, los Distritos, los Municipios y las demás entidades territoriales en desarrollo de los principios de armonía regional, gradación normativa y rigor subsidiario deben propender por la protección del medio ambiente, incluidos los recursos renovables. En ese mismo sentido, de forma coordinada las entidades anteriormente mencionadas dentro de sus respectivas jurisdicciones deben ejercer el seguimiento, control y vigilancia en aras de proteger el medio ambiente.

b) Protección legal de las aguas

El legislador en sentido material consideró que la contaminación de las aguas, las alteraciones nocivas del flujo natural de las aguas, la sedimentación y eutricación en lagos y lagunas son factores que afectan el derecho al goce de un ambiente sano, tal como lo plantea el artículo 7 del Código Nacional de Recursos Naturales. En concordancia con lo anterior, el artículo 47 del Decreto 2811 de 1974 prevé que una porción determinada o la totalidad de los recursos naturales renovables de una región o zona se declare como “reserva” bien sea por la necesidad de organizar o de facilitar la prestación de un servicio público, para adelantar programas de restauración, conservación o preservación de esos recursos y del ambiente o cuando el Estado decida explotarlos. Sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos. A su vez, la norma determina que mientras la reserva esté vigente, los bienes afectados no se pueden entregar en concesión o autorización de uso a particulares. En relación con el uso, conservación y preservación de las aguas según el artículo 137 ibídem, son objeto de protección y control especial las fuentes, cascadas, lagos y otros depósitos o corrientes de aguas naturales o artificiales que se encuentren en áreas declaradas dignas de protección. Para efectos de las zonas anteriormente mencionadas se prohíbe la descarga de desechos técnicos, la descarga de aguas negras o desechos sólidos, líquidos o gaseosos que provengan de fuentes industriales o domésticas.

c) La construcción de la vía Buga- Mediacanoa vulneró el medio ambiente sano de la laguna de Sonso

En el presente asunto la controversia gira entorno al impacto que generó la construcción de la vía Buga-Mediacanoa sobre la laguna de Sonso por el cerramiento del caño Carlina y los cuatro caños subsidiarios. De conformidad con el material probatorio se concluye que el caño Carlina y los otros caños subsidiarios se encuentran cerrados. Sin embargo, se encuentra que para el momento de la expedición de la sentencia existe un canal que comunica el espejo de agua de la laguna de Sonso y el río Cauca. De otra parte, para esclarecer si la existencia del canal es suficiente o no para garantizar el equilibrio ecológico es necesario determinar el flujo de aguas y el nivel de sedimentación de la laguna de Sonso. Al respecto, el estudio hidráulico y de sedimento de dicha laguna de Sonso que realizó la Corporación Regional del Valle del Cauca, no es posible valorarse como prueba en este proceso, toda vez que dicho informe se realizó en junio de 1995 y la demanda se instauró el 2 de febrero de 2004 y en esa medida los datos del estudio no son vigentes para el momento de la presentación de la demanda. Como quiera que en el expediente no existe un estudio del proceso de eutricación de la laguna de Sonso que permita evidenciar el nivel de sedimentación del espejo lagunar, ni estudio hidráulico, mal podría entenderse que el canal que existe es insuficiente para mantener el equilibrio ecológico de la reserva natural. Sin embargo, las fotografías que obran a folio 145 del cuaderno 2 y la declaración del ingeniero supervisor de interventorías, evidencian que en épocas de invierno se presentan inundaciones en la zona por el agua que fluye en el subsuelo del antiguo cauce del caño Carlina. Se reitera que las pruebas acreditan que en la zona existe asentamiento humano por los habitantes de la vereda el Porvenir y un relleno o basurero de escombros en la zona objeto de esta acción popular. Es claro entonces que pese a que las autoridades ambientales han adelantado diferentes gestiones en aras de proteger la laguna de Sonso, el problema que presenta la zona no se ha solucionado. En esa medida se concluye que las

entidades demandadas son responsables por la vulneración de los derechos colectivos al goce de un ambiente sano, a la existencia del equilibrio ecológico y al manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, conservación, restauración o sustitución y los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente.

[Sentencia de 24 de septiembre de 2009. Exp. 76001-23-31-000-2004-00172-01. M.P. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA](#)

3. Contra las sentencias de acción popular no proceden recursos extraordinarios

En tratándose de los procesos adelantados en ejercicio de las acciones populares, la jurisprudencia de la Corporación ha señalado que contra las sentencias proferidos en ellos no proceden los recursos extraordinarios consagrados en el C.C.A., merced a que la ley 472 de 1998 en el capítulo X, del Título II, contempló en su artículo 37 únicamente el recurso de apelación contra la sentencia que se dicte en primera instancia. En contraste, esa misma ley respecto de las acciones de grupo en su artículo 67 determinó que contra las sentencias proferidas en los procesos adelantados en ejercicio de las acciones de grupo proceden el recurso de revisión y el de casación, según el caso, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. Omisión respecto de las acciones populares, que ha sido interpretada de manera uniforme por la jurisprudencia de esta Corporación como indicativa de que no resulta aplicable en este caso la remisión de que trata el artículo 44 *eiusdem* al Código Contencioso Administrativo ni al código de procedimiento civil, toda vez que la misma sólo tiene lugar frente a los aspectos no regulados por la Ley 472, situación que no se presenta frente a este tema, dado que esta normativa no contempló la posibilidad de presentar recurso extraordinarios contra el fallo y dada su naturaleza extraordinaria, éstos solo pueden tener cabida, a juicio de la jurisprudencia, en la medida de que la ley lo consagre, precisamente, por no ser ordinario.

[Auto de 27 de mayo de 2009. Exp. 25000-23-27-000-2004-00888-01. M.P. RUTH STELLA CORREA PALACIO](#)

SECCIÓN PRIMERA

1. DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES ES COMPETENTE PARA ESTABLECER REQUISITOS Y CONDICIONES PARA EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD COMO PROFESIONAL DE COMPRA Y VENTA DE DIVISAS.

Se demanda en este proceso la nulidad de lo dispuesto en la Resolución 03416 de 10 de abril de 2006, expedida por la DIAN, “por medio de la cual se establecen requisitos y condiciones para ejercer la actividad como profesional de compra y venta de divisas en efectivo y cheques de viajero de las personas residentes en el país”, proferida por el Director General de la Unidad Administrativa Especial DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES -DIAN-, cuyo texto fue publicado en el Diario Oficial número 46242 de abril 10 de 2006 (...). El problema jurídico alrededor del cual gira la presente controversia, se relaciona con la presunta violación de los artículos 2°, 13, 15, 29, 83, 84, 152, 153, 333, 371, 372 y 373 de la Constitución Política de Colombia por parte de la Dirección de Aduanas e Impuestos Nacionales -DIAN-, con motivo de la expedición del acto demandado, incurriendo con ello en el ejercicio irregular de unas competencias que son propias del Congreso de la República y en la violación de algunos de los derechos fundamentales de quienes trabajan profesionalmente en el mercado de divisas. (...) Antes de abordar el examen de legalidad del acto cuestionado, es imprescindible señalar que éste fue proferido por el Director de Aduanas e Impuestos Nacionales -DIAN-, en ejercicio de las facultades previstas en los literales a.-, m.- y t.- del artículo 19 del Decreto 1071 de 1999 y en el numeral 2° del artículo 75 de la Resolución Externa N° 8 de 2000 proferida por la Junta Directiva del Banco de la República y que fuera modificado por los artículos

1° y 3° bis de las Resoluciones Externas números 6 de 2004 y 4 de 2005 (...). [C]omo bien lo anota el Procurador Delegado, la Resolución Externa N° 8 de 2000 que se acaba de transcribir en lo pertinente, fue dictada por la Junta Directiva del Banco de la República, de conformidad con las facultades que le fueron otorgadas por los artículos 371 y 372 de la Carta Política y por el artículo 16 literales h.- e i.- de la ley 32 de 1992, en concordancia con el Decreto 1735 de 1993, en los cuales, en términos generales, se asigna a dicha Junta Directiva la función de regular la moneda, los cambios internacionales y el crédito, y más concretamente la responsabilidad de “Ejercer las funciones de regulación cambiaria previstas en el parágrafo 1° del artículo 3° y en los artículos 5 a 13, 16, 22, 27, 28 y 31 de la ley 9ª de 1991.” Las anteriores apreciaciones coinciden con los planteamientos expuestos por la Sala en sentencia de fecha 17 de julio de 2008, expediente N° 110010327000200600038 00 (16109), de la cual fuera ponente el H. Consejero Dr. Juan Ángel Palacio Hincapié, en donde se hizo el siguiente pronunciamiento en relación con la legalidad parcial de la Resolución Externa No. 6 de 2004 (...). En ese orden de ideas y de acuerdo con los argumentos contenidos en los fallos que se acaban de transcribir, la Sala comparte las conclusiones del Ministerio Público, cuando expresa que el acto demandado fue proferido de manera regular por la autoridad competente, sin que se evidencie violación alguna a los artículos 152 y 153 de la Constitución, pues al disponer que el ejercicio de la actividad de compra y venta de divisas en efectivo y cheques de viajero, se encuentra sujeta a la autorización previa y a los requisitos establecidos por la DIAN, no está violando ninguna norma de rango superior. Los anteriores planteamientos sirven igualmente para señalar que las afirmaciones de la actora sobre la necesidad de que las disposiciones demandadas sean adoptadas a través de una ley estatutaria, pierden todo su sustento, pues las competencias ejercidas tienen anclaje en las normas de la Carta Política y en las disposiciones legales tantas veces aludidas en el presente acápite. La Sala encuentra además que los confusos e imprecisos cuestionamientos realizados por la actora con respecto a la violación de los distintos derechos fundamentales que se mencionan en la demanda, no tienen la razonabilidad ni la fuerza suficiente como para declarar enervada la legalidad del acto demandado, pues en el fondo no pasan de ser de unas meras apreciaciones que adolecen de sustento jurídico. (Se citan en el fallo las sentencias de la Sección Cuarta de esta Corporación, de fechas 17 de julio y 11 de diciembre de 2008, proferidas respectivamente, en los expedientes números 2006 00030 00 (16109), MP. Juan Ángel Palacio Hincapié) y 2006 00035 00 (16106), MP. Héctor J. Romero Díaz.

[Sentencia del 24 de septiembre de 2009, Exp. 11001-03-24-000-2006-00198-00. M.P. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA](#)

2. PRUEBAS RECAUDADAS EN INVESTIGACIÓN PENAL SON VALIDAS EN ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA DE DECOMISO DE MERCANCÍA / ACTIVIDAD DE CONTROL DE LA DIAN NO ESTÁ SOMETIDA A PREJUDICIALIDAD.

ASOCIACIÓN TOLIMENSE DE TRANSPORTE AÉREO LTDA. -ATTA LTDA., mediante apoderado, demandó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que consagra el artículo 85 del C.C.A., en procura de que el Tribunal accediera a las siguientes (...) [p]retensiones: Declarar la nulidad de la Resolución Núm. 03-064-2077 de 31 de julio de 2003, de la División de Liquidación de la Administración Especial de Aduanas de Bogotá, por la cual ordenó el decomiso administrativo a favor de la Nación, de una mercancía de su propiedad, consistente en aeronave marca Cessna 402 B, Liner 11, Color azul y rojo, modelo 1976, serie 402B1039. También de la Resolución 03-072-193-601-0836 de 19 de noviembre de 2003 de la División Jurídica Aduanera de la Administración Especial de Aduanas de Bogotá, que resolvió el recurso de reconsideración contra la resolución de decomiso precitada. (...) Salta a la vista, entonces, que la cuestión central del debate procesal tal como llega a la Sala, consiste en establecer si la mercancía decomisada mediante el acto administrativo acusado realmente corresponde a la que aparece descrita en las declaraciones de importación que aduce la actora. Al efecto se hacen las siguientes precisiones: El memorialista (...) omite tener en cuenta que la utilización de dichos datos de identificación de la aeronave en los referidos actos o documentos, se hace con plena conciencia de que no son los que corresponden a la realidad, sino que es la que formal o nominalmente presenta dicha aeronave, y

que por ello es la que se utiliza en tales documentos, pero bajo la premisa clara en varios de ellos de que es sólo eso, es decir, la identificación nominal, empero no la real, y justo esa premisa aparece como motivación de tales actos o documentos. Ello es lo que ocurre justamente en la precomentada Resolución de 7 de mayo de 1998, de la Fiscalía Seccional 183 Unidad 8ª de Delitos contra la fe pública y el patrimonio económico, mediante la cual puso a disposición de la DIAN, la aludida avioneta, pues precisamente por tener certeza de esa premisa fue que esa Unidad de Fiscalía tomó esa decisión, atendiendo el acervo probatorio que acopió dentro de la investigación penal que adelantó (...) El material probatorio que sirve de apoyo a tales inferencias está dado tanto por informes técnicos, dictámenes periciales como indagaciones adelantadas en los mismos Estados Unidos por autoridades de ese país a solicitud de la Unidad de Fiscalía encargada del asunto en Colombia, elementos probatorios allegados a la investigación penal reseñada y trasladados legalmente a la actuación administrativa adelantada por la DIAN, además de las pruebas que ésta practicó de manera directa; pruebas que la actora no desvirtuó en el diligenciamiento administrativo ni ha desvirtuado en este plenario. (...) De modo que la DIAN contó con pruebas validamente producidas y arrojadas al diligenciamiento administrativo que le permitieron conocer una situación física de la aeronave que fue puesta a su disposición por la Fiscalía según consta en autos, que no correspondía realmente a la descrita o identificada en las declaraciones de importación que se mencionan en autos. La DIAN no podía hacer caso omiso de esa situación evidenciada en dicho material probatorio, por la simple coincidencia formal o literal entre la identificación visible de la aeronave y las declaraciones de importación, pues a las claras le indicaba que la aeronave declarada o formalmente descrita no era efectiva o realmente la que se había puesto a su disposición por la Fiscalía. En ese orden, su decisión de decretar su decomiso no está basada en conjeturas o simples suposiciones, como lo alega el recurrente, sino en elementos de juicio objetivos y coincidentes, frente a los cuales dicha decisión resulta razonable y armónica con la normatividad que invoca para el efecto. Es irrelevante que las autoridades penales competentes no hubieran proferido sentencia de fondo sobre los hechos que motivaron la investigación penal dentro de la cual se produjeron varias de esas pruebas, por cuanto aparte de haberse dado una decisión inhibitoria por prescripción de la acción penal, dichas pruebas no fueron afectadas en su validez ni desvirtuadas en su contenido respecto de tales hechos por la sola falta de un pronunciamiento de fondo, pues como bien lo advierte el a quo, en el trámite administrativo no se investigó la conducta de persona alguna, sino la situación jurídica de la mercancía. Significa lo anterior, que la acción administrativa de la DIAN en ejercicio de sus funciones y facultades de inspección, control y vigilancia sobre las operaciones de comercio exterior, tiene su propio objeto y como tal es independiente de las demás acciones que se puedan originar por los mismos hechos que sean objeto de esa acción administrativa, lo que implica que como parte de esas funciones y facultades, la DIAN tiene la potestad de instrucción, esto es, de investigar los hechos de su competencia, y esto comporta recoger, decretar y practicar pruebas, de oficio o a petición de parte, y resolver el asunto correspondiente. (...) Por consiguiente, sin perjuicio de aprovechar, como en este caso, las pruebas producidas en otras acciones, tanto judiciales (civil, penal, contencioso administrativo) como administrativas (fiscal, disciplinaria, etc.) que resulten pertinentes e idóneas, la actividad de control que tiene la DIAN no está sometida a prejudicialidad, pues dentro de la materia de su competencia puede desarrollar su propia actividad investigativa, hacer sus propias apreciaciones y valoraciones jurídicas y resolver de conformidad con lo que le indiquen o demuestren esas apreciaciones y valoraciones, y será la jurisdicción contencioso administrativa la que determine a instancia de parte el acierto que hubiere tenido en todo ello. De lo reseñado se infiere que la apreciación del a quo sobre la situación examinada es totalmente correcta, ya que hay suficientes elementos de juicio que dan lugar a la plena convicción de que la identificación real de la aeronave decomisada no es la consignada en la declaración de importación, especialmente en cuanto a la serie, dato éste que es determinante para la individualizar piezas o unidades de mercancía dentro del grupo o clase a correspondiente.

[Sentencia del 24 de septiembre de 2009, Expediente núm. 25000-23-24-000-2004-00259-01. M.P. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA](#)

3. NO PORTAR TORNAGUIA DE MOVILIZACIÓN DE PRODUCTOS GRAVADOS CON EL IMPUESTO AL CONSUMO O QUE SEAN OBJETO DE MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LICORES CONSTITUYE INFRACCION ADMINISTRATIVA Y DA LUGAR A LA PERDIDA DE LOS MISMOS A FAVOR DE LOS DEPARTAMENTOS.

Mediante Resolución 019 de 13 de julio de 2001, la Directora de Fiscalización y Gestión de Ingresos del Departamento de Risaralda sancionó a la actora con multa por valor de cuarenta y ocho millones quinientos noventa y siete mil sesenta pesos (48'597.060,00), ordenó el cierre del establecimiento de comercio denominado SAFERBO TRANSEMPAQUES LTDA. ubicado en la vía Turín - La Popa, bodega No. 24, por el término de 90 días y declaró la pérdida a favor del Departamento de Risaralda de la mercancía decomisada consistente en «1200 botellas de 750 cc y 240 botellas de 375 cc de Brandy Domeq», por no presentar tornaguía de movilización y tránsito y portar estampilla imposable para el Departamento del Valle del Cauca. La Directora de Fiscalización y Gestión del Departamento de Risaralda por Resolución 021 de 29 de agosto de 2001, decidió el recurso de reconsideración interpuesto por la actora, confirmando la decisión anterior, excepto el artículo 2º, en cuanto ordenó el cierre del establecimiento de comercio denominado SAFERBO TRANSEMPAQUES LTDA. ubicado en la vía Turín - La Popa, bodega No. 24, por el término de 3 días. Según el párrafo 1º del artículo 215 de la Ley 223 de 1995, el transportador de los productos destinados al consumo está obligado a demostrar su procedencia, para lo cual debe portar la tornaguía respectiva, o el documento que haga sus veces. El tenor de la norma es el siguiente: «ARTICULO 215. Obligaciones de los Responsables o Sujetos Pasivos. Los productores e importadores de productos gravados con impuestos al consumo de que trata este capítulo tienen las siguientes obligaciones: [...] PARAGRAFO 1. El transportador está obligado a demostrar la procedencia de los productos. Con este fin, deberá portar la respectiva tornaguía, o el documento que haga sus veces, y exhibirla a las autoridades competentes cuando le sea requerida. [...]» El artículo 221 ibidem establece que los Departamentos a través de los órganos de la administración fiscal son competentes para la fiscalización, liquidación oficial, discusión, cobro, y recaudo de los impuestos al consumo. Asimismo, el artículo 222 idem dispone que los Departamentos pueden aprehender y decomisar en sus respectivas jurisdicciones, los productos sometidos a los impuestos al consumo que no acrediten el pago del impuesto, o cuando se incumplan las obligaciones establecidas a los sujetos responsables. Por su parte, el párrafo del artículo 85 del Estatuto de Rentas de Risaralda, Ordenanza 031 de 1997 (10 de septiembre), vigente a la fecha de ocurrencia de los hechos, esto es el 12 de febrero de 2001, disponía: «Artículo 85.- Obligaciones de los responsables o sujetos pasivos. Los productores e importadores de productos gravados con el impuesto al consumo de que trata este capítulo tiene las siguientes obligaciones: [...] Parágrafo. El transportador está obligado a demostrar la procedencia de los productos. Con este fin, deberá portar la respectiva Tornaguía, o el documento que haga sus veces, y exhibirla a las autoridades competentes cuando le sea requerida.» (...) El artículo 256 literal j) ibidem establece que carecer de la respectiva tornaguía para el transporte de especies o transportar mayor cantidad de las especies relacionadas en la misma, constituye un hecho irregular sujeto a las sanciones de multa, cierre del establecimiento y pérdida a favor del Departamento de las especies respecto de las cuales se incurrió en la contravención (art. 5º de la Ordenanza 002 de 1998, por la cual se modificó la Ordenanza 031 de 1997). (...) La tornaguía es un certificado único nacional, expedido por las autoridades departamentales que, como se dijo anteriormente, autoriza la entrada, salida y movilización entre departamentos de productos nacionales y extranjeros, gravados con el impuesto al consumo o que sean objeto de monopolio rentístico de licores. De lo anterior, se infiere que la ley (párrafo artículo 215 de la Ley 223 de 1995) en forma expresa permite a las entidades territoriales establecer mediante acto administrativo, que la conducta consistente en «carecer de la respectiva tornaguía para el transporte de especies», constituye un hecho irregular sujeto a sanciones, por tratarse de una obligación propia del transportador para demostrar la procedencia/pago de los productos sujetos al impuesto al consumo. La decisión contenida en la Resolución 019 de 13 de julio 2001 consistente en imponer multa a SAFERBO TRANSEMPAQUES LTDA., ordenar el cierre de su establecimiento de comercio y declarar la pérdida a favor del Departamento de Risaralda de las especies decomisadas, esto es «mil doscientas (1200) botellas de 750 c.c. y dos mil cuatrocientas botellas de 375 c.c. de Brandy Domeq» por no

presentar tornaguía de movilización y tránsito y portar estampilla imposable para el Departamento del Valle del Cauca fue proferida en legal forma, pues el parágrafo del artículo 215 de la Ley 223 de 1995 permite en forma expresa, que las entidades territoriales establezcan, mediante acto administrativo (Ordenanza 031 de 1997), que la conducta consistente en «carecer de la respectiva tornaguía para el transporte de especies», constituya un hecho irregular sujeto a sanciones, por tratarse de una obligación propia del transportador para demostrar la procedencia de los productos sujetos al impuesto al consumo y el pago de éste último.

Sentencia del 24 de septiembre de 2009, Expediente núm. 2002-00059-01. M.P. MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

4. NULIDAD DE DISPOSICIONES DE DECRETO DEL GOBIERNO NACIONAL QUE CONSAGRAN SANCIONES POR INFRACCIONES A LAS NORMAS DE TRANSPORTE, POR VIOLACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y TIPICIDAD EN MATERIA SANCIONATORIA.

El problema jurídico consiste en dilucidar: 1. Si con la expedición del Decreto N° 3366 de 2003, artículos 15, 16, 21 y 22 se violan la Ley 336 de 1996 y sus decretos reglamentarios 170 a 175 de 2001 y los fundamentos del contrato de transporte consagrados en el Código de Comercio en su título IV, capítulo 1°; porque, según el actor dentro del contrato de transporte público consagrado en el Código de Comercio, quien figura como transportador es la empresa prestadora del servicio y por lo tanto es a éstas y no a los propietarios, poseedores o tenedores a quienes se les deben imponer las sanciones que señalan las disposiciones demandadas. En cuanto al artículo 22 del Decreto 3366 de 2003 literal d), que dispone sanción para los propietarios, poseedores o tenedores de vehículos taxi, por no portar la “Tarjeta de Control”, dilucidar si viola el artículo 34 de la Ley 336 de 1996, pues en relación con la violación del artículo 48 del Decreto 172 de 2001, que alega el actor, esta no se presentaría en la medida en que al ser normas de igual categoría, la posterior deroga o modifica la anterior. 2. Si el artículo 47 del citado decreto que dispone sobre la inmovilización de los vehículos y los casos en los cuales procede, viola el principio non bis in idem porque según el actor se impone doble sanción. (...) Del contenido de la disposición legal contenida en el artículo 9° de la Ley 105 de 1993 transcrita, se infiere con meridiana claridad que fue el legislador quien determinó que los propietarios, tenedores o poseedores de vehículos de transporte público pueden ser sujetos pasivos de las sanciones por infracción a normas de transporte. (...) Por lo anterior no le asiste razón al actor cuando afirma que las sanciones sólo pueden ser impuestas a las empresas transportadoras, pues se repite, fue el mismo legislador el que determinó que además de éstas, también son sujetos de sanción los propietarios, poseedores y tenedores de los vehículos de transporte público, lo cual es apenas natural teniendo en cuenta que éstos contribuyen o hacen parte de la actividad transportadora, servicio público en el cual debe primar el interés general, especialmente en cuanto a la garantía de la prestación del servicio y a la protección de los usuarios y por lo tanto es razonable que quien tiene contacto directo con el vehículo y los propietarios o poseedores sean responsables de las conductas que les corresponden de acuerdo a su posición dentro de la prestación del servicio público de transporte. (...) Sin embargo, teniendo en cuenta el principio constitucional que indica que los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución Política y las leyes, el principio de legalidad consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política que dispone que el debido proceso se debe aplicar a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, que toda persona se presume inocente y que el Gobierno Nacional ejerce la potestad reglamentaria para la debida ejecución de las leyes, pero que no puede excederla, encuentra la Sala que las conductas por las cuales se sanciona a los propietarios, poseedores, tenedores y los conductores relacionadas en las disposiciones acusadas por el actor, esto es en los artículos 15, 16, 21 y 22, no están soportadas o tipificadas en la ley. (...) En esa medida el acto está viciado de nulidad, lo que impone acceder a las pretensiones de la demanda, pues ciertamente el Gobierno al expedir la norma censurada excedió la potestad reglamentaria, por lo que la Sala declarará la nulidad de los artículos 15, 16, 21 y 22 del Decreto 3366 de 2003, porque como ya se dijo, si bien la ley ha señalado los sujetos que en materia de transporte público son sancionables y las sanciones que se pueden imponer, no ha tipificado o descrito la conducta que es

sancionable respecto de los propietarios, poseedores o tenedores de vehículos de transporte público terrestre automotor colectivo de pasajeros y mixto del radio de acción metropolitano, distrital o municipal, ni de pasajeros en vehículo taxi. 2. En cuanto al artículo 47 del Decreto 3366 de 2003 que establece que la inmovilización consiste en suspender temporalmente la circulación de un vehículo por las vías públicas o privadas abiertas al público y que se impondrá sin perjuicio de las sanciones que por la comisión de la falta se impongan, se tiene que esta medida preventiva está contemplada en la Ley 105 de 1993 artículo 9° numeral 5° (...). En este caso no se viola el principio non bis in idem, porque no se trata de una doble sanción por el mismo hecho, sino, se repite, de una medida preventiva. Sin embargo la Sala declarará la nulidad del inciso 5 del artículo 47 del decreto demandado, que impone una multa a cargo del propietario, porque las sanciones deben estar establecidas en la ley, como ya se dijo.

[Sentencia del 24 de septiembre de 2009, Expediente núm. 11001-03-24-000-2004-00186-01. M.P. MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN](#)

5. LEGALIDAD DE RESOLUCIÓN QUE REVOCÓ ACTO ADMINISTRATIVO QUE AUTORIZABA EL FUNCIONAMIENTO DEL CENTRO DE CONCILIACIÓN, ARBITRAJE Y AMIGABLE COMPOSICIÓN DE LA CORPORACIÓN COLEGIO NACIONAL DE ABOGADOS - CONALBOS.

Mediante los actos acusados se revocó la Resolución 670 del 19 de julio del 2002, por la cual se autorizó el funcionamiento del Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Corporación Colegio Nacional de Abogados-Conalbos. Para llevar a cabo dicha revocatoria, el Ministerio del Interior y de Justicia endilgó a la parte actora siete cargos, ninguno de los cuales ésta logró desvirtuar ni en vía gubernativa, ni ante esta instancia judicial. En efecto, para imponer la sanción en cuestión, la Administración en primer lugar adujo que Conalbos violó el artículo 1° de la Resolución 18 del 2003 del Ministerio de Justicia y del Derecho, en armonía con el artículo 10° de la Ley 640 del 2001 (...). Lo anterior, por cuanto la señora Lorena Landazabal, quien dijo actuar como directora de la Sociedad Colombiana de Arquitectos, elevó queja ante la Dirección de Acceso a la Justicia, Centros de Conciliación y Arbitraje del Ministerio del Interior y de Justicia, en el sentido de que la Seccional Caldas de Conalbos estaba anunciando los servicios de un centro de conciliación, sin haber obtenido del nombrado Ministerio la autorización respectiva. En su demanda, la parte actora sostiene que no es cierto que en la Seccional Caldas de Conalbos exista un centro de conciliación, afirmación que carece de sustento probatorio pues (...) obra en el expediente el aviso al que se refirió la señora Landazabal, en donde se dice *“Ofrecemos nuestros servicios de Conciliación, Arbitraje y Amigable composición para la solución de conflictos de naturaleza Civil, Comercial, Familia, Tránsito y Otros. Calle 22 No 22-26 Edificio del Comercio Oficinas 705-706 Teléfono ... Manizales. Gilma Montes Martínez Directora”* (...) Es evidente, entonces, que la Seccional Caldas de Conalbos creó un centro de conciliación sin la autorización del Ministerio del Interior y de Justicia y de ahí que en la propaganda haya puesto el código asignado al centro de conciliación con sede en Bogotá mediante la Resolución 670 del 2002, que fue revocada mediante los actos acusados, entre otras razones, por la aquí analizada. (...) En el segundo cargo el Ministerio endilgó a la demandante el incumplimiento de la siguiente obligación, contenida en el artículo 1° de la Resolución 18 del 2003: *“Demostrar que se cuenta con los recursos logísticos, físicos y financieros suficientes para que el centro cumpla eficazmente con su función”*, frente a lo cual aquella sostiene que dicha Resolución 18 no le es aplicable, por cuanto la autorización en cuestión la obtuvo mediante Resolución 670 del 2002, es decir, cuando aún no había sido expedida la primera de las citadas. Sobre el particular, la Sala considera que si bien es cierto que cuando a Conalbos se le autorizó que su sede Bogotá funcionara como centro de conciliación aún no se había expedido la Resolución 18 de 2003, también lo es que para la fecha de expedición de la Resolución 2244 del 17 de diciembre del 2003, acusada, ya había entrado a regir aquella; además, es lógico pensar que para que un centro de conciliación funcione correctamente debe contar con los recursos financieros, logísticos y físicos suficientes, razón por la cual corresponde al Ministerio del Interior velar porque ello sea así, cuestión que no sucedió en el caso de Conalbos Bogotá. De todas maneras, lo cierto es que en este cargo la Administración también adujo la violación por parte de Conalbos

del artículo 13, numeral 3 de la Ley 640 del 2001, según el cual es obligación de los centros de conciliación “*Contar con una sede dotada de los elementos administrativos y técnicos necesarios para servir de apoyo al trámite conciliatorio*”. Respecto de la mencionada obligación, la Administración consideró que el espacio de Conalbos Bogotá como centro de conciliación era reducido, si se tiene en cuenta que allí funcionaban, además, la sede de Conalbos, la oficina privada de abogado del representante legal de Conalbos y la oficina de ingeniero del hijo del representante legal de Conalbos, situación que fue comprobada por el Ministerio y ratificada por la señora Mercedes Amaya, directora del centro de conciliación, sin que la parte actora la haya desvirtuado y, por el contrario, la acepta, cuando en oficio del 30 de diciembre del 2003, es decir, con posterioridad a la expedición de la Resolución 2244 del 17 del mismo mes y año, informa al Director de Acceso a la Justicia que le envía la remodelación de la oficina de la Corporación Colegio Nacional de Abogados “... *situada en la Oficina 515 ... en donde se estableció la oficina de la Dirección del Centro de Conciliación y teniendo en cuenta la observación efectuada por el Dr. PEÑA en la visita que realizó a CONALBOS, para poder habilitar esta oficina como Centro de Conciliación se ha contratado la remodelación de la misma de acuerdo con el plano y maqueta que lo acompañan donde se establecen espacios separados para la Oficina de la Dirección del Centro, una sala de espera, la secretaría del centro y la sala de conciliación*”. (...) En el quinto cargo se le puso de presente al centro de conciliación de Conalbos que violó el artículo 14 de la Ley 640 del 2001 y el Decreto 30 de 2002, que establecen la obligación de registrar las actas y constancias de conciliación en debida forma, por cuanto el Ministerio encontró algunas inconsistencias referentes a la fecha de recibo de las constancias y registro de las actas, frente a lo cual la parte actora sostiene que tal incumplimiento no se le puede atribuir al centro sino a su directora, argumento que no es de recibo para la Sala, pues es evidente que el centro, como persona jurídica que es, tiene que cumplir con sus obligaciones por conducto de las personas naturales que lo dirigen y/o representan.

[Sentencia del 24 de septiembre de 2009, Expediente núm. 11001-03-24-000-2004-00287-00, M.P. MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN](#)

6. INEXISTENCIA DE RIESGO DE CONFUSIÓN O ASOCIACIÓN ENTRE LAS MARCAS BURGER KING Y SUPPER KING HACE PROCEDENTE EL REGISTRO DE ESTA ÚLTIMA POR PARTE DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO.

La marca de la actora contiene la denominación en idioma inglés “BURGER KING”, el cual se encuentra ubicado sobre su elemento gráfico, que es una especie de hamburguesa, mientras que la marca cuestionada posee la denominación también en inglés “SUPPER KING”, cuyo elemento gráfico esta compuesto por la letra K con una corona dentro de un círculo. Además, los colores aplicados en una y otra marca son muy diferentes. De las marcas en conflicto se observa que el elemento que prevalece es, sin duda alguna, el denominativo, pues es el que llega a la mente del consumidor de una manera más fácil, dado que los signos en disputa tienen que ver con los productos de alimentos de las clases 29, 30, 31 y 32 (de las marcas de la actora) y Servicios de restauración (alimentación); hospedaje temporal (clase 43) de la marca cuestionada. (...) Teniendo en cuenta lo dicho anteriormente sobre la marca compuesta, es preciso desde ya determinar cuál de los vocablos SUPPER o KING, obviamente sin fraccionar el signo, tiene la suficiente fuerza semántica que la haga distintiva o, en su defecto, confusa frente al consumidor y la competencia. La palabra SUPPER, es un vocablo inglés que significa “CENA”, no conocida dentro del público de habla hispana, máxime si se tiene en cuenta que tanto la Administración (organismo especializado en el tema) como la actora, le dan una traducción errada, pues mientras que la Superintendencia la entiende como “SUPER”, la demandante expresa que significa “*por encima de*”, “*grado sumo*”, “*exceso*”, “*preeminencia*”. Respecto a la palabra KING, común en ambas marcas, también inglesa, que significa “REY”, es un vocablo que puede decirse que es conocido por el público de habla española y, por lo tanto, debe analizarse como una palabra local, cuyo expresión según la Entidad demandada, es parte de muchas marcas que distinguen los productos comprendidos en las clases de la Clasificación Internacional de Niza, razón por la cual, a juicio de la Sala, la palabra SUPPER del signo “SUPPER KING”, tiene la suficiente fuerza semántica que la hace distintiva frente a la marca

opositora y, no como aduce la actora, que la palabra que se destaca es KING. En el aspecto fonético, la marca “SUPPER KING” en su conformación nominativa posee 10 letras, 3 sílabas SUPPER- KING, 3 vocales U-E-I y 7 consonantes S-P-P-R K-G, la marca de la actora “BURGER KING” contiene igual número. No obstante, tanto las consonantes, como la estructura de sus sílabas y sus raíces difieren ostensiblemente entre una y otra. Veamos: SUPPER KING-BURGER KING- SUPPER KING-BURGER KING- SUPPER KING-BURGER KING- SUPPER KING-BURGER KING. En cuanto al criterio conceptual o ideológico, es preciso indicar que la marca “SUPPER KING” al traducirse al idioma español “CENA REY” y la marca “BURGER KING” entenderse como “HAMBURGUESA REY”, no evocan en la mente del consumidor el mismo concepto, máxime si se tiene en cuenta que la partícula SUPPER de la marca cuestionada, tal como ya se dijo, es desconocida en nuestro medio y es la que tiene la fuerza diferenciadora frente a la marca de la actora. (...) Por lo tanto, el signo mixto “SUPPER KING” no genera riesgo de confusión directa o indirecta o de asociación que le impida ser registrado como marca para distinguir los productos de la clase 43 de la Clasificación Internacional de Niza. (...) Referente a la conexión competitiva que existe entre los productos de las clases 29, 30, 31 y 32 que ampara la marca “BURGER KING” de la actora y los servicios comprendidos en la clase 43 que distingue la marca “SUPPER KING”, es irrelevante, toda vez que al no existir riesgo de confusión o asociación entre estas dos marcas, de acuerdo con lo expresado anteriormente, pueden coexistir pacíficamente en el mercado.

[Sentencia del 24 de septiembre de 2009, Expediente núm. 2005-00304, C.P. MARCO ANTONIO VELILLA MORENO.](#)

* Con salvamento del Consejero de Estado Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta

SECCIÓN TERCERA

1. CUANDO UNA PATRULLA DE LA POLICÍA NACIONAL LLEVABA, LUEGO DE RETENERLOS, A DOS PRESUNTOS DELINCUENTES A LA FISCALÍA, UNO DE ELLOS DISPARÓ EN CONTRA DE LOS AGENTES CON UN REVOLVER QUE LLEVABA ESCONDIDO EN SU CUERPO. NO OBSTANTE, ESA CIRCUNSTANCIA NO AUTORIZABA A ÉSTOS A DISPARAR CONTRA EL OTRO DE LOS RETENIDOS, RESPECTO DE QUIEN NO SE DEMOSTRÓ QUE HUBIESE ATACADO A LOS POLICÍAS

La Sala encuentra demostrado que la entidad demandada incurrió en la falla del servicio que se le imputa y que la misma fue la causa del daño, por cuanto está acreditado que la víctima, señor Tomás Antonio Giraldo Usuga, fue retenido el 31 de octubre de 1994 en el municipio de Salgar (Antioquia) por miembros de la Policía Nacional quienes le imputaron la comisión de un delito y que falleció como consecuencia de los disparos que le propinaron los agentes de la policía. Cabe precisar, que si bien los agentes actuaron de esa manera para repeler la agresión del otro retenido, es decir de Hugo Alberto Vélez respecto del cual está plenamente acreditado que disparó en su contra, y por tanto actuaron en legítima defensa, lo cierto es que tal eximente no opera frente al señor Tomás Antonio Giraldo Usuga, porque no se demostró que él los hubiere atacado, razón por la cual al haberse probado que la víctima falleció cuando se encontraba retenido en la patrulla de la Institución demandada, es decir cuando se hallaba bajo la custodia y vigilancia de los policiales, se compromete la responsabilidad de la demandada. En síntesis, como quiera que se demostró que el señor Tomás Antonio Giraldo Usuga falleció cuando se encontraba detenido por miembros de la Policía, es evidente que el Estado faltó a su deber de proteger a ese ciudadano del daño al que se vio expuesto, e incumplió los deberes de custodia y seguridad frente a los retenidos para garantizar su vida, honra e integridad física (artículo 2 C.P.), y en consecuencia deberá indemnizar a quienes ese hecho causó perjuicio.

[Sentencia de 2 de septiembre de 2009. Exp. 05001-23-26-000-1996-00726-01 \(18595\). M.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA](#)

2. a) LA ACCIÓN DE REVISIÓN PROCEDE CONTRA EL ACTO QUE DECLARE EXTINGUIDO EL DERECHO DE DOMINIO AGRARIO, EN TANTO QUE LA DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO PROCEDE CONTRA LOS ACTOS QUE ABREN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO CON TAL FIN

El ordenamiento jurídico dispone que si se trata de controvertir el acto administrativo mediante el cual se hubiere dispuesto la iniciación de la diligencia administrativa de extinción de dominio procede la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (num. 8 del art. 128 del C.C.A.), de lo contrario, es decir si se trata del acto mediante el cual se declara extinguido el derecho de dominio agrario procede la acción de revisión (num. 9 Art. 128 C.C.A.). Según lo anterior, en cuanto se consagraron dos acciones diferentes respecto de la misma materia resulta claro que la intención del legislador fue la de disponer la procedencia única y exclusiva de la acción de revisión contra el acto que declare extinguido el derecho de dominio agrario, por lo cual quedó excluida, de esta manera, la posibilidad de controvertir dicho acto por medio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Vale la pena señalar, en este sentido, que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es distinta de la acción de revisión, diferencias entre las cuales pueden enumerarse, por lo menos, las siguientes: - En el caso de la acción de nulidad y restablecimiento es necesario que el actor indique las normas violadas y explique el concepto de su violación (num. 4, art. 137 C.C.A.), mientras que en la acción de revisión no es indispensable que el impugnante formule cargo alguno de violación. - La acción de nulidad y restablecimiento persigue impugnar la validez de un acto administrativo y como consecuencia de ello que se restablezca el derecho subjetivo lesionado, en la acción de revisión no son acumulables solicitudes que no se relacionen, precisamente, con la “revisión” de las actuaciones administrativas adelantadas por el Instituto competente, en ese entonces el INCORA, y que hubieren culminado con la extinción de dominio privado sobre un determinado predio agrario. - Mientras el término de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es de 4 meses, los cuales se cuentan a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto, según el caso, la acción de revisión deberá interponerse por el propietario dentro de los 15 días contados a partir del día siguiente a su ejecutoria y la misma sólo procede respecto de determinados actos, expresamente contemplados en las normas especiales que regulan la materia. Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala debe aclarar que la demanda estuvo bien formulada en cuanto con ella se pretende la revisión de los actos administrativos que declararon la extinción del dominio privado respecto del bien en cuestión.

b) SE DECLARÓ LEGAL EL ACTO DE EXTINCIÓN DE UN BIEN RURAL, POR NO HABER SIDO EXPLOTADO POR SU PROPIETARIO DURANTE UN LAPSO SUPERIOR A TRES AÑOS

El procedimiento administrativo de extinción del dominio fue reglamentado mediante la expedición del Decreto 1577 de 1974, el cual determinó que dicha declaración era procedente bajo los siguientes supuestos y condiciones: - Sería procedente la declaración administrativa de extinción del derecho de dominio respecto de los predios en los cuales el propietario hubiere dejado de ejercer la posesión durante 3 años continuos, contados a partir del 29 de marzo de 1973 (fecha en la cual empezó a regir la Ley 4ª de 1973), a menos que se hubiere acreditado que ello hubiere obedecido a alguna circunstancia constitutiva de fuerza mayor o caso fortuito (artículo 1º). - Aún de verificarse la falta de explotación durante el término señalado, no se aplicaría el procedimiento de extinción del dominio respecto de las porciones del predio que a la fecha de la inspección ocular estuvieren siendo explotadas en forma regular y estable, entendiendo aquella actividad como la iniciada al menos durante el año inmediatamente anterior a la fecha de la diligencia (artículo 4º). - Para los efectos de ese procedimiento la tala o derribamiento de árboles no constituía explotación económica del bien (artículo 4º). - Lo cultivado por terceras personas que no reconocieran como dueño al propietario no se tomaría en cuenta para acreditar la explotación del predio por parte del titular del derecho real de propiedad (artículo 6º). El mismo decreto previó el trámite a seguir. El procedimiento administrativo previsto en el ordenamiento vigente contemplaba que en caso de tenerse indicios de que un bien no estaba siendo explotado por su propietario durante los últimos 3 años el INCORA debía abrir un procedimiento tendiente a establecer dicha circunstancia; el acto admisorio de la investigación debía ser notificado personalmente al propietario del fundo que se

sometía a investigación y a las demás personas interesadas, quienes contarían con un término de 15 días para pedir pruebas tendientes a establecer el estado de explotación del fundo respectivo, pero aún en caso de que aquellos no solicitaran la práctica de prueba alguna el INCORA debía tramitar una etapa probatoria para establecer si existía mérito suficiente para decretar la extinción del dominio. El INCORA cumplió en estricto orden con el procedimiento administrativo previsto para declarar extinguido el dominio privado respecto del predio denominado CORDOBA. Con el fin de verificar cuántas personas ajenas al propietario estaban explotando económicamente el bien, en qué área y la zona correspondiente se practicaron 4 diligencias de alindación, los días 30 de mayo de 1989, 27 de marzo de 1990, 18 de abril de 1991 y el 7 de septiembre de 1992, las cuales contaron con la presencia de un abogado experto en procesos de extinción del dominio y de un ingeniero agrónomo del INCORA, sin embargo, a pesar de que las fechas y horas de la práctica de cada una de las referidas diligencias fue notificada por estado a la sociedad propietaria la misma no se presentó y se abstuvo de participar durante el desarrollo de las diligencias, circunstancia que no afecta la validez del procedimiento ni constituye una vulneración a sus derechos que pudiere ser imputable al INCORA. En este punto debe indicarse que la carga de la prueba de la explotación económica del bien por parte del propietario corresponde a éste, quien en este caso y durante el trámite del proceso administrativo actuó en forma pasiva sin manifestar oposición alguna y sin ejercer las facultades de defensa y de contradicción respecto de la prueba recaudada, a pesar de que se le brindaron las oportunidades para el efecto. En este punto se debe resaltar que el supuesto para ordenar la extinción del dominio no radica en que el bien estuviere siendo ocupado por terceras personas ajenas al propietario sino que éste lo mantuviere en estado de inexploración económica, evento que se verificó en este caso y en relación con el cual la sociedad aquí demandante no aportó prueba alguna ni participó durante el trámite del proceso administrativo.

[Sentencia de 22 de julio de 2009. Exp. 11001-03-26-000-2001-00048-01 \(21138\). M.P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. ACCIÓN DE REVISIÓN](#)

3. a) EL CONSEJO DE ESTADO CALIFICÓ DE ERROR CRASO EL QUE EN UN HOSPITAL DE TERCER NIVEL SE LE HUBIESE ORDENADO CESÁREA A UNA GESTANTE, POR DICTAMINAR QUE SE TRATABA DE UN EMBARAZO A TÉRMINO, CON FETO ÚNICO, PERO UNA VEZ PRACTICADA LA CIRUGÍA SE DESCUBRIÓ QUE SE TRATABA DE UN EMBARAZO MÚLTIPLE CON POCAS SEMANAS DE GESTACIÓN, HECHO QUE PROVOCÓ LA MUERTE DE LAS TRILLIZAS

Frente al grupo de galenos que suministró atención médica a la madre, existía una clara obligación de adoptar todas y cada una de las medidas idóneas para establecer el período de gestación, así como el tipo de embarazo de la paciente (múltiple), lo cual se hubiera establecido con la práctica de una ecografía y/o un monitoreo fetal durante el lapso que duró la urgencia que motivó a la joven gestante a recurrir a la Clínica Rafael Uribe Uribe. El hecho de haberse limitado a auscultar mediante estetoscopio la frecuencia cardíaca fetal y constatar la dilatación vaginal, constituye una clara falla del servicio que conlleva a que le sea imputable el daño a la entidad demandada, es decir, al Instituto de Seguros Sociales. En el caso concreto, el daño (deceso de las trillizas Echeverry Giraldo) constituye un suceso que normalmente no ocurriría y se presentó por la ausencia de un parámetro mínimo de diligencia y cuidado; fue originado a causa de la valoración de los agentes de la entidad demandada, quienes erraron de manera crasa en el diagnóstico y valoración inicial del cuadro clínico, al afirmarse sin la menor anfibología que se trataba de embarazo con feto único, cefálico, en posición transversa, y que se hallaba a término, cuando la realidad era diametralmente disímil. Por consiguiente, aislado al hecho de que un embarazo múltiple es considerado como de alto riesgo obstétrico (ARO), lo cierto es que como lo refiere el doctor Gilberto Messa Mosquera en el plenario, en la historia clínica de remisión se encontró una valoración del 26 de octubre (cuatro días antes de la producción del daño) en la que también un ginecólogo del ISS informaba el diagnóstico de un embarazo de 38 semanas (a término); por ende, se insiste, los hechos hablan por sí solos en el asunto sub lite, puesto que la entidad demandada nunca descartó la posibilidad de que el incremento de peso, así como la altura uterina se debiera a un estado de gravidez plural, sino que siempre se tuvo la equivocada convicción de que la paciente debía ser sometida de manera

inmediata a una cesárea. Como se desprende de lo anterior, la anormalidad del daño deviene de lo sencillo que resultaba para el cuerpo médico de la entidad demandada la actualización del conocimiento en relación con la determinación del diagnóstico correcto, toda vez que la práctica de una ecografía (ultrasonido) y/o un continuo monitoreo fetal hubieran descartado la posibilidad de que se tratara de un embarazo a término con feto único transverso, tanto así que el médico gineco - obstetra tratante, manifestó dentro del testimonio rendido su asombro en ese preciso aspecto, al puntualizar que la Clínica Rafael Uribe Uribe contaba con los instrumentos necesarios para esos efectos. Se configuró, en el caso concreto, lo que la doctrina alemana ha denominado un “error craso” (*grobe Behandlungsfehler*) que quedó demostrado de la simple lectura o apreciación de los siguientes medios probatorios: i) la orden de remisión de la Clínica Rafael Uribe Uribe a la Clínica Versalles; ii) el testimonio del grupo de médicos que valoró y atendió a la paciente en los dos centros hospitalarios antes precisados; iii) la constancia en la historia clínica del hallazgo quirúrgico que se aparta en todo sentido del diagnóstico inicial; y iv) la misiva suscrita por el Director de Cirugía de la Clínica Versalles con destino al Jefe de Ginecología del ISS, a efectos de que sea revisado el caso en auditoría médica, al considerar la presencia de errores y omisiones en el diagnóstico primigenio. En conclusión, en el asunto concreto la Sala confirmará la decisión consultada, toda vez que se logró establecer que la entidad demandada causó un daño antijurídico que, dada su connotación de anormal y excepcional es suficiente para considerar configurada la imputación del mismo en cabeza de la entidad demandada, todo lo anterior con fundamento en las reglas de la experiencia científica, objetiva y estadística, que permiten inferir sin requerir un conocimiento especializado sobre la materia, que el yerro cometido se produjo por una equivocada convicción que pudo ser fácilmente superada, lo cual hubiera evitado la producción del evento dañoso.

b) EN TEMAS DE RESPONSABILIDAD MÉDICA PUEDE APLICARSE EL SISTEMA DE ALIGERAMIENTO PROBATORIO

Al margen de la existencia o no del régimen de falla presunta del servicio, según los recientes pronunciamientos de la Sala, en relación con la responsabilidad de la administración sanitaria, es posible que los jueces recurran -atendiendo siempre a las particularidades del caso-, a ciertas figuras de aligeramiento probatorio en sede de la imputación fáctica y jurídica. En consecuencia, la Sala ha admitido la posibilidad de emplear los sistemas de aligeramiento probatorio de *res ipsa loquitur* (las cosas hablan por sí solas) o culpa virtual (*faute virtuelle*), en aquellos eventos en los que el daño padecido es de tales proporciones y se produce en unas circunstancias particulares que se acorta el recorrido causal y la culpa se entiende probada. De otro lado, se ha avalado la existencia de un indicio de falla a partir de la acreditación de que el embarazo se desarrolló en términos normales y que fue al momento del alumbramiento que se produjo el daño. En el caso concreto se tiene que la paciente, según se colige de los testimonios del proceso, fue valorada en varias ocasiones cuando asistió a los controles de su embarazo, sin que en esas oportunidades se le hubiera diagnosticado un embarazo múltiple, como lo reconoce el propio doctor Diego Encinales, quien valoró a la madre gestante y determinó, basándose única y exclusivamente en la altura uterina y en la dilatación vaginal que se trataba de un embarazo a término en posición transversa, circunstancia por la que se debía proceder a la práctica de una cesárea, y por ello es que en el folio de remisión de la Clínica Rafael Uribe Uribe a la Clínica Versalles se consignó expresamente el diagnóstico, del cual se abstuvieron en dudar los galenos del último centro hospitalario, como quiera que respecto de la primera de las instituciones se trataba de una clínica de tercer nivel, lo cual se acompasa con el principio de confianza legítima en los términos expuestos por la doctrina de la imputación objetiva, conceptos jurídicos creados y desarrollados para garantizar una eficiente y verdadera imputación material o fáctica del resultado. En esa perspectiva, en el sub examine, se presentó un evento de *res ipsa loquitur*, como quiera que los médicos se abstuvieron de descartar cualquier otro tipo de diagnóstico y se limitaron a verificar superficialmente la sintomatología de la paciente, sin siquiera indagar cuándo se había presentado la última menstruación de la gestante, y si efectivamente a ésta se le habían realizado las ecografías obstétricas y los monitoreos fetales. Por consiguiente, el daño considerado en sí mismo, reviste una excepcionalidad y anormalidad que

permite dar por configurado un supuesto de acercamiento probatorio en la imputación de aquél, toda vez que no existe otra forma de explicar la producción del perjuicio que en la propia conducta de la entidad, quien de manera precipitada e irregular ordenó una cesárea al considerar que se trataba de un embarazo a término. La sola circunstancia de haberse practicado una cesárea con la férrea convicción de que se estaba en presencia de un único feto transversal, con tiempo de alumbramiento, para luego llevarse la sorpresa de que la paciente tenía un embarazo de trillizas de 24 o 25 semanas de gestación, aproximadamente, refleja la dimensión del daño antijurídico causado lo que permite afirmar se trata de un supuesto en el que las cosas o circunstancias hablan por sí solas, como quiera que son demostrativas de que existió un yerro flagrante en la etapa de atención, valoración y diagnóstico de la gestante.

c) ANTE EL ERROR CRASO, QUE DESBORDÓ LA ÓRBITA DEL DERECHO SUBJETIVO DE LAS VÍCTIMAS Y DE LOS PERJUDICADOS, SE DECRETARON MEDIDAS DE JUSTICIA RESTAURATIVA CONSISTENTE EN ORDENARLE A LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD REMITIR COPIA DE LA SENTENCIA A TODAS LAS EPS QUE FUNCIONAN EN COLOMBIA, COMO DIVULGACIÓN PEDAGÓGICA QUE EVITEN LA REPETICIÓN DE HECHOS COMO EL DEFINIDO

Como quiera que el presente asunto desborda la órbita del derecho subjetivo de las víctimas y de los perjudicados con el daño, en la medida que se afectó de manera grave el derecho a la salud de los niños, se torna necesario decretar e implementar garantías de no repetición, a efectos de proteger la dimensión objetiva del derecho antes precisado. Cuando el juez de lo contencioso administrativo aprecia la vulneración grave de la dimensión objetiva de un derecho, puede adoptar medidas de justicia restaurativa a efectos de que sea reestablecido el núcleo del derecho o interés constitucionalmente protegido, al margen de que el trámite procesal sea el del grado jurisdiccional de consulta o la resolución de un recurso de apelación único. Lo anterior, toda vez que el principio de la no reformatio in pejus, como expresión de la garantía del derecho al debido proceso sólo tiene restricción en la órbita indemnizatoria del principio de reparación integral. En efecto, la jurisprudencia de la Corporación ha precisado que si existe una colisión entre el principio de reparación integral con los principios de congruencia procesal y de jurisdicción rogada, estos últimos deben ceder frente al primero en cuanto concierne a las medidas de satisfacción, rehabilitación, y garantías de no repetición, toda vez que el parámetro indemnizatorio, esto es, el reconocimiento de los perjuicios materiales e inmateriales sí está amparado por los citados principios del proceso que tienden a garantizar el derecho de defensa del demandado. Definido el anterior panorama, la Sala reitera la jurisprudencia que sobre el particular ha delineado para precisar que, en aquellos eventos en los que sea evidente la alteración grave de un derecho de la persona, es posible que se adopten medidas distintas a la indemnización de perjuicios, todas ellas encaminadas a operar como factores de justicia restaurativa, esto es, como instrumentos que propenden por el restablecimiento objetivo del derecho conculcado. Así las cosas, la Sala a partir de sus pronunciamientos recientes, así como en apoyo de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, considera que, en eventos en los que si bien el daño no provenga de graves violaciones a derechos humanos, de todas formas es posible decretar medidas de satisfacción, conmemorativas o garantías de no repetición, siempre y cuando sean necesarias las mismas para restablecer el núcleo o dimensión objetiva de un derecho humano que ha sido afectado por una entidad estatal. En consecuencia, es posible que el daño antijurídico irrogado por una entidad prestadora del servicio de salud desborde la esfera o dimensión subjetiva, dada su magnitud, anormalidad y excepcionalidad, circunstancia frente a la cual el juez de la reparación no puede ser indiferente, so pena de entender el derecho de la reparación como una obligación netamente indemnizatoria, cuando lo cierto es que una de las funciones modernas de la responsabilidad es la preventiva. En el caso concreto es evidente la falta de diligencia de la entidad demandada, y la forma desentendida y gravemente anormal como se manejó la valoración del embarazo de la paciente, lo que quedó acreditado desde el mismo daño excepcional irrogado que afectó de manera grave la dimensión objetiva del derecho a la salud, más aún si se tiene en cuenta que la lesión directa fue ocasionada sobre tres niñas que alcanzaron a tener un hábito de vida y, en consecuencia, frente a las cuales se predicó la condición de persona en los términos establecidos en el artículo 90

del Código Civil, y que, por lo tanto, contaban con una protección reforzada y especial en los términos del inciso tercero del artículo 13 de la Carta Política y el artículo 44 de la misma, precepto este último que contiene el principio de prevalencia de los derechos de los niños sobre los de las demás personas. En ese orden, en la parte resolutive del fallo se dispondrá la adopción de la siguiente medida: Como garantía de no repetición, se ordenará enviar copia íntegra y auténtica de esta providencia a la Superintendencia Nacional de Salud, para que remita copia de la misma a cada una de las EPS que funcionan actualmente en Colombia, sin que ello implique, en modo alguno pronunciamiento de responsabilidad en contra de esta última entidad, toda vez que no es parte en el proceso; por ende, se insiste, el único propósito de la medida consiste en la divulgación pedagógica, a efectos de que situación como la descrita en la sentencia no se vuelva a repetir. El valor de las copias será asumido por el ISS.

[Sentencia de 19 de agosto de 2009. Exp. 76001-23-31-000-1997-03225-01 \(18364\). M.P.: ENRIQUE GIL BOTERO. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA](#)

4. NUEVAMENTE SE CONDENA AL ESTADO POR LA MUERTE DE UN HUMILDE CAMPESINO, A QUIEN ASESINARON AL DÍA SIGUIENTE DE HABER SIDO RETENIDO POR TROPAS DEL EJÉRCITO NACIONAL, QUE JUSTIFICARON EL HECHO EN UN SUPUESTO ENFRENTAMIENTO ARMADO QUE NUNCA EXISTIÓ. AÚN EN LA HIPÓTESIS DEL ENFRENTAMIENTO, UNA VEZ CAPTURADO EL SUPUESTO GUERRILLERO DEBIÓ BRINDÁRSELE PROTECCIÓN Y SEGURIDAD

A pesar de que el informe rendido por el Capitán del Ejército Nacional, hizo alusión al hecho de que los militares que se encontraban patrullando la zona fueron atacados por un grupo de personas al margen de la ley, dicho informe no tiene ningún soporte probatorio, pues no existe en el plenario declaración alguna, distinta de la del oficial que lo suscribió, que respalde su contenido, ya que ninguno de los testigos que rindió versión en el proceso, todos residentes del lugar en el cual ocurrieron los hechos, dio cuenta del supuesto enfrentamiento militar; tampoco nadie dijo nada sobre la presencia de grupos al margen de la ley en esa zona. A juicio de los testigos, lo único cierto es que el día de los hechos se escucharon algunos disparos entre las seis y seis y media de la mañana, hora que coincide con la muerte del señor Arias Gallego, quien recibió múltiples disparos con arma de fuego, según la necropsia que se le practicó al cadáver de la víctima en el Hospital San Vicente de Paul del Municipio de San Carlos, Departamento de Antioquia. Cabe anotar que la víctima fue vista con vida por última vez en compañía de miembros del Ejército Nacional, y que se encontraba desarmada, como es lógico, pues estaba bajo custodia de miembros de la Institución señalada, de suerte que resulta extraño e inexplicable que en su poder se hubiese encontrado todo el arsenal del cual se habla en el informe del Ejército y en la diligencia de levantamiento del cadáver. Vale la pena destacar que el Capitán Villamarín Pulido señaló en el citado informe, que el señor Alirio Arias García le manifestó que la víctima era miembro del Ejército de Liberación Nacional, E.L.N., sin embargo, su dicho, por sí solo, no resulta suficiente para otorgarle ese calificativo, habida cuenta que no obra prueba alguna en el plenario que acredite que la víctima militaba en dicho grupo insurgente. Está acreditado que la víctima era un humilde campesino de la región, como lo sostuvieron las personas que declararon en el proceso. Las anteriores razones hacen pensar que lo consignado por el oficial en el informe no refleja lo que realmente ocurrió la mañana del 30 de junio de 1990, pues nada de lo dicho encuentra respaldo en otros medios de prueba, a diferencia de lo que acontece con las afirmaciones formuladas en la demanda, las cuales aparecen ratificadas con las declaraciones de quienes rindieron versión en el proceso, y que resultan creíbles a la luz de los hechos, por su espontaneidad, claridad y contundencia, y porque se trata de testimonios realizados por personas ajenas a las partes, sin que se advierta de ellas el ánimo de beneficiar o perjudicar a alguien en particular. No hay duda de que el enfrentamiento militar entre miembros del Ejército Nacional y un grupo armado al margen de la ley, en cercanías del Municipio de San Carlos, Departamento de Antioquia, del cual se habla en el informe rendido por el Capitán Villamarín Pulido, nunca existió, pues ni siquiera se acreditó en el proceso que la víctima militaba en la guerrilla, mucho menos que su comportamiento hubiese estado al margen de

la ley, como tampoco se demostró que las armas incautadas le pertenecieran, ni que éstas hubieran sido disparadas o utilizadas por aquella. Sin perjuicio de lo anterior, y esto en el evento de que fuese cierto el hecho de que Reinel de Jesús era miembro de un grupo armado al margen de la ley, el Ejército Nacional tenía la obligación legal y constitucional de garantizarle, respetarle y protegerle la vida, pues se trataba de una persona desarmada e indefensa, que estaba bajo custodia y a órdenes de la entidad demandada. Los elementos probatorios recaudados permiten concluir que la Administración incurrió en una falla en la prestación del servicio, habida consideración que los miembros del Ejército Nacional adscritos al Batallón Pedro Nel Ospina no hicieron uso legítimo de las armas, su comportamiento desconoció abiertamente las obligaciones constitucionales y legales, como quiera las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado, sólo por esa vía se garantizan la efectividad de los principios y derechos consagrados en la Constitución. Resulta evidente que en este caso la entidad demandada asumió y desplegó un comportamiento que sobrepasó el normal cumplimiento de sus deberes, pues sólo en casos extremos y por excepción la Fuerza Pública está autorizada para hacer uso de las armas de dotación, y si lo hacen, han de tomar todas la precauciones que sean necesarias para proteger la vida y la integridad de los ciudadanos.

[Sentencia de 23 de septiembre de 2009. Exp. 05001-23-26-000-1992-00923-01 \(17403\). M.P.: MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA.](#)

SECCIÓN CUARTA

1. EL LÍMITE PARA EL DESCUENTO DEL IVA NO AFECTÓ EL DERECHO DE QUIENES ADQUIRIERON BIENES DURANTE LOS AÑOS 1996 A 1998

Situación fáctica: La actora demandó los actos mediante los cuales la DIAN le determinó el impuesto de renta de 1999.

Tesis: Contrario a lo afirmado por la demandante, la limitación a los descuentos contenida en la Ley 383 de 1997 no afectó situaciones jurídicas consolidadas, porque no impidió el ejercicio del derecho de quienes adquirieron bienes de capital en los periodos anteriores, ni tampoco afectó el principio de confianza legítima, porque la posibilidad de descontar el impuesto a las ventas pagado por adquisición de activos de capital durante 1996 a 1998, podía ser efectiva hasta el año 2003, sin que el límite general de los descuentos establecido en la Ley 383 de 1997 coartara dicha posibilidad. Quienes adquirieron bienes de capital durante los años 1996 a 1998 no tenían un derecho adquirido al descuento de manera ilimitada y atendiendo únicamente a los límites legales señalados en ese momento, pues tratándose de tributos no puede hablarse de derechos adquiridos protegidos por el artículo 58 de la Constitución, porque las normas relativas a impuestos no atacan la propiedad privada. Tampoco existía una situación jurídica consolidada, en la medida que para los periodos posteriores a la Ley 383 de 1997 no se había hecho uso del descuento. En ese sentido debe modificarse el criterio expuesto por esta corporación en la Sentencia 15030 del 15 de noviembre de 2007, pues el límite de los descuentos contenido en la Ley 383 de 1997 no afectó el derecho de quienes adquirieron bienes durante los años 1996 a 1998, ya que en ese último año estaba permitido el descuento del impuesto sobre las ventas sin límite temporal alguno, y después de la modificación contenida en la Ley 448 de 1998 se respetó la confianza legítima de quienes realizaron dichas inversiones, permitiéndoles el descuento hasta el año 2003, sin perjuicio de respetar el límite impuesto con anterioridad en la Ley 383 de 1997.

[Sentencia de 20 de agosto de 2009. Exp. 25000-23-27-000-2003-00355-01 \(16787\). M.P. WILLIAM GIRALDO GIRALDO](#)

*Con salvamento de voto del Dr. Héctor J. Romero Díaz

2. LAS UPC RECONOCIDAS A LAS EPS ESTÁN EXCLUIDAS DE LA BASE GRAVABLE DEL IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Situación Fáctica: La actora demandó los actos mediante los cuales el Distrito negó la devolución por pago de lo no debido por concepto de impuesto de industria y comercio por los servicios de salud prestados durante 1992 a 1993, bimestres 1 a 6 de 1994 a 2002.

Tesis: Según el artículo 850 del Estatuto Tributario, la DIAN debe devolver los pagos en exceso o de lo no debido que hayan efectuado los contribuyentes, “siguiendo el mismo procedimiento que se aplica para las devoluciones de los saldos a favor”. La solicitud de devolución de estos saldos se debe presentar a más tardar dos (2) años después de la fecha de vencimiento del término para declarar. Sin embargo por voluntad del legislador, a las solicitudes de devolución de pagos en exceso o de lo no debido, cuyo procedimiento es el mismo de las devoluciones, no se aplica el término de dos años que la ley tributaria especial señala para éstas, sino la norma general de prescripción que establecen los artículos 11 y 21 del Decreto 1000 de 1997, reglamentario del procedimiento de las devoluciones y compensaciones, contenidas en los artículos 2537 y 2536 del Código Civil, conforme al cual, la acción ejecutiva prescribe en diez (10) años, antes de ser modificada esta disposición por el artículo 8 de la Ley 791 de 27 de diciembre de 2002 y, actualmente en cinco (5), si para solicitar el reintegro existe un título que acredite que el contribuyente realizó al fisco un pago no debido o superior al que legalmente le correspondía. Se debe reiterar que con anterioridad a la sentencia C-1040 de noviembre 5 del 2003 de la Corte Constitucional mediante la cual se declaró inexecutable el artículo 111 de la Ley 788 del 2002, el Consejo de Estado sostuvo que conforme al artículo 182 de la Ley 100 de 1993, las UPC se reconocen a cada E.P.S. “en función del perfil epidemiológico de la población relevante, de los riesgos cubiertos y de los costos de prestación del servicio en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería, y será definida por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, de acuerdo con los estudios técnicos del Ministerio de Salud”, de donde se infiere que no se trata de recursos propios sino de una transferencia que hace el Sistema con el fin específico de garantizar una óptima prestación de los servicios de salud y por tanto deben excluirse de la base gravable para determinar el impuesto de industria y comercio.

[Sentencia de 13 de agosto de 2009. Exp. 25000-23-27-000-2004-02027-01 \(16569\). M.P. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA](#)

3. a) LOS SERVICIOS DE SALUD QUE PRESTAN LAS CLÍNICAS NO ESTÁN SUJETOS AL IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Situación fáctica: La actoras demandaron la nulidad de las expresiones “servicios de clínicas” y “servicios de clínicas y establecimientos de salud” contenidas en los artículos 118 y 119 del Acuerdo 230 de 1993 expedido por el Concejo Municipal de Floridablanca.

Tesis: La Sala se ha pronunciado en varias oportunidades posición jurisprudencial que se reitera, en el sentido de que los servicios de salud prestados por entidades privadas como las clínicas, hacen parte del sistema nacional de salud no sujeto al impuesto de industria, comercio y avisos y por ende al municipio le está vedado gravar con este tributo dichas actividades. El criterio expuesto, que se reitera en esta oportunidad, reconoce la vigencia del artículo 5° de la Ley 10 de 1990, en consideración a que, tal como lo precisara la Sala en la sentencia de 22 de abril de 2004, Exp.13224 M. P. Germán Ayala Mantilla, el Sistema de Seguridad Social en Salud que desarrolló la Ley 100 de 1993 en nada afecta la no sujeción subjetiva del artículo 39 de la Ley 14 de 1983, si se tiene en cuenta el criterio teleológico de la norma en virtud del cual se concluye que “la intención del legislador del año 1983 fue no someter al cumplimiento de ninguna de las obligaciones sustanciales ni formales relacionadas con el impuesto de industria y comercio, cuando las entidades de salud

estuvieran organizadas como clínica u hospitales y se ocupan de un servicio público de salud”. No obstante, es necesario precisar que si bien los recursos que perciban las clínicas y hospitales destinados al servicio público de salud, no son susceptibles de ser gravados con el impuesto de Industria y Comercio, en virtud de lo previsto en el artículo 39 de la Ley 14 de 1983, por disposición del artículo 11 de la Ley 50 de 1984, no corren la misma suerte, es decir, están sujetos al gravamen los recursos provenientes de actividades industriales y comerciales, que no sean propias de las entidades hospitalarias.

b) CUANDO EXISTE PROHIBICIÓN LEGAL DE GRAVAR UNA DETERMINADA ACTIVIDAD LAS ENTIDADES TERRITORIALES NO PUEDEN ESTABLECER GRAVÁMENES EN SU JURISDICCIÓN

Tesis: Como la potestad tributaria de los municipios es derivada, dado que solo pueden establecer aquellos tributos creados en la Ley, bajo los lineamientos y condiciones en ella previstos [Arts. 150-12, 287-3, 300-4, 313-4 y 338 de la Constitución Política], y por supuesto si media prohibición legal de gravar una determinada actividad, corresponde a la entidad territorial respetar la voluntad legislativa y no le es permitido establecer el gravamen en su jurisdicción territorial. Por ello, como el artículo 39 de la Ley 14 de 1983 prohíbe gravar con el Impuesto de Industria y Comercio la actividad de servicios que ejercen las “clínicas”, por hacer parte del Sistema Nacional de Salud, hoy Sistema de Seguridad Social en Salud, aún cuando ostenten naturaleza privada, es evidente que el Concejo Municipal de Floridablanca excedió el ámbito legal al que debía sujetarse, como lo consideró el *a quo*.

[Sentencia de 27 de agosto de 2009. Exp. 68001-23-15-000-2003-00491-01\(17126\). M.P. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA](#)

4. NO SON ACTOS ADMINISTRATIVOS LOS QUE NO CREAN, MODIFICAN O EXTINGUEN SITUACIONES JURÍDICAS

Situación fáctica: El Distrito demandó los actos mediante los cuales el departamento de Cundinamarca negó la solicitud de consignar el 20% de lo recaudado por concepto de vehículos durante 1999 a 2001.

Tesis: El oficio 4621 no es un acto administrativo, dado que no creó, modificó ni extinguió situación jurídica alguna al demandante. Como el oficio en mención no es acto administrativo, pues, se insiste, se limitó a expresar el criterio del Departamento sobre un punto de derecho, sin constituir manifestación de voluntad alguna del demandado con efectos particulares y concretos respecto del demandante, no es objeto de control judicial (artículos 83 y 85 del Código Contencioso Administrativo), motivo por el cual se impone proferir fallo inhibitorio por ineptitud sustantiva de la demanda por cuanto es imposible efectuar un pronunciamiento de fondo. Por último, los actos acusados no son complejos, como erróneamente lo advirtió el *a quo*, debido a que son pronunciamientos de la Administración con vida jurídica autónoma, expedidos como consecuencia de las distintas solicitudes de la demandante y no se constituyeron mediante el concurso de voluntades de una misma entidad o de entidades diferentes que se unen en una sola.

[Sentencia de 20 de agosto de 2009. Exp. 25000-23-27-000-2001-02322-01 \(16324\). M.P. HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ](#)

5. a) LA CALIDAD O NO DE SUJETO PASIVO DEL IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO RECAE EN LA PERSONA, PERO EL ORIGEN DE LOS INGRESOS SON LOS QUE DETERMINAN SI LA ACTIVIDAD SE ENCUENTRA GRAVADA O NO

Situación fáctica: La actora demandó los actos mediante los cuales el Distrito le negó la devolución y/o compensación de los saldos a favor de la declaración en el pago del impuesto de industria y comercio.

Tesis: Es del caso precisar que la calidad o no de sujeto pasivo del tributo recae en la persona, ya sea natural o jurídica que realice actividades contempladas en la ley como gravadas, y que, por tanto el hecho mismo de ser reconocida como actividad prestadora de salud no la excluye de la posibilidad de ser calificada como sujeto pasivo, toda vez que esto no le impide llevar a cabo otras actividades que generen ingresos gravados, luego no son las Clínicas en si mismas como personas o entidades las que están excluidas del tributo de Industria y Comercio, sino el ingreso que deviene directamente de la prestación del servicio mediante el plan obligatorio de salud que por orden legal no se grava con el mismo. Por tanto, la Clínica del Country en si misma considerada es sujeto pasivo del impuesto de Industria y Comercio, pero los ingresos por salud no deben pagar dicho impuesto y, habiéndolo hecho, se origina un pago de lo no debido.

b) NO ES REQUISITO PARA QUE PROCEDA LA DEVOLUCIÓN DEL PAGO DE LO NO DEBIDO QUE SE CORRIJA LA DECLARACIÓN PRIVADA

Tesis: Contrario a lo señalado por el a quo, la normativa tributaria ha establecido la figura del pago de lo no debido a favor de los contribuyentes y para ello ha señalado las reglas para su procedencia, sin que dentro de ellas se prevea como requisito previo e indispensable la corrección de la declaración privada, toda vez que no es requisito *sine qua non* para que se genere dicho pago, que éste se derive de una declaración tributaria, lo único relevante es que el pago se haya efectuado sin estar soportado por un fundamento legal. Así las cosas, se advierte que si bien la actora pudo acudir al mecanismo de corrección previsto en los artículos 19 y 20 del Decreto 807 de 1993, esta Corporación ha considerado viable la devolución de los pagos de lo no debido consignados en las declaraciones tributarias, sin necesidad de hacer uso del procedimiento de corrección voluntaria, teniendo en cuenta que no se trata de un error del contribuyente en la liquidación del tributo, sino que obedece a decisiones judiciales que han calificado los pagos como “no debidos” o “excesivos”, o a la ausencia de la calidad de sujetos pasivos de la obligación tributaria, lo que hace inocua la corrección del denuncia fiscal.

[Sentencia de 27 de agosto de 2009. Exp. 25000-23-27-000-2005-01747-01 \(16881\). M.P. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA](#)

6. DENTRO DEL PROCESO DE AFORO ES POSIBLE DISCUTIR LA CALIDAD DE SUJETO PASIVO DEL IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Situación fáctica: La actora demandó los actos mediante los cuales el municipio de Bugalagrande le formuló y confirmó la liquidación de aforo del impuesto de de industria y comercio y avisos y tableros de 1999.

Tesis: La liquidación de aforo es el medio a través del cual, previo el agotamiento de una serie de etapas como el emplazamiento para declarar y la resolución sanción, se determina oficialmente el impuesto al contribuyente que persiste en la omisión de presentar el denuncia tributario. En consecuencia, y de conformidad con lo anterior, no se puede calificar la “Liquidación Oficial de Aforo” como un acto expedido dentro del trámite administrativo de cobro, toda vez que como lo ha sostenido la Sala, el “procedimiento de cobro coactivo” no tiene por finalidad la declaración o constitución de obligaciones o de derechos, sino hacer efectiva mediante su ejecución, las obligaciones claras, expresas y actualmente exigibles, previamente definidas a favor de la entidad territorial y a cargo de los contribuyentes en el respectivo título ejecutivo. Por lo tanto, la Liquidación de Aforo es una actuación previa e independiente a los actos que se susciten en el proceso tendiente a ejecutar su cobro y, por lo mismo, es susceptible de control de legalidad a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. En ese orden de ideas, la entidad municipal demandada vulneró el derecho de defensa de la demandante al considerar que no era

pertinente discutir en el proceso de formulación de la liquidación de aforo, la calidad de sujeto pasivo de la misma.

[Sentencia de 24 de septiembre de 2009. Exp. 76001-23-31-000-2004-00345-01 \(16494\). M.P. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS](#)

7. CUANDO EXISTE NULIDAD PARCIAL DEL ACTO OFICIAL EN QUE SE FUNDAMENTÓ LA SANCIÓN DESAPARECE EL HECHO QUE DIO ORIGEN A ÉSTA Y PROCEDE TAMBIÉN SU NULIDAD

Situación fáctica: La actora demandó los actos mediante los cuales la DIAN la sancionó por devolución improcedente.

Tesis: La Sala ha señalado que si la liquidación oficial del impuesto ha sido sometida a control jurisdiccional y la misma se declara nula, desaparece el hecho que le da fundamento a la sanción por devolución improcedente y procede también su nulidad. No significa lo anterior que los dos procesos, el de determinación y el sancionatorio se confundan, sino que se parte del reconocimiento de los efectos que uno tiene en el otro, pues, aunque dichos procesos son diferentes y autónomos, la Sala siempre ha reconocido el efecto que el primero tiene en el segundo y la correspondencia que debe haber entre ambas decisiones. De ello se infiere que si se declara la nulidad parcial de un acto y se fija un nuevo saldo a favor, la diferencia entre lo efectivamente devuelto según la liquidación privada y el nuevo saldo determinado como consecuencia de la declaratoria de nulidad, debe devolverse a la Administración. En consecuencia, los actos demandados tienen la misma suerte de los actos de determinación oficial en los que se fundamentaron y que fueron parcialmente anulados, es decir, debieron declararse parcialmente nulos y, por consiguiente, ordenar sólo el reintegro de la diferencia entre el saldo a favor efectivamente devuelto (\$914.818.000) y el que determinó el Consejo de Estado en la sentencia de 3 de octubre de 2007 (\$668.234.000), es decir, la suma de \$246.584.000.

[Sentencia de 24 de septiembre de 2009. Exp. 25000-23-27-000-2003-00241-01\(16954\). M.P. Dr. HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ](#)

8. LOS GRUPOS EMPRESARIALES NO ESTÁN OBLIGADOS A INFORMAR SUS ESTADOS FINANCIEROS CONSOLIDADOS CUANDO EXISTE SOLAMENTE UNA SITUACIÓN DE CONTROL

Situación fáctica: La actora demandó los actos mediante los cuales la DIAN le impuso sanción por no suministrar información.

Tesis: El artículo 30 de la Ley 222 de 1995 dispone la obligatoriedad de inscripción en el registro mercantil, a cargo de la sociedad controlante, cuando de conformidad con los artículos 260 y 261 del Código de Comercio se configure una situación de control y cuando se den los supuestos para que exista Grupo Empresarial, asimismo las modificaciones a tales situaciones; además prevé su inscripción oficiosa por parte de las entidades que ejercen inspección, vigilancia y control, o a solicitud de cualquier interesado. Tal inscripción se prueba con el certificado expedido por la respectiva Cámara de Comercio. En consecuencia, tanto las situaciones “de control” como de “grupo empresarial”, deben ser inscritas en el Registro Mercantil, sin embargo, ello no quiere decir, que toda situación de subordinación, por el solo hecho de estar inscrita en el Registro Mercantil, es grupo económico y/o empresarial, pues el legislador de manera alguna así lo ha previsto. Por otra parte, la recurrente confunde la obligación de preparar y difundir estados financieros de propósito general consolidados, prevista en la normativa mercantil, con la de informar estados financieros consolidados a la DIAN. Al respecto, tratándose el presente asunto de una sanción por el presunto incumplimiento de una obligación de carácter tributario, ésta debe estar definida de manera inequívoca por el legislador en el estatuto que regula la materia. Como se indicó, el sujeto pasivo de la obligación contenida en el artículo 631-1 del Estatuto Tributario, es el grupo empresarial inscrito en el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio, no cualquier matriz

o controlante, como lo pretende la recurrente. Distinto es que el grupo empresarial inscrito como tal, que no es el caso, debe cumplir la obligación fiscal por intermedio de la matriz del mismo, conforme lo establecen las normas comerciales, según las cuales, la controlante es la encargada de preparar y difundir los estados financieros consolidados. En suma, dado que el deber de informar contenido en el artículo 631-1 del Estatuto Tributario, está a cargo de los grupos empresariales, la demandante no estaba obligada a suministrar la información a la que alude la norma, pues solo se demostró la existencia de una situación de control y por ende no puede endilgársele la conducta sancionable prevista en la misma y menos aún imponérsele la sanción del artículo 651 del Estatuto Tributario.

[Sentencia de 10 de septiembre de 2009. Exp. 25000-23-27-000-2005-00714-01 \(17082\). M.P. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA](#)

9. LA PÉRDIDA DE INVENTARIOS PROCEDE COMO EXPENSA NECESARIA CUANDO SE INVOCAN LAS NORMAS LEGALES O LAS PRACTICAS MERCANTILES USUALES

Situación fáctica: La actora demandó los actos mediante los cuales la DIAN le modificó la declaración de renta de 1999.

Tesis: Conviene advertir que la parte actora pretendió de forma inapropiada acogerse al artículo 107 del E.T. tal como lo propuso en la demanda. De hecho, el acto acusado, integrado por ambas resoluciones demandadas, invocó y aplicó el artículo 107 del E.T. en el sentido de decir que no se configuraban ninguna de las situaciones ahí prescritas, menos cuando el contribuyente utilizó el renglón 49 de la declaración de renta para fijar un valor de \$1.176.250.000 por concepto de pérdida de inventarios. La parte actora no demostró que la situación de la deducción que liquidó en la declaración del año 1999, renglón 49, otras deducciones, corresponde a las situaciones reguladas en la norma. Por lo mismo, el acto acusado no violó esa regla y por esta razón también deberá confirmarse la sentencia apelada. No es aplicable al caso concreto la doctrina judicial que invoca la delegada del Ministerio Público para sustentar la solicitud de revocatoria de la sentencia del a quo por cuanto, si bien tal doctrina señaló que la destrucción de medicamentos es una “expensa necesaria” y se puede deducir cuando el contribuyente está obligado por disposiciones de tipo sanitario, de salubridad pública o por prácticas mercantiles usuales a la destrucción de cierta mercancía o inventario, el presente asunto no versa propiamente sobre la destrucción de medicamentos, ni la demandante invoca una disposición legal que la obligara por razones sanitarias o de salubridad pública a destruirlos.

[Sentencia de 10 de septiembre de 2009. Exp. 25000-23-27-000-2004-00582-01\(16320\). M.P. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS](#)

10. EL INTERÉS DE MORA EN MATERIA TRIBUTARIA SE DETERMINA CON BASE EN EL INTERÉS COMPUESTO

Situación fáctica: La actora demandó la nulidad parcial del numeral tercero del acápite “tasa de interés moratorio” de la Circular DIAN 00069 de 11 de agosto de 2006, por la cual “ se imparten instrucciones para aplicar los cambios introducidos por la ley de Normalización de Cartera”.

Tesis: El interés de mora en materia tributaria corresponde a la tasa efectiva de usura certificada por la Superintendencia Financiera y ésta, a su vez, se determina en la forma de interés compuesto, en contraposición a la tasa nominal, que es simple, la Circular acusada en cuanto prevé que el interés de mora debe determinarse dentro del contexto de interés compuesto, se ajusta no sólo al texto del artículo 635 del Estatuto Tributario sino al propósito del legislador. A su vez, no asiste razón a la demandante cuando sostiene que el acto acusado varió la base de liquidación de los intereses de mora, a pesar de que la modificación que introdujo el artículo 12 de la Ley 1066 de 2006 fue respecto de la tasa de los intereses moratorios. Ello, porque la norma en mención,

modificatoria del artículo 635 del Estatuto Tributario, no dispuso base alguna para liquidar los intereses de mora y es evidente que al determinarse los intereses de mora con base en la tasa de interés de usura, que es efectiva, necesariamente los intereses deben calcularse como compuestos y no en forma simple, lo que, por definición, implica el aumento de la base, por cuanto en la fórmula de interés compuesto, los intereses recibidos se reinvierten y pasan a convertirse en nuevo capital, con lo cual se mantiene la tasa de interés en el tiempo.

[Sentencia de 10 de septiembre de 2009. Exp. 11001-03-27-000-2007-00006-00 \(16399\). M.P. HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ](#)

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

1) EL RÉGIMEN DE LOS DOCENTES OFICIALES DEPENDE DE SU FECHA DE VINCULACIÓN AL SERVICIO PÚBLICO DOCENTE, LOS EFECTOS DEL ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2005 Y SU RÉGIMEN DE TRANSICIÓN ESPECIAL

Los ministros de Educación Nacional, Hacienda y Crédito Público y de la Protección Social, formularon una consulta “complementaria y aclaratoria” del concepto 1857 de 22 de noviembre de 2007, cuya publicación fue autorizada el 14 de enero de 2008, sobre los efectos del Acto Legislativo 01 de 2005 en el régimen pensional de los docentes oficiales.

La Sala de Consulta y Servicio Civil explicó a los ministros consultantes:

“El régimen pensional aplicable a los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales necesariamente está llamado a extinguirse en el tiempo a medida que decrece el número de sus destinatarios, mientras que irán aumentando los docentes que entran al régimen general de pensiones pero conservando el requisito de la edad como elemento determinante de la especialidad de su régimen pensional.

El parágrafo transitorio 1º del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005 remite al artículo 81 de la ley 812 de 2003 y los efectos de esta remisión son: a) La fecha de ingreso al servicio educativo oficial de cada docente es el factor que fija el régimen pensional que le será aplicable, y no la fecha de causación del derecho; b) la continuidad del régimen pensional especial aplicable a los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, en el entendido de que está llamado a extinguirse junto con sus destinatarios, circunstancia que permite calificar ese régimen como transitorio; c) la conservación de un régimen especial, en atención a la edad, para una población de docentes que empieza a aumentar, porque son todos los que se vinculen al servicio público educativo a partir del 27 de junio de 2003.

(...)

El régimen de los docentes, atendiendo a su fecha de vinculación al servicio público docente, a los efectos del Acto Legislativo 01 de 2005 y al régimen de transición consagrado en particular para ellos, así: a) El régimen pensional de los docentes vinculados al servicio estatal antes del 27 de junio de 2003, fecha de entrada en vigencia de la ley 812 de 2003, es el contenido en la ley 91 de 1989; b) el régimen pensional de los docentes oficiales vinculados a partir del 27 de junio de 2003 es el régimen general de las leyes 100 de 1993, 797 de 2003 y las demás que lo regulen en el futuro, pero con el requisito de la edad unificado en 57 años para hombres y mujeres. Atendiendo los antecedentes del parágrafo transitorio 1º del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, el 31 de julio de 2010 no es aplicable como fecha de expiración de ninguno de los regímenes pensionales establecidos para los docentes al servicio oficial”.

[Concepto 1857 de septiembre de 2009. Exp. 11001-03-06-000-2007-00084-00. M.P.: ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO. Autorizada su publicación con oficio 2009EE54229 de 24 de septiembre de 2009](#)

2) MINISTERIO DE CULTURA ES COMPETENTE PARA DECLARAR ADMINISTRATIVAMENTE MOTIVOS DE UTILIDAD PÚBLICA PARA ADQUISICIÓN DE BIENES INMUEBLES

La ministra de Cultura indagó a la Sala de Consulta y Servicio Civil sobre la competencia del Ministerio para declarar como de utilidad pública bienes inmuebles, las causales por las que procedería y el procedimiento para adquirirlos.

La Sala afirmó la competencia cuestionada y en respaldo consideró:

Las entidades competentes, entre las que se encuentra la Nación, como persona jurídica, y por tanto, la Nación - Ministerio de Cultura, pueden adquirir bienes inmuebles mediante enajenación voluntaria o expropiación, por los motivos de utilidad pública enunciados en el citado artículo 10, que lógicamente estén dentro de la órbita de su competencia. Esta facultad legal de carácter general cubre a todos los ministerios y demás organismos allí enumerados y no fue restringida para el Ministerio de Cultura por la Ley 397 de 1997. Para efectos de la ejecución de estas competencias la Sala precisa que jurídicamente no puede hacerse distinción entre actuar como Nación y actuar como Ministerio, según parece sugerir la consulta respecto de la aplicación de las causales de utilidad pública, por cuanto siempre el Ministerio actuará en nombre de la Nación, como persona jurídica que representa a los organismos centrales de la administración pública.

(...) Como se observa, el parágrafo 4° del artículo 22 de la ley 397 menciona únicamente los literales c) y f) del artículo 10 de la Ley 9ª de 1989, situación que podría interpretarse como una limitante para el Ministerio de Cultura en la utilización de las demás causales de declaratoria de interés público. Sin embargo, la Sala encuentra que la mención específica a esos literales no tiene la virtud de restringir la competencia del Ministerio para declarar los motivos de utilidad pública solamente a dichos literales excluyendo los demás y en especial el literal h) relativo a la preservación del patrimonio cultural nacional y territorial, por las siguientes razones: 1ª) La Ley 397 del 7 de agosto de 1997 ciertamente es especial y posterior a la Ley 388 del 18 de julio de 1997 que reformó la ley 9ª de 1989, como quedó dicho, pero no deroga ésta última en cuanto a los motivos de utilidad pública para la adquisición de bienes inmuebles por enajenación voluntaria o expropiación por parte del Ministerio de Cultura, y específicamente no deroga el literal h) del actual artículo 10 de la ley 9 de 1989. (...) 2ª) De otra parte y para abundar en razones, la Sala realizó el estudio detallado del trámite legislativo de los proyectos que se convirtieron en las leyes 388 y 397 de 1997, para buscar si la intención del legislador al dictar la ley 397 fue la de excluir la competencia del Ministerio de la Cultura para declarar la utilidad pública cuando se trate de preservar el patrimonio Cultural y encontró que dicha intención restrictiva no aparece en la historia de la ley 397 y que fue por un cambio en el orden de los literales que se omitió citar el literal h) en el parágrafo 4° del artículo 22 de la Ley 397.

(...) Por todo lo anterior, es claro entonces, que el artículo 10 de la Ley 9ª de 1989, modificado por el 58 de la Ley 388 de 1997, confiere competencia a los Ministerios, entre ellos el de Cultura, y a otras entidades públicas, para declarar los motivos de utilidad pública para la adquisición y expropiación de inmuebles. Obviamente dicha competencia deberá ejercerse siempre y cuando se encuentren enmarcados dentro de sus funciones. Por tanto, el Ministerio puede dar aplicación a cualquiera de los literales y en especial, el literal h) relativo a la preservación del patrimonio cultural nacional, el literal c) sobre proyectos de renovación urbana y provisión de espacios públicos urbanos para infraestructura cultural, y el literal f) en cuanto alude a proyectos de deportes, una de las

actividades que claramente está dentro de sus atribuciones. En síntesis, si el Ministerio de Cultura desea adquirir un inmueble por motivos de utilidad pública, la legislación aplicable es la contenida en los artículos 10 y siguientes de la Ley 9ª de 1989, modificada y adicionada por la Ley 388 de 1997, y el parágrafo 4º del artículo 22 de la Ley 397 de 1997.

(...)

a) En primer lugar, es necesario señalar que si se trata del motivo de utilidad pública consistente en la preservación del patrimonio cultural de interés nacional, incluidos el histórico y el arquitectónico, a juicio de la Sala, tales bienes inmuebles deben hacer parte de dicho patrimonio, para lo cual requieren declaratoria previa como monumentos nacionales o bienes de interés cultural del nivel nacional, por medio de una ley o de un acto administrativo, este último expedido de conformidad con el procedimiento establecido por el artículo 8º de la ley 397 de 1997. Esta norma atribuye expresamente la competencia al Ministerio de Cultura para expedir el acto administrativo de declaratoria de bienes de interés cultural nacional y le señala el correspondiente procedimiento previo. (...) Los bienes de interés cultural pueden pertenecer a la Nación, a entidades públicas de cualquier orden o a personas naturales o jurídicas de derecho privado, como lo indica el literal c) del artículo 4º de la ley 397/97, modificado por el artículo 1º de la ley 1185/08, y están sometidos al Régimen Especial de Protección establecido en el artículo 11 de la primera ley modificado por el 7º de la segunda, el cual puede incluir un Plan Especial de Manejo y Protección, si es indispensable. Ahora bien, si el Ministerio de Cultura encuentra que se necesita preservar ese bien, el cual integra el patrimonio cultural de la nación, y observa que el mismo es de propiedad de un particular, puede, con fundamento en el literal h) del artículo 10 de la ley 9ª/89, modificado por el artículo 58 de la ley 388/97, proceder a declarar el motivo de utilidad pública, consistente en la preservación del patrimonio cultural de interés nacional, incluido el histórico y el arquitectónico, mediante el correspondiente acto administrativo, con la finalidad de adquirir el bien inmueble por medio de enajenación voluntaria y si ésta no prospera, mediante expropiación.

b) Si se trata de un bien inmueble distinto a uno de interés cultural, por ejemplo un terreno para la ejecución de un proyecto de infraestructura cultural, el Ministerio de Cultura, luego de los estudios pertinentes (viabilidad técnica del proyecto, conformidad con los planes y programas, existencia de apropiación presupuestal, etc.), puede, con base en el literal f) del citado artículo 10 de la ley 9ª /89, modificado por el artículo 58 de la ley 388/97, declarar, mediante acto administrativo fundamentado, el motivo de utilidad pública para proceder a adquirir el inmueble voluntariamente o por expropiación. Es claro, entonces, que en el presente caso, la ley a la cual remite la norma constitucional, para definir los motivos de utilidad pública o interés social y regular las medidas de compra y expropiación, no puede ser otra que la ley 388 de 1997, modificatoria de la ley 9ª de 1989.

[Concepto 1955 de 16 de julio de 2009. Exp. 11001-03-06-000-2009-00036-00. M.P.: GUSTAVO APONTE SANTOS. Autorizada su publicación con oficio No. 5919 DE 5 DE OCTUBRE DE 2009](#)

3) DIPUTADOS DE ANTIOQUIA INCURRIRÍAN EN CONFLICTO DE INTERESES SI SE INCLUYERAN COMO BENEFICIARIOS DEL FONDO DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA

El ministro de Hacienda y Crédito Público, por solicitud del Gobernador de Antioquia, preguntó a la Sala de Consulta y Servicio Civil si era jurídicamente viable que los diputados de ese departamento fueran incluidos entre los beneficiarios del Fondo de Vivienda de Antioquia, teniendo en cuenta que al mismo tiempo sería la Asamblea la entidad competente para tomar decisiones sobre su funcionamiento y estructura.

La Sala respondió que no, porque los diputados incurrirían en conflicto de intereses, que es causal de pérdida de investidura. Para sustentar su respuesta, hizo un recuento del marco normativo de

dicho Fondo, destacó sus funciones, beneficios y beneficiarios y luego se ocupó del conflicto de intereses:

La Asamblea departamental de Antioquia, mediante la ordenanza No. 20 de 1947 creó el Fondo de la Vivienda del Departamento de Antioquia, para beneficiar a los empleados de este Departamento con préstamos en condiciones favorables, destinados fundamentalmente a la adquisición de vivienda. El Fondo tuvo varias modificaciones, como las que se realizaron por medio de las Ordenanzas No. 31E del 27 de septiembre de 1996, No. 10 del 19 de agosto de 1998, No. 27 del 14 de diciembre de 2001 y No. 27 del 23 de noviembre de 2005, y en la actualidad, su funcionamiento se encuentra reglamentado por la Ordenanza No. 10 del 21 de agosto de 2008, expedida por dicha Asamblea. Las características del Fondo se pueden sintetizar en los siguientes puntos: 1) La naturaleza jurídica del Fondo es la de un fondo-cuenta sin personería jurídica, debido a que no se le asigna expresamente el atributo de la personería jurídica y todos sus ingresos son “llevados por parte de la Secretaría de Hacienda, Tesorería General del Departamento a una cuenta especial separada de los fondos comunes y denominada ‘Departamento de Antioquia - Fondo de la Vivienda’, de acuerdo con las normas fiscales existentes”. 2) Su objetivo principal es propiciar la solución al problema de vivienda de los empleados y pensionados del Departamento, mediante préstamos para compra, mejoramiento o construcción de vivienda. 3) La Junta Directiva del Fondo es presidida por el Gobernador o su delegado y tiene entre sus funciones, la de autorizar los préstamos o adjudicaciones condicionados al cumplimiento de los requisitos establecidos en la ordenanza. 4) El patrimonio del Fondo se integra principalmente con las partidas que se le asignen en el presupuesto departamental y las cuotas de amortización que abonen los beneficiarios. 5) Los préstamos son a veinte (20) años, salvo los destinados a reparación de vivienda los cuales no pueden exceder de doce (12) años. 6) Los préstamos tienen una tasa de interés efectivo anual correspondiente al IPC del año inmediatamente anterior certificado por el DANE. 7) Los préstamos deben estar garantizados con hipoteca constituida a favor del Departamento de Antioquia - Fondo de Vivienda, pignoración del cincuenta por ciento (50%) de las cesantías y pólizas de seguro de vida del deudor y de incendio y sus anexos sobre el inmueble.

(...)

En relación con los beneficiarios del Fondo, el párrafo del artículo 1° de la citada Ordenanza establece: (...) De acuerdo con esta disposición, los Diputados de la Asamblea departamental **no** se encuentran comprendidos dentro de la enumeración de los beneficiarios del Fondo, por cuanto respecto de la Asamblea sólo se señala a “los empleados” de la misma. (...) De otra parte, sobre la cobertura del fondo la Sala constata que el párrafo del artículo 1° de la Ordenanza No. 10 de 2008 expresamente excluye de los beneficios a “los servidores públicos de las entidades descentralizadas con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonio propio y los docentes”. La no inclusión de los servidores públicos de las entidades descentralizadas que tienen personería jurídica, autonomía administrativa y financiera, y patrimonio independiente, se justifica puesto que son personas que laboran en entidades jurídicamente diferentes al Departamento.

(...)

En el concepto No. 1572 del 28 de abril de 2004, la Sala, con base en su análisis y la jurisprudencia de la corporación en materia de pérdida de investidura por la causal de conflicto de intereses, hizo un resumen sobre esta institución jurídica que resulta oportuno citar aquí (...) Adicionalmente, en el concepto No. 1922 del 28 de agosto de 2008, la Sala reiteró los elementos que configuran un conflicto de intereses (...) Siguiendo la definición arriba citada de conflicto de intereses, se advierte que en este evento los Diputados tendrían un interés directo, particular y actual, de orden económico, en la decisión del asunto sometido a su consideración, proyecto de ordenanza incluyéndolos como beneficiarios del Fondo de Vivienda del Departamento, que les generaría eventualmente una utilidad pues tendrían acceso a los préstamos que concede el Fondo, en las condiciones favorables de cuantía, plazo de amortización y tasas de interés.

Concepto 1960 de septiembre de 2009. Exp. 11001-03-06-000-2009-00043-00. M.P: GUSTAVO APONTE SANTOS. Autorizada su publicación con oficio 33727 de 2 de octubre de 2009.

NOTICIAS DESTACADAS

EL DOCTOR JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES ENTREGÓ ACTAS DEL ARCHIVO HISTÓRICO AL CONSEJO DE ESTADO

El Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, el doctor Jorge Antonio Castillo Rugeles, visitó el pasado 6 de octubre la Sala Plena del Consejo de Estado.

El motivo fue entregar a los 26 magistrados de la Corporación algunas actas pertenecientes al archivo histórico, y explicar cómo se hizo la recuperación y conservación de las mismas.

Cabe anotar que a dicha Sala Plena también asistió la Doctora Martha Penen Lastra, Directora de la Unidad de Información Jurídica de Legis, para entregar a los magistrados la Constitución Política con todos los valores agregados.

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, 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 escribanos a: boletince@consejoestado.ramajudicial.gov.co