RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL HECHO DEL LEGISLADOR – Inexequibilidad de la Tasa Especial por Servicios Aduaneros, TESA / JUICIO DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL HECHO DEL LEGISLADOR – Antijuridicidad del daño / JUICIO DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL HECHO DEL LEGISLADOR – Incidencia de la declaratoria de inexequibilidad en la determinación de la antijuridicidad del daño

Aunque está acreditado que la sociedad actora efectivamente liquidó y pagó la TESA en declaraciones de importación presentadas ante diferentes autoridades aduaneras, bien podría indicarse, como se ha hecho en el marco de la discusión a la que han dado lugar los denominados casos TESA, que dicha circunstancia no es suficiente para tener por acreditada la existencia de un daño personal y cierto toda vez que: i) a cambio de dichos pagos, las importadoras sí habrían recibido contrapartidas como serían los servicios que pretendían ser retribuidos por la tasa cancelada, a saber, los de carácter aduanero prestados por la DIAN y que, en los términos del salvamento de voto formulado a la sentencia C-992 de 2001, estaban definidos en el Estatuto Aduanero; ii) la prueba de los pagos no demostraría por sí misma la afectación del patrimonio de quien los realizó dado que, por regla general, este tipo de erogaciones "constituyen costos de la actividad económica que se trasladan" al consumidor final; iii) existiendo la posibilidad de obtener la devolución de lo pagado por concepto de la TESA a través de un mecanismo administrativo establecido exclusivamente para ello, la falta de prueba sobre su agotamiento infructuoso implicaría que el daño no fuera cierto; y iv) dado que, como ocurre con todas las normas de carácter tributario, el pago de la TESA no se causó única y exclusivamente por virtud de la ley que lo ordenó sino porque el contribuyente realizó la actuación constitutiva del supuesto de hecho previsto en la norma como generador del cobro, esto es, utilizó los servicios aduaneros en el marco de una actividad importadora en la que diligenció una declaración a través de la cual liquidó y pagó la TESA, el daño que este último pudo generar no fue causado directamente por la Nación-Congreso de la República. (…) De admitirse que se trata de un daño personal y cierto, el invocado por la sociedad actora no es antijurídico a la luz del criterio de antijuridicidad que se estima necesario adoptar en los casos de daños causados por normas o actos administrativos que no superaron el juicio de legalidad, esto es, el que se funda en la validez y vigencia de la norma o acto y no en el vicio de inconstitucionalidad o ilegalidad que contenía. (…) El mismo ordenamiento jurídico prevé que normas declaradas inconstitucionales sean, temporalmente, de obligatorio cumplimiento para los particulares, sin que ello implique menoscabo del principio de supremacía de la Constitución pues, en realidad, es un efecto de la realización de principios y valores constitucionales. Así pues, no le asiste razón a la tesis de la antijuridicidad como incompatibilidad con la norma superior cuando señala que hay una incoherencia lógica entre admitir que la declaratoria de inexequibilidad hace desaparecer la norma del ordenamiento y, al mismo tiempo, consolida las situaciones causadas con anterioridad pues, en realidad, lo que significa la declaratoria de inexequibilidad con efectos hacia futuro es que si bien la norma tenía un vicio de inconstitucionalidad, es constitucional mantener su vigencia -y, por ende, su obligatoriedad- entre su expedición y dicha declaratoria, de donde se deriva que durante ese período existía la obligación jurídica de asumir las cargas por ella impuesta. (…) La Sala advierte que en la medida en que, como se explicó, la cuestión de la vigencia de una ley lleva implícita la de su obligatoriedad –de ahí que, al resolverse este asunto, pueda determinarse si es esa norma la que deba aplicarse o si resurgen las derogadas y si las situaciones por ella amparadas están consolidadas o no-, no es coherente afirmar que, de acuerdo con el ordenamiento jurídico, la norma, a pesar de su inconstitucionalidad, mantuvo su vigencia entre su expedición y la declaratoria de inexequibilidad, esto es, que durante ese

período era obligatoria para los particulares y, al mismo tiempo, que por virtud de dicha inconstitucionalidad estos no tenían el deber de soportar las cargas por ella impuesta. (…) Teniendo claro entonces que, en todo caso, la decisión adoptada sobre la inexequibilidad de la ley o la nulidad del acto administrativo supuestamente causante de un daño es relevante en el análisis que debe adelantar el juez de la responsabilidad del Estado sobre la antijuridicidad de este último, la Sala considera que el criterio de antijuridicidad que mejor se acompasa con el ordenamiento jurídico es aquél que se funda en los efectos de la sentencia proferida en sede de legalidad y no en la constatación que ésta realizó sobre la contrariedad de la norma o acto con las normas superiores. (…) Por todo lo expuesto la Sala concluye que la sociedad actora no demostró que al haber pagado la tasa especial aduanera consagrada por los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000 durante el tiempo en que estuvieron vigentes, sufrió un daño en los términos del artículo 90 de la Constitución Política y, en consecuencia, hay lugar a revocar la sentencia de primera instancia para denegar las pretensiones de la demanda.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL HECHO DEL LEGISLADOR – Evolución jurisprudencial

A comienzos del siglo pasado no se admitía ningún tipo de responsabilidad del Estado por el hecho del legislador pues resultaba inconcebible que la ley, entendida como expresión de la soberanía parlamentaria y formulada de manera general y abstracta, pudiera causar daños antijurídicos. No obstante, este ideario propio de las revoluciones burguesas de los siglos XVII y XVIII, empezó a cambiar cuando el Consejo de Estado francés admitió que el poder legislativo podía ser declarado responsable por los daños que, por ser causados en beneficio del interés general, debían ser asumidos por la colectividad y, sin embargo, recaían de manera especial sobre un particular, aunque era indispensable que el legislador no se hubiere opuesto a la reparación de los mismos. Si bien en ese régimen había "que excluir totalmente la falta como posible fundamento de la responsabilidad del Estado legislador, porque, por definición, en tal sistema, la ley no puede incurrir en falta, puesto que la norma jurídica se halla al margen de toda crítica directa o indirecta", se abría la posibilidad de declarar la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador, lo cual hacía desaparecer su inmunidad, pero no su infalibilidad que quedaba intacta. En realidad, esta sólo empezó a desvirtuarse con el desarrollo del control de constitucionalidad de las leyes después de la segunda guerra mundial. En Colombia, la Sección Tercera de esta Corporación, antes de la Constitución Política de 1991, abrió el paso al reconocimiento de la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador en los mismos términos de la jurisprudencia francesa y, con posterioridad, indicó de manera incidental que la inconstitucionalidad de la ley declarada judicialmente podía constituir un título de imputación especial que daba lugar a la reparación de daños antijurídicos, así como que la declaratoria de inexequibilidad ponía en evidencia una falla del servicio, aunque en este último caso precisó que "obviamente, tal inexequibilidad no obliga al reconocimiento de lo pedido por el demandante, pues debe haber claridad, al menos, sobre su ocurrencia y cuantía", esto es, sobre el daño invocado. Con la reforma constitucional de 1991 quedó claro que la cláusula general de responsabilidad consagrada en el artículo 90 de la Constitución Política permitía exigir reparación por los daños antijurídicos causados no sólo por quienes ejercen funciones administrativas y jurisdiccionales, sino también por quienes cumplen funciones legislativas. Así lo entendió la Corte Constitucional al declarar la exequibilidad del artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, que regula las condiciones para la procedibilidad de la acción de reparación directa. (…) Adicionalmente, en sentencia de 1993, la misma Corte

Constitucional ordenó que, como consecuencia de la declaratoria de inconstitucionalidad con efectos retroactivos de las normas legales que impusieron una inversión forzosa en unos bonos, se reintegraran las sumas percibidas por el Estado, con el fin de volver las cosas al estado anterior, aunque sin necesidad de acudir a una acción de declaratoria de responsabilidad y, luego, en la precitada sentencia C-038 de 2006, aunque dio por sentada la posibilidad de comprometer la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador insistió fuertemente en que el fundamento de la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador "estriba en la noción de daño antijurídico (…) y no en la actividad ilícita del legislador, entendida como tal las actuaciones contrarias a la Constitución". Vale la pena señalar que en esta providencia la Corte Constitucional indicó que el hecho de que en alguna oportunidad -refiriéndose a lo ocurrido en la sentencia C-149 de 1993- la declaratoria de inexequibilidad de la ley, con efectos retroactivos hubiere llevado a la reparación de los daños causados durante su vigencia, no significaba que "la modulación de los efectos temporales de las decisiones de inexequibilidad [tuviera] como propósito la reparación de los daños antijurídicos causados por las leyes inconstitucionales, pues como antes se dijo esta labor no es propia del juez constitucional"; consideración que va en la línea de lo que, al referirse a la constitucionalidad de una norma en materia de servicios públicos, la misma Corte señaló en torno a la independencia de los efectos de la declaratoria de nulidad de un acto administrativo y las consecuencias que esta podía tener en cuanto a la reparación de daños o el restablecimiento de derechos.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA – ARTÍCULO 90

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL HECHO DEL LEGISLADOR – Antijuridicidad del daño. Evolución jurisprudencial / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL HECHO DEL LEGISLADOR – Elementos

Como lo tuvo en cuenta la Corte Constitucional en la sentencia C-038 de 2006, antes de este pronunciamiento el Consejo de Estado ya había declarado la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador bajo el supuesto de que este puede causar daños que la víctima no está en el deber jurídico de soportar. Ahora bien, de acuerdo con las providencias que han sido proferidas sobre el particular, en estos eventos son antijurídicos los daños que resultan de: i) el rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas (10.1); ii) la defraudación del principio de confianza legítima de los particulares (10.2), y iii) la desaparición de la ley como consecuencia de una sentencia de inexequibilidad (10.3). (…) Por su parte, la Sección Tercera, Subsección B, de esta Corporación señaló, en sentencia de 29 de julio de 2013, que la responsabilidad del Estado puede verse comprometida cuandoquiera que el legislador deroga normas o disposiciones que reconocen incentivos o beneficios a los particulares previo el cumplimiento de ciertos requisitos, sin tener en cuenta, mediante la creación de un régimen de transición, la situación de todas aquellas personas que al momento de la derogatoria no tenían un derecho adquirido, pero sí la expectativa legítima y razonable de que podrían acceder a tales beneficios por tener proyectos en ejecución y por haber cumplido con todas las exigencias normativamente impuestas para el efecto, aunque en el caso concreto denegó las pretensiones por considerar que la parte actora no acreditó la vulneración de dichas expectativas, esto es, el daño. Finalmente, de tiempo atrás, la Sección Tercera del Consejo de Estado se había pronunciado sobre la responsabilidad por el hecho del legislador cuando la ley era declarada inexequible. Así, en sentencia de 26 de septiembre de 2002, sostuvo que para determinar si el daño causado por la ley era antijurídico o no era indispensable atenerse a los efectos que la misma Corte había decidido atribuir a la declaratoria de inexequibilidad–en concordancia con lo

dispuesto por el artículo 45 de la Ley 270 de 1996 y siguiendo la jurisprudencia constitucional-, asunto que determinaba si había lugar a acceder a las pretensiones elevadas en el caso concreto **(…)** se tiene entonces que: i) es indiscutible que el Estado puede ver comprometida su responsabilidad por el hecho del legislador; ii) contrario a lo que ocurrió con el instituto de la responsabilidad en general, la que se deriva específicamente de la actuación legislativa no surgió a partir de la noción de culpa, o de su correlato en derecho administrativo, esto es, la falla del servicio, sino de la constatación de la existencia de daños que, por sus características de anormalidad y especialidad, el particular no estaba en la obligación de soportar; iii) la desaparición de la ley por virtud de su inexequibilidad es sólo uno de los tres eventos en los que se ha admitido la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador; iv) aunque en materia de leyes inconstitucionales el criterio acogido por la Corporación para determinar la antijuridicidad del daño es el de los efectos de la sentencia proferida por la Corte Constitucional, el mismo ha sido cuestionado a partir de la comparación que puede establecerse en relación con los casos de responsabilidad por el hecho de actos administrativos de carácter general, impersonal y abstracto declarados nulos por la jurisdicción contenciosa.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL HECHO DEL LEGISLADOR – Carácter antijurídico del daño. Importancia del efecto dado a la sentencia de inexequibilidad

El criterio determinante para establecer la antijuridicidad del daño por ellas causado –elemento esencial del juicio de responsabilidad- es la cuestión de su validez y vigencia, lo que conlleva necesariamente a tener en cuenta los efectos que la Corte Constitucional haya decidido otorgarle a su decisión de inexequibilidad. Así, si los efectos de esta última son retroactivos, esto es, si se entiende que la ley desapareció del ordenamiento desde su expedición, las consecuencias patrimoniales que haya podido causar serían antijurídicas, por haber perdido su fundamento legal; al contrario, si los efectos son hacia futuro, es decir, si la ley sólo fue retirada a partir de la sentencia que declaró su inconstitucionalidad, se asume que conservó su validez entre el momento de su expedición y aquel, de manera que los efectos producidos durante ese período conservan plena eficacia y, en consecuencia, no pueden ser considerados como antijurídicos. Este criterio tiene, en principio, tres implicaciones. La primera de ellas consiste en desligar la antijuridicidad del daño causado por una ley declarada inexequible de la declaratoria misma de inconstitucionalidad pues, al margen de la consideración según la cual esta última pone de manifiesto una falla del legislador, lo importante para efectos de declarar la responsabilidad del Estado no está en la constatación de esta supuesta falla –es decir, en la declaratoria de inexequibilidad de la ley-, sino en saber si los particulares estaban o no en la obligación jurídica de soportar el daño por ella causado y, de acuerdo con esta posición jurisprudencial, mientras la declaratoria de inconstitucionalidad no afectó la validez de la ley en el período en que se causó el daño, los efectos por ella producidos conservan su eficacia jurídica y, por lo tanto, no pueden considerarse como antijurídicos. La segunda implicación tiene que ver con lo paradójico que resulta el que, al disociar la antijuridicidad del daño causado por una ley declarada inexequible de la declaratoria misma de inexequibilidad, en todo caso, la definición de aquella queda en manos de la Corte Constitucional, concretamente, en los efectos que le haya dado a su decisión. En efecto, de acuerdo con este criterio, al margen de que la declaratoria de inconstitucionalidad revele o no una supuesta falla del servicio, ella sola no determina que los daños causados por la ley, durante su vigencia, sean antijurídicos; pues lo que lo hace es el saber si la inexequibilidad implicó o no la desaparición de la ley desde su expedición, aspecto cuya definición

es de competencia de la Corte Constitucional. Así las cosas, aunque el juez contencioso adoptó, como le correspondía, un criterio propio para establecer la antijuridicidad de un daño, la determinación de su existencia en un caso concreto está atada a la vigencia de la ley, es decir, a lo decidido por la Corte Constitucional en la declaratoria de inexequibilidad. (…) La tercera implicación tiene que ver con que, de acuerdo con este criterio, surgiría una diferencia de tratamiento entre la reparación de los daños causados por una ley declarada inexequible y la de los producidos por actos administrativos de carácter general, impersonal y abstracto. Lo anterior por cuanto si lo que determina la antijuridicidad de los daños causados por normas jurídicas de carácter general es la cuestión de su vigencia, es claro que, tal como lo interpretó la misma Corte y como quedó consagrado en términos legales, habría una diferencia sustancial entre los producidos por las leyes -respecto de las cuales el ordenamiento jurídico contempla expresamente la facultad de modular los efectos en el tiempo de la declaratoria de inexequibilidad- y los causados por actos administrativos de carácter general –a propósito de los cuales la posición jurisprudencial dominante, de vieja data y de manera constante, es la que sostiene que, por regla general, su declaratoria de nulidad implica retrotraer las cosas al estado anterior, es decir, la desaparición de la norma desde el momento mismo de su expedición-.

INEXEQUIBILIDAD DE NORMAS TRIBUTARIAS - Responsabilidad del Estado por el hecho del legislador / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR INEXEQUIBILIDAD DE NORMAS TRIBUTARIAS – Carácter antijurídico del daño. Tesis jurisprudenciales

La facultad de modular en el tiempo los efectos de sus fallos permite al juez de la constitucionalidad de la ley decidir conservar su validez entre el momento de su expedición y hasta su declaratoria de inexequibilidad y, por ende, mantener el fundamento jurídico de las cargas que aquella impuso –lo que impediría concluir que se trató de daños antijurídicos-; mientras que si se considera que el juez de la legalidad de los actos administrativos no tiene la misma potestad respecto de estos últimos, la desaparición de la norma se impone y, con ella, la del fundamento jurídico de los efectos que haya podido causar –con lo que se abriría el camino para la reparación de los mismos-. Fue justamente por no estar de acuerdo con esta última implicación que, en sentencia de 23 de febrero de 2012, la Sección Tercera, Subsección A, asumió una posición radicalmente distinta en relación con el criterio que definiría la antijuridicidad en el caso de daños causados por leyes inexequibles. Así, en un caso en el que se demandaba la responsabilidad de la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público por la expedición de un decreto declarado nulo por el Consejo de Estado, por haber excedido la facultad reglamentaria, dicha Subsección abogó por una equiparación entre la responsabilidad por daños causados por leyes inexequibles y la derivada de los daños padecidos por cuenta de actos administrativos generales declarados nulos y al efecto indicó: i) la libertad relativa de que gozan los autores de normas generales, impersonales y abstractas en el momento de expedirlas no puede traducirse en un reducto de irresponsabilidad por los daños antijurídicos causados en ejercicio de la potestad normativa; ii) debe distinguirse entre los efectos de los fallos de constitucionalidad y nulidad y la necesidad de reparar los daños antijurídicos causados durante la vigencia de la normas declaradas inconstitucionales o nulas; iii) el daño causado por una norma declarada inexequible o nula es “a no dudarlo, antijurídico, comoquiera que carece de sustento en el ordenamiento el deber de hacer frente al pago de una exacción que fue establecida de manera irregular por una autoridad pública a través del ejercicio contrario a Derecho de su potestad normativa”, además que los principios de igualdad, buena fe y tutela de la confianza legítima y seguridad jurídica aconsejan

que, en materia de impuestos, todo lo recaudado con fundamento en una norma declarada inexequible o nula sea reintegrado para no penalizar a los contribuyentes cumplidores de sus obligaciones y favorecer a quienes no las pagaron y, posteriormente, se ven favorecidos por la decisión judicial de inexequibilidad y nulidad; iv) el asentamiento de una línea jurisprudencial que admitiese la irresponsabilidad patrimonial del Estado en razón de los daños antijurídicos causados con la expedición de normas tributarias inconstitucionales podría ser más dañino para la hacienda pública que las mismas condenas, pues se enviaría el mensaje funesto y equivocado de que resulta más "rentable" no cumplir con las obligaciones tributarias cuando pueda haber cuestionamientos sobre las normas que las sustentan; y v) la expedición de normas que luego son declaradas inconstitucionales o nulas constituye una "evidente falla del servicio" por ser el "ejercicio irregular de una potestad normativa o reglamentaria", de manera tal que, en estos casos, la responsabilidad del Estado se estructura por aquella y no por el título de imputación del daño especial. (…) En torno a la definición de la antijuridicidad de los daños ocasionados por normas de carácter general, impersonal y abstracto –leyes o actos administrativos- desaparecidos del ordenamiento por orden judicial –declaratoria de inexequibilidad o nulidad- existen dos tesis jurisprudenciales enfrentadas: La tesis tradicional, esto es, la explicada en la sentencia de la Sección Tercera de 26 de septiembre de 2002 y que podría denominarse la antijuridicidad como ausencia de soporte normativo válido y vigente, sostiene que un daño es jurídico si está sustentado en una norma vigente en el ordenamiento, de manera tal que si la declaratoria de inexequibilidad –aunque sería válido también para la declaratoria de nulidad de un acto administrativo- dejó vigente la norma entre su expedición y el momento en que se produce la declaratoria, los daños por ella causados durante ese período tendrían fundamento jurídico y, por consiguiente, los particulares estarían en la obligación de soportarlos; por el contrario, si la norma fue extraída del ordenamiento desde su expedición, desapareció con ella el fundamento jurídico de la obligación impuesta a los particulares quienes, por lo tanto, no tendrían el deber de asumirlo. Por su parte, la tesis sostenida por la Subsección C en la sentencia de 26 de marzo de 2014 y por la Subsección A que podría llamarse la antijuridicidad como incompatibilidad con la norma superior, señala que cuando una norma general, impersonal y abstracta impone una carga a un particular, esta última es jurídica si y solo si dicha norma es conforme a las superiores, en el caso de la ley, si se ajusta a la Constitución. Es por ello que, al poner en evidencia la contrariedad con la Constitución, la declaratoria de inexequibilidad, independientemente de sus efectos, pondría de manifiesto la antijuridicidad de las cargas impuestas por la ley respecto de la cual se dio la declaratoria; de hecho, se insiste, según la sentencia de la Subsección C de 26 de marzo de 2014, no sería indispensable la declaratoria formal de inexequibilidad, pues bastaría con apoyarse en la excepción de inconstitucionalidad de la ley para considerar que las cargas por ella impuestas son antijurídicas y, por ende, susceptibles de ser indemnizadas por la vía de la acción de reparación directa –razonamiento que también sería válido para los actos administrativos declarados nulos o para aquellos respecto de los cuales se considere pertinente la aplicación de la excepción de ilegalidad-. Así pues, las obligaciones impuestas por normas encontradas contrarias al ordenamiento serían antijurídicas desde el momento mismo en que fueron fijadas, esto es, desde la expedición de dichas normas.

DAÑOS CAUSADOS POR NORMAS O ACTOS ADMINISTRATIVOS – Diferencias entre los juicios de legalidad y los juicios de responsabilidad del Estado

Los juicios de legalidad entendidos en sentido amplio, esto es, comprendiendo por

tales los de la constitucionalidad de la ley, como los de la legalidad de actos administrativos, tienen objetos distintos a los juicios de responsabilidad estatal. En efecto, mientras en los primeros se busca una decisión judicial en torno a la adecuación de una norma o acto al ordenamiento jurídico, pronunciamiento que tendrá efectos sobre su validez y eficacia, en los juicios de responsabilidad se pretende, en los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la reparación de un daño antijurídico imputable a una autoridad pública; diferenciación que es cierta aun para las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho pues en estos eventos el restablecimiento o reparación solicitado está supeditado a la constatación de la ilegalidad del acto y a la consecuente declaratoria de nulidad, de modo que, sin esta, aquél resulta improcedente. (…) Mientras los juicios de legalidad se centran en la verificación, de manera abstracta, de la supuesta contrariedad existente entre las normas -para el juicio de constitucionalidad- o de si se verifica alguna de las causales de nulidad del acto -para los juicios de nulidad de actos administrativos-, con el fin de determinar la validez y vigencia de las normas o actos cuestionados, los de responsabilidad deben partir de la situación concreta del demandante y, particularmente, de la determinación de si se configura o no un daño antijurídico y, consecuentemente, si este resulta imputable a la autoridad pública demandada. De allí que, como lo haya sostenido la Sección Tercera, Subsección B, "una eventual inconstitucionalidad (…) no siempre impone la obligación de reparar y (…) tampoco la impide, dada la independencia de la responsabilidad en cuanto medida de aplicación concreta, respecto de decisiones judiciales o administrativas de carácter general", conclusión que también sería predicable de la nulidad de un acto administrativo de carácter general, impersonal y abstracto, pues también allí habría que analizar si en el caso concreto se configura cada uno de los elementos estructurantes de la responsabilidad. En otros términos, una decisión de inexequibilidad o de nulidad adoptada en sede de legalidad no podría considerarse como suficiente para fundar la responsabilidad del Estado por la expedición de la norma o acto declarado inexequible o nulo, pues en sede de reparación directa siempre será necesario verificar cada uno de los elementos estructurantes del juicio de responsabilidad: la existencia efectiva de un daño antijurídico y su imputabilidad a la demandada, análisis este último dentro del cual bien pueden operar causales eximentes de responsabilidad. (…) Ahora bien, la existencia de esta opción también evidencia que el análisis de juridicidad/antijuridicidad de un daño no es idéntico al de la legalidad/ilegalidad de la norma o acto que lo causaría pues, en realidad, el primero supone un paso lógico adicional, a saber, la adopción del criterio de antijuridicidad a partir del cual se aprehenden o califican las conclusiones del segundo. Así pues, aunque materialmente los dos juicios pueden ser coincidentes, dicha coincidencia es resultado de la decisión adoptada por el juez de la reparación directa sobre la manera de calificar, en términos de antijuridicidad, un juicio de legalidad que, si bien no puede ignorar o eludir, no lo determina completamente.

INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO PRODUCIDO COMO CONSECUENCIA DE LA INEXEQUIBILIDAD DE NORMAS TRUBUTARIAS - Aptitud del medio de control de reparación directa / INEXEQUIBILIDAD DE LA TASA ESPECIAL POR SERVICIOS ADUANEROS, TESA

Aunque es cierto que, como lo pusieron de presente varias de las decisiones judiciales proferidas en el marco de los denominados casos TESA, el ordenamiento jurídico consagra una vía procesal para solicitar la devolución de lo pagado en exceso y lo indebidamente pagado por concepto de obligaciones aduaneras o tributarias -artículos 850 a 865 del Estatuto Tributario, reglamentados por el Decreto 1000 de 1997-, el hecho de que la sociedad actora no haya demostrado el haber acudido a ese mecanismo con el fin de obtener que la DIAN

le devolviera lo pagado por concepto de la TESA no desvirtúa la aptitud sustantiva de la presente demanda de reparación directa interpuesta contra la Nación-Congreso de la República para obtener la indemnización del supuesto daño consistente en el pago de dicha tasa. En efecto, al margen de la coincidencia material que puede darse sobre lo perseguido en uno y otro caso, lo cierto es que en el marco de la presente acción de reparación directa lo que se pretende no es, en estricto sentido, la devolución del impuesto que se considera pagado indebidamente, sino la indemnización de un supuesto daño antijurídico que, aunque se hace consistir en dicho pago, no se imputa a la entidad que lo recaudó, esto es, a la DIAN, que es aquélla ante quien habría podido hacer la reclamación tendiente a obtener su devolución, sino a la Nación-Congreso de la República, persona jurídica diferente cuya declaratoria de responsabilidad bien puede perseguirse a través de la acción de reparación directa, al margen de su vocación de prosperidad.

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH

Bogotá D. C., trece (13) de marzo de dos mil dieciocho (2018).

Radicación número: 25000-23-26-000-2003-00208-01 (28769) (IJ)

Actor: MERCEDES BENZ COLOMBIA S.A.

Demandado: NACIÓN-CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Procede la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo a resolver, por importancia jurídica, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia proferida por la Sala de Descongestión de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 27 de julio de 2004, mediante la cual accedió a las pretensiones de una demanda de reparación directa en la que se discute la responsabilidad de la Nación-Congreso de la República por los supuestos daños causados por cuenta del cobro de la tasa especial por servicios aduaneros –en adelante, TESA- consagrada en los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000, declarados inexequibles por la Corte Constitucional. Dicha providencia será revocada.

SÍNTESIS DEL CASO

Entre enero y octubre de 2001, la sociedad Mercedes Benz Colombia S.A. canceló lo correspondiente a la TESA consagrada por los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000, los cuales fueron declarados inexequibles por la Corte Constitucional en la sentencia C-992 de 19 de septiembre de 2001, decisión que tenía efectos hacia futuro en tanto que la misma Corte no le confirió efectos retroactivos.

En el ejercicio de la acción de reparación directa, la sociedad actora solicita que se declare la responsabilidad administrativa y patrimonial de la Nación-Congreso de la República por el supuesto daño antijurídico causado por esas normas, a saber, lo pagado por concepto de esa tasa y que, a título indemnizatorio, se le devuelvan dichas sumas, con los respectivos intereses.

ANTECEDENTES

I. Lo que se demanda

1. Mediante escrito presentado el 13 de enero de 2003, ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (f. 5-20 c. 1), por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de reparación directa establecida en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, la sociedad Mercedes Benz Colombia S.A., interpuso acción de reparación directa contra la Nación-Congreso de la República, con el fin de que se realizaran las siguientes declaraciones y condenas:

> *Primera. Que se declare responsable a la Nación, por el daño causado a Mercedes Benz Colombia S.A., por la expedición y aplicación de unas normas abiertamente inexequibles, como son los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000, que crearon la obligación de liquidar y pagar la tasa especial por servicios aduaneros.*
>
> *Segunda. Que se repare el daño causado a Mercedes Benz Colombia S.A., ordenando la devolución de lo que mi poderdante tuvo que pagar por la TESA en sus declaraciones de importación presentadas del 1º de*

enero al 25 de octubre de 2001, suma que equivale a ciento nueve millones setecientos ochenta y un mil cuatrocientos cinco pesos ($ 109 781 405).

Tercera. Que se ordene a la Nación a pagar los intereses correspondientes.

1.1. Como fundamento fáctico y jurídico de sus pretensiones, la actora sostuvo que, en sus artículos 56 y 57, la Ley 633 de 29 de diciembre de 2000 creó la obligación de liquidar y pagar una tasa especial por servicios aduaneros que fue recaudada a partir de enero de 2001. No obstante, como lo consideró la Corte Constitucional en la sentencia C-992 de 19 de septiembre de 2001, mediante la cual declaró la inexequibilidad de estas normas, dicha tasa no cumplía con los requisitos constitucionales establecidos para este tipo de tributos, de allí que su cobro haya sido ilegítimo.

1.2. A juicio de la demandante la Nación-Congreso de la República debe ser declarada responsable por los perjuicios causados por la creación de la tasa en consideración a que: i) la cláusula general de responsabilidad del Estado consagrada en el artículo 90 aplica para todas las autoridades públicas, incluyendo al legislador; ii) si bien es cierto que durante mucho tiempo se consideró que la actuación del legislador no podía dar lugar a comprometer la responsabilidad del Estado por cuanto, al ser un acto de soberanía, no podía considerarse como injusta, también lo es que la introducción del control de constitucionalidad de las leyes implicó límites al ejercicio de la actividad legislativa; iii) al haber sido obligada a pagar una tasa cuyo sustento normativo no sólo era incompatible con la Constitución, sino que no correspondía a un servicio efectivamente prestado por el Estado, sufrió un daño que no estaba en la obligación de soportar, imputable a "*la falla del servicio público de legislación*", consistente en expedir una ley inconstitucional; iv) en el caso bajo análisis era evidente que la tasa creada por el legislador no cumplía con ninguno de los requisitos que la Constitución establecía para este tipo de tributos, circunstancia confirmada por la declaratoria de inexequibilidad; v) el hecho de que la Corte Constitucional no se haya pronunciado sobre los efectos de su sentencia, ni

hubiere ordenado la devolución de lo pagado por concepto de la tasa –como lo hizo en la sentencia C-149 de 1993-, no exonera al Estado de la responsabilidad por los perjuicios causados por ese concepto ni impide que los afectados acudan a la acción de reparación directa para reclamarlos; y vi) la inviolabilidad de la opinión de los congresistas consagrada en el artículo 185 de la Constitución Política tampoco puede ser óbice para la declaratoria de responsabilidad del Estado por los daños causados como consecuencia de la adopción de leyes inconstitucionales.

1.3. Finalmente insistió en que no debía soportar la obligación de pagar la tasa consagrada en las normas declaradas inexequibles porque: i) la relación tributaria está sujeta a los principios y garantías consagrados en la Constitución, de modo que, al ser declarada inexequible la ley que fundaba

la obligación, esta última carece de sustento; ii) de acuerdo con el principio de solidaridad y de igualdad de los ciudadanos frente a las cargas públicas, los contribuyentes sólo deben tributar lo que les corresponde, sin embargo, en este caso, se le impuso una carga excesiva al obligarlo a pagar una "tasa" que "*no obedecía a ningún servicio individualizado prestado por el Estado, el cual le reportara un beneficio particular*"; iii) "*si el Estado no devuelve lo pagado se presentaría un enriquecimiento sin causa, pues existe un aumento en favor del patrimonio estatal, un detrimento patrimonial correlativo sufrido por el contribuyente y falta de una causa jurídica que fundamente el enriquecimiento*".

II. Trámite procesal

2. En escrito de **contestación de la demanda** (f. 26-31 c.1), el apoderado de la Nación-Congreso de la República se opuso a las pretensiones formuladas por la actora con fundamento en las siguientes razones:

2.1. La expedición de leyes no causa perjuicios susceptibles de ser indemnizados, salvo en las excepciones consagradas por la Constitución Política, esto es, en los casos de expropiación, de establecimiento de

monopolios o, eventualmente, en las situaciones en que llegare a demostrarse que los congresistas que intervinieron en la adopción de la ley en cuestión actuaron con dolo o culpa grave; sin embargo, la demanda formulada no se enmarca en ninguno de estos supuestos.

2.2. Las normas que consagraban la tasa mencionada no eran abiertamente inexequibles, tal como lo demuestran tanto el complejo análisis que debió realizar la Corte Constitucional en la sentencia C-992, como los argumentos expuestos en el salvamento de voto de uno de los magistrados.

2.3. La declaratoria de inexequibilidad no tiene efectos retroactivos, salvo que así lo disponga la misma Corte Constitucional, cosa que no ocurrió en el caso bajo análisis y, en consecuencia, lo pagado por cuenta de la tasa referida, mientras estuvo vigente, no constituye un daño antijurídico.

2.4. Con fundamento en las mismas razones propuso las excepciones de inexistencia de la obligación reclamada y buena fe y ausencia de culpa grave y dolo.

3. Surtido el trámite de rigor y practicadas las pruebas decretadas[1], la Sala de Descongestión de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca profirió **sentencia de primera instancia** el 27 de julio de 2004 (f. 56-107 c. ppl.), mediante la cual decidió:

> ***PRIMERO. DECLÁRANSE*** *no probadas las excepciones de buena fe y ausencia de culpa grave o dolo y la inexistencia de la obligación reclamada propuestas por la parte demandada.*
>
> ***SEGUNDO. DECLÁRASE a la NACIÓN-CONGRESO DE LA REPÚBLICA,*** *patrimonialmente responsable por los perjuicios ocasionados a la parte demandante, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia.*
>
> ***TERCERO.*** *Como consecuencia de la anterior declaración,* ***CONDÉNESE*** *a la* ***NACIÓN-CONGRESO DE LA REPÚBLICA****, a pagar por concepto de perjuicios materiales la suma de ciento treinta y un millones cuatrocientos veinte mil trescientos tres pesos ($ 131 420 303).*
>
> (…)

[1] El *a quo* las decretó mediante auto de 24 de julio de 2004, f. 39-40 c.1.

3.1. Lo anterior con fundamento en las siguientes consideraciones:

3.1.1. La acción incoada resulta procedente por cuanto con ella "*se persigue la reparación de un daño causado con motivo del pago de una tasa declarada inexequible por la Corte Constitucional*".

3.1.2. El Congreso de la República incurrió en una falla del servicio en la medida en que la "*declaración de inconstitucionalidad reconoce la existencia de una falla en la función legislativa*. *// En síntesis* () *revela que el Congreso no cumplió o se apartó de sus deberes constitucionales y legales al expedir la Ley*".

3.1.3. Teniendo en cuenta las razones por las cuales la Corte Constitucional declaró inexequibles las normas que consagraban la TESA se concluye que no hay lugar a declarar probada la excepción de "*inexistencia de la obligación reclamada*" dado que, al proferir la Ley, el Congreso "*debió estar prevalid*[o] *de los estudios técnicos necesarios sobre la materia a regular, a fin de establecer en forma clara y precisa la vinculación de la tasa creada con el servicio en concreto, sin incurrir en indeterminaciones que condujeran a contrariar la Carta Política*".

3.1.4. El daño invocado en la demanda se determinó con la sentencia C-992 mediante la cual se declaró la inexequibilidad de la TESA y se concretó en el perjuicio consistente en el pago de la misma, el cual devino ilegal con la declaratoria de inconstitucionalidad.

3.1.5. Hay lugar a reconocer como indemnización el valor de lo pagado por concepto de la TESA actualizado desde octubre de 2001, "*fecha en que quedó ejecutoriada la sentencia C-992 de 2001, puesto que esta tiene efectos hacia el futuro y no retroactivos*".

4. Contra la sentencia de primera instancia, la demandada interpuso (f. 109 c. ppl.) y sustentó (f. 116-120 c.ppl.) oportunamente **recurso de apelación**.

Las razones de su inconformidad son las siguientes:

4.1. Al establecer que la Nación está en la obligación de cancelar todos los daños causados por leyes declaradas inexequibles, independientemente de los efectos que la Corte Constitucional le haya dado a su decisión, el *a quo* asume equivocadamente que todas las sentencias de inexequibilidad tienen efectos retroactivos, cuando se trata de un asunto que sólo puede definir la misma Corte Constitucional.

4.2. La ley goza de presunción de constitucionalidad de modo que su cumplimiento no puede relacionarse con "*daños antijurídicos ocasionados por el Estado en su función de expedición de las leyes*".

4.3. La Nación-Congreso de la República no es responsable por los perjuicios que llegaren a sufrir las personas afectadas por la expedición de las leyes, salvo en los casos en los que: i) la declaratoria de inexequibilidad de la ley tenga efectos retroactivos; ii) la misma Constitución consagra la obligación indemnizatoria como ocurre con las hipótesis reguladas en los artículos 58 y 336 de la Constitución Política; iii) los congresistas actúen con dolo o culpa grave, de acuerdo con lo previsto en la Ley 678 de 2001.

4.4. La jurisprudencia y la doctrina han señalado claramente que sólo son indemnizables los daños que los particulares no están en la obligación de soportar y los efectos de las leyes sí deben ser soportados.

5. Dentro del término para presentar **alegatos de conclusión** en segunda instancia la parte demandada reiteró los argumentos expuestos a lo largo del trámite del proceso (f. 131-132 c.ppl.), mientras la actora insistió en lo bien fundado de la decisión de primera instancia y, en relación con los argumentos expuestos por la demandada en la sustentación del recurso de apelación, indicó que se basan en la idea de la irresponsabilidad del legislador en el ejercicio de sus funciones cuando, en realidad, está acreditado que sí sufrió un daño antijurídico, esto es, uno que no estaba en el deber de soportar pues la norma que lo estableció fue declarada

inexequible y, adicionalmente, constituyó una ruptura del principio de igualdad frente a las cargas públicas (f. 125-130 c.ppl.).

CONSIDERACIONES

I. Competencia

6. El Consejo de Estado es competente para resolver el asunto por tratarse del recurso de apelación presentado contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en un proceso que, por su cuantía (f. 29 c.1)[2], tiene vocación de doble instancia y su conocimiento es asumido por esta Sala en virtud de lo acordado en la sesión de 8 de julio de 2014 –acta n.º 22-, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 37.5 de la Ley 270 de 1996.

II. Hechos probados

7. De conformidad con las pruebas válida y oportunamente allegadas al proceso, se tienen por probados los siguientes hechos relevantes:

7.1. Entre el 5 de enero y el 23 de octubre de 2001, Mercedes Benz Colombia S.A. pagó la tasa especial por servicios aduaneros, consagrada en los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000, en declaraciones de importación presentadas ante diferentes autoridades aduaneras (copias simples de las declaraciones[3] y relación de aquellas por las cuales se solicita la

[2] La pretensión mayor, correspondiente a la indemnización por perjuicios materiales a favor de la actora, se estimó en ciento nueve millones setecientos ochenta y un mil cuatrocientos cinco pesos m/cte ($ 109 781 405), monto que supera la cuantía requerida en 2003 ($ 36 950 000), año de presentación de la demanda, para que un proceso adelantado en acción de reparación directa fuera considerado como de doble instancia. Se aplica en este punto el artículo 2.10 del Decreto 597 de 1988 "*por el cual se suprime el recurso extraordinario de anulación, se amplía el de apelación y se dictan otras disposiciones*", que modificaba el artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, pues si bien para la fecha de presentación de la demanda ya había entrado en vigencia la Ley 446 de 1998, sus disposiciones en materia de cuantías aún no eran aplicables, por cuanto no habían entrado a operar los jueces administrativos.

[3] Se le otorga validez a estos documentos por cuanto, según la sentencia de unificación de jurisprudencia proferida sobre el particular por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, "*las copias simples, en tanto no sean tachadas de falsas por la contraparte, sí tienen valor probatorio, lo que deviene en una especie de "autenticidad*

indemnización, f. 19-48 c.2 y c.2 a 6).

7.2. El 19 de septiembre de 2001, la Corte Constitucional profirió la sentencia C-992 de 2001 mediante la cual declaró inexequibles los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000 por considerar que, al no determinar claramente la relación entre la tarifa establecida y los servicios aduaneros por la cual debía cobrarse, la tasa consagrada en dichos artículos se asimilaba a un impuesto sobre las importaciones y, en consecuencia, su destinación especial era contraria a la Constitución. En dicha sentencia no se hace consideración alguna sobre sus efectos. En palabras de la Corte:

> *En el presente caso, el legislador señala que la tasa corresponde a los servicios aduaneros, pero no determina el contenido de los mismos ni la manera como el gravamen se vincula a ellos. La tarifa no se establece en función de la utilización del servicio sino, exclusivamente, en relación con el valor del bien importado. Tal indeterminación conduce a borrar la frontera entre tasa e impuesto y a que la tasa por los servicios aduaneros se asimile a un impuesto sobre las importaciones, caso en el cual su destinación especial resultaría contraria a la Constitución. Tal conclusión puede reafirmarse si se tiene en cuenta que la norma se inscribe en un proyecto cuyo alcance es de naturaleza fiscal y que, en principio, no se orienta a la regulación de aspectos del comercio exterior y más concretamente de los servicios aduaneros que presta la DIAN.*
>
> *Lo anterior se corrobora si se tiene en cuenta que, de acuerdo con el segundo inciso del artículo 57, el destino de los recaudos no se restringe a la recuperación de los costos del servicio, con los cuales, por otro lado, en la medida en que no se conocen, no es posible establecer una relación de equivalencia al menos aproximada, sino que se extiende para cubrir los costos incurridos por la Nación en la facilitación y modernización de las operaciones de comercio exterior, mediante el uso de su infraestructura física y administrativa y para la financiación de los costos laborales y de capacitación de la DIAN, propósitos que claramente exceden el ámbito del gravamen definido en el inciso primero del artículo 56, en la medida en que no se refieren exclusivamente a los costos que se generan por los servicios aduaneros que se prestan a los contribuyentes de la tasa, sino que comprenden, o pueden comprender, servicios que correspondan a exportaciones y porque en la financiación de los costos laborales y de capacitación de la DIAN, caben conceptos que nada tienen que ver con las importaciones, o incluso, con el comercio exterior.*
>
> *Por las anteriores consideraciones, la Corte habrá de declarar la inexequibilidad de las disposiciones acusadas.*

---

tácita" que no es otra cosa que la materialización del principio de buena fe constitucional", sentencia de 30 de septiembre de 2014, exp. 11001-03-15-000-2007-01081-00, C.P. Alberto Yepes Barreiro.

7.3. El magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra salvó su voto en relación con este punto de la sentencia:

> *En mi sentir, la Corte aplicó criterios excesivamente rígidos en torno de la exigencia de determinar el servicio por el cual se cobraba la tasa y la vinculación al mismo de dicha tasa, requiriendo en el texto de la ley precisiones pormenorizadas en torno a ambos asuntos, que la Constitución no reclama.*
>
> *El artículo 338 superior, referente a la facultad que le asiste exclusivamente al Congreso Nacional para decretar impuestos, tasas o contribuciones del orden nacional, en lo que tiene que ver con las tasas solamente indica que la fijación de la correspondiente tarifa puede ser atribuida a la autoridad administrativa, pero que en tal caso "el sistema y el método para definir tales costos y beneficios, y la forma de hacer su reparto, deben ser fijados por la ley". Dicha norma no exige que la misma ley describa o determine particularizadamente los servicios vinculados a la tasa que se crea. Su texto, eso si, indica claramente que la vinculación de las tasas a los servicios no obedece únicamente a "la recuperación de los costos" de los mismos, sino también a "la participación en los beneficios" que proporcionen a quienes los utilizan.*
>
> *El artículo 56 de la Ley 633 de 1999, era explícito en cuanto creaba una tasa como contraprestación por los servicios aduaneros prestados por la DIAN. De su redacción se deducía también que la referida tasa se cobraría únicamente por los servicios aduaneros causados por la importación de bienes y no por los que eventualmente pueda originar el proceso de exportación. La Constitución no exigía que el legislador llevara a cabo la determinación exacta de tales servicios aduaneros dentro del mismo texto legal; además, ellos aparecían determinados en el Decreto 2685 de 1999 o Estatuto Aduanero, puesto que esta normatividad regula todo lo concerniente al proceso de importación en sus diferentes modalidades: ordinaria, temporal, con franquicia, régimen de viajeros, declaraciones obligatorias y valoración aduanera.*
>
> *Evidentemente no todas las personas ponen en movimiento la actividad estatal referida a la actividad aduanera; y en tal medida quienes lo hacen pueden ser llamados a soportar los costos que implica dicha actividad administrativa. De hecho, los usuarios de dichos servicios siempre entran de alguna manera en contacto con la autoridad aduanera, que despliega una actuación tendiente a satisfacer sus necesidades de legalización del proceso de importación. La misma ley, en el artículo siguiente, mencionaba cuáles son los costos que debe asumir el Estado para poner en marcha el servicio aduanero, costos que se pretendía financiar con el cobro de la tasa; al respecto indicaba que la misma se destinaría a cubrir la facilitación y modernización de las operaciones de comercio exterior, mediante el uso de cierta infraestructura física y administrativa, y a pagar los costos laborales y de capacitación del personal de la DIAN. En sentir del suscrito, la vinculación del servicio con el cobro de la tasa era absolutamente obvia y*

emanaba de la misma disposición declarada inexequible así como del artículo siguiente.

No está demás señalar que la doctrina usualmente señala que los tasas entrañan la noción de contraprestación efectiva o potencial y que pueden corresponder a la prestación de servicios públicos respecto de los cuales el contribuyente es usuario directo, como los domiciliarios, o a servicios de aprovechamiento comunitario, como la justicia, la seguridad social, etc. En este orden de ideas, en esta oportunidad la contraprestación vinculada al tributo estaba dada justamente por el servicio aduanero, es decir por la actividad de la administración tendiente a que el bien a importar pueda efectivamente ingresar legalmente al país, pagando los derechos de aduanas exigidos por la ley.

De otro lado, la Sentencia indica que la tarifa debe estar necesariamente vinculada al servicio, aunque ello no significa que deba existir una correspondencia exacta entre ella y éste; no obstante, para la mayoría, en el caso del artículo 56 dicha correspondencia no se presentaba porque el legislador no había señalado la manera como el gravamen se vinculaba a los servicios. Añade la Providencia, que la tarifa no se establecía en función de la utilización del servicio, sino, exclusivamente, en relación con el valor del bien importado, lo cual implicaba la inexistencia de la correspondencia aludida. Al respecto, resulta obvio que la presencia de un bien que va a ser importado implica necesariamente la utilización de los servicios aduaneros del Estado, por lo cual es claro que la tasa sí se cobraba por la utilización de tales servicios o, en otras palabras, que la correspondencia o vinculación entre el cobro de la tasa y el servicio prestado sí se daba. El establecimiento de una tarifa ad valorem elegida por la disposición para la cuantificación de la tasa, que no fue objeto de reproche por la providencia de la que me aparto, resultaba adecuado para llevar a cabo el cobro correspondiente, pues hacía recaer la mayor carga de la financiación del servicio aduanero en quienes llevaran a cabo operaciones de comercio

internacional de mayor valor económico; en este sentido era estrictamente proporcional en el señalamiento de la correspondencia entre la tasa y el servicio, y contribuía a hacer efectivo el principio de equidad tributaria. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que no se encuentra en la Constitución ninguna norma que regule la manera precisa en la cual se han de repartir los costos de los servicios y los beneficios derivados de los mismos entre los usuarios, asunto que queda librado a la libertad de configuración normativa del legislador.

Por lo demás, los rígidos criterios acogidos por la Corte para exigir al legislador la determinación puntual de los servicios correspondientes a la tasa y el vínculo exacto entre ésta y aquellos, se contraponen a la que ha sido la posición jurisprudencial al respecto. En efecto, en anteriores pronunciamientos, la Corte sostuvo que no cabía duda de que "en materia impositiva la Constitución defiere al legislador una amplia capacidad para establecer los tributos y fijar los sujetos activos y pasivos, los hechos imponibles, las bases gravables y las tarifas (C.P., arts 150-12 y 338). La cláusula de libertad impositiva, se reitera en el tema de las tarifas de las

tasas y contribuciones que las autoridades pueden cobrar a los contribuyentes, a título de recuperación de los costos en razón de los servicios que les presten, en cuyo caso compete a la ley, las ordenanzas o acuerdos, definir el sistema y el método para calcular tales costos y beneficios, y la forma de hacer su reparto".[4]

Así, si la libertad de configuración legislativa en materia impositiva es amplia, y sólo se ve limitada por las exigencias constitucionales relativas a los principios de equidad, eficiencia, progresividad y seguridad o no retroactividad de los tributos, correlativamente el examen de constitucionalidad de las medidas adoptadas en ejercicio de dicha facultad ha de ser laxo. De esta manera, a juicio del suscrito no ha debido la Corte exigir precisiones en cuanto a la determinación del contenido de los servicios aduaneros, ni a la manera específica como el gravamen se vinculaba al servicio, pues su vinculación genérica bastaba para soportar la creación de la tasa. Las exigencias excesivas de la sentencia de la cual me aparto, condujeron a limitar inconstitucionalmente la facultad impositiva reconocida al Congreso Nacional.

7.4. Dicha sentencia se notificó por edicto de 23 de octubre de 2001, desfijado el 25 de octubre del mismo año (certificación expedida por la Secretaría General de la Corte Constitucional el 16 de abril de 2002, f. 18 c.2).

III. Problema jurídico

8. Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la responsabilidad de la Nación-Congreso de la República por los daños que haya podido causar la expedición de una ley posteriormente declarada inexequible, sin efectos retroactivos, por la Corte Constitucional. Teniendo en cuenta que, en relación con este tema, la Corporación ya ha proferido varias decisiones, algunas de ellas en sentido distinto, se hace necesario realizar un recuento jurisprudencial que permitirá situar la controversia y determinar los aspectos que deben ser considerados a la hora de decidir el caso concreto.

IV. Análisis de la Sala

IV.1. La responsabilidad del Estado por el hecho del legislador. Recuento jurisprudencial

9. *Antecedentes de la responsabilidad por el hecho del legislador.* A

[4] [24] *Sentencia 252 de 1997, M.P Eduardo Cifuentes Muñoz.*

comienzos del siglo pasado no se admitía ningún tipo de responsabilidad del Estado por el hecho del legislador pues resultaba inconcebible que la ley, entendida como expresión de la soberanía parlamentaria y formulada de manera general y abstracta, pudiera causar daños antijurídicos. No obstante, este ideario propio de las revoluciones burguesas de los siglos XVII y XVIII, empezó a cambiar cuando el Consejo de Estado francés admitió que el poder legislativo podía ser declarado responsable por los daños que, por ser causados en beneficio del interés general, debían ser asumidos por la colectividad y, sin embargo, recaían de manera especial sobre un particular[5], aunque era indispensable que el legislador no se hubiere opuesto a la reparación de los mismos[6]. Si bien en ese régimen había "*que excluir totalmente la falta como posible fundamento de la responsabilidad del Estado legislador, porque, por definición, en tal sistema, la ley no puede incurrir en falta, puesto que la norma jurídica se halla al margen de toda crítica directa o indirecta*"[7], se abría la posibilidad de declarar la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador, lo cual hacía desaparecer su inmunidad, pero no su infalibilidad que quedaba intacta. En realidad, esta sólo empezó a desvirtuarse con el desarrollo del control de constitucionalidad de las leyes después de la segunda guerra mundial.

9.2. En Colombia, la Sección Tercera de esta Corporación, antes de la Constitución Política de 1991, abrió el paso al reconocimiento de la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador en los mismos términos de la jurisprudencia francesa[8] y, con posterioridad, indicó de

---

[5] Decisión "*La Fleurette*" de 14 de enero de 1938, en M. Long y otros, *Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative*, 16 éd., Dalloz, Paris, p. 326.

[6] Según la decisión, la indemnización solo era procedente si "*nada en el texto mismo de la ley, o en sus trabajos preparatorios, o en el conjunto de circunstancias en las cuales se discutió hiciera pensar que el legislador tuvo la intención de hacer recaer sobre los particulares una carga que, normalmente, no les incumbiera y que dicha carga, creada en miras del interés general, debiera ser soportada por la colectividad*", *ibidem*.

[7] Sección Tercera, sentencia de 18 de octubre de 1990, exp. 5390, C.P. Julio Cesar Uribe Acosta, en la cual la Corporación estudió el régimen de responsabilidad del Estado por el hecho del legislador, tal como operaba en Francia.

[8] Sentencia de 18 de octubre de 1990, *ibídem.* Aunque en dicha providencia no se demandaba la responsabilidad del legislador sino la de un departamento por la expedición de un decreto y una ordenanza departamental, se dejó abierta la posibilidad de que se solicitara aquélla con fundamento en la violación del principio de igualdad frente a las

manera incidental que la inconstitucionalidad de la ley declarada judicialmente podía constituir un título de imputación especial que daba lugar a la reparación de daños antijurídicos[9], así como que la declaratoria de inexequibilidad ponía en evidencia una falla del servicio[10], aunque en este último caso precisó que "*obviamente, tal inexequibilidad no obliga al*

reconocimiento de lo pedido por el demandante, pues debe haber claridad, al menos, sobre su ocurrencia y cuantía", esto es, sobre el daño invocado.

9.3. Con la reforma constitucional de 1991 quedó claro que la cláusula general de responsabilidad consagrada en el artículo 90 de la Constitución Política permitía exigir reparación por los daños antijurídicos causados no sólo por quienes ejercen funciones administrativas y jurisdiccionales, sino también por quienes cumplen funciones legislativas. Así lo entendió la Corte

---

cargas públicas, aunque, en todo caso, era necesario que el legislador asintiera, al menos tácitamente, a la reparación del daño, tal como ocurría en Francia.

[9] Sección Tercera, sentencia de 8 de mayo de 1995, exp. 8118, C.P. Juan de Dios Montes Hernández. Allí se afirmó "[a]*sí, mientras en la responsabilidad fundada en el contrato, serán títulos jurídicos de imputación, por ejemplo los mandatos de buena fe, y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza los contratos conmutativos" (art. 28, ley 80 de 1993) en la extracontractual lo serán, además, la falla del servicio que es el título de imputación más frecuente, cualquiera que sea el sistema que para su prueba se adopte; la culpa personal en nexo con el servicio, prevista para citar algunas disposiciones, en el inciso 2° del artículo 90 de la C. N y en el artículo 77 del CCA; la igualdad de las personas ante la Ley (art. 13 de la C.N, entre otros); el riesgo excepcional establecido, por ejemplo por la Ley 104 de 1993 o en el decreto 444 del mismo año; el error judicial y el anormal funcionamiento de la administración de justicia art. 40 del CPC, art. 414 del CPP, etc),* ***la inconstitucionalidad de la Ley declarada judicialmente****, y principios de justicia de equidad como éste del no enriquecimiento sin causa"* (negrillas fuera del texto original). Aunque la providencia nada tenía que ver con el hecho del legislador.

[10] Sección Tercera, auto de 15 de mayo de 2003, exp. 23245, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. La decisión versaba sobre el rechazo, por caducidad, de una demanda de reparación directa interpuesta por los supuestos daños causados por unos decretos leyes de naturaleza mixta, esto es, que contenían disposiciones de naturaleza legal y de naturaleza administrativa y que, por ende, podían ser considerados materialmente como leyes o como actos administrativos. El *a quo* había considerado que la fuente del daño eran disposiciones de naturaleza administrativa, esto es, actos administrativos y que, por ende, la demanda que debió presentarse fue la de nulidad y restablecimiento del derecho en el término de caducidad de 4 meses, sin embargo, la Sección Tercera de la Corporación consideró que comoquiera que, en sentencia de constitucionalidad, la Corte Constitucional había declarado que era ella quien tenía competencia para estudiar la constitucionalidad de todas las disposiciones contenidas en los decretos leyes y, adicionalmente, había declarado la inexequibilidad de las disposiciones alegadas por los demandantes como fuente del daño, dicha decisión había hecho tránsito a cosa juzgada *erga omnes* y, por consiguiente, ningún juicio de legalidad podía adelantarse contra los mencionados decretos, de modo que la acción procedente sí era la de reparación directa.

Constitucional al declarar la exequibilidad del artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, que regula las condiciones para la procedibilidad de la acción de reparación directa:

> *(…) la responsabilidad patrimonial del Estado por los hechos, acciones u omisiones imputables al Poder Legislativo está expresamente contemplada en el artículo 90 constitucional, pues cualquier otra posibilidad sería abiertamente inconstitucional desde la perspectiva del Estado Social de Derecho y de los principios y valores que rigen nuestro ordenamiento constitucional tales como la solidaridad, la igualdad, la justicia material y la supremacía de la Constitución. Principios que cristalizaron en el ordenamiento jurídico colombiano y que encontraron una de sus expresiones en la disposición constitucional en comento* [11]*.*

9.4. Adicionalmente, en sentencia de 1993, la misma Corte Constitucional ordenó que, como consecuencia de la declaratoria de inconstitucionalidad con efectos retroactivos de las normas legales que impusieron una inversión forzosa en unos bonos, se reintegraran las sumas percibidas por el Estado, con el fin de volver las cosas al estado anterior, aunque sin necesidad de acudir a una acción de declaratoria de responsabilidad[12] y, luego, en la precitada sentencia C-038 de 2006, aunque dio por sentada la posibilidad de comprometer la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador insistió fuertemente en que el fundamento de la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador *"estriba en la noción de daño antijurídico* (…) *y no en la actividad ilícita del legislador, entendida como tal las actuaciones contrarias a la Constitución*".

9.4.1. Vale la pena señalar que en esta providencia la Corte Constitucional indicó que el hecho de que en alguna oportunidad -refiriéndose a lo ocurrido en la sentencia C-149 de 1993- la declaratoria de inexequibilidad de la ley, con efectos retroactivos hubiere llevado a la reparación de los daños causados durante su vigencia, no significaba que "*la modulación de los efectos temporales de las decisiones de inexequibilidad* [tuviera] *como propósito la reparación de los daños antijurídicos causados por las leyes inconstitucionales, pues como antes se dijo esta labor no es propia del juez*

[11] Sentencia C-038 de 2006, M.P. Humberto Sierra Porto.
[12] Sentencia C-149 de 1993, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

constitucional"; consideración que va en la línea de lo que, al referirse a la constitucionalidad de una norma en materia de servicios públicos[13], la misma Corte señaló en torno a la independencia de los efectos de la declaratoria de nulidad de un acto administrativo y las consecuencias que esta podía tener en cuanto a la reparación de daños o el restablecimiento de derechos[14].

10. *La concreción de la responsabilidad por el hecho del legislador.* Como lo tuvo en cuenta la Corte Constitucional en la sentencia C-038 de 2006, antes de este pronunciamiento el Consejo de Estado ya había declarado la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador bajo el supuesto de que este puede causar daños que la víctima no está en el deber jurídico de soportar. Ahora bien, de acuerdo con las providencias que han sido

proferidas sobre el particular, en estos eventos son antijurídicos los daños que resultan de: i) el rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas (10.1); ii) la defraudación del principio de confianza legítima de los particulares (10.2), y iii) la desaparición de la ley como consecuencia de una sentencia de inexequibilidad (10.3).

---

[13] Se trata del artículo 38 de la Ley 142 de 1994 norma según la cual "*La anulación judicial de un acto administrativo relacionado con servicios públicos solo producirá efectos hacia el futuro. Si al declararse la nulidad se ordena el restablecimiento del derecho o la reparación del daño, ello se hará en dinero si es necesario, para no perjudicar la prestación del servicio al público ni los actos o contratos celebrados de buena fe*".

[14] Sentencia C-066 de 1997. M.P. Fabio Morón Díaz. Esta sentencia estudia la constitucionalidad del artículo 38 de la Ley 142 de 1994 norma según la cual "*La anulación judicial de un acto administrativo relacionado con servicios públicos solo producirá efectos hacia el futuro. Si al declararse la nulidad se ordena el restablecimiento del derecho o la reparación del daño, ello se hará en dinero si es necesario, para no perjudicar la prestación del servicio al público ni los actos o contratos celebrados de buena fe*". En ella la Corte Constitucional sostuvo que no había lugar a declarar la inexequebilidad porque "*el legislador, previendo esta segunda posibilidad, separó la redacción de la norma buscando, de una parte, garantizar la estabilidad y seguridad jurídica en los asociados con la intangibilidad de las actuaciones amparadas por un acto administrativo posteriormente declarado nulo; y de otra, que los daños antijurídicos o los derechos cuya materialización o vulneración se desprendan de dicha declaratoria, puedan ser reparados o restablecidos, no desde el momento en que se profiera el fallo y hacia adelante únicamente, sino desde su efectiva verificación, incluso si ella se retrotrae a un momento anterior a la expedición del fallo. Luego, son diferentes los efectos en el tiempo de la anulación de los actos administrativos, que por orden del legislador solamente pueden ser ex nunc, y las consecuencias de la misma en cuanto a la reparación de daños o el restablecimiento de derechos que, dependiendo de las circunstancias, pueden tener efectos ex tunc, con lo cual, en manera alguna, el legislador ha desbordado lo prescrito en el artículo 90 constitucional"*.

10.1. Así, en la sentencia de 25 de agosto de 1998[15], la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo encontró responsable al Congreso de la República y al Ministerio de Relaciones Exteriores por los perjuicios causados a la parte actora por la aplicación de la Ley 6 de 1972, aprobatoria de la Convención de Viena, que reconoce inmunidad a los agentes diplomáticos extranjeros en Colombia[16]. Esta Sala consideró que, pese a que al Estado era soberano en el manejo de las relaciones internacionales y que el tratado había sido regularmente incorporado a la legislación interna, su aplicación en este caso había originado un rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas porque el privilegio de la inmunidad privó a los actores de la posibilidad de demandar al autor material del daño ante los jueces nacionales con miras a obtener la reparación de los perjuicios ocasionados.

10.2. Por su parte, la Sección Tercera, Subsección B, de esta Corporación señaló, en sentencia de 29 de julio de 2013[17], que la responsabilidad del Estado puede verse comprometida cuandoquiera que el legislador deroga normas o disposiciones que reconocen incentivos o beneficios a los particulares previo el cumplimiento de ciertos requisitos, sin tener en cuenta, mediante la creación de un régimen de transición, la situación de todas aquellas personas que al momento de la derogatoria no tenían un derecho adquirido, pero sí la expectativa legítima y razonable de que podrían acceder a tales beneficios por tener proyectos en ejecución y por haber

---

[15] Exp. IJ-001, C.P. Jesús María Carrillo, reiterada luego en las sentencias de 28 de septiembre de 2012, exp. 24.630, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo y de 9 de octubre de 2013, exp. 30.286, C.P. Hernán Andrade Rincón.

[16] Los hechos que dieron lugar a la sentencia fueron los siguientes: En el año de 1991 un ciudadano colombiano murió luego de ser arrollado por un vehículo conducido por un agente diplomático norteamericano. La familia de la víctima intentó obtener compensación por los perjuicios sufridos ante la Corte Suprema de Justicia, pero la demanda fue rechazada debido a la inmunidad de que gozan los agentes diplomáticos extranjeros en Colombia en virtud de la Convención de Viena (aprobada por la Ley 6 de 1972). Posteriormente acudieron ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo en ejercicio de la acción de reparación bajo el entendimiento que el Estado debía responder por los perjuicios causado por el accidente debido a que la inmunidad del agente diplomático tenía origen en un tratado internacional que había sido negociado por el Ministerio de Relaciones Exteriores y posteriormente aprobado por el Congreso de la República.

[17] Exp. 27.228, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo. Esta providencia fue reiterada y profundizada en la sentencia de la misma Subsección de 31 de agosto de 2015, exp. 22637, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

cumplido con todas las exigencias normativamente impuestas para el efecto, aunque en el caso concreto denegó las pretensiones por considerar que la parte actora no acreditó la vulneración de dichas expectativas, esto es, el daño.

10.3. Finalmente, de tiempo atrás, la Sección Tercera del Consejo de Estado se había pronunciado sobre la responsabilidad por el hecho del legislador cuando la ley era declarada inexequible. Así, en sentencia de 26 de septiembre de 2002[18], sostuvo que para determinar si el daño causado por la ley era antijurídico o no era indispensable atenerse a los efectos que la misma Corte había decidido atribuir a la declaratoria de inexequibilidad[19]–en concordancia con lo dispuesto por el artículo 45 de la Ley 270 de 1996[20] y siguiendo la jurisprudencia constitucional[21]-, asunto que determinaba si había lugar a acceder a las pretensiones elevadas en el caso concreto[22]. En los términos de la providencia:

> *…resulta claro que sólo la Corte Constitucional puede fijar los efectos de sus fallos de constitucionalidad. Si se trata de la solución de un caso relativo a una situación ocurrida con posterioridad al fallo de la Corte Constitucional, o de uno referido a una situación ocurrida con anterioridad al mismo, pero dicha Corporación le ha dado a su decisión efectos retroactivos, es claro que la autoridad respectiva deberá, simplemente, acatar lo resuelto por aquélla, absteniéndose de aplicar la norma que ha sido retirada del ordenamiento, sin necesidad de acudir al artículo 4º de la Carta Política, ya que el máximo*

[18] Sección Tercera, exp. 20945, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. El caso era el siguiente: un municipio reclamaba las sumas que se le dejaron de transferir por cuenta en lo dispuesto en el numeral 2.7 del artículo 1º de la Ley 168 de 1994, norma que fue declarada inexequible por la Corte Constitucional en sentencia C-423 de 1995. Luego de la declaratoria de inexequibilidad se expidió la Ley 217 de 1995 en la cual se señaló expresamente que sólo se transferirían a los municipios los recursos no ejecutados, lo cual equivalía a no darle efectos retroactivos a la sentencia de la Corte Constitucional. En sentencia C-270 de 2000 la Corte declaró exequible esta norma por considerar que, en la medida en que no le dio efectos retroactivos a su sentencia anterior, nada impedía que el legislador adoptara la medida contemplada en la Ley 217.

[19] Como en ese caso la declaratoria de inexequibilidad de la ley no tuvo efectos retroactivos y la misma Corte avaló tal entendimiento, se consideró que no había lugar a declarar la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador.

[20] Según el cual "*Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario*".

[21] Se citan las sentencias C-113 de 1993 y C-037 de 5 de febrero de 1996 –mediante la cual se revisó la constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria de la administración de justicia que se convertiría en la Ley 270-.

[22] Como en ese caso la declaratoria de inexequibilidad de la ley no tuvo efectos retroactivos y la misma Corte avaló tal entendimiento, se consideró que no había lugar a declarar la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador.

órgano guardián de la supremacía de la Constitución se ha pronunciado al respecto y su decisión tiene efectos de cosa juzgada erga omnes, conforme a lo dispuesto en el artículo 243 de la Carta.

Sin embargo, debe abordarse el tema de la procedencia de la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad de una norma, respecto de situaciones ocurridas con anterioridad al fallo de la citada Corte, mediante el cual se declara la inexequibilidad de la norma respectiva, cuando éste tiene efectos hacia el futuro.

Podría pensarse, en principio, que la decisión de la Corte constituye un argumento suficiente para tornar indiscutible el planteamiento de la autoridad que, respecto de situaciones anteriores, advierte la incompatibilidad entre la norma aplicable y una disposición constitucional, por lo cual resultaría perfectamente viable la aplicación de la excepción.

Considera la Sala, sin embargo, que no puede perderse de vista lo expresado por la misma Corte, en la sentencia C-113 de 1993, antes mencionada. En efecto, si los fallos de constitucionalidad expedidos por esa corporación tienen efectos de cosa juzgada erga omnes y ella es la única instancia competente para establecer los efectos de los mismos, debe concluirse que su pronunciamiento debe ser acatado por todas las autoridades públicas. En ese sentido, la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad encuentra límites en el pronunciamiento de la Corte Constitucional, guardiana suprema de la integridad y la supremacía de la Carta Fundamental.

Esta conclusión tiene sustento, por lo demás, en la Constitución misma. Como bien se advierte en la sentencia aludida, para efectos de adoptar su decisión, la Corte interpreta la Carta Fundamental, teniendo en cuenta los fines de ésta y los del derecho objetivo en general, que son la justicia y la seguridad jurídica. Se trata de fines que, generalmente, pueden garantizarse simultáneamente con la decisión adoptada. En otros casos, sin embargo, pueden resultar en conflicto y, de acuerdo con las circunstancias, es posible que se haga prevalecer el uno sobre el otro, según la valoración que, para el efecto, realice la Corte en cada caso. Por lo tanto, una vez se produce el pronunciamiento respectivo, esta valoración está vedada a las demás autoridades públicas, pues ella corresponde, exclusivamente, a la Corte Constitucional.

La decisión sobre los efectos de un fallo de constitucionalidad, en consecuencia, también tiene efectos de cosa juzgada erga omnes, de manera que no están facultadas las autoridades de la República para aplicar la excepción de inconstitucionalidad respecto de una norma determinada, cuando la misma ha sido declarada inexequible por la Corte y el fallo respectivo tiene efectos hacia el futuro. Si, como se dijo anteriormente, se trata de actos proferidos o situaciones consolidadas con posterioridad al fallo, éste simplemente debe acatarse, porque la norma en cuestión ha desaparecido del ordenamiento jurídico. Si, en cambio, se trata de actos proferidos con anterioridad al mismo o de situaciones consolidadas antes de su pronunciamiento, aquéllos y éstas conservan su eficacia jurídica. Una

conclusión diferente nos llevaría a concluir, necesariamente, que el fallo de constitucionalidad puede ser desconocido, en situaciones concretas, por las autoridades competentes para resolverlas.

10.4. Esta postura ha sido retomada por diferentes subsecciones de la Sección Tercera en decisiones en las que, no obstante, lo que ha determinado el sentido del fallo ha sido la falta de acreditación del daño[23]. En el mismo sentido, al resolver una acción de grupo, la Sección Cuarta del Consejo de Estado consideró que, en los casos de daños derivados de leyes declaradas inexequibles, su antijuridicidad se determinaba por los efectos de la sentencia de inexequibilidad[24]:

De lo anterior se colige que la causa del presunto perjuicio alegado es la ley, por tanto del cumplimiento o de la aplicación en sí de la misma no se puede derivar un perjuicio, puesto que es obligatoria para todos los habitantes del país desde su promulgación (art. 52, C. de R. P. y M.), y al ejecutivo dentro de las funciones constitucionales asignadas le corresponde velar por la estricta recaudación y administración de las rentas dentro del marco fijado en la ley por el Congreso o en los actos excepcionales con fuerza de ley. Así las cosas, el alegado detrimento del patrimonio de los usuarios del sistema financiero no sería antijurídico, porque el impuesto contenido en las disposiciones antes señaladas era aplicable y su constitucionalidad o legalidad sólo es susceptible de controversia ante el juez competente mediante el ejercicio de las acciones ordinarias contenidas en el ordenamiento jurídico y de otro lado el efecto de las inexequibilidades declaradas se determinó expresamente hacia el futuro. De otra parte, por la sola invocación de la ocurrencia de un presunto perjuicio no puede

---

[23] Así, en casos en los que se alegó que, por virtud de la declaratoria de inexequibilidad de lo consagrado en el parágrafo del artículo 39 de la Ley 443 de 1998, los demandantes no habrían podido interponer acción de nulidad y restablecimiento contra el acto mediante el cual se decidió no incorporarlo en la planta de personal, la Subsección C insistió en la importancia que tienen, para la determinación de la antijuridicidad del daño, los efectos de la declaratoria de inexequibilidad, no obstante, decidió que, en las situaciones concretas, no se había frustrado el acceso a la administración de justicia invocado en la demanda, esto es, no se configuraba el daño reclamado (sentencias de 24 de abril de 2013, exp. 28221, C.P. Olga Mélida Valle de De la Hoz y 9 de julio de 2014, exp. exp. 28184, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa). Algo similar ocurrió en un evento en el que la demandante pretendía ser indemnizada por los perjuicios causados por los Decretos-Ley 1064 y 1065 de 1999, declarados inexequibles, con efectos retroactivos, por la Corte Constitucional en la sentencia C-918 de 1999, allí la Subsección B retomó las consideraciones expuestas en torno a la importancia de los efectos de la declaratoria de inexequibilidad para determinar la antijuridicidad del daño, aunque la decisión denegatoria de las pretensiones se fundó esencialmente en el hecho de que no se había acreditado el daño pues los perjuicios causados por las normas inconstitucionales habían sido debidamente compensados y reparados en virtud de las medidas adoptadas para el efecto por el Gobierno Nacional (sentencia de 27 de marzo de 2014, exp. 27364, C.P. Danilo Rojas Betancourth).

[24] Sentencia de 12 de junio de 2003, exp. AG-2002-0014, C.P. María Inés Ortiz Barbosa.

desnaturalizarse el objeto de la acción de grupo, que se reitera es exclusivamente indemnizatoria, así no es posible debatir la constitucionalidad de un tributo, ni modificar el alcance de los efectos fijados en una sentencia de inexequibilidad o desconocer ésta y en su lugar aplicar los criterios expuestos en otra decisión sobre la constitucionalidad de norma diferente. (…)

En relación con la solicitud de aplicar la excepción de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 4° de la Carta, la Sala considera que en la presente acción no es aplicable, pues declarada la inexequibilidad de las normas hacia el futuro, el efecto implica que los recaudos efectuados con fundamento en preceptos vigentes en tal momento, se apoyaron en la obligatoriedad de su aplicación, por lo que el alegado perjuicio no puede devenir en antijurídico (…)[25]*.*

10.4.1. A partir de lo sostenido en las decisiones que vienen de ser citadas el criterio determinante para establecer la antijuridicidad del daño por ellas causado –elemento esencial del juicio de responsabilidad- es la cuestión de su validez y vigencia, lo que conlleva necesariamente a tener en cuenta los efectos que la Corte Constitucional haya decidido otorgarle a su decisión de inexequibilidad. Así, si los efectos de esta última son retroactivos, esto es, si se entiende que la ley desapareció del ordenamiento desde su expedición, las consecuencias patrimoniales que haya podido causar serían antijurídicas, por haber perdido su fundamento legal; al contrario, si los efectos son hacia futuro, es decir, si la ley sólo fue retirada a partir de la sentencia que declaró su inconstitucionalidad, se asume que conservó su validez entre el momento de su expedición y aquel, de manera que los efectos producidos durante ese período conservan plena eficacia y, en consecuencia, no pueden ser considerados como antijurídicos. Este criterio tiene, en principio, tres implicaciones.

10.4.2. La primera de ellas consiste en desligar la antijuridicidad del daño causado por una ley declarada inexequible de la declaratoria misma de

[25] En este caso se trataba del Decreto Ley 955 de 26 de mayo de 2000 por medio del cual creó el impuesto a las transacciones financieras, con tarifa única del DOS POR MIL (2/1000), retroactivo al 1° de enero de 2000 y hasta el 31 de diciembre del mismo año. La DIAN siendo la entidad administradora del tributo lo recaudó desde enero de 2000 hasta el 31 de octubre del mismo año, por cuanto en dicha fecha se notificó al gobierno nacional de la sentencia C-1403 de 2000, mediante la cual se declaró inexequible el decreto en mención. Por lo tanto se solicitó como indemnización la devolución de lo recaudado por el tributo impuesto con la debida indexación.

inconstitucionalidad pues, al margen de la consideración según la cual esta última pone de manifiesto una falla del legislador[26], lo importante para efectos de declarar la responsabilidad del Estado no está en la constatación de esta supuesta falla[27] –es decir, en la declaratoria de inexequibilidad de la ley-, sino en saber si los particulares estaban o no en la obligación jurídica de soportar el daño por ella causado y, de acuerdo con esta posición jurisprudencial, mientras la declaratoria de inconstitucionalidad no afectó la validez de la ley en el período en que se causó el daño, los efectos por ella producidos conservan su eficacia jurídica y, por lo tanto, no pueden considerarse como antijurídicos.

10.4.3. La segunda implicación tiene que ver con lo paradójico que resulta el que, al disociar la antijuridicidad del daño causado por una ley declarada inexequible de la declaratoria misma de inexequibilidad, en todo caso, la definición de aquella queda en manos de la Corte Constitucional, concretamente, en los efectos que le haya dado a su decisión. En efecto, de acuerdo con este criterio, al margen de que la declaratoria de inconstitucionalidad revele o no una supuesta falla del servicio, ella sola no determina que los daños causados por la ley, durante su vigencia, sean antijurídicos; pues lo que lo hace es el saber si la inexequibilidad implicó o no la desaparición de la ley desde su expedición, aspecto cuya definición es de competencia de la Corte Constitucional. Así las cosas, aunque el juez contencioso adoptó, como le correspondía, un criterio propio para establecer la antijuridicidad de un daño, la determinación de su existencia en un caso concreto está atada a la vigencia de la ley, es decir, a lo decidido por la Corte Constitucional en la declaratoria de inexequibilidad.

10.4.3.1. No obstante, como lo consideraron la Sección Tercera y Cuarta de

---

[26] Tal como lo consideró la Sección Tercera en auto de 15 de mayo de 2003, exp. 23245, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

[27] Para la Sala no hay falla del servicio porque el hecho de que, en cumplimiento de su función, el legislador parta de una interpretación del texto constitucional que, al realizar el correspondiente análisis de constitucionalidad de la ley, la Corte Constitucional descarte, no implica necesariamente que aquel haya incurrido en una falla del servicio, entendida esta última como un incumplimiento de sus deberes funcionales. En ese caso, el título de imputación de responsabilidad debería ser, en los términos de la providencia de la Sección Tercera de 8 de mayo de 1995, antes citada, el de la inconstitucionalidad de la ley, en el que no se califica la actuación del legislador.

esta Corporación en las sentencias precitadas, ello tendría sustento jurídico en la autoridad de las decisiones de la Corte Constitucional en materia de constitucionalidad de la ley y, por ende, en la determinación de su validez y vigencia cuando existen vicios de inconstitucionalidad, y resulta razonable por el hecho de que, al adoptar estas decisiones, aquella debe tener en cuenta los principios de justicia y seguridad jurídica que inspiran el ordenamiento. De hecho, tal como lo ha considerado la misma Corte, al determinar los efectos de la inexequibilidad de una ley, ella no hace otra cosa que ponderar dichos principios:

> *…los efectos concretos de la sentencia de inexequibilidad dependerán entonces de una ponderación, frente al caso concreto, de los principios encontrados: la supremacía de la Constitucional – que aconseja atribuir a la decisión efectos ex tunc (…)- y el respeto a la seguridad jurídica –que, por el contrario, sugiere conferirle efectos ex nunc*[28]*.*

10.4.4. La tercera implicación tiene que ver con que, de acuerdo con este criterio, surgiría una diferencia de tratamiento entre la reparación de los daños causados por una ley declarada inexequible y la de los producidos por actos administrativos de carácter general, impersonal y abstracto. Lo anterior por cuanto si lo que determina la antijuridicidad de los daños causados por normas jurídicas de carácter general es la cuestión de su vigencia, es claro que, tal como lo interpretó la misma Corte[29] y como quedó

---

[28] Sentencia Corte Constitucional C-055 de 15 de febrero de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[29] Sentencia C-113 de 1993, M.P. Jorge Arango Mejía, en donde se afirmó: "*los efectos de un fallo, en general, y en particular de los de la Corte Constitucional en asuntos de constitucionalidad, se producen sólo cuando se ha terminado el proceso, es decir cuando se han cumplido todos los actos procesales. En otras palabras, cuando la providencia está ejecutoriada. //El segundo, que la propia Constitución no se refirió a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad, limitándose a declarar en el inciso primero del citado artículo 243, como se indicó, que los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada. Pero, bien habría podido la Asamblea Constituyente dictar otras normas sobre la materia. No lo hizo porque, en rigor, no eran necesarias. // Pero, fuera del poder constituyente, ¿a quién corresponde declarar los efectos de los fallos de la Corte Constitucional, efectos que no hacen parte del proceso, sino que se generan por la terminación de éste? Únicamente a la propia Corte Constitucional, ciñéndose, como es lógico, al texto y al espíritu de la Constitución. Sujeción que implica tener en cuenta los fines del derecho objetivo, y de la Constitución que es parte de él, que son la justicia y la seguridad jurídica.// En conclusión, sólo la Corte Constitucional, de conformidad con la Constitución, puede, en la propia sentencia, señalar los efectos de ésta. Este principio, válido en general, es rigurosamente exacto en tratándose de las sentencias dictadas en asuntos de constitucionalidad*". Reiterada por C-

consagrado en términos legales[30], habría una diferencia sustancial entre los

producidos por las leyes -respecto de las cuales el ordenamiento jurídico contempla expresamente la facultad de modular los efectos en el tiempo de la declaratoria de inexequibilidad- y los causados por actos administrativos de carácter general –a propósito de los cuales la posición jurisprudencial dominante, de vieja data y de manera constante, es la que sostiene que, por regla general, su declaratoria de nulidad implica retrotraer las cosas al estado anterior, es decir, la desaparición de la norma desde el momento mismo de su expedición-.

10.4.4.1. En efecto, la facultad de modular en el tiempo los efectos de sus fallos permite al juez de la constitucionalidad de la ley decidir conservar su validez entre el momento de su expedición y hasta su declaratoria de inexequibilidad y, por ende, mantener el fundamento jurídico de las cargas que aquella impuso –lo que impediría concluir que se trató de daños antijurídicos-; mientras que si se considera que el juez de la legalidad de los actos administrativos no tiene la misma potestad respecto de estos últimos, la desaparición de la norma se impone y, con ella, la del fundamento jurídico de los efectos que haya podido causar –con lo que se abriría el camino para la reparación de los mismos-[31].

---

037 de 5 de febrero de 1996 –mediante la cual se revisó la constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria de la administración de justicia que se convertiría en la Ley 270-.

[30] Artículo 45 de la Ley 270 de 1996, precitado.

[31] No obstante, es de anotar que, aunque sustancial, esta diferencia no es tan radical como parece en la medida en que, en el caso de la declaratoria de nulidad de actos administrativos de carácter general y abstracto, en esta Corporación se han desarrollado posiciones jurisprudenciales que, sin tener implicaciones equivalentes a los de la modulación en el tiempo de los efectos de la decisión, persiguen el mismo objetivo de esta última: garantizar la seguridad jurídica. Así, por ejemplo, la Sección Cuarta ha sostenido de manera constante que los efectos retroactivos de la declaratoria de nulidad de un acto de carácter general, impersonal y abstracto no alcanzan a las situaciones jurídicas particulares consolidadas al amparo de dicha norma; en cambio sí a las situaciones no consolidadas, es decir, aquellas respecto de las cuales existen reclamaciones pendientes en sede administrativa o judicial o no han precluido los términos de discusión ante estas instancias. En efecto, después de haber considerado que, en materia tributaria, la declaratoria de nulidad de actos administrativos de carácter general sólo tenía efectos hacia futuro - sentencia de 7 de mayo de 1984, exp. 6665-, la posición reciente de la Sección Cuarta es aquella según la cual dicha declaratoria sí tiene efectos retroactivos, como ocurre con la de todos los actos administrativos, pero esos efectos no alcanzan las situaciones jurídicas consolidadas antes del fallo, tan sólo las situaciones no consolidadas, es decir, las que se encuentran en discusión, sin haber sido

10.4.5. Fue justamente por no estar de acuerdo con esta última implicación que, en sentencia de 23 de febrero de 2012, la Sección Tercera, Subsección A[32], asumió una posición radicalmente distinta en relación con el criterio que definiría la antijuridicidad en el caso de daños causados por leyes inexequibles. Así, en un caso en el que se demandaba la responsabilidad de la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público por la expedición de un decreto declarado nulo por el Consejo de Estado, por haber excedido la facultad reglamentaria, dicha Subsección abogó por una equiparación entre la responsabilidad por daños causados por leyes inexequibles y la derivada de los daños padecidos por cuenta de actos administrativos generales declarados nulos y al efecto indicó: i) la libertad relativa de que gozan los autores de normas generales, impersonales y abstractas en el momento de expedirlas no puede traducirse en un reducto de irresponsabilidad por los daños antijurídicos causados en ejercicio de la potestad normativa; ii) debe distinguirse entre los efectos de los fallos de constitucionalidad y nulidad y la necesidad de reparar los daños antijurídicos causados durante la vigencia de la normas declaradas inconstitucionales o nulas[33]; iii) el daño causado por una norma declarada inexequible o nula es

---

resueltas, en sede administrativa y judicial -sentencias de 4 de septiembre de 1998, exp. 8705, C.P. Daniel Manrique Guzmán; 27 de febrero de 2002, exp. 12256 y 5 de mayo de 2003, Exp. 12248, ambas con ponencia de la consejera María Inés Ortiz Barbosa; 24 de julio de 2008, exp. 16859; 8 de noviembre de 2007, exp. 16284 y 13 de marzo de 2003, exp. 13336, con ponencia de la consejera Ligia López Díaz; 18 de octubre del 2006, exp. 13652, C.P. Héctor J. Romero Díaz; 23 de julio de 2009, exp. 16404 y 31 de mayo de 2012, exp. 17824 ambas con ponencia del consejero Hugo Fernando Bastidas Bárcenas; 6 de marzo de 2014, exp. 19484, C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia y 10 de abril de 2014, exp. 19054, C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez. La misma tesis fue adoptada

en un caso en el que se negó la solicitud de devolución del Impuesto de Industria y Comercio, Avisos y Tableros liquidado y pagado sobre los aportes efectuados por los empleadores como cotizaciones para la Administración de Riesgos Profesionales, elevada con fundamento en que la Corte Constitucional, en sentencia C-1040 del 5 de noviembre de 2003, declaró inexequible parcialmente el artículo 111 de la Ley 788 de 2002, que gravaba con dicho impuesto parte de la unidad de pago por capitación, sentencia de 13 de junio de 2013, exp. 17973, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

[32] Exp. 24655, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

[33] Según la sentencia, pronunciarse sobre estos últimos no supone arrogarse la facultad de modular los efectos de dichos fallos, ni llevar a cabo una nueva ponderación entre justicia y seguridad jurídica; más bien se trata de "*dar cabal cumplimiento, por una parte, al imperativo contenido en el artículo 4 constitucional y, por otra parte, de materializar el postulado que expresa el artículo 90 superior, de suerte que no queden en el Estado de Derecho daños antijurídicos —esto es, daños que quien los padece no se encontraría jurídicamente en el deber de soportar— cuya reparación no sea ordenada por los jueces ante la reclamación en ese sentido elevada por los ciudadanos afectados*".

"*a no dudarlo, antijurídico, comoquiera que carece de sustento en el ordenamiento el deber de hacer frente al pago de una exacción que fue establecida de manera irregular por una autoridad pública a través del ejercicio contrario a Derecho de su potestad normativa*"[34], además que los principios de igualdad, buena fe y tutela de la confianza legítima y seguridad jurídica aconsejan que, en materia de impuestos, todo lo recaudado con fundamento en una norma declarada inexequible o nula sea reintegrado para no penalizar a los contribuyentes cumplidores de sus obligaciones y favorecer a quienes no las pagaron y, posteriormente, se ven favorecidos por la decisión judicial de inexequibilidad y nulidad; iv) el asentamiento de una línea jurisprudencial que admitiese la irresponsabilidad patrimonial del Estado en razón de los daños antijurídicos causados con la expedición de normas tributarias inconstitucionales podría ser más dañino para la hacienda pública que las mismas condenas, pues se enviaría el mensaje funesto y equivocado de que resulta más "rentable" no cumplir con las obligaciones tributarias cuando pueda haber cuestionamientos sobre las normas que las sustentan; y v) la expedición de normas que luego son declaradas inconstitucionales o nulas constituye una "*evidente falla del servicio*" por ser el "*ejercicio irregular de una potestad normativa o reglamentaria*", de manera tal que, en estos casos, la responsabilidad del Estado se estructura por aquella y no por el título de imputación del daño especial.

10.5. Hasta este punto de la evolución jurisprudencial se tiene entonces que: i) es indiscutible que el Estado puede ver comprometida su responsabilidad por el hecho del legislador; ii) contrario a lo que ocurrió con el instituto de la responsabilidad en general, la que se deriva

---

[34] "*…tal circunstancia abre la procedibilidad de la instauración de la acción de responsabilidad extracontractual en contra del Estado, con independencia de que se hubieren iniciado e incluso decidido ya procesos judiciales como resultado de los cuales se hubiere declarado conforme a Derecho —antes de proferido el fallo de inconstitucionalidad o de nulidad de la norma general que establecía la correspondiente carga impositiva— la negativa de la Administración a devolver al "contribuyente" lo que éste indebidamente pagó, pues en un escenario —el de la legalidad de un acto administrativo— se produjo tanto la decisión administrativa enjuiciada como el pronunciamiento que avaló su juridicidad y en otro completamente distinto debe desatarse la cuestión relacionada con la responsabilidad extracontractual del Estado derivada de la causación de daños antijurídicos*".

específicamente de la actuación legislativa no surgió a partir de la noción de culpa, o de su correlato en derecho administrativo, esto es, la falla del servicio, sino de la constatación de la existencia de daños que, por sus características de anormalidad y especialidad, el particular no estaba en la obligación de soportar; iii) la desaparición de la ley por virtud de su inexequibilidad es sólo uno de los tres eventos en los que se ha admitido la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador; iv) aunque en materia de leyes inconstitucionales el criterio acogido por la Corporación para determinar la antijuridicidad del daño es el de los efectos de la sentencia proferida por la Corte Constitucional, el mismo ha sido cuestionado a partir de la comparación que puede establecerse en relación con los casos de responsabilidad por el hecho de actos administrativos de carácter general, impersonal y abstracto declarados nulos por la jurisdicción contenciosa.

11. *Los casos de la TESA.* Es en el escenario presentado que, a partir del año 2013, las Subsecciones C y A de la Sección Tercera de la Corporación empezaron a conocer casos como el del *sub examine,* esto es, demandas de reparación directa interpuestas por diferentes sociedades importadores con el fin de que se declarara la responsabilidad de la Nación-Congreso de la República por los daños causados con ocasión del pago de la TESA, declarada inexequible por la Corte Constitucional[35]. Como era de esperarse, las posiciones jurídicas antes planteadas se manifestaron en las decisiones adoptadas sobre el particular.

11.1. *Decisiones adoptadas por la Subsección C.* Fue esta la primera Subsección que se pronunció sobre el particular, en el fallo de 24 de octubre de 2013[36] en el cual se denegaron las pretensiones de la demanda con

[35] La Subsección B optó por esperar la unificación que debía producirse sobre el tema, antes de fallar estos casos.

[36] Exp. 26.690, actor: Avantel S.A., C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. En esta decisión la consejera Olga Mélida Valle de De la Hoz se encontraba impedida y el consejero Enrique Gil Botero aclaró su voto en los siguientes términos: "*Ahora bien, es preciso señalar que a partir de la expedición de ciertas leyes pueden generarse daños a los coasociados, sin embargo, paralelamente podría predicarse que aun cuando en efecto se constate la existencia del mismo, éste eventualmente puede ser jurídico, habida consideración de que resulta una carga no desproporcionada, ajustada a derecho, o que*

fundamento en la tesis según la cual el daño invocado en la demanda

no era antijurídico por virtud de los efectos hacia futuro de la sentencia de inexequibilidad, así:

> *Dentro del sub lite es importante considerar que la vigencia de las normas, esto es, desde enero de 2001 hasta el día en que se profirió la decisión[37] la parte demandante canceló el valor por concepto de tasa hasta el mes de agosto de 2001, de conformidad con las copias de las declaraciones de importación allegadas al plenario.*
>
> *1) Ahora bien, la parte actora discute que el pago realizado se efectuó sin la contraprestación del servicio aduanero que debió reglamentar el ente o*

---

el ciudadano está llamado a soportar, bien sea bajo argumentos de orden constitucional, de las bases de la filosofía axial que fundamentan el orden social e imposición de las cargas públicas, o por la verificación de la inexistencia de un desequilibrio frente a las mismas, sin embargo, cuando ésta es declarada inexequible, ora por vicios de fondo o de procedimiento, aquel detrimento que se reputaba jurídico, se torna antijurídico, sin que sea de recibo señalar que, como las sentencias del tribunal constitucional, en atención a lo estatuido en el artículo 45 de la Ley 270 de 1996, pueden excepcionalmente señalar de forma expresa que sus decisiones surten efectos retroactivos, ex tunc, le está vedado al órgano de lo Contencioso Administrativo, reconocer los perjuicios que con la función legislativa se causan, puesto que con ello se desconocería la cláusula general de competencia establecida en el artículo 90 de la Carta (…) *En atención a lo expuesto, me aparto de las consideraciones referidas en la sentencia conforme a las cuales, el daño no resulta antijurídico, en razón a los efectos que tienen las sentencias de constitucionalidad, y del argumento conforme el cual no existe antijuridicidad debido a que el acaecimiento de los hechos se encontraban amparados por la presunción de legalidad".*

[37] [35] *La Corte Constitucional en sentencia C-973 de 2004 se refirió respecto la publicidad, comunicación y efectos de las sentencias de constitucionalidad, indicando que "cuando en una sentencia no se ha modulado el alcance del fallo, los efectos jurídicos se producen a partir del día siguiente a la fecha en que la Corte ejerció, en el caso específico, la jurisdicción de que está investida, esto es, "a partir del día siguiente a aquél en que tomó la decisión de exequibilidad o inexequibilidad y no a partir de la fecha en que se suscribe el texto que a ella corresponde o el de su notificación o ejecutoria. (…) Para determinar la oportunidad desde la cual las sentencias de constitucionalidad con efectos hacia el futuro tienen consecuencias jurídicas, la Corte ha recurrido al contenido normativo previsto en el artículo 56 de la Ley 270 de 1996. Esta disposición además de permitir que por el reglamento interno de cada Corporación Judicial se establezca la forma como serán expedidas y firmadas las providencias, conceptos o dictámenes adoptados y de señalar un término perentorio para la consignación de salvamentos o aclaraciones de voto; determina que las sentencias que se profieran tendrán como fecha la del momento del fallo, esto es, aquella en la cual se adopta por la respectiva Corporación la decisión judicial y no aquella otra en que se suscribe formalmente el texto con sus correcciones o adiciones y/o en la que se complementa con sus salvamentos o aclaraciones (…) Por consiguiente, siempre que no se haya modulado el efecto de un fallo, una sentencia de constitucionalidad produce efectos a partir del día siguiente a la fecha en que la Corte ejerció la jurisdicción de que está investida, esto es, a partir del día siguiente al que se adoptó la decisión sobre la exequibilidad o no de la norma objeto de control, bajo la condición de haber sido divulgada a través de los medios ordinarios reconocidos por esta Corporación. Se entiende que es a partir del "día siguiente", pues la fecha en que se profiere la decisión, el expediente se encuentra al despacho y, por lo mismo, dicho fallo no puede aún producir efecto alguno (…)".*

autoridad competente para ello. Pese a ello, la recurrente no acreditó la falta de la prestación del servicio sino que, dentro de las declaraciones de importación arrimadas al expediente, canceló por concepto de la tasa especial, por lo que se deduce que el servicio era prestado en atención a lo expuesto en el artículo 56 de la ley 633 de 2000. Por lo tanto, se deduce del pago de esta tasa que efectivamente se prestó el servicio por parte del Estado.

Así mismo, contrario a lo sostenido por el recurrente y de conformidad con lo expuesto en líneas anteriores, los hechos consolidados en vigencia de las normas se encontraban amparadas por el principio de legalidad y garantía constitucional y por el contrario, no era una carga que la sociedad demandante no debía soportar, por cuanto se itera, se encontraban amparadas por el ordenamiento jurídico en dicho momento. (…)

En el presente asunto, no se observa cuál es la falla del servicio o el rompimiento de las cargas públicas causado a la parte demandante, por cuanto se insiste, los hechos acaecidos en vigencia de las normas, se encontraban amparados por la presunción de legalidad[38] y seguridad jurídica, principios sobre los cuales recaen todas las actuaciones públicas de las autoridades que en cumplimiento de la ley deban ejercer la actividad encomendada. Teniendo en cuenta lo anterior, la presunción de legalidad de la ley no se desvirtuó sino hasta cuando se ejerció la acción de inconstitucionalidad.

En vista de lo anterior, el pago efectuado por la parte demandante al Estado de conformidad con lo establecido en los artículos consagrados en la Ley 633 de 2000, y que posteriormente fueron declaradas inexequibles, no resultó antijurídico y, por lo tanto no puede desconocerse por parte de esta jurisdicción los efectos de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional, quien al ser la única que puede modular los efectos de sus fallos, lo hace bajo unos parámetros que responden a la "necesidad imperante de garantizar, en determinados casos, el respeto a la supremacía constitucional y la defensa de los derechos fundamentales. Siendo la Constitución la norma jurídica principal y primordial del ordenamiento jurídico"[39], o que en palabras de la Corte "los efectos concretos de la sentencia de inexequibilidad dependerán entonces de una ponderación, frente al caso concreto, de los principios encontrados: la supremacía de la Constitucional – que aconseja atribuir a la decisión

---

[38] [37] *La presunción de legalidad, entendida ésta como "(…) el cabal sometimiento de la administración y de sus actos a las normas superiores (…) previamente proferidas como garantía ciudadana y para la estabilidad estatal. Debemos agregar a lo anterior, que la legalidad así entendida no es un simple presupuesto de la actuación administrativa; todo lo contrario (…) la legalidad de los actos se proyecta tanto en su procedimiento formativo como en la vigencia plena de los mismos. Se caracteriza de manera consecuente por su naturaleza previa, concomitante y subsiguiente a la manifestación del órgano administrativo. Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II. Cuarta Edición, 2003. Universidad Externado de Colombia. Página 54*.

[39] [38] *QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. Derecho constitucional colombiano: de la Carta de 1991 y sus reformas. Bogotá, Ibáñez, 2008, página 84.*

efectos ex tunc (…)- y el respeto a la seguridad jurídica –que, por el contrario, sugiere conferirle efectos ex nunc"[40]*.*

Por lo tanto en este caso, no se observa que los efectos de la sentencia hayan sido con efectos retroactivos, por lo que la obligatoriedad e irretroactividad de lo establecido por la Corte Constitucional en sentencia C-992 de 2001 conlleva a que los hechos acaecidos en vigencia de los artículos cumplieron lo establecido por el ordenamiento jurídico y se insiste, cobijado por la presunción de legalidad.

11.1.1. No obstante, en la sentencia de 26 de marzo de 2014[41], proferida por la misma Subsección, un caso con los mismos supuestos fácticos – declaratoria de inexequibilidad de la TESA creada por la Ley 633 de 2000-, se resolvió de manera diametralmente opuesta[42]. Esta decisión se fundó en las siguientes consideraciones: i) "*la expedición de una norma que luego es declarada inexequible* (…) *constituye una falla en el servicio que genera un daño antijurídico*"; ii) los efectos de la declaratoria de inexequibilidad no deben tener ninguna incidencia en materia de responsabilidad por el hecho del legislador pues "*una cosa es la intangibilidad de las situaciones jurídicas consolidadas antes de la declaratoria de inconstitucionalidad y otra muy diferente, es el deber que tiene el legislador de reparar el daño que ha causado con su actuación, se trata de situaciones jurídicas autónomas e independientes entre sí. De ello se sigue una consecuencia lógica, y es que el daño no es imputable a quien ejecutó la ley, sino a quien la creó*"[43]; y iii)

---

[40] [39] *Sentencia Corte Constitucional C- 055 de 1996.*

[41] Exp. 28741, actor Goodyear de Colombia S.A., C.P. Enrique Gil Botero. Aunque es de señalar que, en sede tutela, la Sección Cuarta de esta Corporación, en decisión de 7 de abril de 2016, amparó el derecho fundamental al debido proceso del Congreso de la República y de la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica y, en consecuencia, dejó sin efectos esta providencia y ordenó a la sala que la profirió que dictara fallo sustitutivo, exp. 11001-03-15-000-2014-02171-00, C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia. Esta decisión fue confirmada en sede de impugnación por la Sección Quinta de la Corporación en providencia de 25 de agosto de 2016, C.P. Rocío Araújo Oñate. La sentencia de reemplazo fue proferida el 31 de octubre de 2016, C.P. Guillermo Sánchez Luque.

[42] Aunque es de señalar que el ponente de la sentencia de 24 de octubre de 2013 antes citada, salvó su voto y la magistrada Olga Mélida Valle de De la Hoz lo aclaró.

[43] Sobre este último aspecto la sentencia en comento manifestó: "*Lo anterior reviste especial relevancia, cuando se trata de leyes que versan sobre aspectos tributarios, por medio de las cuales se establecen impuestos o tasas y posteriormente son declaradas inexequibles, pues prima facie tiende a pensarse que el llamado a resarcir el daño, no es el autor de la ley, sino quien recaudó el tributo, conclusión que está alejada de la realidad, comoquiera que aquel que recauda el pago no es más que una agente del Estado que obra de buena fe y se encarga de hacer cumplir la ley. Esta conclusión tiene su fundamento en el hecho de que no fue el recaudador del impuesto o tasa, quien creó la ley contraria a la Constitución, hecho que constituye la falla en el servicio y por lo tanto, en*

"*carece de sentido, lógica y sindéresis*" tratar de manera diferente los daños producidos por un acto administrativo general declarado nulo y aquellos producidos por una ley declarada inconstitucional, "*pues* (…) *todos son actos expedidos por el Estado en ejercicio de su función reguladora y se caracterizan por ser generales, impersonales y abstractos"*[44].

11.1.2. Lo controvertido del tema en el interior de la Subsección C se demuestra con el hecho de que, posteriormente, esto es, el 20 de octubre de 2014[45], al ocuparse nuevamente de un problema jurídico como el planteado por el *sub examine*, se volvió sobre la posición adoptada en la sentencia del 24 de octubre de 2013.

11.2. *Decisiones adoptadas por la Subsección A.* Por su parte, en relación con los casos relativos a la TESA, la Subsección A accedió a las pretensiones elevadas por las sociedades importadoras demandantes. Así, en las sentencias de 29 de enero[46], 9 de abril[47] y 11 de junio de 2014[48]; y 29

---

modo alguno puede imputársele el daño derivado de esa falla, pues de ser así se estaría confundiendo la reparación con la restitución, advirtiendo que la primera siempre estará a cargo de aquel a quien le sea imputable el daño".

[44] Es importante insistir en que estos argumentos no fueron los defendidos por la mayoría de la Subsección C toda vez que, por una parte, el ponente de la sentencia de 24 de octubre de 2013 salvó su voto y, por la otra, la consejera Olga Valle de De la Hoz lo aclaró en el sentido de precisar que, a su juicio, los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad de la ley sí eran relevantes a la hora de determinar si se configuraba o no una falla del servicio y que en el caso que se analizaba *"el título jurídico de imputación debe ser el de daño especial, pues si bien se declara inexequible la norma por la Corte Constitucional, los efectos de esta se producen hacia el futuro, no desvirtuándose el actuar legítimo del Legislador en el lapso comprendido entre la expedición de la norma y su declaratoria de inexequibilidad*".

[45] Exp. 29355, actor: Epson Colombia Ltda., C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. En esta decisión el consejero Enrique Gil Botero salvó su voto y la consejera Olga Valle de De la Hoz lo aclaró en el sentido de precisar que cambiaba la posición que había sostenido en la sentencia de 26 de marzo de 2014 y que, en adelante, acogía la expuesta en la sentencia de 20 de octubre de 2014, cuyos argumentos compartía plenamente.

[46] Exp. 26689, actor: Industria de Ejes y Transmisiones, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. En sede de acción de tutela, la Sección Cuarta de esta Corporación, en decisión de 26 de enero de 2017, amparó el derecho fundamental al debido proceso del Congreso de la República y de la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica y, en consecuencia, dejó sin efectos esta providencia y ordenó a la sala que la profirió que dictara fallo sustitutivo, exp. 2016-01875, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. Esta decisión fue confirmada en sede de impugnación por la Sección Quinta el 9 de marzo de 2017, C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio. La sentencia de reemplazo fue proferida el 10 de mayo de 2017, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

[47] Exp. 28811, actor: Sociedad Laboratorios Wyeth Inc, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Esta decisión no fue objeto de acción de tutela aunque vale la pena señalar que la

de abril[49], 27 de mayo[50] y 24 de junio de 2015[51], dicha Subsección concluyó que era procedente declarar la responsabilidad del legislador por los daños causados como consecuencia de la expedición de una norma declarada inexequible –independientemente de los efectos dados a la declaratoria de inexequibilidad-, luego de reiterar los argumentos expuestos en la citada decisión de 23 de febrero de 2012[52] en la que se equiparó la responsabilidad de la administración por la declaratoria de nulidad de un decreto con la de la responsabilidad del legislador por la declaratoria de inexequibilidad de la ley y de indicar que la posición contraria, esto es, la de la construcción jurisprudencial en la materia, "*ha terminado por excluir injustificadamente toda una porción, quizá la más evidente, de la responsabilidad patrimonial que en el ordenamiento jurídico nacional le podría caber a la actividad legislativa".* Lo anterior por cuanto ha aceptado sin mayores dificultades la responsabilidad por la ruptura del principio de

---

Nación-Congreso de la República sí solicitó su nulidad por cuanto consideró "*que se configuró el defecto de falta de competencia funcional en la medida en que la Subsección A habría modificado la jurisprudencia de la Sección Tercera, en punto de la responsabilidad del Estado derivada del hecho del* legislador", solicitud que fue denegada por el pleno de la Sección Tercera mediante providencia de 1° de diciembre de 2016.

[48] Exp. 26702, actor: Promigas S.A. E.S.P., C.P. (E) Hernán Andrade Rincón. En sede de acción de tutela, la Sección Cuarta de esta Corporación, en decisión de 23 de febrero de 2017, amparó el derecho fundamental al debido proceso del Congreso de la República y de la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica y, en consecuencia, dejó sin efectos esta providencia y ordenó a la sala que la profirió que dictara fallo sustitutivo, exp. 2016-02854, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. La sociedad demandante, en calidad de tercero interviniente, presentó escrito de impugnación que fue declarado extemporáneo mediante providencia de 4 de abril de 2017, C.P.(e) Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. La sentencia de reemplazo fue proferida el 10 de mayo de 2017, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

[49] Exp. 28486, actor: Hyundai Colombia Automotriz S.A., C.P. (E) Hernán Andrade Rincón. Esta sentencia fue dejada sin efectos, en sede de tutela, por la Sección Cuarta en sentencia de 26 de enero de 2017, exp. 2016-01752, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas; decisión confirmada en impugnación por la Sección Quinta el 9 de marzo de 2017, C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio. La sentencia de reemplazo fue proferida por el pleno de la Sección Tercera el 27 de abril de 2017.

[50] Exp. 29901, actor: Sociedad Dow Química de Colombia S.A., C.P. (E) Hernán Andrade Rincón. Esta sentencia también fue dejada sin efectos, en sede de tutela, por la Sección Cuarta en sentencia de 26 de enero de 2017, exp. 2016-01560, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas; decisión que no fue objeto de impugnación. La sentencia de reemplazo fue proferida el 10 de mayo de 2017, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

[51] Exp. 29148, actor: Industria de Ejes y Transmisiones, C.P. Hernán Andrade Rincón. Esta sentencia fue dejada sin efectos por la Sección Cuarta en sede de tutela mediante providencia de 2 de febrero de 2017, exp. 2016-03101, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas; decisión confirmada en impugnación por la Sección Quinta en providencia de 9 de marzo de 2017, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. La sentencia de reemplazo fue proferida el 19 de julio de 2017, C.P.(E) Marta Nubia Velásquez Rico.

[52] Exp. 24655, *op. cit.*.

igualdad frente a las cargas públicas, pero ha fijado límites en los casos de la inexequibilidad, no obstante tratarse de una evidente falla del servicio.

11.3. Así pues, los casos de la TESA ponen en evidencia que, en torno a la definición de la antijuridicidad de los daños ocasionados por normas de carácter general, impersonal y abstracto –leyes o actos administrativos- desaparecidos del ordenamiento por orden judicial –declaratoria de inexequibilidad o nulidad- existen dos tesis jurisprudenciales enfrentadas:

11.3.1. La tesis tradicional, esto es, la explicada en la sentencia de la Sección Tercera de 26 de septiembre de 2002 y que podría denominarse **la antijuridicidad como ausencia de soporte normativo válido y vigente**, sostiene que un daño es jurídico si está sustentado en una norma vigente en el ordenamiento, de manera tal que si la declaratoria de inexequibilidad –aunque sería válido también para la declaratoria de nulidad de un acto administrativo- dejó vigente la norma entre su expedición y el momento en que se produce la declaratoria, los daños por ella causados durante ese período tendrían fundamento jurídico y, por consiguiente, los particulares estarían en la obligación de soportarlos; por el contrario, si la norma fue extraída del ordenamiento desde su expedición, desapareció con ella el fundamento jurídico de la obligación impuesta a los particulares quienes, por lo tanto, no tendrían el deber de asumirlo.

11.3.2. Por su parte, la tesis sostenida por la Subsección C en la sentencia de 26 de marzo de 2014 y por la Subsección A que podría llamarse **la antijuridicidad como incompatibilidad con la norma superior**, señala que cuando una norma general, impersonal y abstracta impone una carga a un particular, esta última es jurídica si y solo si dicha norma es conforme a las superiores, en el caso de la ley, si se ajusta a la Constitución. Es por ello que, al poner en evidencia la contrariedad con la Constitución, la declaratoria de inexequibilidad, independientemente de sus efectos, pondría de manifiesto la antijuridicidad de las cargas impuestas por la ley respecto de la cual se dio la declaratoria; de hecho, se insiste, según la sentencia de la Subsección C de 26 de marzo de 2014, no sería indispensable la

declaratoria formal de inexequibilidad, pues bastaría con apoyarse en la excepción de inconstitucionalidad de la ley para considerar que las cargas por ella impuestas son antijurídicas y, por ende, susceptibles de ser indemnizadas por la vía de la acción de reparación directa –razonamiento que también sería válido para los actos administrativos declarados nulos o para aquellos respecto de los cuales se considere pertinente la aplicación de la excepción de ilegalidad-. Así pues, las obligaciones impuestas por normas encontradas contrarias al ordenamiento serían antijurídicas desde el momento mismo en que fueron fijadas, esto es, desde la expedición de dichas normas.

12. *Las decisiones adoptadas en sede de tutela en los casos TESA.* El Congreso de la República y/o la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica interpusieron acciones de tutela contra la mayor parte de las decisiones mediante las cuales las Subsecciones A y C de la Sección Tercera del Consejo de Estado accedieron a las pretensiones de las sociedades demandantes en los casos de la TESA[53]. Al fallar la primera de estas acciones, la Sección Cuarta de la Corporación, en sentencia de 7 de abril de de 2016[54], concluyó que las decisiones controvertidas vulneraron el derecho al debido proceso del Congreso de la República y de la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica, por haber incurrido en el defecto sustantivo consistente en desconocer lo dispuesto por los artículos 90 de la Constitución Política y 45 de la Ley 270 de 1996 y, adicionalmente, el mecanismo dispuesto por el legislador, en los artículos 850 y siguientes del Estatuto Tributario, reglamentado por el Decreto 1000 de 1997, en cuanto al trámite que deben seguir los contribuyentes cuando estiman que un tributo pagado les debe ser devuelto. Es de anotar que en esta decisión la Sección Cuarta sostuvo, de manera inequívoca que, a su juicio, por virtud de los efectos hacia futuro de la sentencia de inexequibilidad de la Corte

[53] Se recuerda que la única decisión que no fue controvertida en sede de acción de tutela fue la proferida por la Subsección A el 9 de abril de 2014, exp. 28811, actor: Sociedad Laboratorios Wyeth Inc, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

[54] Exp. 11001-03-15-000-2014-02171-00, C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia. Esta decisión fue aclarada por el consejero Jorge Octavio Ramírez Ramírez quien manifestó la necesidad de que se unificara jurisprudencia sobre la escogencia del medio de control adecuado para obtener la indemnización de daños antijurídicos causados por normas tributarias, el título de imputación y la forma de resarcimiento toda vez que se observaban diferencias evidentes entre las Secciones Tercera y Cuarta de la Corporación.

Constitucional, el daño invocado por los demandantes no era antijurídico, aspecto sobre el cual insistió ampliamente[55]. En consecuencia, concedió el amparo solicitado y ordenó que se profiriera sentencia de reemplazo.

12.1. En las decisiones posteriores adoptadas sobre la materia[56], la Sección Cuarta reiteró las mismas consideraciones y adicionalmente señaló que el pago de tributos puede constituirse en un daño cuando implique la disminución patrimonial del contribuyente, sin embargo, no se trata de un daño antijurídico en tanto que "*los impuestos dan o confieren una dimensión económica real a la obligación de solidaridad que existe entre los miembros*

---

[55] Las consideraciones de la Sección Cuarta fueron, en resumen, las siguientes: i) es problemática la afirmación según la cual los artículos que consagraron la TESA nacieron viciados de inconstitucionalidad y, por ende, causaron daños que los contribuyentes no tenían que soportar pues "*si la ley mantiene la presunción de constitucionalidad hasta el momento en que es declarada inexequible, esto quiere decir que* ***integra el ordenamiento jurídico, es vinculante y obligatoria,*** *valga decir, hasta cuando es retirada del ordenamiento por el fallo de inexequibilidad"*; ii) no hay lugar a escindir los efectos de la ley para indicar que, por una parte, la misma debía ser obedecida y observada por todos los destinatarios y, al mismo tiempo, que generó daños antijurídicos derivados de una supuesta inconstitucionalidad cuando, durante su vigencia, mantuvo presunción de constitucionalidad; iii) si bien no existe discusión en torno a la causación de un daño en tanto que el pago de un tributo implica una mengua patrimonial, se trata de un daño jurídico porque el ordenamiento jurídico así lo autoriza y no por virtud de la norma legal que crea el tributo sino por las disposiciones constitucionales que obligan a contribuir en el financiamiento del Estado y que autorizan al legislador a crear tributos; iv) el artículo 45 de la Ley 270 de 1996 no deja lugar a dudas sobre los efectos de las sentencia de inexequibilidad; v) la interpretación realizada en la sentencia controvertida atenta contra la seguridad jurídica; vi) todo tributo implica un daño jurídico; vi) la providencia cuestionada en sede de tutela no explica por qué la intangibilidad de las situaciones jurídicas consolidadas antes de la declaratoria de inconstitucionalidad es distinta al deber de reparación; vii) los fallos de constitucionalidad deciden sobre todos los efectos de la ley examinada y no sólo sobre algunos de ellos; viii) el juez de la reparación directa no puede decidir sobre los efectos de las sentencias cuando esa es competencia exclusiva de la Corte Constitucional; ix) es contradictorio afirmar que la DIAN actuó correctamente al recaudar el tributo pero que el contribuyente sufrió un daño antijurídico al pagarlo; x) la decisión del juez de la reparación afecta la coherencia y unidad del ordenamiento jurídico; xi) el daño sería imputable a la DIAN y no al Congreso de la República en tanto fue dicha entidad quien recaudó el tributo; xii) un defecto en la función pública legislativa no se puede asimilar con una falla de un servicio público prestado por el Estado pues la creación de leyes no constituye un servicio público y por tanto no puede hablarse de una falla del servicio; xiii) la invocación de la falla del servicio implicaba analizar el yerro del Congreso de la República, estudio que no se llevó a cabo; xiv) la función legislativa tiene amplio campo para configurar el ordenamiento jurídico; xv) el tributo no era abiertamente inconstitucional; xvi) la distinción entre restitución y reparación implicaría que los demandantes pudieran recibir una doble indemnización por los mismos hechos; xvii) la sociedad debió acudir a los mecanismos establecidos por el ordenamiento para efectos de obtener la devolución de lo pagado por concepto de la TESA.

[56] Esto es, las adoptadas el 26 de enero de 2017 en los exp. 2016-01875, 2016-01752 y 2016-01560, el 2 de febrero de 2017 en el exp. 2016-03101 y el 23 de febrero de 2017 en el exp. 2016-02854, todas con ponencia del consejero Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

de la comunidad, al ideal de la justicia social y al disfrute masivo de los derechos. Los impuestos son una carga que así empieza, pero que se supone regresa convertida en beneficios de otro tipo: salud, educación, vivienda, etcétera". También insistió en que no podría aplicarse el título de imputación de la falla en el servicio por cuanto no podría confundirse "*la actividad de servicio público que en un momento dado puede asumir el Estado, con la función pública legislativa*" que si bien está sometida al control de constitucionalidad de la Corte Constitucional, no podría ser evaluada en términos de oportunidad o de calidad.

12.2. Por su parte, en la primera decisión pronunciada en sede de impugnación sobre estos casos, la Sección Quinta de la Corporación[57] confirmó el amparo constitucional otorgado en primera instancia en consideración a que: i) comoquiera que los argumentos relativos al desconocimiento del procedimiento tributario consagrado en los artículos 850 y siguientes del Estatuto Tributario y la indebida escogencia de la acción no fueron planteados en el proceso ordinario, la procedencia de la acción de tutela no podía edificarse sobre los mismos; y ii) las decisiones controvertidas en sede de tutela incurrieron en defecto sustantivo por desconocimiento del artículo 90 de la Constitución Política al haber derivado la responsabilidad del Estado única y exclusivamente a partir de la declaratoria de inconstitucionalidad de las normas que consagraron la TESA, sin tener en cuenta que dicha declaratoria no basta para tornar en antijurídico un daño, menos cuando, como lo ha admitido la Sección Tercera, incluso una norma ajustada al ordenamiento constitucional puede causar un daño antijurídico y, adicionalmente, sin realizar un análisis sobre la imputabilidad de dicho daño al Congreso de la República, con lo que se dejó de estudiar la causal eximente de responsabilidad del hecho de un tercero, en este caso, la Corte Constitucional quien, en su función de garante de la supremacía de la Constitución, excluyó un precepto del ordenamiento "*hecho que, en sí mismo, no puede ser el fundamento para edificar responsabilidad por parte del legislador".* En ese sentido indicó que "*independientemente de la declaración de exequibilidad o inequexibilidad de*

[57] Sentencia de 25 de agosto de 2016, exp. 2014-02171, C.P. Rocío Araújo Oñate.

un precepto, lo que debe demostrarse para que se configure la responsabilidad del legislador es que este generó un daño antijurídico" por lo que en el juicio de responsabilidad por el hecho del legislador la decisión de la Corte Constitucional debe ser un elemento más de prueba que el juez debe valorar "*pero no el fundamento único para determinar que se generó un daño antijurídico*".

12.3. En decisiones proferidas el 9 de marzo de 2017[58], la Sección Quinta indicó que, en el sentido de lo considerado en la providencia de 25 de agosto de 2016, la sola declaratoria de inexequibilidad de una ley no bastaba para tener por acreditada la existencia de un daño antijurídico y, adicionalmente, que la sentencia controvertida no había realizado un análisis que permitiera determinar que dicha declaratoria fuere atribuible al Congreso de la República, con lo cual quedaba claro que no se daban los elementos estructurantes de la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador. Ahora bien, en torno al primer punto, esto es, al daño antijurídico, estos fallos desarrollaron un argumento que no había sido expuesto en la sentencia de 25 de agosto de 2016 y que tiene que ver con la consideración de los efectos de la declaratoria de inexequibilidad. Sobre este punto las providencias sostuvieron que "*si bien, la imposición de un tributo genera un daño patrimonial al particular obligado a su pago, este es jurídico, pues se basa en una norma que ostenta una presunción de constitucionalidad, por lo que los pagos realizados en virtud de dicha norma, producen un daño patrimonial pero no antijurídico*", cosa distinta a lo que ocurriría con cualquier pago que se realizara luego de que la presunción de constitucionalidad fuere desvirtuada, consideración a partir de la cual se concluyó que "*los pagos realizados por la sociedad* (...) *en cumplimiento de los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000, que posteriormente fueron declarados inexequibles por la Corte Constitucional, produjeron un daño patrimonial pero no antijurídico y estos no deben ser resarcidos por el Estado*". Finalmente, en estas providencias también se indicó que, por no haber sido objeto de discusión en el marco del proceso ordinario, no había

[58] Se trata de las decisiones proferidas en los exp. 2016-01875 y 2016-01752, ambas con ponencia del consejero Carlos Enrique Moreno Rubio.

lugar a pronunciarse sobre las consideraciones esbozadas por la Sección Cuarta en torno al desconocimiento del procedimiento establecido en el Estatuto Tributario para obtener la devolución de tributos y la supuesta indebida escogencia de la acción.

12.4. Ahora bien, en otra decisión proferida el mismo 9 de marzo de 2017, con ponencia de otra magistrada[59], la Sección Quinta insistió en que, contrario a lo sostenido por la Sección Cuarta, *"la responsabilidad patrimonial del Estado – Legislador sí puede verse comprometida a título de falla en el servicio*" y, después de retomar las consideraciones expuestas en la providencia de 25 de agosto de 2016 única y exclusivamente en relación con el hecho de que la declaratoria de inexequibilidad de la ley no basta para tener por acreditada la existencia de un daño antijurídico, concluyó que la decisión examinada había incurrido en el defecto sustantivo de indebida aplicación del artículo 90 constitucional al haber declarado la responsabilidad del Estado "*sin haber evaluado los perjuicios ocasionados por el pago del tributo que había sido creado por las normas declaradas inconstitucionales*" y al tener por "*materializada la falla en el servicio, sin haber corroborado efectivamente el carácter antijurídico del daño, habida cuenta de que lo hizo depender solo y únicamente de la inexequibilidad de las normas que crearon la TESA*". Finalmente, también indicó que no era del caso pronunciarse en torno al tema de la indebida escogencia de la acción.

12.5. Así pues, mientras la Sección Cuarta, además de considerar que en estos casos se configura una indebida escogencia de la acción porque el contribuyente debió acudir a la vía señalada por el Estatuto Tributario para efectos de solicitar la devolución de lo pagado por concepto de la TESA, asumió abiertamente la posición según la cual la antijuridicidad de los daños causados por leyes inexequibles debe definirse con base en la que aquí se ha denominado la tesis de la antijuridicidad como ausencia de soporte normativo válido o vigente –esto es, asociada a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad-, insistiendo incidentalmente en que no podría hablarse de falla en el servicio en el caso de la función legislativa;

[59] Exp. 2016-03101, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

mientras la Sección Quinta, excluyendo del debate el tema de la indebida escogencia de la acción por no haber sido objeto de controversia en los procesos ordinarios, insistió en que la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador no puede fundarse única y exclusivamente en la declaratoria de inexequibilidad de la ley. No obstante, en las decisiones proferidas por esta última Sección se advierten matices distintos en torno a los elementos del juicio de responsabilidad que las decisiones controvertidas habrían dejado de analizar. Así, en la providencia de 25 de agosto de 2016 se señaló que la noción de daño antijurídico debió ser analizada al margen de la sentencia de inexequibilidad de la Corte Constitucional y que, en el juicio de imputación, debió tenerse en cuenta la intervención de la misma Corte como una posible causal de exoneración de responsabilidad. Por su parte, en dos de las sentencias de 9 de marzo de 2017, se señala que el daño alegado por los demandantes no sería antijurídico en virtud de los efectos hacia futuro de la inexequibilidad y también se insiste en la necesidad de adelantar un juicio específico de imputación; mientras que, en la tercera, se da a entender que lo que debió abordarse es si se causó o no el daño cuya reparación se pretende.

13. *Las sentencias de reemplazo proferidas por orden de los jueces de tutela.* En cumplimiento de los fallos de tutela reseñados, la Subsección C de la Sección Tercera profirió una decisión el 31 de octubre de 2016[60] en la cual declaró de oficio la ineptitud sustantiva de la demanda y se inhibió para conocer sobre las pretensiones por considerar, básicamente, que la vía idónea para obtener la indemnización del daño invocado por la sociedad demandante era la de agotar el procedimiento administrativo previsto específicamente por el Estatuto Tributario para solicitar la devolución de los tributos cuyo pago se considerara indebido y, eventualmente, la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto administrativo que denegara su solicitud, demanda que debía ser dirigida contra la DIAN por ser esta la entidad encargada de la recaudación del tributo. En la providencia se consideró que: i) si bien el deber de tributar se consagra en

[60] Exp. 28741, C.P. Guillermo Sánchez Luque. Para ese momento la Sala se encontraba integrada únicamente por el ponente y el consejero Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

la ley, sólo se materializa en la recaudación por parte de la administración pública; ii) como toda norma legal, las relativas a tributos se presumen constitucionales y dicha presunción sólo puede ser desvirtuada por la acción pública de inconstitucionalidad o por la excepción de inconstitucionalidad, cuyos efectos están plenamente regulados por el ordenamiento y, en el caso de la declaratoria de inexequibilidad, no pueden equipararse a los de la nulidad de actos administrativos por ser normas de naturaleza diferente; iii) en materia de reclamaciones por pago de impuestos la administración detenta el denominado "privilegio de lo previo" que debe ser entendido como un mecanismo a favor del ciudadano en tanto le permite evitar la controversia judicial; y iv) "*cuando una ley, y esto es la regla general, requiere para su materialización efectiva la aplicación por la Rama Ejecutiva, es ésta y no el legislador, quien debe asumir los daños antijurídicos que llegare a generar. Ello, en modo alguno, supone negar la responsabilidad por el hecho de la ley, pero esta debe ser -por principio- excepcional, pues siempre la legislación para su efectiva aplicación requerirá de la intervención de la administración*".

13.1. Para efectos de proferir sentencia de reemplazo en el expediente 28486 el asunto fue llevado a la Sala Plena de la Sección Tercera, la cual, en providencia de 27 de abril de 2017[61], concluyó que había lugar a denegar las pretensiones por no estar acreditada la existencia del primer elemento del juicio de responsabilidad, a saber, el daño antijurídico, pues la sociedad actora no demostró que hubiera agotado el procedimiento administrativo previsto en el artículo 850 del Estatuto Tributario para reclamar la devolución de las sumas pagadas sin que existiera fundamento jurídico para

ello[62], circunstancia que impedía tener certeza sobre la consolidación del

[61] C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

[62] Sobre el particular afirmó: "…*no se acreditó en el proceso que la parte interesada hubiere reclamado la devolución de las sumas que hoy considera pagadas sin fundamento jurídico, frente a lo cual debe destacarse que para ello existe un procedimiento establecido en la ley, cuando el contribuyente considere que ha realizado un pago de lo no debido. (…) A la luz de lo anterior, es claro que la discusión sobre el deber jurídico de realizar los pagos tenía que ventilarse, inicialmente, en el marco del trámite de devolución del pago de lo no debido, comoquiera que se trata del mecanismo establecido en nuestro ordenamiento jurídico para tal fin, por cuanto la procedencia de la*

daño, requisito indispensable para "*efectuar el estudio de la responsabilidad y su fuente -la ley o el acto administrativo-, de lo cual se derivaría la correspondiente legitimación en la causa por pasiva*". Ahora bien, en dicha providencia se sostuvo que "*las anteriores consideraciones no excluyen la posibilidad de establecer la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador, comoquiera que la misma debe ser valorada frente a cada caso concreto*"[63].

13.2. Esta decisión fue reiterada por la Subsección A de la Sección Tercera en las sentencias de reemplazo proferidas en los procesos 26689, 26702, 29901 y 29148 el 10 de mayo de 2017 las tres primeras y el 19 de julio del mismo año la última[64].

13.4. Lo relatado hasta aquí en torno a la suerte de los procesos de reparación directa en los que se discutían supuestos de hecho similares a los del *sub examine*, esto es, la responsabilidad por el hecho del legislador en relación con el pago de la TESA, pone en evidencia la necesidad de que,

---

devolución debe estar precedida del análisis sobre las valoraciones jurídicas del caso que sean presentadas por la parte interesada en el reintegro, escenario en el cual la autoridad administrativa, entre otras cosas, puede analizar el aspecto atinente a los efectos en el tiempo del fallo de inexequibilidad. // Ahora bien, en el texto de la demanda no se precisó -ni aparece probado en el expediente-, que la parte actora formulara alguna solicitud de devolución en razón de las sumas pagadas por concepto de la Tasa Especial de Servicios Aduaneros, particularidad de la que bien puede considerarse que la sociedad contribuyente, legitimada para reclamar la devolución, simplemente no tuvo interés en ello o que, a pesar de conocer la existencia de una circunstancia que la habilitaría para estimar como no debidos los pagos realizados por concepto de la mencionada Tasa, simplemente optó por renunciar al derecho que tenía para reclamar la devolución, de manera que no planteó la controversia relativa a la juridicidad de los pagos realizados durante la vigencia de las normas que posteriormente fueron declaradas inconstitucionales. // Vale anotar que, ante la declaración de inexequibilidad dispuesta a través de la sentencia C-992 de 2001, la sociedad actora todavía contaba con la posibilidad de acudir al mencionado procedimiento en el término de cinco años a partir del pago…". No obstante, luego afirma que "*en el presente caso no puede hablarse de la configuración de una posible ineptitud sustantiva de la demanda, pues la realidad procesal es que en el expediente no se encuentra acreditada la existencia o consolidación de un daño antijurídico, para los efectos del correspondiente análisis de su imputación en el marco del juicio de responsabilidad patrimonial del Estado, a la par que la existencia de un acto administrativo como fuente del daño es una hipótesis que no tiene ocurrencia en el presente asunto*".

[63] En esa decisión aclararon el voto los consejeros Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Stella Conto Díaz del Castillo y Jaime Enrique Rodríguez Navas y lo salvó quien proyecta esta decisión. Es de anotar que el consejero Guillermo Sánchez Luque no suscribió la providencia por estar ausente con excusa.

[64] Todas con ponencia de la consejera Marta Nubia Velásquez Rico.

para resolver el presente asunto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo adopte una decisión sobre los siguientes puntos: i) la aptitud de la presente demanda de reparación directa; y ii) si el pago de la TESA efectuado por parte de la sociedad demandante constituyó o no un daño antijurídico. Por considerarlo pertinente para efectos de tomar una decisión sobre estos puntos, la Sala se pronunciará previamente sobre las relaciones que existen entre los juicios de legalidad, entendidos en sentido amplio, y aquellos que se adelantan en sede de responsabilidad del Estado a propósito de los daños supuestamente causados por normas o actos administrativos.

IV.2. Los juicios de legalidad y los de responsabilidad del Estado por daños causados por normas o actos administrativos

15. No hacen falta mayores elucubraciones para poner en evidencia que los juicios de legalidad entendidos en sentido amplio, esto es, comprendiendo por tales los de la constitucionalidad de la ley, como los de la legalidad de actos administrativos, tienen objetos distintos a los juicios de responsabilidad estatal. En efecto, mientras en los primeros se busca una decisión judicial en torno a la adecuación de una norma o acto al ordenamiento jurídico, pronunciamiento que tendrá efectos sobre su validez y eficacia, en los juicios de responsabilidad se pretende, en los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la reparación de un daño antijurídico imputable a una autoridad pública; diferenciación que es cierta aun para las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho pues en estos eventos el restablecimiento o reparación solicitado está supeditado a la constatación de la ilegalidad del acto y a la consecuente declaratoria de nulidad, de modo que, sin esta, aquél resulta improcedente[65]. Esta diferencia implica que los análisis que se realizan en uno y otro caso sean distintos (15.1), aunque tengan puntos de convergencia en los casos en los

[65] Se recuerda que tanto el artículo 85 del C.C.A como el 138 del C.P.A.C.A. consagran que "*toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica*" puede pedir, junto con la nulidad del acto administrativo, el restablecimiento de su derecho y la reparación del daño.

que se demanda la responsabilidad del Estado por los supuestos daños antijurídicos causados por normas declaradas ilegales -leyes inexequibles o actos administrativos declarados nulos- (15.2).

15.1. Así, mientras los juicios de legalidad se centran en la verificación, de manera abstracta, de la supuesta contrariedad existente entre las normas -para el juicio de constitucionalidad- o de si se verifica alguna de las causales de nulidad del acto -para los juicios de nulidad de actos administrativos-, con el fin de determinar la validez y vigencia de las normas o actos cuestionados, los de responsabilidad deben partir de la situación concreta del demandante y, particularmente, de la determinación de si se configura o no un daño antijurídico y, consecuentemente, si este resulta imputable a la autoridad pública demandada. De allí que, como lo haya sostenido la Sección Tercera, Subsección B, "*una eventual inconstitucionalidad* (…) *no siempre impone la obligación de reparar y* (…) *tampoco la impide, dada la independencia de la responsabilidad en cuanto medida de aplicación concreta, respecto de decisiones judiciales o administrativas de carácter general*"[66], conclusión que también sería predicable de la nulidad de un acto administrativo de carácter general, impersonal y abstracto, pues también allí habría que analizar si en el caso concreto se configura cada uno de los elementos estructurantes de la responsabilidad[67].

15.1.1. En otros términos, una decisión de inexequibilidad o de nulidad adoptada en sede de legalidad no podría considerarse como suficiente para fundar la responsabilidad del Estado por la expedición de la norma o acto declarado inexequible o nulo, pues en sede de reparación directa siempre será necesario verificar cada uno de los elementos estructurantes del juicio de responsabilidad: la existencia efectiva de un daño antijurídico y su imputabilidad a la demandada, análisis este último dentro del cual bien

[66] Sentencia de 29 de julio de 2013, *op. cit.*.
[67] Aunque es de anotar que, en estos casos, las pretensiones de reparación directa sólo son procedentes cuandoquiera que la causa del daño es, directamente, el acto administrativo de carácter general, pues si aquél se concretó en un acto de carácter particular, la vía idónea para solicitar su indemnización es la de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra este último.

pueden operar causales eximentes de responsabilidad.

15.2. Sin embargo, no puede perderse de vista que, en materia de responsabilidad del Estado, el estudio de la antijuridicidad del daño supuestamente causado por una norma o acto no puede adelantarse al margen del análisis sobre la legalidad de estos últimos. En estos casos el análisis de juridicidad o antijuridicidad del daño se edifica a partir del de legalidad o ilegalidad de la norma o acto que impone la carga (15.2.1), aunque no se identifica plenamente con él (15.2.2).

15.2.1. En efecto, teniendo en cuenta que un daño es antijurídico cuando se trata de una carga que el particular no estaba en la obligación jurídica de soportar, es innegable la relevancia que para el análisis de la antijuridicidad del daño causado por una norma o acto que no superó el juicio de legalidad, tiene lo decidido en este último. Esto es especialmente cierto en los casos en los que, como consecuencia del juicio de legalidad, la norma o el acto que impuso una obligación es sacado del ordenamiento, con efectos retroactivos, pues en estos eventos salta a la vista que, habiendo desaparecido por completo el fundamento jurídico directo de la carga impuesta, esta última constituiría un daño que la víctima no está en la obligación de soportar, es decir, se trataría de un típico daño antijurídico.

15.2.1.1. Dicha incidencia es más controvertida cuando se trata de sentencias de legalidad que, pese a poner en evidencia la contrariedad de la norma o acto con la norma superior, mantienen sus efectos temporalmente, como ocurre en las declaratorias de inexequibilidad con efectos hacia futuro. Sin embargo, allí también es indudable que estas decisiones son relevantes para el análisis que debe emprender el juez de la responsabilidad en torno a la antijuridicidad del daño. En efecto, como lo pone de presente el debate jurisprudencial que enfrenta a las tesis de la antijuridicidad como ausencia de soporte normativo válido y vigente y como incompatibilidad con la norma superior, en esos eventos el juez de la reparación debe determinar qué es lo que hace que la carga impuesta por una norma que no superó el juicio de legalidad sea de aquéllas que el

particular no tiene la obligación jurídica de soportar: el estar fundada en una norma declarada contraria a la superior o la decisión adoptada en torno a su vigencia.

15.2.1.2. En otros términos corresponde al juez de la responsabilidad aprehender, en clave de antijuridicidad, lo decidido por el juez de la legalidad, de modo que esta última decisión constituye un insumo que aquél no puede desconocer, al margen de la posición que adopte en relación con lo que en ese pronunciamiento sería determinante para establecer la antijuridicidad del daño cuya reparación se reclama: la mera constatación de la incompatibilidad normativa o, más bien, los efectos atribuidos a dicha constatación.

15.2.2. Ahora bien, la existencia de esta opción también evidencia que el análisis de juridicidad/antijuridicidad de un daño no es idéntico al de la legalidad/ilegalidad de la norma o acto que lo causaría pues, en realidad, el primero supone un paso lógico adicional, a saber, la adopción del criterio de antijuridicidad a partir del cual se aprehenden o califican las conclusiones del segundo. Así pues, aunque materialmente los dos juicios pueden ser coincidentes, dicha coincidencia es resultado de la decisión adoptada por el juez de la reparación directa sobre la manera de calificar, en términos de antijuridicidad, un juicio de legalidad que, si bien no puede ignorar o eludir, no lo determina completamente.

15.3. Realizadas estas precisiones la Sala procede a pronunciarse sobre la aptitud de la demanda presentada por la sociedad actora y, posteriormente, sobre el primer elemento del juicio de responsabilidad, esto es, el daño antijurídico.

IV.3. La aptitud de la presente demanda de reparación directa

16. Aunque es cierto que, como lo pusieron de presente varias de las decisiones judiciales proferidas en el marco de los denominados casos TESA, el ordenamiento jurídico consagra una vía procesal para solicitar la

devolución de lo pagado en exceso y lo indebidamente pagado por concepto de obligaciones aduaneras o tributarias -artículos 850 a 865 del Estatuto Tributario, reglamentados por el Decreto 1000 de 1997-, el hecho de que la sociedad actora no haya demostrado el haber acudido a ese mecanismo con el fin de obtener que la DIAN le devolviera lo pagado por concepto de la TESA no desvirtúa la aptitud sustantiva de la presente demanda de reparación directa interpuesta contra la Nación-Congreso de la República para obtener la indemnización del supuesto daño consistente en el pago de dicha tasa.

16.1. En efecto, al margen de la coincidencia material que puede darse sobre lo perseguido en uno y otro caso, lo cierto es que en el marco de la presente acción de reparación directa lo que se pretende no es, en estricto sentido, la devolución del impuesto que se considera pagado indebidamente, sino la indemnización de un supuesto daño antijurídico que, aunque se hace consistir en dicho pago, no se imputa a la entidad que lo recaudó, esto es, a la DIAN, que es aquélla ante quien habría podido hacer la reclamación tendiente a obtener su devolución, sino a la Nación-Congreso de la República, persona jurídica diferente[68] cuya declaratoria de responsabilidad bien puede perseguirse a través de la acción de reparación directa, al margen de su vocación de prosperidad.

16.2. En este sentido vale la pena recordar que, como lo indicó la Corte Constitucional al examinar la exequibilidad del artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, la interpretación de esta norma que es compatible con el artículo 90 superior es la que ha sido adoptada por el Consejo de Estado, a saber, aquélla según la cual "*dentro de los supuestos de procedencia de la acción de reparación directa se encuentran los hechos u omisiones imputables al Legislador*"[69], de modo que, si estimaba que el

[68] Se recuerda que, de conformidad con el artículo 1° del Decreto 1071 de 1999, la DIAN es una entidad del orden nacional con personería jurídica: *"La Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, estará organizada como una unidad administrativa especial del orden nacional de carácter eminentemente técnico y especializado, con personería jurídica, autonomía administrativa y presupuestal y con patrimonio propio, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público*".
[69] Sentencia C-038 de 2006, *op. cit.*

daño cuya reparación pretendía era imputable a este último, la sociedad actora estaba perfectamente legitimada para hacer valer dicha pretensión a través de la acción de reparación directa, medio de control que, como su nombre lo indica, puede incoarse sin necesidad de provocar el pronunciamiento previo de la administración.

16.3. Es necesario insistir en que, en observancia del principio de *decisión previa*, los particulares, en el marco de sus relaciones con el Estado, tienen el deber de acudir a la vía administrativa consagrada específicamente para obtener el reconocimiento de los derechos o prestaciones de los cuales se reputan titulares o beneficiarios, de modo que, si no lo hacen, la demanda que presenten ante la jurisdicción carecerá de aptitud sustantiva para ser tramitada, pues en estos casos el ordenamiento jurídico otorga a la administración el privilegio o la potestad de pronunciarse sobre el asunto antes de ser objeto de censura en un proceso judicial. Al respecto se ha dicho:

> *(…) ante la ausencia de pronunciamiento de la entidad administrativa, se impone el respeto por el privilegio de la decisión previa, según el cual, por regla general, la administración pública, a diferencia de los particulares, no puede ser llevada a juicio contencioso si previamente no se le ha solicitado por el administrado un pronunciamiento sobre la pretensión que se propone someter al juez. Así, la reclamación previa, que se opone al derecho de citación directa que tienen los demandantes en los procesos civiles, constituye un privilegio por cuanto le permite a la autoridad reconsiderar la decisión que se impugna; cuestión que también puede resultar ventajosa para el administrado, ya que es posible que mediante su gestión convenza a la administración y evite así un pleito*[70].[71]

16.4. No obstante, el objeto del mecanismo consagrado por el Estatuto Tributario para la devolución de tributos se circunscribe al análisis sobre si los mismos eran debidos o no o si fueron pagados en exceso o no, asunto que, aunque puede tener puntos de encuentro con el objeto litigioso

---

[70] [2] *BETANCUR JARAMILLO, Carlos, Derecho Procesal Administrativo, Señal Editora, Quinta edición, Medellín, 2000, página 170.*

[71] Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 12 de junio de 2012, rad. 25000-23-24-000-2012-00401-01(AC), C.P. Luis Rafael Vergara Quintero. En el mismo sentido, véase Sección Segunda, sentencia de 15 de septiembre de 2011, rad. 50001-23-31-000-2005-40528-01(0097-10), C.P. Gustavo Gómez Aranguren.

planteado en la acción de reparación directa, no coincide plenamente con él, en tanto que, como se explicó en el acápite anterior, esta última concierne un juicio de responsabilidad en el que debe analizarse además de la existencia de un daño antijurídico, su imputabilidad a la entidad demandada, de allí que no puede afirmarse que lo pretendido por la sociedad actora en la presente demanda de reparación directa, a saber, la declaratoria de responsabilidad de la Nación-Congreso de la República por la supuesta causación del daño antijurídico consistente en el pago de la TESA, hubiera podido ser analizada, en los mismos términos, en el procedimiento administrativo establecido para obtener que la DIAN devolviera lo cancelado por ese concepto o en la eventual acción de nulidad y restablecimiento del derecho al que el agotamiento de aquél habría dado lugar.

16.5. Ahora bien, lo dicho hasta aquí no es óbice para que en el análisis de la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador, el juez de la reparación directa tenga en cuenta la existencia de este mecanismo administrativo, pues bien podría ocurrir que en un caso en particular se encuentre que su ejercicio permitía revertir efectivamente el daño cuya reparación se pretende[72], hipótesis en la cual, estando abierta la posibilidad de acudir con éxito a dicha vía, el daño invocado no podría tenerse por cierto, o teniéndosele por tal, el mismo sería imputable no al hecho del legislador sino al de la misma víctima quien, a falta de haberlo agotado, determinó la perennidad de aquél.

IV.4. El juicio de responsabilidad. El daño en los términos del artículo 90 de la Constitución Política

[72] Circunstancia que no siempre se presenta pues en los casos en los que no hay razones para considerar que el pago fue indebido o en exceso y, sin embargo, se alega que constituyó un daño antijurídico, el mecanismo administrativo no tendría la virtualidad de permitir su reversión -piénsese en la hipótesis en la que se demande la responsabilidad del Estado por daño especial o en aquélla en la que, dados los efectos hacia futuro de la sentencia de inexequibilidad y lo consolidado de la situación de los demandantes, en los términos de la jurisprudencia de las Secciones Primera y Cuarta, tanto la vía administrativa como la eventual acción de nulidad y restablecimiento del derecho que le sucedería estarían avocadas al fracaso y, en consecuencia, serían inanes-.

17. Como se ha insistido ampliamente a lo largo de esta providencia, el juicio de responsabilidad del Estado por el hecho del legislador planteado por la sociedad actora supone que se analice, en un primer momento, la existencia de un daño que, en los términos del artículo 90 de la Constitución Política, debe tratarse de un daño antijurídico para que, consecuentemente, proceda el análisis de imputabilidad a la entidad demandada.

17.1. En el caso concreto se tiene que, de acuerdo con la sociedad actora, el pago de la TESA, consagrada por normas legales contrarias a la Constitución, como lo declaró la Corte Constitucional en la sentencia de inexequibilidad, constituyó un daño antijurídico. No obstante, la Sala advierte que, al margen de las dudas que puedan surgir en torno al hecho de que dicho pago constituya un daño personal y cierto (17.2), el mismo no sería una carga que la sociedad actora no tuviera la obligación jurídica de soportar, esto es, que constituyera un daño antijurídico a la luz de la tesis de antijuridicidad que, por las razones que se expondrán, se estima necesario asumir en los casos de daños causados por normas o actos administrativos que no superaron el juicio de legalidad (17.3), por lo tanto, no se configura el primer elemento del juicio de responsabilidad consagrado en el artículo 90 de la Constitución Política.

17.2. En efecto, aunque está acreditado que la sociedad actora efectivamente liquidó y pagó la TESA en declaraciones de importación presentadas ante diferentes autoridades aduaneras -supra párr. 7.1-, bien podría indicarse, como se ha hecho en el marco de la discusión a la que han dado lugar los denominados casos TESA, que dicha circunstancia no es suficiente para tener por acreditada la existencia de un daño personal y cierto toda vez que: i) a cambio de dichos pagos, las importadoras sí habrían recibido contrapartidas como serían los servicios que pretendían ser retribuidos por la tasa cancelada[73], a saber, los de carácter aduanero

[73] Así, por ejemplo, en las sentencias de la Subsección C de 24 de octubre de 2013, exp. 26690 y de 20 de octubre de 2014, exp. 29355, ambas con ponencia del consejero Jaime Orlando Santofimio Gamboa, se indicó que comoquiera que la sociedad demandante había cancelado la tasa "*se deduce que el servicio era prestado en atención a lo expuesto en el artículo 56 de la ley 633 de 2000. Por lo tanto, se colige del pago de esta tasa que efectivamente se prestó el servicio por parte del Estado*".

prestados por la DIAN[74] y que, en los términos del salvamento de voto formulado a la sentencia C-992 de 2001, estaban definidos en el Estatuto Aduanero –supra párr. 7.3-[75]; ii) la prueba de los pagos no demostraría por sí misma la afectación del patrimonio de quien los realizó dado que, por regla general, este tipo de erogaciones "*constituyen costos de la actividad económica que se trasladan*" al consumidor final[76]; iii) existiendo la posibilidad de obtener la devolución de lo pagado por concepto de la TESA a través de un mecanismo administrativo establecido exclusivamente para ello, la falta de prueba sobre su agotamiento infructuoso implicaría que el daño no fuera cierto[77]; y iv) dado que, como ocurre con todas las normas de

---

[74] Se recuerda que el artículo 56 de la Ley 633 prescribía: "*Créase una tasa especial como contraprestación por el costo de los servicios aduaneros prestados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales a los usuarios, que será equivalente al uno punto dos por ciento (1.2%) del valor FOB de los bienes objeto de importación*".

[75] Sin embargo, comoquiera que antes de la existencia de la tasa y después de la declaratoria de su inexequibilidad, dichos servicios fueron prestados sin que los importadores se vieran en la obligación de pagar una contraprestación particular por ellos, no puede desconocerse que, al cancelar la TESA, la sociedad actora tuvo que efectuar erogaciones por unos servicios por los que, normalmente, no habría sufragado valor alguno.

[76] Cfr. aclaración de voto de la consejera Stella Conto Díaz del Castillo a la sentencia de reemplazo proferida por el pleno de la Sección Tercera en el expediente 28486. Este planteamiento cambiaría sustancialmente las reglas probatorias asumidas por la Corporación en materia de acreditación del daño pues, hasta ahora, ha sido indiscutido que la prueba de un pago, como el realizado en este caso, es suficiente para tener por acreditado que el mismo causó un detrimento patrimonial. Aunque no puede desconocerse la pertinencia de adentrarse en un estudio como el sugerido por esta tesis, estudio que implicaría redefinir lo que constituye un detrimento patrimonial y la forma de acreditarlo, en el estado actual de la jurisprudencia de la Corporación no podría admitirse, a la luz de una regla de la experiencia escuetamente formulada, que pese a haber realizado un pago, esto es, una erogación económica, un demandante no sufrió menoscabo patrimonial alguno porque, dada su naturaleza de intermediario comercial, tenía la posibilidad de trasladar dicho costo a los consumidores finales, razonamiento que conlleva a restringir ampliamente la posibilidad que tendrían todos los intermediarios comerciales de acudir con éxito a la acción de reparación directa y que, adicionalmente, los avoca a allegar una suerte de prueba diabólica pues tendrían que demostrar que no trasladaron dicho pago a sus clientes -negación indefinida que, en los términos de la normativa probatoria, no requiere prueba porque, justamente, la misma es de difícil consecución- y, adicionalmente, que el no traslado del mismo no se reflejó en una ventaja económica equivalente -pues en el escenario de libre competencia el asumir un costo que los demás competidores tendrían la posibilidad de trasladar a los clientes constituye, sin lugar a dudas, una estrategia comercial a través de la cual se persiguen y obtienen réditos económicos-.

[77] Cfr. sentencia proferida por el pleno de la Sección Tercera en el expediente 28486, C.P. Marta Nubia Velázquez Rico, tesis que supone que en el marco del proceso administrativo de devolución de tributos consagrado por el Estatuto Tributario y, sucedáneamente, en el de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que se interpusiera contra el acto administrativo que le diera fin, la sociedad actora habría podido obtener la devolución efectiva del tributo, circunstancia que, como se ha puesto de presente en el debate planteado en torno a este caso y como lo muestran las decisiones adoptadas por esta

carácter tributario, el pago de la TESA no se causó única y exclusivamente por virtud de la ley que lo ordenó sino porque el contribuyente realizó la actuación constitutiva del supuesto de hecho previsto en la norma como generador del cobro, esto es, utilizó los servicios aduaneros en el marco de una actividad importadora en la que diligenció una declaración a través de la cual liquidó y pagó la TESA, el daño que este último pudo generar no fue causado directamente por la Nación-Congreso de la República[78].

17.3. No obstante, de admitirse que se trata de un daño personal y cierto, el invocado por la sociedad actora no es antijurídico a la luz del criterio de antijuridicidad que se estima necesario adoptar en los casos de daños causados por normas o actos administrativos que no superaron el juicio de legalidad, esto es, el que se funda en la validez y vigencia de la norma o acto y no en el vicio de inconstitucionalidad o ilegalidad que contenía. Este criterio se adopta con base en las siguientes consideraciones:

17.3.1. La que aquí se ha denominado tesis de la antijuridicidad como incompatibilidad con la norma superior se basa esencialmente en que "*nadie está obligado a soportar las consecuencias adversas de una norma que nació a la vida jurídica contrariando la Constitución, pues ello sería desdibujar el principio de la supremacía constitucional*", argumento que, en principio, parece contundente en virtud de lo loable de la filosofía que lo

---

Corporación en el marco de demandas de nulidad y restablecimiento del derecho interpuestas por estos hechos -al respecto pueden consultarse, entre muchas otras, las sentencias de la Sección Primera de 28 de mayo de 2009, exp. 2003-00806 y de 19 de mayo de 2014, exp. 2003-00037-, era cuando menos dudosa en los casos en los que los pagos se efectuaron antes de la expedición de la sentencia por la cual la Corte Constitucional declaró inexequibles las normas que consagraron la TESA.

[78] Argumento que, en realidad, no tiene que ver con la existencia efectiva de un daño sino con la imputabilidad del mismo. Lo anterior sin mencionar que, en un caso como el del *sub examine*, el hecho de que las normas legales que contemplaban la TESA no se aplicaran directamente sino cuando los importadores realizaban el supuesto de hecho por ella contemplado no significa que no sea ella quien imponga la carga pues quienes tenían por actividad comercial la importación de mercancías no podían sustraerse a la normativa que la regulaba y que, en este caso, incluía la liquidación y pago de una tasa, sin la cual no habrían podido obtener el levante de la mercancía, esto es, no habrían podido llevar a cabo su objeto económico. Tampoco podría afirmarse que, al realizar el recaudo de la TESA, fue la DIAN quien causó el supuesto daño antijurídico consistente en el pago de la misma pues en ese escenario la DIAN no hizo nada distinto a cumplir, en términos estrictos, lo ordenado en la ley, siendo esta la fuente directa de la obligación impuesta a los particulares.

inspira, esto es, la defensa de la Constitución y la necesidad de evitar a toda costa que los particulares se vean en la obligación de soportar cargas impuestas por normas incompatibles con aquella. No obstante, lo cierto es que, como lo ha considerado la misma Corte Constitucional[79] y como se desprende de lo consagrado en el artículo 45 de la Ley 270 de 1996, el ordenamiento jurídico admite que mantener la vigencia temporal de una ley declarada inexequible no es incompatible con dicha supremacía.

17.3.1.1. En ese sentido vale la pena recordar lo considerado por la misma Corte Constitucional -guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución, según el artículo 261 de esta última-, respecto de su potestad de modular los efectos de sus fallos de inexequibilidad[80]:

> *Esta modulación de los efectos temporales de los fallos es no sólo una práctica usual de los tribunales constitucionales sino que es una necesidad que deriva de su función específica de garantizar la supremacía de la Constitución y, al mismo tiempo, respetar otros principios y valores igualmente constitucionales, en especial, la libertad de configuración del Legislador, el principio democrático, la certeza jurídica y la conservación del derecho ordinario. Así, los tribunales constitucionales deben, de un lado, asegurar que la Constitución tenga una plena eficacia normativa y, por ende, deben promover la realización de los valores de justicia material contenidos en la Carta, puesto que la Constitución es no sólo una norma de suprema jerarquía sino además un orden de valores que pretende ser realizado (CP arts 2º y 4º). Por ello los tribunales constitucionales deben expulsar las normas de inferior jerarquía que desconozcan la Carta. Sin embargo, de otro lado, las normas constitucionales son por esencia abiertas y admiten múltiples desarrollos, los cuáles deben ser adoptados, en general, con base en el principio democrático, esto es, por la alternancia de las distintas mayorías que se suceden en la vida social y política y que, por los medios definidos por la Carta, adoptan en forma libre decisiones políticas y legislativas. Esto explica entonces que la interpretación constitucional busque también maximizar el respeto por el pluralismo y por la libertad política del Legislador en la configuración de las regulaciones de la vida en la sociedad.*
>
> *En tales circunstancias, el carácter abierto de las normas constitucionales, pero su indudable fuerza normativa, esto es que la Constitución debe ser aplicada, tiene como consecuencia metodológica que el tribunal constitucional pueda recurrir a diversos tipos de decisiones. Así, a veces el tribunal puede constatar que una disposición legal es contraria a la Carta, por lo cual no puede declararla constitucional sin matiz; sin embargo, una ponderación de los principios*

[79] Sentencia C-113 de 1993, *op. cit.*
[80] Sentencia C-221 de 29 de abril de 1997, MP. Alejandro Martínez Caballero.

anteriormente mencionados, puede llevar al juez constitucional a la convicción de que la expulsión pura y simple de esa disposición del ordenamiento puede conducir a una situación legal que es peor, desde el punto de vista de los valores constitucionales, ya sea por los vacíos que se pueden generar, ya sea porque la propia decisión del juez constitucional vulnera la libertad de configuración del Congreso. Se explica así la aparente paradoja de que la Corte constate la inconstitucionalidad material de una norma pero decida mantener su vigencia, ya que en estos casos resulta todavía más inconstitucional la expulsión de la disposición acusada del ordenamiento por los graves efectos que ella acarrea sobre otros principios constitucionales.

Como vemos, las fórmulas de constitucionalidad temporal -o lo que es lo mismo, las declaraciones de inconstitucionalidad |diferida- surgen entonces como un compromiso, dadas ciertas circunstancias fácticas y normativas, entre la fuerza normativa de la Constitución y el principio de libertad política del Legislador, por lo cual son perfectamente admisible en el ordenamiento constitucional colombiano. Esta modulación de los efectos temporales de los fallos encuentra sustento no sólo en la función específica de la Corte sino, además, en el tenor literal de la propia Constitución[81]. En efecto, la Carta no ha establecido que la Corte esté atrapada en el dilema de mantener en forma permanente una norma en el ordenamiento (declaración de constitucionalidad) o retirarla en su integridad (sentencia de inexequibilidad), puesto que simplemente ha establecido que a la Corte compete decidir sobre la constitucionalidad de los actos normativos sujetos a su control (CP 241). Por consiguiente, al decidir sobre la constitucionalidad de tales disposiciones, la Corte debe adoptar la modalidad de sentencia que mejor le permita asegurar la guarda de la integridad y supremacía de la Carta, dentro del mayor respeto por la libertad de configuración del legislativo y la búsqueda del mayor equilibrio entre la seguridad jurídica y la realización efectiva de los valores y derechos contenidos en la Constitución.

17.3.1.2. En estos términos resulta claro que el mismo ordenamiento jurídico prevé que normas declaradas inconstitucionales sean, temporalmente, de obligatorio cumplimiento para los particulares, sin que ello implique menoscabo del principio de supremacía de la Constitución pues, en realidad, es un efecto de la realización de principios y valores constitucionales. Así pues, no le asiste razón a la tesis de la antijuridicidad como incompatibilidad con la norma superior cuando señala que hay una incoherencia lógica entre admitir que la declaratoria de inexequibilidad hace desaparecer la norma del ordenamiento y, al mismo tiempo, consolida las situaciones causadas con anterioridad pues, en realidad, lo que significa la declaratoria de inexequibilidad con efectos hacia futuro es que si bien la norma tenía un vicio de inconstitucionalidad, es constitucional mantener su

[81] [22] Ver, entre otras, las sentencias C-113/93 y C-109/95.

vigencia -y, por ende, su obligatoriedad- entre su expedición y dicha declaratoria, de donde se deriva que durante ese período existía la obligación jurídica de asumir las cargas por ella impuesta[82].

17.3.1.3. Aunque es cierto que el ideal de todo sistema jurídico piramidal es que las normas inferiores sean conformes con las superiores, a falta de un control previo y obligatorio de constitucionalidad y/o legalidad, es imposible garantizar que ese siempre sea el caso, menos aún si se tiene en cuenta que la determinación de la conformidad de una norma con otra es un ejercicio interpretativo en el que no es raro que se llegue a conclusiones disímiles. Es en esta perspectiva que debe entenderse la conclusión según la cual una norma declarada contraria a la Constitución puede, sin embargo, mantener efectos en el ordenamiento, pues ella se funda en la realidad de que, ante la imposibilidad de controlar *a priori* toda la producción normativa, el juicio de compatibilidad, *a posteriori*, debe compadecerse de los efectos causados por la norma, de modo que la decisión que se adopta sobre la constitucionalidad de la norma lleva implícita una decisión sobre la constitucionalidad de sus efectos.

17.3.1.4. Así las cosas, el argumento en que se funda la tesis de la antijuridicidad como contrariedad con las normas superiores pierde su contundencia pues, si el ordenamiento admite que normas declaradas inconstitucionales sean, sin embargo, de obligatorio cumplimiento entre el momento de su expedición y aquel de la declaratoria de inexequibilidad, esto es, que impongan cargas a los particulares durante dicho período, la conclusión según la cual "*nadie está obligado a soportar las consecuencias adversas de una norma que nació a la vida jurídica contrariando la Constitución*" no aparece ya como indiscutible, independientemente de que

[82] Lo cual excluye el que se aplique la excepción de inconstitucionalidad de la norma respecto de situaciones acaecidas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad pues, como lo sostuvo la Sección Tercera en la sentencia de 26 de noviembre de 2002, exp. 20945, antes citada, "*la decisión sobre los efectos de un fallo de constitucionalidad* (…) *también tiene efectos de cosa juzgada erga omnes, de manera que no están facultadas las autoridades de la República para aplicar la excepción de inconstitucionalidad respecto de una norma determinada, cuando la misma ha sido declarada inexequible por la Corte y el fallo respectivo tiene efectos hacia el futuro".*

se considere que la declaratoria de inexequibilidad pone de manifiesto la existencia de una falla del servicio o no. En este punto vale la pena recordar que, de acuerdo con el cambio de perspectiva operado por la Constitución de 1991, lo determinante en materia de responsabilidad no es la conducta de la autoridad que causó un daño, sino la antijuridicidad de este último y éste se define al margen de la consideración sobre la existencia de una falla del servicio.

17.3.2. La tesis de la antijuridicidad como incompatibilidad con la norma superior también señala que es posible distinguir la cuestión de la vigencia de una norma de aquella de la responsabilidad patrimonial a que pueda dar lugar su aplicación. Según esta tesis, una declaratoria de inexequibilidad con efectos hacia futuro o diferidos en el tiempo sólo permitiría determinar si debe resurgir la vigencia de normas derogadas por el ordenamiento inexequible o ilegal y si deben protegerse o no situaciones jurídicas consolidadas, pero no tendría incidencia alguna para efectos de determinar si los daños causados por la ley declarada inexequible eran deberes que los particulares estaban en la obligación de soportar, esto es, si constituyen o no daños antijurídicos.

17.3.2.1. No obstante, la Sala advierte que en la medida en que, como se explicó, la cuestión de la vigencia de una ley lleva implícita la de su obligatoriedad –de ahí que, al resolverse este asunto, pueda determinarse si es esa norma la que deba aplicarse o si resurgen las derogadas y si las situaciones por ella amparadas están consolidadas o no-, no es coherente afirmar que, de acuerdo con el ordenamiento jurídico, la norma, a pesar de su inconstitucionalidad, mantuvo su vigencia entre su expedición y la declaratoria de inexequibilidad, esto es, que durante ese período era obligatoria para los particulares y, al mismo tiempo, que por virtud de dicha inconstitucionalidad estos no tenían el deber de soportar las cargas por ella impuesta[83].

[83] Cosa distinta ocurre en los casos en los que se alega la existencia de un daño especial pues en esos eventos no se discute ni la validez ni la obligatoriedad de la norma que se invoca como fuente del daño.

17.3.2.2. Al respecto es importante señalar que las mismas razones que llevan a que nuestro ordenamiento jurídico haya establecido como regla el que las declaratorias de inconstitucionalidad tengan efectos hacia el futuro y sólo excepcionalmente hacia el pasado, sugieren que la definición de la antijuridicidad de un daño causado por una ley declarada inexequible sea ligada a los efectos fijados para dicha declaratoria y no a la constatación de su inconformidad con la Constitución. Efectivamente, si la fijación de los efectos hacia futuro o diferidos busca garantizar la seguridad jurídica, esto es, la estabilidad de las relaciones jurídicas que se fundaron y regularon por el cuerpo normativo entonces vigente -circunstancia que, se reitera, no vulnera el principio de supremacía de la Constitución sino que, al contrario, lo garantiza, tal como lo ha considerado la misma Corte Constitucional-, no hay razones para que la protección de dicha seguridad jurídica se circunscriba a la cuestión de la vigencia de la norma y deje de lado aquella relativa a las cargas por ella impuestas.

17.3.2.3. En otros términos, si se acepta que la consideración del principio de seguridad jurídica sólo tiene efectos para determinar si una norma está vigente o no pero que, en últimas, nada tiene que ver con el deber de los particulares de soportar las cargas impuestas -pues este asunto se definiría a partir de la contrariedad de la norma con el ordenamiento-, se vaciaría una parte esencial de su contenido.

17.3.3. Ahora bien, aunque uno de los argumentos en los cuales se apoya la tesis de la antijuridicidad como contrariedad con las normas superiores consiste en que el juicio de responsabilidad por los daños antijurídicos de una norma declarada inexequible no puede quedar atado a los efectos que la Corte Constitucional le haya dado a su fallo, por cuanto no es competencia de esta última determinar la antijuridicidad de que habla el artículo 90 de la Constitución para efectos de la reparación, lo cierto es que, como se explicó en el acápite IV.2, en el análisis de la antijuridicidad de un daño supuestamente causado por una norma o acto administrativo declarado inexequible o nulo, el juez de la responsabilidad del Estado no podría dejar de considerar la decisión proferida en el juicio de legalidad de

dicha norma o acto, al margen de la posición que adopte en relación con lo que en ese pronunciamiento sería determinante para establecer dicha antijuridicidad.

17.3.3.1. En ese sentido basta recordar que la tesis de la antijuridicidad como contrariedad con las normas superiores también ata el juicio de responsabilidad del Estado por los daños causados por una ley declarada inconstitucional a la sentencia de inexequibilidad, al dar por sentado que esta última pondría en evidencia una falla del servicio que necesariamente causaría un daño antijurídico; razonamiento que, dicho sea de paso, sugiere que la declaratoria de inexequibilidad de una ley puede dar lugar a comprometer la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador de manera casi automática, en tanto no insiste en la necesidad de que se acredite cada uno de los elementos estructurantes del juicio de responsabilidad.

17.3.3.2. Teniendo claro entonces que, en todo caso, la decisión adoptada sobre la inexequibilidad de la ley o la nulidad del acto administrativo supuestamente causante de un daño es relevante en el análisis que debe adelantar el juez de la responsabilidad del Estado sobre la antijuridicidad de este último, la Sala considera que el criterio de antijuridicidad que mejor se acompasa con el ordenamiento jurídico es aquél que se funda en los efectos de la sentencia proferida en sede de legalidad y no en la constatación que ésta realizó sobre la contrariedad de la norma o acto con las normas superiores.

17.3.3.3. Lo anterior por cuanto, al estimar que los efectos del fallo de inexequibilidad de la Corte Constitucional no deben tener incidencia alguna a la hora de determinar la antijuridicidad de los daños causados por leyes inexequibles, la tesis de la antijuridicidad como incompatibilidad con la norma superior sugiere que, a pesar de existir un pronunciamiento expreso por parte de la autoridad que establece la interpretación de la Constitución aplicable erga omnes, la cual concierne no sólo a la decisión misma sino a sus efectos, el juez de lo contencioso administrativo podría realizar un juicio

de conformidad paralelo y, en virtud del mismo, establecer que, sin importar lo considerado por la Corte, es incompatible con la Constitución el que los particulares deban soportar las cargas impuestas por una ley declarada inexequible. Lo anterior equivale a aceptar que, a pesar de existir un pronunciamiento por parte de la autoridad en la materia, subsistan en el ordenamiento dos interpretaciones sobre la obligatoriedad de una ley inconstitucional –la de la Corte Constitucional que mantuvo su vigencia entre su expedición y la declaratoria de inexequibilidad y la del juez de la responsabilidad del Estado que concluiría que las cargas por ella impuesta no son obligatorias-.

17.3.3.4. Por el contrario, al tener en cuenta tanto la declaratoria de inexequibilidad como los efectos de la misma a la hora de determinar la antijuridicidad de daños causados por normas declaradas inconstitucionales, el criterio de antijuridicidad que se funda en los efectos de la sentencia de inexequibilidad compatibiliza mejor las decisiones del juez de la responsabilidad con las de la autoridad judicial expresamente establecida para juzgar la constitucionalidad de la ley y, al hacerlo, garantiza la unidad del ordenamiento y la seguridad jurídica, principios cuya importancia no puede demeritarse.

17.4. Por todo lo expuesto la Sala concluye que la sociedad actora no demostró que al haber pagado la tasa especial aduanera consagrada por los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000 durante el tiempo en que estuvieron vigentes, sufrió un daño en los términos del artículo 90 de la Constitución Política y, en consecuencia, hay lugar a revocar la sentencia de primera instancia para denegar las pretensiones de la demanda.

V. Costas

18. El artículo 55 de la Ley 446 de 1998 establece que se condenará en costas a la parte que hubiere actuado en forma temeraria. En el presente caso la Sala no observa comportamiento temerario en las actuaciones procesales de los intervinientes dentro del presente trámite, razón por la

cual no se condenará en costas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

REVOCAR la sentencia de 27 de julio de 2004, proferida por la Sala de Descongestión de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. En su lugar se dispone:

PRIMERO: DENEGAR las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al tribunal de origen para lo de su competencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Vicepresidente

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Magistrada

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Magistrada

STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO
Magistrada

MILTON CHAVES GARCÍA
Magistrado

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Magistrada

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ
Magistrada

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ
Magistrado

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ
Magistrado

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ
Magistrada

MARÍA ADRIANA MARÍN
Magistrada

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Magistrado

CÉSAR PALOMINO CORTÉS
Magistrado

JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ
Magistrado

CARMELO PERDOMO CUÉTER
Magistrado

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ
Magistrado

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
Magistrado

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Magistrado

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Magistrado

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ
Magistrado

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Magistrado

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS
Magistrado

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS
Magistrado

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
Magistrado

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO
Magistrada

ALBERTO YEPES BARREIRO
Magistrado

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA
Magistrado

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS CONSEJEROS GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE, STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO, MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ, OSWALDO GIRALDO LÓPEZ, CÉSAR PALOMINO CORTÉS, JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ, ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS Y CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

Bogotá D. C., trece (13) de marzo de dos mil dieciocho (2018).

Radicación número: 25000-23-26-000-2003-00208-01 (28769) (IJ)

Actor: MERCEDES BENZ COLOMBIA S.A.

Demandado: NACIÓN-CONGRESO DE LA REPÚBLICA

La sentencia del 13 de marzo de 2018 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo negó las pretensiones.

1. La administración detenta el denominado “privilegio de lo previo”, que más que una prerrogativa a favor de la administración, debe ser entendido como un mecanismo a favor del ciudadano, pues está concebido para evitar en lo posible la controversia judicial. En caso de negativa o ante el silencio de la administración, la persona podrá acudir a la jurisdicción a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Así, si un precepto no observa los principios para la creación de un tributo o desatiende uno de los presupuestos de procedimiento fijados en la Constitución o sustantivos para su correcta aplicación y así lo define la Corte Constitucional, el contribuyente afectado, si desea reclamar, debe acudir primero ante la administración quien está dotada de la facultad de tomar decisiones ejecutivas, sin intervención judicial previa.

En efecto, en el ámbito tributario, los procedimientos para determinar la obligación inician con la actuación del sujeto pasivo, mediante la autoliquidación del tributo a través de un formato de declaración, por tal motivo, una vez declarada inexequible la ley que consagró el tributo, es a la administración a la que le corresponde

reconocer los pagos de lo no debido, previa solicitud del interesado mediante el procedimiento dispuesto en el Título X del Libro V del Estatuto Tributario.

En otras palabras, de la sola ley no se deriva una obligación para el contribuyente, sino que se requiere que este realice el hecho que genera el pago de la tasa y si por virtud de la declaratoria de inexequibilidad de la norma que la crea, se entiende que no se ha causado la obligación pagada, el contribuyente debe reclamar el pago de lo no debido a la administración.

Si la administración se opone o se abstiene de resolver la solicitud de devolución del pago de lo no debido, el administrado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la declaratoria de nulidad del acto administrativo y el restablecimiento del derecho por el cobro de un tributo carente de fundamento jurídico.

Por tal motivo cuando una ley, y esto es la regla general, requiere para su materialización efectiva la aplicación por la Rama Ejecutiva, es ésta y no el legislador, la llamada a asumir los daños antijurídicos que llegare a generar. Ello, en modo alguno, supone negar la responsabilidad por el hecho de la ley, pero esta debe ser -por principio- excepcional, pues siempre la legislación para su efectiva aplicación requerirá de la intervención de la administración[84].

En tal virtud, la demanda deberá dirigirse contra la entidad de la administración de impuestos que sea competente, no solo porque es la encargada de la recaudación efectiva (art. 189.20), sino además porque los proyectos de ley en materia tributaria son de iniciativa privativa del gobierno (art 154 CN).

2. En el caso de la TESA, el artículo 56 del Estatuto Tributario facultó a la DIAN para fijar los mecanismos de control para garantizar el pago de la tasa, así como la forma y los plazos para el pago. A su vez, el artículo 57 otorgó las competencias de investigación, determinación, discusión y cobro de la tasa.

[84] Cfr. Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia de 25 de agosto de 1998. Rad. IJ001

Justamente para ejercer competencias, la DIAN expidió la Resolución n.º 0029 del 2 de enero de 2001, que en el artículo 2 estableció que la TESA se liquidaría en la respectiva declaración de importación, al momento de la legalización de la mercancía.

3. La sociedad demandante pretende la devolución de lo pagado durante el tiempo en que estuvo vigente la tasa especial por servicios aduaneros- TESA, con ocasión de la declaratoria de inexequibilidad de los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000, según la sentencia C-992 de 2001.

En cuanto a lo pagado indebidamente o en exceso por concepto de obligaciones tributarias o aduaneras, el ordenamiento jurídico prevé un procedimiento administrativo que culmina con la expedición de un acto administrativo.

En efecto, el artículo 850 del Estatuto Tributario establece que los contribuyentes o responsables pueden solicitar la devolución de saldo a favor y que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales deberá devolver oportunamente a los contribuyentes los pagos de lo no debido, por concepto de obligaciones tributarias y aduaneras, cualquiera que fuere el concepto del pago, en aplicación del procedimiento previsto para las devoluciones de los saldos a favor consagrado en el Título X de esa normativa.

En armonía con este procedimiento, el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo (norma vigente para la fecha de interposición de la demanda), dispone que el medio control procedente es el de nulidad y restablecimiento del derecho para pedir la nulidad de un acto administrativo, para solicitar la reparación del daño causado con dicho acto o para pedir la modificación de una obligación fiscal o la devolución de lo que se pagó indebidamente.

De ahí que la sociedad demandante debió pedir la devolución de lo indebidamente pagado con ocasión de la declaratoria de inexequibilidad del cobro la TESA, con fundamento en las disposiciones referidas del Estatuto Tributario y, en caso de obtener respuesta negativa o silencio de la Administración, demandar el acto administrativo desfavorable en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, vigente para la época.

Lo anterior, por cuanto el contencioso de restablecimiento o nulidad resarcitoria tiene por finalidad asegurar la regularidad de la actuación administrativa y la protección de un derecho subjetivo vulnerado por el acto y, como ya se indicó, no hay lugar a reclamar directamente ante la jurisdicción un derecho, cuando no se ha reclamado previamente ante la administración.

En tal virtud, en este caso se configuró la ineptitud sustantiva de la demanda, pues la sociedad demandante interpuso el medio de control de reparación directa con el propósito de obtener la devolución de lo pagado indebidamente, sin obtener el pronunciamiento previo de la administración, el cual una vez emitido, debió discutirse vía nulidad y restablecimiento del derecho. Por ello, la Sala debió declararse inhibida para conocer de las pretensiones de la demanda.

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO **MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ**

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ **CÉSAR PALOMINO CORTÉS**

JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ **ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS**

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA