SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / REVISIÓN EVENTUAL EN ACCIÓN DE GRUPO / NULIDAD DE ACTOS ADMINISTRATIVOS DE CONTENIDO GENERAL – Tesis en cuanto a sus efectos

Dos principales tesis han acompañado a esta discusión, la primera que aboga por los efectos hacia el pasado de la sentencia de nulidad, los llamados efectos ex tunc, y los que consideran que dicha decisión sólo afecta al porvenir, pues sólo puede predicarse hacia el futuro, es decir, sus efectos son ex nunc. La aparente divergencia de estas tesis, más allá de la imperante que se inclina por los efectos ex tunc, se debe a la forma cómo se aborde el asunto, en tanto los efectos hacia el pasado se miran desde el acto mismo nulo ab initio, mientras los efectos hacia el futuro se miran desde la seguridad jurídica que se deriva de la existencia de una situación jurídica individual o concreta consolidada que debe protegerse

PAGO DE LA CONTRIBUCIÓN PARAFISCAL – Consolidación

La manera como los tributos comienzan a regir está determinada en la Constitución Política. Prevé en el artículo 338 que las contribuciones sólo pueden aplicarse a partir del período que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley, ordenanza o acuerdo y aunque la carga tributaria es un deber necesario para la sociedad, constitucionalmente la competencia para su creación recae en el Congreso en forma principal, y en las asambleas departamentales y en los concejos (distritales o municipales) en el nivel territorial pero sometidos a la ley, como lo denota el artículo 338 de la Constitución Política

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 338

NOTA DE RELATORÍA: Sobre los efectos de los fallos de inexequibilidad y nulidad ver Sentencia de 6 de diciembre de 1996. Sección Cuarta. Expediente 7945 y Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicación: 66001-23-31-000-2004-00832-01(AG). C.P. (E): Mauricio Fajardo Gómez

PAGO DE TRIBUTO EXPEDIDO CON FUNDAMENTO EN ACTO GENERAL DECLARADO NULO – Inexistencia de daño antijurídico / DAÑO INDEMNIZABLE – Característica

[P]ara determinar la existencia del daño antijurídico, devenido de la declaratoria de nulidad del acto general, conforme a las voces del artículo 90 constitucional se debe determinar si el daño que dice padeció el demandante puede ser calificado de antijurídico y superado este predicado, el operador debe determinar si es imputable o no a la autoridad accionada. De tal suerte que conforme a la naturaleza resarcitoria de la acción de grupo es el daño antijurídico probado su fuente de prosperidad. De antaño y a partir de la Constitución Política de 1991, al consagrar el artículo 90, la jurisprudencia se ha dado a la tarea de determinar el concepto y sus alcances, al punto de que al no contar con una definición positivizada, apeló incluso a las normativas de otros países, encontrándose que en la Constitución Española sí se consagra un significado, consistente en “la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho”; o también se ha entendido como el daño que se produce a una persona a pesar de que “el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de ´causales de justificación´”. Una primera característica que debe tenerse en cuenta es que esa cualificación tradicional del daño puro y simple, cierto y personal, matizado con el predicamento de antijurídico implica entonces que aquél que se soporta, excusa o justifica en la ley o en el

derecho es jurídico y, por ende, no es de aquellos indemnizables por vía del artículo 90 superior. Tampoco lo serán los que se encuentran dentro de la licitud sino "el deber de reparación patrimonial [solo lo originan] aquellos daños que exceden los límites jurídicos que garantizan los derechos e imponen obligaciones exigibles a todas las personas que viven en determinada sociedad. Se ve, entonces, como la concepción del daño antijurídico, desde esa perspectiva, no solamente resulta acorde con los principios de eficiencia de la función pública y efectividad de los derechos (artículos 228 y 2º de la Constitución), sino también confluye con los principios de igualdad frente a las cargas públicas y solidaridad, que constituyen las piezas angulares del Estado Social de Derecho (artículos 1º y 13 de la Carta). Ahora bien, esta característica del daño antijurídico resulta especialmente relevante en aquellas limitaciones impuestas por el Estado al ejercicio de los derechos reconocidos y garantizados por las normas jurídicas, en tanto que solamente pueden originar su responsabilidad patrimonial aquellas restricciones que "'**superan** la normal tolerancia" o que impiden el goce normal y adecuado del derecho'". La segunda característica para que el daño sea indemnizable se encuentra en el hecho de establecer que solamente resultan antijurídicas las lesiones causadas por el Estado a los derechos de las personas que no surgen de su anuencia, aceptación o que son propiciadas por ellos mismos. No se trata de identificar el concepto de daño antijurídico con la causal de exoneración de responsabilidad que rompe la imputación por el hecho o culpa exclusiva de la víctima; se trata de entender que el Estado no puede indemnizar los daños cuya fuente de indemnización no es objeto de protección jurídica, en tanto que su origen es inconstitucional, ilegal o contraria al principio de buena fe que debe regular todas las actuaciones de los particulares y del Estado (artículo 83 de la Constitución). En otras palabras, así el daño cuya reparación se pretende pudiese ser causado de manera directa y eficiente por el Estado, no puede ser indemnizado si fue propiciado, auspiciado, avalado u originado con la actuación u omisión de quien lo reclama, en tanto que el ordenamiento jurídico solamente protege las actuaciones legales y legítimas de los particulares. (…) Siendo el argumento de mayor calado e importancia el de la inexistencia de daño antijurídico, toda vez que no todo daño es indemnizable y este caso lo es menos, por cuanto, la antijuridicidad que debía aparejarlo no se advierte, en tanto no solo el cobro, el pago y el recaudo gozaron de la presunción de legalidad mientras tuvo existencia y validez el acto de creación por parte del Gobierno Nacional, sino que es innegable que al tratarse de pagos parafiscales, las accionantes, por regla general, gozaron de beneficios como los servicios educacionales y de aprendizaje que presta el SENA.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 83 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 1 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 13 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 228

PRINCIPIO DE ROGACIÓN – Carga para activar derecho de ser reembolsado / PAGO POR NULIDAD DEL ACTO CREADOR DE LA CARGA – No es indebido

En nuestro derecho tributario, la regla general y la tendencia generalizada es la imposición del principio de rogación como carga para efectos de activar el derecho de ser reembolsado, de ahí que cuando se está frente al pago de lo no debido -en el entendido que no se debían cuando fueron efectuados- se requiere solicitar a la administración la devolución quien responderá mediante acto administrativo, pero es innegable, como bien lo refiere Cassagne que éste no cobija la situación del reembolso del pago por nulidad del acto creador de la carga fiscal, porque en este caso, éstos pagos no son indebidos, porque responden al cumplimiento de un

deber, así que para obtener la devolución será necesaria la impugnación del acto, la protesta o la reclamación del acto, en tanto entre administración y contribuyente nace una relación jurídico-administrativa

FUENTE FORMAL: ESTATUTO TRIBUTARIO – ARTÍCULO 850 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 145 / LEY 472 DE 1998

VOCACIÓN RESARCITORIA DE LA ACCIÓN DE GRUPO – Relación con imputabilidad del daño antijurídico

[L]a vocación resarcitoria de la acción de grupo descansa en la imputabilidad material y jurídica del daño antijurídico y es que como bien lo argumentaron el SENA y el ICBF, tan solo cumplieron la función accesoria de recaudo y destinación específica que la autoridad administrativa jerárquica le impuso, es decir, que actuaron en cumplimiento de sus deberes y competencias legales, sin que esa conducta sea antijurídica y menos resultaba imputable a las accionadas, con el actuar de las actoras porque siendo la contribución un asunto tributario omitieron incoar la decisión previa ante la administración, en tanto contaban, como quedó visto con el mecanismo o 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, circunstancia que impedía tener certeza sobre la consolidación del 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". Por ello se requiere para predicar la responsabilidad patrimonial del Estado de la imputabilidad del daño antijurídico. (…) La sola declaratoria de ilegalidad como causación material del daño antijurídico llevaría a obviar la circunstancia sine qua non de que sea jurídicamente atribuible a la administración y a ingresar al tema de la responsabilidad eminentemente objetiva y no al de la falla. (…) En conclusión, los daños que pudieron padecer los demandantes con la vigencia del aporte parafiscal no resultan antijurídicos, y como es este elemento el que estructura la vocación indemnizatoria y resarcitoria de la administración, se impone la improsperidad de las pretensiones devenidas de la acción de grupo

FUENTE FORMAL: ESTATUTO TRIBUTARIO – ARTÍCULO 850 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 145 / LEY 472 DE 1998

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SALA CUARTA ESPECIAL DE DECISIÓN

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá D.C., cuatro (4) de diciembre de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 66001-33-31-002-2007-00107-01(AG)REV-SU

Actor: CONTRIBUIR EMPRESARIAL CTA Y OTROS

Demandado: MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL Y OTROS

REVISIÓN EVENTUAL EN ACCIÓN DE GRUPO

FALLO

Decide la Sala la solicitud de Revisión Eventual (art. 11 Ley 1285 de 2009) presentada por el **MINISTERIO PÚBLICO**, el **INSTITUTO DE BIENESTAR FAMILIAR** (en adelante ICBF) y el **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE** (en adelante SENA) contra la sentencia de 29 de abril de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda dentro del proceso de Acción de Grupo que interpusieron varias Cooperativas de Trabajo Asociado, contra el **MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL**, el **SENA** y el **ICBF**.

I. ANTECEDENTES DE LA ACCIÓN DE GRUPO

1.1. La demanda

Las siguientes Cooperativas de Trabajo Asociado: Gestionando, Contribuir Empresarial, Servicios Técnicos Sertec Ltda, Managro, Trabajadores Asociados Independientes, Multiplicadora de Servicios Multriser, Cooptextil, Gestioncoop, Ofercoop, Profesionales de la Salud Medicoop, Cootraviterbo, Agrocorte, Serviya, Cootravir Ltda., Procaña, Matecaña, Coomnes Empresarial, Familia Coo, Serviempaque y Emprendedores, presentaron demanda en ejercicio de la acción de grupo contra el **MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL**, el **SENA** y el **ICBF** para que se les declarara administrativamente responsables de la totalidad de los perjuicios causados por "la falla en el servicio de la función pública en que incurrió y/o el daño antijurídico causado" reflejado en el detrimento patrimonial que les produjo el pago de aportes parafiscales entre el 1 de enero de 2005 y el 12 de octubre de 2006, en tanto la norma sustento de la imposición, esto es, el aparte "y contribuciones especiales al SENA, ICBF y Cajas de Compensación", contenida en el artículo 1 del Decreto 2996 de 2004 "**por el cual señalan algunos requisitos que deben contener los estatutos y reglamentos de las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado"** fue declarado nulo mediante sentencia del Consejo de Estado de 12 de octubre de 2006. Como consecuencia de la nulidad de este aparte

solicitan que se ordene a las entidades demandadas reintegrarles, a título de daño emergente, los valores que pagaron por concepto de contribuciones especiales entre el 1 de enero de 2005 al 12 de octubre de 2006, junto con los intereses comerciales y moratorios; y que asimismo, se condene a las demandadas al pago de las costas y de las agencias en derecho (fls. 244 a 275 Cd. 1-1).

1.2. Hechos

1.2.1. El Decreto 2879 de 7 de septiembre de 2004, derogado por el Decreto 2996 de 16 de septiembre de 2004 que entró en vigencia el 1 de enero de 2005, dispuso para las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado la obligación de pagar contribuciones especiales al SENA e ICBF.

1.2.2. La Sección Cuarta del Consejo de Estado mediante sentencia de 12 de octubre de 2006[1], declaró la nulidad de la expresión "…y contribuciones especiales al SENA, ICBF y Cajas de Compensación Familiar" contenida en el artículo 1 del Decreto 2996 de 2004.

1.2.3. Por lo tanto, al carecer la carga impositiva de sustento normativo que le otorgue validez, el pago que realizaron de esa contribución generó enriquecimiento injustificado a favor del SENA y del ICBF.

1.2.4. El trámite y decisión de **primera instancia** estuvo a cargo del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Pereira, quien vinculó al Ministerio de la Protección Social y a las entidades demandadas. Mediante sentencia de 19 de diciembre de 2008 declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva con respecto al Ministerio de la Protección Social; declaró administrativamente responsable al SENA y al ICBF por el daño antijurídico sufrido por las cooperativas y precooperativas demandantes en razón del pago de lo no debido de los aportes parafiscales ordenados por el Decreto 2996 de 2004, efectuados entre el 1 de enero de 2005 -fecha de la entrada en vigencia del decreto anulado- y el 12 de octubre de 2006 -fecha en que se profirió la sentencia de nulidad-. Ordenó a las entidades SENA e ICBF indemnizarlas con el pago de $23.495'889.763,53 y de $35.243'834.645,30, respectivamente. Previno, por un lado, a las cooperativas y pre-cooperativas de trabajo asociado ausentes en el

[1] Expediente No. 11001-03-25-000-2004-00187-01, Actor: Ximena Rojas Rodríguez, M.P. Ligia López Díaz.

proceso, pero que se hallen en igual situación que las demandantes, para que se acojan a la sentencia dentro de los 20 días siguientes a su publicación; y por otro lado, a las entidades condenadas, para que envíen la relación de pagos efectuados por cooperativas y pre-cooperativas que no ameriten devolución y solicitar la exclusión o rebaja de la indemnización. Condenó a las demandadas al pago de la indexación de las sumas debidas mediante el ajuste al IPC y al de las costas (fls. 574 a 645 Cd. 1-3).

El fallo del juez a quo indicó que ante la declaratoria de nulidad parcial del artículo 1 del Decreto 2996 de 2004[2], recobró vigencia el Decreto 2879 de 2004[3] que dispuso los eventos en los cuales las cooperativas y pre -cooperativas deben hacer aportes parafiscales.

Además, explicó que la jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado ha sostenido que son ex tunc los efectos del fallo de nulidad, es decir, retroactivos, lo que significa que al desaparecer el acto administrativo del ordenamiento jurídico, las cosas vuelven al estado anterior, como si dicho acto nunca hubiera existido, y por ende, en el caso que se discute conllevaría la devolución a los contribuyentes de lo cancelado o pagado en forma indebida.

1.2.5. La **segunda instancia** correspondió al **Tribunal Administrativo de Risaralda**, quien resolvió los recursos de apelación presentados por la parte actora y por las dos entidades condenadas (SENA e ICBF). Mediante sentencia de 29 de abril de 2009, entre otras decisiones que adoptó, confirmó el fallo de primera instancia y corrigió el error mecanográfico del numeral segundo de la parte resolutiva en cuanto al período de vigencia de la contribución parafiscal, pues el juzgado a quo se refirió al año “1005”, en vez del año 2005.

Explicó los eventos en los cuales procede la acción de grupo, así como los efectos indemnizatorios que se causan con la declaratoria de nulidad parcial del acto administrativo general Decreto 2996 de 2004, de la cual a su vez se predican efectos hacia el pasado.

---

[2] “Por el cual señalan algunos requisitos que deben contener los estatutos y reglamentos de las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado”.
[3] “Por el cual se adoptan medidas para controlar la evasión y elusión de aportes parafiscales y se dictan disposiciones en materia de Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado, Empresas Asociativas de Trabajo”.

El tribunal ad quem determinó que la fuente de la obligación se derivó de la declaratoria de **nulidad parcial del Decreto 2996 de 2004 contenida en la sentencia de 12 de octubre de 2006 proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado**, así que los pagos efectuados con base en ese decreto anulado perdieron el amparo legal del cual gozaba antes, por lo cual devienen en pagos de lo no debido. Por tanto, la pretensión es resarcitoria únicamente frente al acto administrativo ilegal declarado nulo, que fue el directo generador de daño antijurídico. Consideró que la acción de grupo al ser una acción principal, no puede ser excluida ante la existencia de una acción ordinaria, que las condiciones uniformes del grupo fueron acreditadas a partir de la causa originaria del daño y consiste en el pago de los aportes parafiscales que se les impuso a las demandantes.

Criticó al juez a quo por haber considerado que recobraba vigencia el Decreto 2789 de 2004, pues este no guarda relación con la materia objeto de debate, toda vez que el reclamo indemnizatorio se circunscribe exclusivamente a lo que tiene que ver con las contribuciones parafiscales previstas en el Decreto 2996 de 2004, razón por la cual la vigencia que recobra el Decreto 2789 de 2004 es una consideración impertinente para analizar.

En sintonía con el fallo de primera instancia sostuvo que la declaratoria de nulidad parcial del artículo 1 del Decreto 2996 de 2004 implica, según la regla general, que por los efectos ex tunc, el acto anulado desapareció desde cuando surgió a la vida, siendo excepción a esta regla que únicamente las situaciones consolidadas al momento de la anulación del acto administrativo, es decir, aquellas que fueron debatidas y decididas por la jurisdicción e hicieron tránsito a cosa juzgada, quedan a salvo.

Afirmó que el caso en cuestión, encaja en la regla general, de los efectos ex tunc, porque los pagos hechos en cumplimiento a la normativa anulada carecen de sustento legal y al no poderse acoger la tesis de que el pago de las contribuciones pueda entenderse como una situación consolidada, se genera para quien pagó la contribución, un daño antijurídico que debe ser indemnizado mediante la condena a reintegrar el valor, por incurrirse en pago de lo no debido. Invocó la sentencia de 13 de marzo de 2003, proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado dentro del radicado No.

250002327000200011560 1 (13336), M.P. Ligia López Díaz, y concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil que no identificó.

Confirmó la cuantificación de la indemnización de perjuicios que hiciera el juez a quo, en tanto consideró que está soportada en la relación que anexó al proceso el SENA, sobre los montos de los aportes parafiscales que efectuaron las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado durante la vigencia del artículo 1 del Decreto 2996 de 2004, cuantificación esta que igualmente sirve para la condena contra el ICBF por cuanto tienen origen en la misma norma y toda vez que el ICBF, a pesar de ser requerido por el juez, no aportó relación de pagos (fls. 777 a 814 Cd. 8).

La Magistrada del Tribunal de Risaralda Durfay Carvajal Castañeda salvó parcialmente el voto al no estar de acuerdo con la decisión de indemnizar a la parte del grupo que concurra luego de fallado el caso, porque frente a los últimos ha operado la caducidad de la respectiva acción indemnizatoria. Además, porque tal posibilidad viola el principio de consolidación jurídica en materia tributaria y desconoce "la certidumbre jurídica de dicha consolidación en favor de la entidad… demandada" (fls. 815 a 817 Cd. 8).

II. Solicitudes de revisión

2.1. La petición del Ministerio Público

El **Ministerio Público** solicitó se seleccionara para revisión esta sentencia "…ante la importancia jurídica del tema, la defensa del patrimonio público dada su enorme cuantía y el no compartir las decisiones adoptadas…" (fl. 819 Cd. 8).

2.2. La petición del ICBF

El **ICBF**, mediante apoderada, solicitó la revisión de la sentencia para que esta sea revocada por considerarla contraria a la ley y violatoria de los intereses institucionales. Como soporte a la solicitud, en síntesis, indicó lo siguiente:

2.2.1 La obligación de aporte de contribuciones implica que el gravado parafiscalmente no pueda eximirse del pago. Además, según las voces del artículo 29 del Decreto 111 de 1996 o Estatuto Orgánico del

Presupuesto, el aporte parafiscal es manejado, administrado y ejecutado exclusivamente en la forma dispuesta en la ley de su creación. Así, los aportes parafiscales al ICBF están a cargo de los empleadores cuando ocupen uno o más trabajadores permanentes, como lo consagra el art. 2 de la Ley 27 de 1994, los artículos 39-4 y 40 de la Ley 7 de 1979, el Decreto Reglamentario 2388 de 1979 y el artículo 1 de la Ley 89 de 1988. El Decreto 2996 de 2004 reiteró la obligación del pago los aportes al SENA, ICBF y a las Cajas de Compensación Familiar por parte de la cooperativas y pre-cooperativas de trabajo asociado, en cumplimiento del principio de solidaridad.

2.2.2. El Decreto 2996 de 2004 como acto general que es, gozó de plena vigencia y aplicación desde su expedición y publicación, gracias a la presunción de legalidad que lo cobijaba y fue obligatorio, en el aparte que interesa a este proceso, hasta el día que fue anulado por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, de conformidad con el artículo 66 del C.C.A.

Citó el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de 23 de agosto de 2005 (radicado 1.672) en el que se explicó que el examen de legalidad o constitucionalidad del acto administrativo es determinado con fundamento en el cumplimiento de las exigencias que debieron observarse al momento de su expedición, así que cuando se declara la nulidad, esta se produce desde el momento en que la sentencia queda ejecutoriada, sin que afecte situaciones consolidadas o los derechos reconocidos bajo el amparo de la disposición anulada.
Ello por cuanto debe distinguirse entre el juzgamiento de la legalidad del acto administrativo general y el juzgamiento de los actos individuales o particulares producidos con apoyo en el acto general y durante su vigencia que son intangibles, al ser situaciones jurídicas consolidadas o derechos adquiridos que han de ser garantizados y que gozan de presunción de legalidad y, frente a los cuales, debe primar la concesión de seguridad jurídica. Sobre este último punto mencionó la sentencia T-284 de 1999 de la Corte Constitucional.

También invocó sentencias de la Sección Cuarta del Consejo de Estado de 16 de junio de 2005 (sin referencia) y de 19 de enero de 2000 (Radicado 10581-01), en las que se especificó que la sentencia que declara la nulidad del acto general afecta las situaciones particulares que no se encuentren consolidadas, es decir, que al

momento de producirse el fallo de nulidad se debatían o eran susceptibles de debatirse ante las autoridades administrativas o ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y sobre las cuales no ha operado la cosa juzgada prevista en el artículo 175 de la Constitución Política.

2.2.3. Concluyó que los efectos causados en vigencia del Decreto 2996 de 2004 son irreversibles y, por tanto, la sentencia proferida es contraria a las disposiciones legales y a la jurisprudencia "ya que por regla general los efectos de la declaratoria de nulidad son futuros y sobre situaciones no consolidadas" (fol. 758 cdno. 8). Además, concluyó que las solicitudes de devolución de los aportes pagados durante la vigencia del decreto anulado no resultan procedentes, porque deben respetarse las situaciones consolidadas.

Para apoyar este razonamiento citó sentencia de la Sección Tercera de 5 de julio de 2006 (sin otra referencia) en la que se consideró que la nulidad del acto general no restablece automáticamente el derecho del particular "por cuanto cada determinación de alcance particular que haya adoptado la Administración mantiene su presunción de legalidad, la cual solo puede ser desvirtuada por sentencia judicial y a través de las acciones creadas al efecto" (fol. 761 cdno. 8). En la sentencia de 10 de febrero de 2005 de la Sección Tercera, en acción de cumplimiento (Radicado 2004-0464), dijo el actor que se trató de situación similar en la que unas EPS pretendían el reintegro de unos impuestos pagados durante la vigencia de una ley que luego fue declarada inexequible. En esa oportunidad se resaltó la obligatoriedad de la norma sin importar su jerarquía porque se presumió que la norma puesta en vigor por el funcionario competente se ajusta a la Constitución.

2.2.4. De conformidad con el artículo 64 del C.C.A. los actos administrativos en firme son ejecutables inmediatamente. Por otra parte, el artículo 66 ibídem establece que los actos administrativos pierden su fuerza ejecutoria, entre otros eventos, cuando desaparecen los fundamentos de hecho y de derecho en que se sustentan, así que la declaratoria de inexequibilidad o de nulidad conllevan la pérdida de fuerza ejecutoria del acto. Ocurrido el decaimiento, esta circunstancia impide que el acto siga produciendo efectos hacia el futuro, pero en nada afecta los que válidamente se hayan producido con anterioridad. Trae como base el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de

12 de junio de 2003 (radicado 1491) en el que se dijo “el decaimiento del acto administrativo significa que éste deviene en inejecutable por cuanto los factores de hecho o las normas que existían al momento de su expedición y por ende le sirvieron de fundamento, ya no subsisten”.

Advirtió que la pérdida de fuerza ejecutoria opera de pleno derecho por disposición del artículo 66 del C.C.A., pero como hay procesos coactivos en curso que tienen de título base los actos administrativos inejecutables, se requiere un pronunciamiento por la administración a fin de cesar la ejecución. Pero esta situación no se configuró cuando las cooperativas efectuaron los pagos del aporte basadas en la obligación legal.

Citó la sentencia de la Sección Tercera de 27 de septiembre de 2006 (sin otra referencia) que consideró que la pérdida de fuerza ejecutoria por la desaparición, por inexequibilidad, de su fundamento legal no conlleva la nulidad de los actos administrativos que la desarrollen, sino únicamente el decaimiento a futuro “por lo tanto, tales actos, aunque sin posibilidad de continuar siendo ejecutados, aún hacen parte del ordenamiento jurídico y solo podrán ser expulsados del mismo mediando la declaratoria de su nulidad, a través de sentencia judicial… la jurisdicción contencioso administrativa puede revisar la legalidad de un acto administrativo cuando su fundamento normativo ha sido objeto de una declaratoria de inconstitucionalidad, en atención a que dicho acto nació a la vida jurídica cobijado por la presunción de legalidad y a que los efectos de su decaimiento son ex nunc o a futuro”.

Para el caso concreto, los efectos del decaimiento del acto administrativo (Decreto 2996 de 2004) son a futuro a menos que la sentencia que declara la nulidad hubiera modulado en el tiempo los efectos del fallo.

2.2.5. Concluyó de los precedentes jurisprudenciales lo siguiente:

- Es imposible la devolución de los aportes pagados con anterioridad a la declaratoria de nulidad parcial del Decreto 2996 de 2004, por cuanto este gozó de la presunción de legalidad, por ende, acceder a las devoluciones vulneraría el principio de seguridad jurídica.

- Las entidades gravadas no estaban exentas del pago de aportes parafiscales, el cual tuvo como sustento la expedición y entrada en vigencia del Decreto 2996 de 2004, concretamente su artículo 1 y hasta tanto estuvo vigente, es decir, hasta 30 de octubre de 2006, fecha en que quedó ejecutoriada la sentencia de nulidad del Consejo de Estado. Sólo es viable la devolución de aportes pagados con posterioridad al 30 de octubre de 2006.

- Los efectos del fallo del Consejo de Estado que declaró la nulidad parcial del artículo 1 del Decreto 2996 de 2004 son ex nunc o a futuro, así que no es posible hacer la devolución de los aportes con retroactividad a la fecha en que quedó ejecutoriada la sentencia.

2.2.6. Criticó el fallo de primera instancia y la actuación procesal surtida con anterioridad, en cuanto al ICBF no se le solicitó certificar en forma discriminada el monto de los aportes parafiscales recibidos por cada cooperativa demandante, como sí se requirió del SENA (fols. 754 a 768 cdno. 8.).

2.3. **La solicitud del SENA**

El **SENA**, mediante apoderado solicitó la revisión eventual de la sentencia. Sustentó la solicitud en los argumentos que a continuación se sintetizan:

2.3.1. Los aportes parafiscales al SENA obedecieron al cumplimiento de un deber legal, contenido en la Ley 21 de 1982 y en el Decreto 2996 de 2004. Esta última normativa en su artículo 1 tuvo plena vigencia y legalidad hasta su declaratoria de nulidad parcial mediante la sentencia referida, así que no es de recibo la solicitud de devolución retroactiva de los aportes parafiscales realizados entre el 1 de enero de 2005 y el 12 de octubre de 2006 como lo ordenó la sentencia objeto de revisión dictada dentro de la acción de grupo incoaron las cooperativas de trabajo asociado.

2.3.2. Las cooperativas de trabajo asociado nunca han estado exentas del pago de aportes parafiscales porque incluso antes de la expedición del Decreto 2996 de 2004 la carga fiscal era imponible con respecto a quien tuviera trabajadores vinculados por contrato laboral. Solo que con el Decreto 2996 de 2004 se incluyó la carga o deber legal con respecto al sujeto activo cooperativas de trabajo asociado.

2.3.3. El deber legal del pago parafiscal hace imposible la devolución de pagos realizados con anterioridad a la declaratoria de nulidad parcial del Decreto 2996 de 2004, ya que éste acto impositivo se presumía legal. Lo contrario vulneraría la seguridad jurídica, más aún cuando el fallo de nulidad tiene efectos ex nunc o a futuro (fls. 769 a 772 cdno. 8).

III. De la selección del caso concreto

Con auto de 28 de julio de 2011, la Sección Quinta escogió para revisión la sentencia proferida el 29 de abril de 2009 por el Tribunal Administrativo de Risaralda dentro de la acción de grupo referida, por reunir los presupuestos para su selección[4] (fls. 939 a 966 cdno. 8).
Las consideraciones que llevaron a seleccionar para revisión la sentencia referida se sustentan en lo siguiente:

a) los efectos en el tiempo de los fallos de nulidad sobre actos administrativos de contenido general; b) la inexistencia de nulidad consecuencial o ex oficio de los actos de contenido particular expedidos con base en aquél; c) la inmutabilidad de las situaciones consolidadas, pues el tema se ha tornado confuso en aspectos como el presente en que la obligación tributaria fue impuesta mediante decreto reglamentario y el aparte que fijaba la exacción para las cooperativas y precooperativas de Trabajo Asociado fue anulado por la Sección Cuarta mediante sentencia de 12 de octubre de 2006; d) el tema de la consolidación del pago de la contribución parafiscal, toda vez que es un pago por instalamentos o períodos mensuales por estar ligado al pago de la "nómina" y frente al cual no se advierte precedente jurisprudencial; e) Otro asunto a ser dilucidado alude a la existencia o inexistencia de puntos en común entre los **efectos** de los fallos de nulidad dictados por el Consejo de Estado y los fallos de inexequibilidad dictados por la Corte Constitucional; f) Así mismo debe establecerse la causa del daño antijurídico en aquellos casos en que la norma sustento de su causación y recaudo es declarada nula y la determinación del momento a partir del cual se contaría el término de caducidad de la acción respectiva. Por último se debe definir el título

[4] Los presupuestos de viabilidad de la selección de una sentencia para una eventual revisión consisten en que: (i) la solicitud de revisión se formule oportunamente, (ii) la petición provenga de alguna de las partes o del Ministerio Público, (iii) la solicitud se sustente, (iv) la providencia que se pretende revisar ponga fin al proceso, (v) la providencia haya sido dictada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, y (vi) la finalidad de la selección sea unificar la jurisprudencia.

jurídico de imputación y sus presupuestos, en tanto el caso que ocupa la atención de la Sala es inusual porque el Gobierno Nacional, por medio de acto administrativo, implementó cargas fiscales, competencia que constitucional y legalmente reside en el Congreso, en las Asambleas Departamentales y en los Concejos Municipales.

IV. CONSIDERACIONES

4.1. Competencia

Decide la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, a través de la Sala Cuarta Especial de Decisión, la revisión eventual frente a la sentencia de 29 de abril de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda dentro de la Acción de Grupo interpuesta por varias Cooperativas de Trabajo Asociado contra el Ministerio de la Protección Social, el SENA y el ICBF.

El Consejo de Estado en su Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en cabeza de la Sala Cuarta Especial de Decisión, es competente para decidir la revisión eventual contra las sentencias de los Tribunales Administrativos, de conformidad con lo estipulado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009 (modificatorio del artículo 36A de la Ley 270 de 1998) y con el Acuerdo 0117 de 12 de octubre de 2010, que adicionó el artículo 13 del Reglamento del Consejo de Estado contenido en el Acuerdo No. 58 de 1999 (modificado, entre otros, por el Acuerdo 321 de 2014) y modificado por el Acuerdo 078 de 24 de abril de 2018, que en su artículo primero indicó: “Adiciónase el artículo 2º del Acuerdo 321 de 2014, con un numeral 4, el cual quedará así: ‘4. Las revisiones eventuales en materia de acciones populares y de grupo que a la fecha de entrada en vigencia del presente acuerdo estén pendientes de decisión por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, las cuales quedarán asignadas a la respectiva Sala Especial de Decisión a la que pertenezca el ponente, en los términos de este Acuerdo’”.

4.2. Límites de la revisión eventual

Los puntos a tratar en esta revisión fueron determinados en el auto que dispuso la selección y fueron: a) los efectos, en el tiempo, de los fallos de nulidad sobre actos administrativos de contenido general, la inexistencia de nulidad consecuencial o ex oficio de los actos de

contenido particular expedidos con base en aquel y la inmutabilidad de las situaciones consolidadas; b) la consolidación del pago de la contribución parafiscal, debido a que su pago por instalamentos o períodos mensuales; c) los efectos de los fallos de nulidad dictados por el Consejo de Estado frente a los fallos de inexequibilidad dictados por la Corte Constitucional; d) la causa del daño antijurídico en aquellos casos en que la norma sustento de su causación y recaudo es declarada nula y a partir de qué momento operaría el término de caducidad de la acción respectiva, para así dejar claro el título jurídico de imputación y sus presupuestos.

Previamente a pronunciarse sobre los temas objetos de revisión, la Sala Especial de Decisión hará unos breves comentarios al mecanismo de revisión eventual.

4.3. Precisiones sobre el Mecanismo Eventual de Revisión

Al cobrar pleno vigor la competencia para conocer y decidir las acciones de grupo conforme lo dispuesto en el artículo 51[5] de la Ley 472 del 5 de agosto de 1998 "Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones", cuando comenzaron a operar los juzgados administrativos, el Consejo de Estado cesó en su competencia transitoria como juez de segunda instancia de esta clase de procesos, la cual quedó radicada en el Tribunal Administrativo.

Tal situación motivó que se impulsara la aprobación por el Congreso de la República, del proyecto de ley estatutaria No. 023/06 Senado y No. 286/07 Cámara, "Por medio del cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia", que luego se convirtió en la Ley 1285 del 22 de enero de 2009, entre cuyos propósitos principales estuvo implementar un mecanismo judicial para que el Consejo de Estado conservara competencia vía revisión para

---

[5] *Este precepto dispone: "**Artículo 51. Competencia.** De las acciones de grupo conocerán en primera instancia los jueces administrativos y los jueces civiles de circuito. En segunda instancia la competencia corresponderá a la sección primera del Tribunal Contencioso Administrativo o a la Sala Civil del Tribunal del Distrito Judicial al que pertenezca el juez de primera instancia.*
Será competente el juez del lugar de ocurrencia de los hechos o el del domicilio del demandado o demandante, a elección de éste. Cuando por los hechos sean varios los jueces competentes, conocerá a prevención el juez ante el cual se hubiere presentado la demanda.
PARÁGRAFO. Hasta tanto entren en funcionamiento, los Juzgados Administrativos, de las acciones de grupo interpuestas ante la jurisdicción contencioso administrativa conocerán en primera instancia los Tribunales Contencioso Administrativos y en segunda instancia el Consejo de Estado.". (Subraya la Sala Plena)

sentar criterios unificadores sobre el alcance de los derechos colectivos y en las acciones de grupo.

Así, con la entrada en vigencia de la Ley 1285 del 22 de enero de 2009 “Por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia”, se implementó el novedoso Mecanismo de Revisión Eventual de acciones populares y de grupo. Su consagración figura, más exactamente, en el artículo 11, mediante el cual se adicionó a la Ley 270 de 1996 el artículo 36A, que dispone:

> “Artículo 11.- Apruébase como artículo nuevo de la Ley 270 de 1996, el artículo 36A, que formará parte del Capítulo Relativo a la organización de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el cual tendrá el siguiente texto:
>
> > ‘Artículo 36A. Del mecanismo de revisión eventual en las acciones populares y de grupo y de la regulación de los recursos extraordinarios.
> >
> > En su condición de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, a petición de parte o del Ministerio Público, el Consejo de Estado, a través de sus Secciones, en los asuntos que correspondan a las acciones populares o de grupo podrá seleccionar, para su eventual revisión, las sentencias o las demás providencias que determinen la finalización o el archivo del respectivo proceso, proferidas por los Tribunales Administrativos, con el fin de unificar la jurisprudencia.
> >
> > La petición de parte o del Ministerio Público deberá formularse dentro de los ocho (8) días siguientes a la notificación de la sentencia o providencia con la cual se ponga fin al respectivo proceso; los Tribunales Administrativos, dentro del término perentorio de ocho (8) días, contados a partir de la radicación de la petición, deberán remitir, con destino a la correspondiente Sala, Sección o Subsección del Consejo de Estado, el expediente dentro del cual se haya proferido la respectiva sentencia o el auto que disponga o genere la terminación del proceso, para que dentro del término máximo de tres (3) meses, a partir de su recibo, la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo resuelva sobre la selección, o no, de cada una de tales providencias para su eventual revisión. Cuando se decida sobre la no escogencia de una determinada providencia, cualquiera de las partes o el Ministerio Público podrán insistir acerca de su selección para eventual revisión, dentro del término de cinco (5) días siguientes a la notificación de aquella. (…)’”.

Este mecanismo, en el texto que finalmente aprobó el Congreso tenía por fin (a) unificar la jurisprudencia, (b) asegurar la protección de los derechos constitucionales fundamentales y (c) ejercer el control de legalidad respecto de los fallos correspondientes. No obstante, quedó

reducido al primero de ellos, por así haberlo dispuesto la Corte Constitucional en su sentencia C-713 del 15 de julio de 2008[6].

Reconoció que el Consejo de Estado, en "su condición de Tribunal Supremo se proyecta, en esencia, desde una perspectiva de orden sistémico para integrar y unificar la jurisprudencia en lo que concierne a dicha jurisdicción, en el marco de la Constitución y la ley", a través de lo cual se procura, también, garantizar la seguridad jurídica y el principio de igualdad, de modo que sentadas las respectivas directrices jurisprudenciales, los demás operadores jurídicos, en especial los adscritos a esta especialidad de la Rama Jurisdiccional, sigan tales precisiones, lo que desde una óptica práctica resulta bastante útil porque ha hecho carrera entre los actores populares la formulación de un número importante de acciones populares y de grupo basadas en una misma temática, pero presentadas ante distintos despachos judiciales.

Pues bien, como el propósito del nuevo Mecanismo de Revisión Eventual es la unificación de la jurisprudencia, el Consejo de Estado en una aproximación al manejo de la nueva figura jurídica consideró[7] que los temas objeto de análisis debían ser aquellos fundamentales en la adopción de la decisión y enunció, sin ánimo restrictivo, algunas hipótesis habilitantes que posibilitan la escogencia de una decisión para revisión: a) tratamiento diverso por las secciones del Consejo de Estado de un mismo tema por la jurisprudencia del Consejo de Estado; b) cuando existan diferentes formas de aplicar e interpretar un tema, bien por falta de claridad o vacío normativo; c) cuando la materia carezca de posición jurisprudencial consolidada y d) ante la inexistencia de desarrollo jurisprudencial del tema.

Siguiendo la filosofía que llevó a la creación de la figura: unificar jurisprudencia, es claro que la revisión eventual no es una instancia

---

[6] En lo pertinente dispuso el fallo de la Corte Constitucional: "**Décimo segundo**: Declarar **INEXEQUIBLE** las expresiones "de oficio o", "de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo o", "o Subsecciones, con sujeción a los criterios que establezca el reglamento de la Corporación", "asegurar la protección de los derechos constitucionales fundamentales o ejercer control de legalidad respecto de los fallos correspondientes. Al efectuar la revisión se decidirá sin las limitaciones propias de los recursos." del inciso1° del artículo 11 del proyecto de ley estatutaria No. 023 de 2006 Senado y No. 286 de 2007 Cámara, "por la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia", y **EXEQUIBLE** el resto del mismo inciso en el entendido de que es una competencia adicional y que en ningún caso impide interponer la acción de tutela contra la sentencia objeto de revisión, la decisión de no selección o la decisión que resuelva definitivamente la revisión. (…)"

[7] Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 14 de julio de 2009. Expediente: 20001-23-31-000-2007-00244-01 (IJ) AG. Actor: Gladys Alvarado Acosta y otros. Demandado: Municipio de Chiriguaná. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

dentro de las acciones populares y de grupo. Adicionalmente, la competencia del juez de la revisión eventual está entonces limitada a la finalidad de unificar y consolidar la tesis jurisprudencial que constituya la directriz o parámetro bajo el cual ha de asumirse la interpretación y el alcance ya del derecho colectivo que se pide proteger ante determinada situación fáctica, ya cuando existe daño antijurídico indemnizable.

Pueden suceder dos hipótesis luego de haberse seleccionado para revisión la providencia, la primera, que al conocer la motivación de la providencia revisada no se encuentre contradicción con la jurisprudencia del Consejo de Estado, siendo necesario declarar impróspera la solicitud de revisión eventual. La segunda, que en efecto la sentencia de Tribunal no se haya allanado a los parámetros jurisprudenciales del Consejo de Estado; o bien, que los pronunciamientos del Consejo de Estado, a pesar de recaer sobre el mismo tema, hayan sido disímiles; o que el Consejo de Estado nunca se haya pronunciado sobre el tema.

En esta segunda hipótesis, el Consejo de Estado a fin de mantener la univocidad de la jurisprudencia de lo Contencioso Administrativo analizará los temas que deben ser objeto de unificación y consolidación a partir de su propia jurisprudencia y si concluye que esos temas unificados afectan gravemente al fallo del Tribunal, tornándolo en injusto, procederá a dejarlo sin efectos, reabre el proceso ya concluido, vuelve a considerar el litigio, elimina los errores contra jurisprudencia en los que incurrió el fallo revisado y profiere una nueva decisión.

Por eso en una primera etapa, el Consejo de Estado como operador de la revisión eventual ausculta el motivo de revisión en estricta comparación con su jurisprudencia y su relación de causalidad con la decisión objeto de revisión, para así determinar si el pronunciamiento hubiera sido diferente; pero ha de tenerse claro que en esta etapa **nunca** puede ni debe abordar el estudio sobre toda la materia litigiosa de la instancia porque está en la llamada fase iudicium rescindens, en la cual está limitado por un análisis objetivo en el que solo concurren: la contrariedad con la jurisprudencia del Alto Tribunal y, la comprobación de si el pronunciamiento es injusto. Si esta etapa no es favorable al revisionista, al Consejo de Estado está vedado entrar a la segunda etapa (iudicium rescissorium) en la cual su competencia

como juez de la revisión se abre para volver sobre la materia litigiosa con todos sus elementos: hechos, derecho, pruebas y alegaciones.

4.4. Del caso concreto

Las cooperativas y pre-cooperativas que demandaron en acción de grupo, salieron avante tanto en primera como en segunda instancia en su pretensión indemnizatoria de recuperar las sumas que pagaron por concepto de aportes parafiscales al SENA y al ICBF, una vez fue declarado nulo el Decreto 2996 de 2004 “por el cual señalan algunos requisitos que deben contener los estatutos y reglamentos de las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado” en el aparte que les impuso tal carga. Por su parte las entidades condenadas a tal reintegro: el SENA y el ICBF reclaman vía revisión eventual del fallo del Tribunal de Risaralda, que se verifique la jurisprudencia en torno a determinar si existe daño antijurídico respecto de cargas impositivas pagadas por los sujetos pasivos de estas, atendiendo a disposición normativa que en su momento era plenamente aplicable y obligaba.

El Decreto 2996 de 2004 es un acto administrativo de carácter general y ciertamente acerca del tema de la incidencia de su anulación en relación con su acatamiento por los sujetos obligados, durante la época en que rigió, no existe tesis jurisprudencial unificada por parte del Consejo de Estado que defina si padecieron daño antijurídico y por ende indemnizable.

La conclusión que adoptará el Consejo de Estado tendrá como referente la posición mayoritaria de su jurisprudencia sobre los efectos ex tunc de la sentencia de nulidad que recae sobre el acto general, avalada de antaño por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; aunque sin desconocer que, excepcionalmente, al interior de algunas de sus secciones ha habido pronunciamientos en pro de los efectos ex nunc, no necesariamente contrarios, porque están válidamente motivados en la necesidad de proteger la situación jurídica concreta, como se explicará a lo largo de este análisis.

Desarrollarla impone el examen de las siguientes materias:

4.4.1. Efectos de la nulidad de actos administrativos de contenido general

Aparejado al tema de los efectos del fallo que anula el acto general se verán en forma concurrente los aspectos de la inexistencia de nulidad consecuencial de los actos de contenido particular expedidos con base en acto general y la inmutabilidad de las situaciones consolidadas.

Dos principales tesis han acompañado a esta discusión, la primera que aboga por los efectos hacia el pasado de la sentencia de nulidad, los llamados efectos ex tunc, y los que consideran que dicha decisión sólo afecta al porvenir, pues sólo puede predicarse hacia el futuro, es decir, sus efectos son ex nunc.
La aparente divergencia de estas tesis, más allá de la imperante que se inclina por los efectos ex tunc, se debe a la forma cómo se aborde el asunto, en tanto los efectos hacia el pasado se miran desde el acto mismo nulo ab initio, mientras los efectos hacia el futuro se miran desde la seguridad jurídica que se deriva de la existencia de una situación jurídica individual o concreta consolidada que debe protegerse.

Ambas tesis en su teleología son razonables, sólo que se insiste en que parten de puntos diferentes, pero complementarios como se verá a lo largo de este análisis.

La tesis de los efectos ex tunc ha sido sostenida tanto por la Sección Cuarta[8], aunque con algunos excepcionales pronunciamiento de efectos ex nunc, como por la Sala Plena del Consejo de Estado[9] que ha sido unívoca en su pensamiento.

En esas condiciones, se considera que la unificación más adecuada, de cara a lo expuesto, es indicar que ambas tesis son complementarias, como lo ha esbozado la Sección Cuarta desde la siguiente consideración: “El fallo de nulidad de un acto de carácter general no afecta situaciones consolidadas, esto quiere decir, que sus efectos ex nunc, pero sí afecta las no consolidadas, lo que significa que en este caso sus efectos son ex tunc, por ello la sentencia de

---

[8] Véanse sentencias de 16 de junio de 2005, exp, 14311, C.P. María Inés Ortiz Barbosa; sentencia de 9 de marzo de 2006, exp. AC-01458 C.P. Ligia López Díaz; de 25 de septiembre de 2006, exp. 15304, C.P. María Inés Ortiz Barbosa; de 21 de noviembre de 2007, exp. 16294, C.P. Ligia López Díaz; de 7 de febrero de 2008, exp 15443 C.P. Juan Ángel Palacio Hincapié; 26 de junio de 2008, exp, 16405 C.P. Ligia López Díaz.
[9] Entre otras, véanse sentencia de 4 de marzo de 2003, exp IJ-030 C.P. Manuel Santiago Urueta Ayola y sentencia de 14 de agosto de 2006, Sala Especial Transitoria de Decisión 2C, exp. 2000-00537-01, C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

nulidad en relación con estos últimos actos produce efectos retroactivos”[10].

El alcance de dicho predicado jurisprudencial no es otro que los efectos de un fallo de nulidad del acto general son ex nunc, respecto de las situaciones jurídicas consolidadas debido a su connotación de certeza, firmeza y de imposibilidad de ser discutidas. En contraste, las situaciones jurídicas no consolidadas, esto es, aquellas que se debaten ante las autoridades administrativas o ante la autoridad jurisdiccional, que son sub júdice y, por ende, pasibles de ser judicializadas, debatidas, analizadas y decididas, el efecto de la nulidad es inmediato, lo que quiere decir que para el momento en que se define la situación particular debe tenerse en cuenta que el juez ya no puede aplicar la norma o el acto administrativo anulado dada su inexistencia derivada de la declaratoria de nulidad con efectos ab initio.

A juicio de la Sala Cuarta Especial de Revisión, todo el problema jurídico a resolver sobre los efectos al pasado o al porvenir de la nulidad del acto administrativo debe partir de la validez del mismo, la cual está atada a las condiciones temporo espaciales del acto, como lo dice magistralmente Legaz y Lacambra: “todo precepto jurídico dura mientras él mismo no tiene fijados los límites temporales de su validez. **Esto se puede aplicar a todo precepto, a toda norma, a todo acto jurídico en general; lo mismo a la ley que al Reglamento, la disposición administrativa, la sentencia judicial o el contrato**”[11].

Ha de recordarse que el vocablo ex traduce lugar de origen o de donde proviene. Ahora bien, ex nunc traduce etimológicamente “desde ahora”, “a partir de hoy”, y se usa para determinar el momento en que empiezan o terminan los efectos jurídicos de la sentencia o de una disposición legal o de un negocio que se dará a partir del momento en que se perfeccione la relación jurídica o la disposición o el negocio o quede en firme el acto o la decisión judicial. En cambio ex tunc significa “desde entonces” o “desde siempre”, es decir, hace referencia a un momento anterior al que se produjo el hecho, el actuar, la convención o la decisión administrativa o jurisdiccional.

---

[10] Sentencia del 3 de marzo de 2011. Exp. 17741. M.P. William Giraldo Giraldo.
[11] Introducción a la Ciencia del Derecho. Ed. Bosch. Barcelona. 1943.

La Sala Cuarta Especial de Decisión dirá para resolver en forma unificada que las sentencias de nulidad que recaen sobre el acto administrativo general extienden sus efectos hacia el pasado, sobre las situaciones jurídicas no consolidadas, inclinándose por los llamados efectos ex tunc, a fin de que las cosas vuelvan al estado anterior en que se encontraban antes de expedirse el acto general anulado, en tanto la argumentación acorde con el ordenamiento jurídico es que la declaratoria judicial de nulidad contra el acto general afecta la validez del acto, sus condiciones de existencia y sus elementos estructurales, pues todos estos se afectan ab initio con dicha declaratoria de nulidad, pues no podría decirse que el acto general inválido, fue "válido" en sus efectos mientras no había sido anulado.

En materia del acto general que nace viciado el paso del tiempo no sanea su irregularidad cuando es sustancial. Su control judicial por la vía de la acción de nulidad no tiene caducidad, precisamente porque su finalidad es defender el ordenamiento jurídico lesionado en abstracto, de manera que cualquier persona, sin exigencia de legitimación puede ejercer ese medio de control.

La presunción de legalidad que lo ampara, como atributo del acto administrativo, subsiste mientras no haya sido anulado o suspendido. Así que se mantiene mientras el operador jurídico no diga lo contrario mediante la declaratorias respectivas, en tanto los presupuestos ínsitos del acto se han visto desvirtuados por: carencia de requisitos sustanciales o de la esencia -anteceden en el tiempo a los requisitos de eficacia-, por ello el acto administrativo demandado en nulidad es analizado en el momento en que se dicta. Su examen de constitucionalidad y/o legalidad se lleva a cabo conforme a los reproches que se les endilgan en la demanda, que conciernan a circunstancias de hecho y de derecho presentes al momento de su expedición, así que las alteraciones o cambios posteriores a su génesis no se predican como situaciones invalidantes del acto, sino como hechos que afectan su oponibilidad.

De lo anterior, debe tenerse claro que un aspecto lo constituye el acto como tal y otro, sus efectos, asuntos correlacionados íntimamente, pero claramente diferenciables, como dan cuenta las varias disposiciones que por un lado determinan qué y cuáles son las clases de actos administrativos, quién los expide, cómo los expide, qué

deben contener; mientras que también existen normas autónomas sobre la vigencia del acto, la pérdida de fuerza ejecutoria, la derogatoria, entre otras figuras, a las que claramente y sin dudarlo se les ha dado un tratamiento de aspectos “a futuro” porque son situaciones post acto administrativo de ineficacia, subsiguientes del nacimiento del acto, que ya no versan sobre la validez ni sobre la existencia misma del acto.

Por otra parte, concebir los efectos del acto administrativo general en forma independiente al acto mismo, permite dar una explicación pragmática del hecho de que los actos administrativos particulares expedidos con fundamento en ese acto administrativo general anulado (actos derivados) o subsisten por sí mismos con todos sus atributos -validez, presunción de legalidad, presunción de buen servicio- sin que se vean afectados por la anulación del acto en que se sustentaron, pues no existe la figura de la nulidad consecuencial o por consecuencia o nulidad ex oficio. Por tal razón, con buen criterio se ha dicho que la anulación del acto de naturaleza general no conlleva per se la nulidad de los actos administrativos particulares o concretos expedidos con base en ese acto general anulado, pues es indispensable que sean demandados en sus propias acciones jurisdiccionales si la pretensión del interesado es que también desaparezcan del orden jurídico.

Lo innegable e indiscutible es que el acto declarado nulo, sea este general o particular, principal o derivado, desaparece como tal del ordenamiento y cesa en sus efectos a futuro -ex nunc- porque padece la sanción máxima de la inexistencia desde el momento de su anulación judicial, en tanto pierde su validez y su vigencia, salvo excepcionalmente, si se está bajo la reciente figura de la modulación de los efectos de la decisión judicial. Así que los efectos hacia el porvenir no tienen mayor disyuntiva para la jurisprudencia.

Otro aspecto a explicar dentro del capítulo general de los efectos de la declaratoria de nulidad es el de los derechos adquiridos o las situaciones jurídicas concretas.

4.4.2. Las situaciones jurídicas consolidadas

Como se mencionó con anterioridad la tesis de los efectos ex nunc de la declaratoria de nulidad del acto general se fundamenta en el

principio de seguridad jurídica que se predica de esa clase de derechos o situaciones consolidadas, por eso no merece ser descalificada sino entendida desde la óptica en que se asume y que constituye complemento perfecto para la tesis de los efectos ex tunc, precisamente teniendo como derrotero y parámetro las situaciones jurídicas consolidadas y las no consolidadas, como se explicó con antelación.

Tanto la consolidación del estado determinado como el derecho adquirido son efectos jurídicos que se incorporan legalmente al patrimonio, al haber, de la persona, pues se originaron o surgieron amparados en disposición normativa que regulaba para entonces la situación y que, o no se sometieron a control judicial en la oportunidad prevista para el efecto, o que habiéndose impugnado en esta vía, salieron avante en su legitimidad que no logró ser desvirtuada.

En forma similar a lo que acontece con los efectos de la sentencia de nulidad frente al acto general, la aplicación de los efectos de la ley en el tiempo ayuda a entender el manejo en concreto de los efectos de la decisión judicial. Cuando la aplicación de las leyes en el tiempo **se ata a las condiciones de constitución o extinción de una situación jurídica** la nueva ley no puede modificar los hechos pasados. Las situaciones jurídicas constituidas o extinguidas bajo el imperio de la ley anterior no pueden ser objeto de modificación por la ley nueva, pues son hechos pasados (facta praeterita). En cambio, serán gobernadas por la nueva ley, las situaciones jurídicas en vía de constitución (facta pendentia) o que se constituyan en un futuro bajo la nueva ley (facta futura)[12].

La nueva ley no puede regular aquellos hechos jurídicos -entendidos como los que tienen la capacidad de crear, modificar o extinguir derechos- realizados bajo el imperio de una ley anterior o precedente. En contraste, las simples expectativas de derecho o simples posibilidades se rigen por la ley nueva. Ese hecho jurídico concreto del cual se espera predicar como situación jurídica consolidada además debe ser consumado, así que aquellos hechos progresivos por estar en desarrollo al momento de entrar a regir la nueva ley y que se consuman bajo la vigencia de ésta deben ser gobernados por esta nueva ley.

---

[12] Ibidem (11). Págs. 322 a 324.

Es claro que tanto desde el punto de vista de la aplicación de la ley en el tiempo como de los efectos de la sentencia, la determinación de los efectos al pasado o al futuro y el manejo de los derechos adquiridos no constituyen dogmas o principios fundantes sino mecanismos para resolver y ante todo para facilitar el manejo de las situaciones jurídicas pre y post al cambio legislativo y pre y post declaratoria jurisdiccional de nulidad.

4.4.3. La consolidación del pago de la contribución parafiscal, debido a que su pago en instalamentos o períodos mensuales.

La manera como los tributos comienzan a regir está determinada en la Constitución Política. Prevé en el artículo 338 que las contribuciones sólo pueden aplicarse a partir del período que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley, ordenanza o acuerdo y aunque la carga tributaria es un deber necesario para la sociedad, constitucionalmente la competencia para su creación recae en el Congreso en forma principal, y en las asambleas departamentales y en los concejos (distritales o municipales) en el nivel territorial pero sometidos a la ley, como lo denota el artículo 338 de la Constitución Política que en su último inciso dispone:

> "Las leyes, ordenanzas o acuerdos que regulen contribuciones en las que la base sea el resultado de hechos ocurridos durante un período determinado, **no pueden aplicarse sino a partir del período que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley, ordenanza o acuerdo**".

El alcance de la facultad tributaria de las Asambleas y de los Concejos fue explicada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 8 de febrero de 2000[13]: "Distinta de esa potestad para reglamentar la ley es la facultad de las asambleas departamentales para administrar recursos y para establecer tributos que les atribuyen el numeral 3 del artículo 287 y el artículo 338 constitucionales. Se trata no de la potestad de reglamentar la ley para hacer posible su adecuado cumplimiento, que eso es reglamentar la ley, sino de cumplir una función propia, la de administrar recursos y establecer tributos, y ello mediante actos de carácter general".

En pronunciamiento reciente, cuyas generalidades normativas y disertaciones apegadas al margen general normativo superior resultan ilustrativas al caso que se analiza, sobre la mentada facultad

[13] Exp. S-761. Actor: Departamento de Risaralda.

impositiva de los entes territoriales, de cara a la labor legislativa del Congreso, la Sección Cuarta del Consejo de Estado siguiendo la línea jurisprudencial, sobre el tema, indicó:

> "**Facultad impositiva de las entidades territoriales**
>
> De acuerdo con los artículos 287, 300-4 y 313-4 de la Constitución Política, las entidades territoriales gozan de autonomía para gestionar sus intereses, dentro de los límites de la Constitución y la ley y, en virtud de esa autonomía, **tanto las asambleas departamentales como los concejos municipales pueden decretar tributos y gastos locales**.
>
> Esta Sección, en sentencia del 9 de julio del 2009[14], consideró que bajo la vigencia de la Constitución de 1886, la facultad impositiva de los municipios era derivada, en cuanto se supeditaba a las leyes expedidas por el Congreso, pero que tal directriz sufrió una variante en el año 1991, cuando el constituyente dispuso que la ley, las ordenanzas y los acuerdos podían determinar los «elementos del tributo», en concordancia con los principios de descentralización y autonomía de las entidades territoriales, consagrados en los artículos 1°, 287-3, 300-4 y 313-4 de la Constitución Política, que confirieron a las asambleas departamentales y a los concejos municipales la potestad de establecer los diferentes aspectos de la obligación tributaria.
>
> En dicha decisión se concluyó que **la facultad para determinar los presupuestos objetivos de los gravámenes no es exclusiva del Congreso, pues ello haría nugatoria la autorización que la Constitución confirió expresamente a los departamentos y municipios sobre tales aspectos, a través del artículo 338 CP.**
>
> La Sala también precisó que la competencia municipal en materia impositiva no es ilimitada ni puede excederse al punto de establecer tributos ex novo, pues **la facultad creadora está atribuida al Congreso de la República, motivo por el cual, sólo a partir del establecimiento legal del impuesto los entes territoriales pueden fijar los elementos de la obligación tributaria cuando la ley creadora no los ha fijado directamente**.
>
> Esta sentencia retomó el criterio expuesto en el fallo del 15 de octubre de 1999[15] según el cual, «[…] creado el tributo o autorizada su implantación por parte de la ley, en el evento de que ésta no se haya ocupado de definir todos los presupuestos objetivos del gravamen y por ende del señalamiento de los elementos esenciales de identificación y cuantificación, corresponde directamente a las respectivas corporaciones de elección popular, efectuar las previsiones sobre el particular […]»
>
> De acuerdo con lo anterior, **el Congreso de la República es el órgano soberano en materia impositiva, quien a través de una ley crea los tributos nacionales y territoriales, para lo cual, bien puede agotar todos los elementos de la obligación tributaria o establecer los parámetros a partir de los cuales las asambleas departamentales y los concejos municipales y distritales pueden establecer el tributo en sus**

[14] Exp. 16544. M.P. Martha Teresa Briceño de Valencia.
[15] Exp. 9456, C.P. Julio E. Correa Restrepo.

jurisdicciones, siempre con arreglo a la Constitución y a la ley correspondiente.

Así, es claro para la Sala que para efectos de establecer la facultad de los concejos municipales o distritales en materia tributaria, ajustada a la Constitución Política y a la ley, no se puede hacer distinciones entre impuestos, tasas o contribuciones, pues el principio de legalidad se mantiene intacto cualquiera que sea la especie del tributo."[16].

Ahora bien, el artículo 29 del Decreto 111 de 1996 define las contribuciones parafiscales como "los gravámenes establecidos con carácter obligatorio por la Ley, que afectan a un determinado y único grupo social y económico y se utilizan para beneficio del propio sector. El manejo, administración y ejecución de éstos recursos se hará exclusivamente en forma dispuesta por la ley que los crea y se destinarán sólo al objeto previsto en ella, lo mismo que los rendimientos y excedentes financieros que resulten al cierre del ejercicio contable."

En relación con los aportes parafiscales el Decreto 2879 reglamentario de 7 de septiembre de 2004 "por el cual se adoptan medidas para controlar la evasión y elusión de aportes parafiscales y se dictan disposiciones en materia de Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado, Empresas Asociativas de Trabajo", (derogado por el decreto reglamentario 2996 de 2004), en el parágrafo del artículo 5 determinaba la obligación para estas cooperativas de pagar los aportes parafiscales al Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar y de cancelar intereses moratorios causados a partir del momento en que debió efectuarse el pago del respectivo aporte.

El punto de partida de cualquier cobro tributario y su exigibilidad es el de su causación en el tiempo, pues a partir de ésta se cuentan los términos prescriptivos, así por ejemplo, para las contribuciones parafiscales para la seguridad social, el término de prescripción está dado por el Estatuto Tributario, por disposición expresa del artículo 54 de la Ley 383 de 1997, en armonía con el artículo 817 del Estatuto Tributario, en el que el término de prescripción actual para la acción de cobro es de cinco (5) años contados a partir de la fecha en que se

---

[16] Sentencia de 2 de febrero de 2017. Radicación número: 73001-23-31-000-2010-00093-02(20007). Actor: Raúl Atilano Amaya Cárdenas. Demandado: Municipio de San Sebastián de Mariquita. C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto.
Sobre el eje temático de la facultad potestad impositiva de las entidades territoriales también puede verse fallo de 9 de julio de 2009, radicado 17001-23-31-000-2006-00404-02(16544), M.P. Martha Teresa Briceño de Valencia.

hicieron exigibles. Y esa exigibilidad depende del plazo establecido en las normas para tal efecto.

Ahora bien, en el caso concreto de las contribuciones parafiscales a favor del SENA y del ICBF, en las normas anteriores a la actual Ley 1233 de 2008, se advierte que son de causación trimestral, en cambio con la Ley 1233 son exigibles mes a mes porque ese es el plazo determinado en la norma y a partir de ese vencimiento empieza a correr la facultad de cobro por parte del recaudador o la operatividad de la prescripción a favor del sujeto pasivo de la carga tributaria.

Ha de tenerse claro que cuando no se tienen plazos exactos en la normativa que regenten el término de prescripción de la obligación fiscal o de la caducidad del cobro por parte de la administración, para efectos tributarios, son aplicables las disposiciones que sobre el punto consagra el Código Civil y que está contenida en el artículo 2.536, por remisión expresa que hacen los Decretos aplicables a los asuntos tributarios, como más adelante se menciona (Decretos 1000 de 1997 y su derogatorio 2277 de 2012) que estipulaba en su texto original: “La acción ejecutiva se prescribe por diez años, y la ordinaria por veinte. // La acción ejecutiva se convierte en ordinaria por el lapso de diez años, y convertida en ordinaria durará solamente otros diez”, cuyo texto varió diametralmente con la modificación que introdujera la Ley 791 de 2002 (art. 8), que consagra: “La acción ejecutiva se prescribe por cinco (5) años. Y la ordinaria por diez (10).// La acción ejecutiva se convierte en ordinaria por el lapso de cinco (5) años, y convertida en ordinaria durará solamente otros cinco (5).// Una vez interrumpida o renunciada una prescripción, comenzará a contarse nuevamente el respectivo término.”.

Otro de los temas a estudiar es la diferencia en el tratamiento de los efectos de los fallos cuando son producidos dentro de las demandas de inexequibilidad y de nulidad, en tanto en las primeras se ha abogado por los efectos ex nunc como generalidad, mientras que para la segunda, la tendencia han sido los efectos ex tunc.

4.4.4. Los efectos de los fallos de inexequibilidad y los fallos de nulidad

La Sala Cuarta Especial de Decisión aborda este análisis con el siguiente aparte jurisprudencial que explica la razón por la cual a la inexequibilidad se le predican, por regla general, efectos hacia el porvenir o a futuro, a partir de la explicación etimológica de dicho vocablo: "…la configuración etimológica del vocablo In-Exequible explica que es lo que no puede ser ejecutado o como dice el Diccionario de la Real Academia de la Lengua […] 'No exequible, que no puede hacer, conseguir o llevar a efecto', es decir que es la existencia de la inexequibilidad la que produce la decisión de que la norma encontrada inconstitucional no pueda ser ejecutada, no puede producir efectos, y que los que se produzcan carecen de causa"[17].

De interés resulta el auto de 10 de mayo de 1974, en el que la Sección Primera de esta Corporación consideró que una de las diferencias abismales entre la inexequibilidad y la nulidad partía de sus efectos en el tiempo, para aquella ex nunc y para ésta ex tunc:

> "La diferencia de efectos entre la declaración de nulidad, y la de inexequibilidad, resulta clara, porque aquella parte del supuesto de que la norma viciada no ha tenido existencia jamás, por lo cual todo debe ser retrotraído al estado anterior a su vigencia. En cambio la declaratoria de inexequibilidad no desconoce la realidad de la vigencia anterior de la norma inexequible, dado el presupuesto fundamental de la unidad del orden jurídico conforme al cual, la norma superior permite la vigencia condicional de la norma 'antinormativa', de donde se deriva que la sentencia de inexequibilidad no implique el desconocimiento de las situaciones jurídicas constituidas con anterioridad.
>
> Los partidarios de la equiparación de efectos de entre estas figuras jurídicas atemperan el rigor lógico de los efectos de la nulidad, dejando a salvo las situaciones consolidadas y la intangibilidad de la cosa juzgada; pero de todas suertes y dejando de lado la inconsistencia lógica de la salvedad, relativa a las situaciones jurídicas consolidadas, por la contradicción intrínseca que ella encierra, lo cierto es que el principio general entraña el desconocimiento de la unidad del ordenamiento jurídico porque pudo darse la coetaneidad de dos preceptos que 'ab initio' se consideran contradictorios".

Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que la Ley 270 de 1996, en el artículo 45 determinó expresamente, como regla general, los efectos hacia el futuro o ex nunc de las sentencias de inexequibilidad, pero a su vez le otorgó a la Corte un amplio margen en el ejercicio de su función al permitirle que ella disponga lo contrario.

---

[17] Sentencia de 6 de diciembre de 1996. Sección Cuarta. Expediente 7945.

4.4.5. ¿Hay daño antijurídico si se ha pagado uno tributo desarrollado por un acto administrativo particular expedido con fundamento en un acto general, cuando este último es anulado?

Lo primero que debe determinarse en los casos en que se pretende devolución de dinero en tanto el pago se ha considerado por el administrado como indebido es determinar cuál ha sido la causa generadora del daño antijurídico, por cuanto no siempre encuentra origen en un hecho, pero tampoco se puede afirmar que siempre está conectada a una decisión de la administración.

Huelga recordar que el conocimiento del asunto que ocupa la atención de la Sala se finca en el recurso de revisión eventual, lo cual no obsta para tener el enfoque claro de que la acción de grupo –subyacente- es un medio de control reparatorio, que parte de tener por probado el daño antijurídico generado a un grupo de personas que si bien ha sufrido perjuicios individuales, giran alrededor de una uniformidad y cohesión que se predica de las llamados condiciones uniformes, sobre todo y en forma preponderante, frente a la causa común que originó el daño y, por ende, al perjuicio, entendido éste como la materialización económica y/o pecuniaria del daño, es decir, la indemnización. Como se dejó plasmado expresamente en sentencia de 16 de agosto de 2007[18]:

> "La acción de grupo, consagrada en el artículo 88 de la Constitución, puede ser interpuesta por el número de personas señaladas en la ley, con el objeto de obtener la **reparación de los daños que han padecido todas ellas, cuyo origen tiene causa común**, y está reglamentada en los artículos 3, 46 a 67 y demás normas concordantes de la ley 472 de 1998. Se trata de una **acción eminentemente reparatoria** que propende por la economía procesal y la agilidad en la administración de justicia, en los eventos **en que los afectados reúnen condiciones especiales que los identifican como un grupo. Busca que un grupo de personas que ha padecido perjuicios individuales demande conjuntamente la indemnización correspondiente**, siempre que reúnan condiciones uniformes respecto de la **causa común que originó dichos perjuicios**…".

Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia T-869 de 13 de noviembre de 2104[19] consideró frente al objetivo y el alcance general de la acción de grupo que: "…se vislumbra en la lectura de la normativa

---

[18] Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicación: 66001-23-31-000-2004-00832-01(AG). C.P. (E): Mauricio Fajardo Gómez.

[19] Referencia: expediente T- 4.442.069. Acción de tutela. Actora: Nelly Camargo Farias. Demandado: Tribunal Administrativo de Boyacá. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

que la desarrolla así: la reparación de los perjuicios ocasionados a un número plural de personas **con ocasión de una misma causa**…, la normativa no exige que el grupo preexista, no limita el tipo de derechos vulnerados cuya reparación puede perseguirse por medio de las acciones de grupo, ni tampoco restringe el tipo de medidas de reparación que puede adoptar el juez. En otras palabras, el juez de la acción de grupo puede disponer la reparación de cualquier daño originado en la lesión de cualquier tipo de derecho, y debe adoptar todas las medidas necesarias para la reparación…. debe afirmarse que la acción de grupo es principalmente de naturaleza resarcitoria.".

Indicó además, en esa providencia, que constitucional y legalmente tiene entre sus finalidades las siguientes: **i)** facilitar el acceso a la administración de justicia a personas que sufren un **daño derivado de una misma causa o unos mismos hechos**, y **ii)** promover, por una parte, la celeridad en la decisión de estos casos; por otra, la economía procesal –en la medida que los miembros del grupo pueden compartir los costos del proceso y el juez aprovecha la misma actividad procesal para resolver todos los casos en una sola sentencias- y, finalmente, la descongestión de la administración de justicia –pues al acumularse los casos en una sola causa, se evita que cada actor acuda de forma separada a la jurisdicción- y **iii)** permitir **resarcir el daño** producido por conductas lesivas que no se judicializa dada su leve magnitud.

Ahora bien, la decisión de la Corte Constitucional atinente a la declaratoria parcial de inexequiblidad del artículo 55 de la Ley 472 de 1998, en la oración "y siempre y cuando su acción no haya prescrito y/o caducado de conformidad con las disposiciones vigentes" dispositivo que consagra el tema de la integración del grupo, en los siguientes términos: "Cuando la demanda se haya originado en daños ocasionados a un número plural de personas por una misma acción u omisión, o por varias acciones u omisiones, derivadas de la vulneración de derechos o intereses colectivos, quienes hubieren sufrido un perjuicio podrán hacerse parte dentro del proceso, antes de la apertura a pruebas, mediante la presentación de un escrito en el cual se indique su nombre, el daño sufrido, el origen del mismo y el deseo de acogerse al fallo y de pertenecer al conjunto de individuos que interpuso la demanda como un mismo grupo. Quien no concurra al proceso~~, y siempre y cuando su acción no haya prescrito y/o caducado de conformidad con las disposiciones vigentes,~~ podrá acogerse posteriormente, dentro de los veinte (20) días siguientes a la

publicación de la sentencia, suministrando la información anterior, pero no podrá invocar daños extraordinarios o excepcionales para obtener una indemnización mayor y tampoco se beneficiará de la condena en costas.// La integración de nuevos miembros al grupo, con posterioridad a la sentencia, no incrementará el monto de la indemnización contenida en ella. // Las acciones individuales relativas a los mismos hechos podrán acumularse a la acción de grupo, a solicitud el interesado. En este evento, el interesado ingresará al grupo, terminará la tramitación de la acción individual y se acogerá a los resultados de la acción de grupo", esa Alta Corte dio parámetros para determinar qué entender por causa uniforme:

> "Dentro de esta perspectiva, la Constitución en su artículo 88 ordenó al legislador regular 'las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares'. De la lectura de este texto superior se desprende entonces que la existencia y procedibilidad de **la acción de grupo supone, para cada una de las personas afectadas por el hecho dañoso, el ofrecimiento de una vía procesal alternativa, especialmente clara y expedita, a través de la cual pueden buscar el reconocimiento y efectividad de la responsabilidad que la ley establece en cabeza del autor de dicho hecho jurídico generador del daño**, en circunstancias presumiblemente más ventajosas que aquellas que rodearían el ejercicio de la acción individual. Sin embargo es claro, puesto que así lo quiso el mismo Constituyente, que la sola existencia de la acción de grupo y su procedencia frente al caso concreto, están llamadas a facilitar el acceso a la administración de justicia en comparación a las posibilidades existentes en ausencia de esta acción, y en ningún caso a entrabarlo o dificultarlo". (Negrilla en el texto).
>
> Y advirtió que es sin distinción de la naturaleza de la causa, pero si y solo si sea la misma: "(…) la interpretación que la Sala viene sosteniendo es acorde con la finalidad de la acción de grupo de permitir la reparación de daños ocasionados a un número plural de personas, sin distinción de la naturaleza de la causa, siempre y cuando sea la misma".
>
> Finalmente, la Corte declaró la inexequibilidad parcial ante el predicamento lesivo del principio de igualdad del mandato superior del artículo 13, concretamente al considerar que "presentándose originalmente **identidad de circunstancias entre todas las personas afectadas por un mismo hecho dañoso**, y existiendo también **en cabeza de todos ellos el derecho a beneficiarse del ejercicio de la acción de grupo iniciado por uno cualquiera de ellos, algunos de ellos podrán ver cercenado su derecho a la correspondiente indemnización como resultado del no ejercicio de las acciones individuales procedentes, requisito que dentro del contexto de la acción de grupo, no estarían obligados a agotar**" (Destacados fuera de texto).

Pues bien, ese daño antijurídico es entendido como aquel que el administrado, en este caso, conforme lo indica la imputación de la

parte actora plural, el sujeto pasivo de la contribución parafiscal, no está obligado a soportar ante la carencia de justificación legal o de derecho devenida de la declaratoria de nulidad judicial del acto general que le dio génesis.

Pero la Sala encuentra que en la generalidad, lo cierto es que "la anormalidad del perjuicio no surge de la ilegalidad de la conducta que lo causa; bien puede existir un **daño antijurídico producido por una actuación cumplida conforme a derecho**, o un daño **no antijurídico** producido por una actuación ilegal"[20] (Subrayados y negrillas fuera de texto).

Y es que el daño cualificado como antijurídico no es igual al perjuicio, en tanto ambos conceptos tienden a equipararse, igualarse e incluso subsumirse, lo cual es errado y quedó claro en sentencia de 18 de octubre de 2007[21], cuando para dar facilidad en el tema del conteo de la caducidad, se disertó sobre la diferencia entre ambos conceptos:

> "(…) vale la pena llamar la atención a **la frecuente confusión entre daño y perjuicio** que se suele presentar; **de ninguna manera, se puede identificar un daño que se proyecta en el tiempo como por ejemplo la fuga constante de una sustancia contaminante en un río, con los perjuicios** que, en las más de las veces, se desarrollan e inclusive se amplían en el tiempo, como por ejemplo, los efectos nocivos para la salud que esto puede producir en los pobladores ribereños.[22].

---

[20] Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 27 de septiembre de 2000. Exp. 11601. Actor: Ana Ethel Moncayo de Rojas y otros. C.P. Alier Hernández Enríquez.

[21] Acción de Grupo. Radicación número: 25000-23-27-000-2001-00029-01(AG). Actor: Gloria Patricia Segura Quintero y otros. Demandado: Distrito Capital de Bogotá y otros. C.P. Enrique Gil Botero.

[22] En este último caso, el daño se constata con la contaminación; lo que se proyecta en el tiempo, son los perjuicios que sufren los pobladores cercanos al sitio contaminado. Sobre la diferencia entre daño y perjuicio, en un sentido general, JUAN CARLOS HENAO señala: "En esencia dos consecuencias (de la diferencia entre daño y perjuicio) merecen entonces ser tenidas en cuenta desde la perspectiva que aquí interesa. " "La primera (...) permite concluir que el patrimonio individual, es el que sufre el perjuicio proveniente del daño. El patrimonio no sufre daño sino perjuicio causado por aquel. Lo anterior es de utilidad en la medida en que se plantea con claridad una relación de causalidad entre el daño –como hecho, como atentado material sobre una cosa, como lesión- y el perjuicio –menoscabo patrimonial que resulta del daño, consecuencia del daño sobre la víctima-, lo cual permite sentar la siguiente regla: se indemniza solo el perjuicio que proviene del daño." (...) "La segunda consecuencia, (...) consiste en afirmar que existen perjuicios que no necesariamente se causan al patrimonio de quien reclama indemnización. Desde este punto de vista se afronta uno de los problemas importantes de la materia, cual es el de la legitimación para obrar. La distinción así concebida permite dar un "giro" a la responsabilidad civil, no tanto por su concepción que viene desde el derecho romano, como por su práctica. Estudiados así los conceptos se observa que la distinción tiene importancia cuando se trata de explicar que la posibilidad de obtener indemnizaciones no radica solo en cabeza del propietario (...), sino también del ser humano como titular de derechos colectivos. La acción de responsabilidad civil, bajo esta óptica, no estará entonces exclusivamente permitida a un ser humano concebido de manera egocéntrica sino también a un ser humano socializado. Se trata de resaltar, dentro de la responsabilidad civil, el tema de las acciones populares, del título de ciudadano legitimado en la causa para actuar en un proceso, de los intereses colectivos o, para traer otro ejemplo, de la función de las ONG". Cit. p.p. 78 y 79.

Por contera, se habla de cualificaciones del daño, como instantáneo o continuado, inmediato o de tracto sucesivo, más no de perjuicio para quien se reserva cualificaciones como “perjuicio por daño material”, “perjuicio por daño moral” o similares, en tanto éste es la cuantificación del daño, su materialización económica y/o monetaria.

En efecto, el perjuicio se asume en su estudio, luego de verificado el daño, en su antijuridicidad y su imputabilidad material y jurídica, pues es el daño el parámetro sustancial o sustantivo que da viabilidad a la existencia de la posibilidad de cuantificación indemnizatoria, reparatoria o resarcitoria.

Es claro entonces que el perjuicio es posterior en su génesis al daño, por ser éste el soporte para evaluar su cuantificación, por eso ante la inexistencia del daño no se puede afirmar que sí existió perjuicio. A contrario sensu puede existir daño, más no perjuicio que indemnizar.

En la misma línea, de cara a la responsabilidad del Estado, puede haber daño, pero si no es antijurídico no puede atribuírsele al Estado y, por ende, menos podría endilgársele el perjuicio como materialización de un daño, conforme a las voces del artículo 90 superior.
Sobre la distinción entre daño y perjuicio, la doctrina[23] ha indicado:

> “En esencia dos consecuencias (de la diferencia entre daño y perjuicio) merecen entonces ser tenidas en cuenta desde la perspectiva que aquí interesa.
>
> La primera (...) permite concluir que el patrimonio individual, es el que **sufre el perjuicio proveniente del daño**.
>
> **El patrimonio no sufre daño sino perjuicio causado por aquel**.
>
> Lo anterior es de utilidad en la medida en que se plantea con claridad una **relación de causalidad entre el daño –como hecho, como atentado material sobre una cosa, como lesión- y el perjuicio –menoscabo patrimonial que resulta del daño, consecuencia del daño sobre la víctima-, lo cual permite sentar la siguiente regla: se indemniza solo el perjuicio que proviene del daño.**” (...).
>
> La segunda consecuencia, (...) consiste en afirmar que existen perjuicios que no necesariamente se causan al patrimonio de quien reclama indemnización. Desde este punto de vista se afronta uno de los problemas importantes de la materia, cual es el de la legitimación para obrar.

[23] HENAO. Juan Carlos. El Daño. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1998.

> La distinción así concebida permite dar un “giro” a la responsabilidad civil, no tanto por su concepción que viene desde el derecho romano, como por su práctica.
>
> Estudiados así los conceptos se observa que la distinción tiene **importancia cuando se trata de explicar que la posibilidad de obtener indemnizaciones no radica solo en cabeza del propietario (...), sino también del ser humano como titular de derechos colectivos**.
>
> La acción de responsabilidad civil, bajo esta óptica, no estará entonces exclusivamente permitida a un ser humano concebido de manera egocéntrica sino también a un ser humano socializado.
>
> Se trata de resaltar, dentro de la responsabilidad civil, el tema de las acciones populares, del título de ciudadano legitimado en la causa para actuar en un proceso, de los intereses colectivos…”. Cit. p.p. 78 y 79.”

Así pues, se logra un mejor entendimiento de lo que acontece en aquellos casos en que la pretensión resarcitoria se sustenta en el argumento del pago de lo no debido, que cuando se trata de tributos y de atribuir el daño antijurídico a la entidad recaudadora o a la entidad que no creó el tributo, presupone la existencia de decisión administrativa o acto administrativo en que se le haya negado al petente su solicitud de devolución o haya guardado silencio.

En efecto, el Estatuto Tributario consagra los trámites para la devolución de los saldos a favor o recuperación del pago de lo no debido. Gravitan alrededor del acto administrativo y, por ende, son objeto de impugnación judicial mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. **A título de ejemplo**, están los artículos 850 y siguientes del Estatuto Tributario en los que se prevé las devoluciones de saldo a favor e imponen a la DIAN el deber de devolver oportunamente a los contribuyentes, los pagos en exceso o el pago de lo no debido, que hayan efectuado por concepto de obligaciones tributarias (venta, renta y complementarios) y aduaneras, para lo cual el contribuyente tiene un plazo máximo para solicitarla de dos años contados a partir de la fecha de vencimiento del término para declarar, mientras que la administración cuenta con cincuenta (50) días contados desde la presentación oportuna y en debida forma de la solicitud de devolución (arts. 854 y 855 del E.T) para efectuarla. Este término también opera para la devolución de impuestos pagados y no causados o pagados en exceso. De tal suerte que la inoportuna o extemporánea presentación de las solicitudes de devolución o compensación es causal de rechazo definitivo y de preclusión

administrativa y jurisdiccional para acudir en reclamo de su pretensión de devolución.

En la misma línea relacional, la Sala ha de precisar que para pagos en exceso y pagos de lo no debido, si bien el trámite es el mismo referido, el término para solicitar la devolución es diferente, de conformidad con el Decreto 1000 de 1997 –derogado por el Decreto 2277 de 6 de noviembre de 2012- que establecía que para dichos eventos el término de la prescripción de la acción ejecutiva consagrada en el artículo 2.536 del Código Civil, cuya literalidad indica: "**Artículo 11. Término para solicitar la devolución por pagos en exceso**. Las solicitudes de devolución o compensación por pagos en exceso, deberán presentarse dentro del término de la **prescripción de la acción ejecutiva, establecido en el artículo 2.356 del Código Civil.** // Para el trámite de estas solicitudes, en los aspectos no regulados especialmente, se aplicará el mismo procedimiento establecido para la devolución de los saldos a favor liquidados en las declaraciones tributarias. En todo caso, el término para resolver la solicitud, será el establecido en el artículo 855 del Estatuto Tributario.".

Por su parte, el artículo 21 ibidem, regula lo relativo a los pagos de lo no debido: "**Término para solicitar y efectuar la devolución de pagos de lo no debido**. Habrá lugar a la devolución o compensación de los pagos efectuados a favor de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales sin que exista causa legal para hacer exigible su cumplimiento, para lo cual deberá presentarse solicitud ante la Administración de Impuestos y Aduanas donde se efectuó el pago, dentro del término establecido en el artículo 11 del presente Decreto. La Administración para resolver la solicitud contará con el término establecido en el mismo artículo.".

Y el Decreto 2277 de 2012 "por el cual se reglamenta parcialmente el procedimiento de gestión de las devoluciones y compensaciones y se dictan otras disposiciones" y derogatorio del Decreto 1000 de 1997, estableció:

> "**Artículo 11. Término para solicitar la devolución por pagos en exceso.** Las solicitudes devolución y/o compensación por pagos en exceso, deberán presentarse dentro del término de prescripción de la acción ejecutiva, establecido en el artículo 2536 del Código Civil.
> Para el trámite de estas solicitudes, en los aspectos no regulados especialmente, se aplicará el mismo procedimiento establecido para la devolución de los saldos a favor liquidados en las declaraciones tributarias.

En todo caso, el término para resolver la solicitud, será el establecido en el artículo 855 del Estatuto Tributario."

"**Artículo 16. Término para solicitar y efectuar la devolución por pagos de lo no debido.** Habrá lugar a la devolución y/o compensación de los pagos efectuados a favor de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales sin que exista causa legal para hacer exigible su cumplimiento, para lo cual deberá presentarse solicitud ante la Dirección Seccional de Impuestos o de Impuestos y Aduanas donde se efectuó el pago, dentro del término establecido en el artículo 11 del presente decreto.
La Dirección Seccional de Impuestos o de Impuestos y Aduanas para resolver la solicitud contará con el término establecido en el mismo artículo.

Parágrafo. Para la procedencia de las devoluciones y/o compensaciones a que se refiere el presente artículo, además de los requisitos generales pertinentes, en la solicitud deberá indicarse número y fecha de los recibos de pago correspondientes.".

Aunque alguna parte de la doctrina califica de abusivo y de excesivo privilegio para la administración enervar la reclamación judicial a partir del paso del tiempo en un trámite administrativo[24], lo cierto es que es conforme a derecho y por demás, con soporte en los principios de seguridad jurídica y de legalidad de las actuaciones administrativas, es posible imponer ese tipo de cargas, a similitud de lo que ocurre con la operatividad de la caducidad en las acciones jurisdiccionales o el deber de agotar requisitos de procedibilidad para ingresar a la jurisdicción, sin que ello vulnere derecho alguno.

Por consiguiente, ante la existencia de esa carga legal de reclamación fiscal si el administrado dejó de vencer los términos legales para deprecar por vía administrativa la solicitud de devolución o inconforme con la decisión administrativa indefectiblemente operó la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, o si el juez de la

---

[24] "El fundamento de esta exclusión [de reclamación del acto confirmado o consentido] se ha querido encontrar en el principio general del consentimiento o en la inderogabilidad de los plazos procesales, mientras que para García-Trevijano sería el principio constitucional de la seguridad jurídica. En cambio, otros autores critican duramente este precepto, destacaremos a González Pérez[24] y a García de Enterría y Fernández Rodríguez. Estos dos últimos autores… entienden que carece de justificación material, ya que no es justo que se puedan perder derechos sustantivos por el simple transcurso de unos pocos días, especialmente si éstos tienen plazos de prescripción más amplios. También carecería de justificación técnica, porque hay una confusión entre la cuestiones de procedimiento y las de fondo al haberse trasladado al Derecho administrativo material el efecto formal de la 'preclusión' procesal. Pero ésta 'se trata de una técnica ligada, con toda evidencia, a facultades procedimentales, no a acciones materiales, y a facultades a desenvolver en un procedimiento previamente abierto y en el cual ciertos sujetos tienen la condición formal de 'partes'… Pero promover la acción de nulidad contra un acto no es ejercitar una facultad de procedimiento, ni dejar de promoverla omitir el ejercicio de una carga cuyo cierre imponga la necesidad de no paralizar un procedimiento en curso". Califican esta transposición de la técnica procesal como un manifiesto abuso y de importante privilegio de la Administración que se encuentra imperiosamente necesitada de una reforma legal o perfeccionamiento jurisprudencial" MOCHÓN, López Luis. Actos Reclamables en el Procedimiento Económico – Administrativo. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A. Madrid. 1995, pág. 109.

nulidad y restablecimiento del derecho ya decidió con efectos de cosa juzgada, estaremos en todos estos casos ante una situación jurídica consolidada inmutable que no podrá ser permeada por los efectos ex tunc de la sentencia de nulidad del acto general.

Es más la situación de algunas Cooperativas que demandaron en reparación directa –en acción individual- conocieron de la posición de la Sección Tercera en cuanto a la acción adecuada, pues en sentencia de 19 de julio de 2018 de la Sección Tercera[25], Subsección A, revocó la denegatoria de pretensiones de reparación directa proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, para en su lugar declararse **INHIBIDA** para conocer la causa de la devolución del pago de lo no debido por concepto de contribuciones especiales impuestas por el artículo 1º del Decreto Nº 2996 de 2004, precisamente por la declaratoria parcial de nulidad del referido decreto y que se basó en el antecedente de la misma Sala de 26 de abril de 2017, radicación 25000232600020080025901 (41.211)[26], en razón a la existencia de acto administrativo que negó la devolución de los dineros, razón por la cual se consideró que la acción adecuada era la de nulidad y restablecimiento del derecho.

Ese estrecho límite entre las acciones adecuadas, la sentencia de reciente proferimiento de 21 de marzo de 2018[27], dentro de la acción indemnizatoria propiamente dicha, esto es, la reparación directa, que converge con la de grupo en su característica de resarcitoria y cuyo proceso lo conoció el Consejo de Estado, en su Sala Plena, por causa de haber sido calificado de interés jurídico, indicó que muchas de las consideraciones eran aplicables a la declaratoria de nulidad del acto administrativo de estirpe general y que existe una coincidencia material en el propósito de ambas acciones, en referencia, de una parte, a la actividad en vía administrativa que podía incoarse ante el recaudador y la nulidad y restablecimiento del derecho y, de otra parte, la de reparación directa, siendo diferente la postulación demandatoria que cabría si lo que se pretende es la devolución del impuesto que se

---

[25] Expediente 25000232600020080025301 (39298). Actor: Cooperativa de Trabajo Asociado Sistemas Productivos SIPRO C.T.A. Demandado: ICBF. C.P. Martha Nubia Velásquez Rico. Demanda interpuesta en acción de grupo el 3 de junio de 2008, con sentencia denegatoria de pretensiones de 2 de junio de 2010.

[26] Actor: Cooperativa de Trabajadores de Colombia, Coodesco. Demandado: ICBF. C.P. Carlos Alberto Zambrano. Demanda en acción de grupo incoada en 2008, con decisión denegatoria en primera instancia de 26 de enero de 2011.

[27] Expediente 25000232600020030020601 (29352). Actor: Glaxosmith Colombia S.A. Demandado: Nación – Congreso de la República, proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. C.P. Danilo Rojas Betancur.

considera indebidamente pagado o pagado en exceso, como se trascribe en la siguiente literalidad que se plasmó en un caso análogo al referido, en el fallo de 13 de marzo de 2018[28]:

> "…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 planteado en la acción de reparación directa, no coincide plenamente con él, (…) [en tanto] [29], este última concierne a 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 aquel habría dado lugar**" (subrayas y negrillas fuera de texto).

En la decisión de marras se pronunció sobre la relación entre los juicios en los que se analiza la legalidad del acto y los juicios de responsabilidad del Estado por "**por daños causados por** normas y **actos administrativos**, en el cual se indicó:…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 la 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".

---

[28] Expediente 25000232600020030020 8-01 (28769) IJ. Actor Mercedes Benz. Demandado: Nación – Congreso de la República. C.P. Danilo Rojas Betancourth.

[29] [NOTA AL PIE DEL ORIGINAL: "Se refiere al acápite desarrollado sobre la **relación entre los juicios de legalidad y los de responsabilidad del Estado**].

Dicente resultó el fallo en referencia, por cuanto en la demanda, la actora reclamó **ante la DIAN la devolución de lo pagado**, a lo cual la administración de impuestos se negó indicando que el cobro recaudado para el momento de recibirlo estaba protegido sobre la legalidad y la constitucionalidad de la norma y que incluso la Sección Primera del Consejo de Estado había confirmado la denegatoria de pretensiones tendientes a la devolución de lo pagado que había sido retirado del ordenamiento, **bajo el derrotero de que el cobro o recaudo de la DIAN estaba cobijado por norma superior vigente, sin que se haya observado la incursión en vicio de nulidad del acto administrativo demandado que negó la solicitud de devolución**.

Por eso, la decisión indicó que los análisis que hace la autoridad aduanera en sede administrativa y los propios de la autoridad jurisdiccional en nulidad y restablecimiento del derecho sobre si el pago es debido o no, "**no agotan el estudio que debe adelantar el juez** [de las acciones resarcitorias, en ese caso el] **de la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador sobre si dicho pago es antijurídico o no**", en tanto en los casos de una ley, declarada inexequible, o de un acto administrativo general, declarado nulo, es menester **determinar la antijuridicidad a partir de si lo retirado del ordenamiento fue una carga que el particular no tenía la obligación jurídica de asumir o de soportar**.

Pues bien, para determinar la existencia del daño antijurídico, devenido de la declaratoria de nulidad del acto general, conforme a las voces del artículo 90 constitucional se debe determinar si el **daño que dice padeció el demandante puede ser calificado de antijurídico y superado este predicado, el operador debe determinar si es imputable o no a la autoridad accionada**.

De tal suerte que conforme a la naturaleza resarcitoria de la acción de grupo es el daño antijurídico probado su fuente de prosperidad. De antaño y a partir de la Constitución Política de 1991, al consagrar el artículo 90, la jurisprudencia se ha dado a la tarea de determinar el concepto y sus alcances, al punto de que al no contar con una definición positivizada, apeló incluso a las normativas de otros países, encontrándose que en la Constitución Española sí se consagra un significado, consistente en "la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar,

que no está justificado por la ley o el derecho"[30]; o también se ha entendido como el daño que se produce a una persona a pesar de que "el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de ´causales de justificación´"[31].

Una primera característica que debe tenerse en cuenta es que esa cualificación tradicional del daño puro y simple, cierto y personal, matizado con el predicamento de antijurídico implica entonces que aquél que se soporta, excusa o justifica en la ley o en el derecho es jurídico y, por ende, no es de aquellos indemnizables por vía del artículo 90 superior. Tampoco lo serán los que se encuentran dentro de la licitud sino "el deber de reparación patrimonial [solo lo originan] aquellos daños que exceden los límites jurídicos que garantizan los derechos e imponen obligaciones exigibles a todas las personas que viven en determinada sociedad. Se ve, entonces, como la concepción del daño antijurídico, desde esa perspectiva, no solamente resulta acorde con los principios de eficiencia de la función pública y efectividad de los derechos (artículos 228 y 2º de la Constitución), sino también confluye con los principios de igualdad frente a las cargas públicas y solidaridad, que constituyen las piezas angulares del Estado Social de Derecho (artículos 1º y 13 de la Carta). Ahora bien, esta característica del daño antijurídico resulta especialmente relevante en aquellas limitaciones impuestas por el Estado al ejercicio de los derechos reconocidos y garantizados por las normas jurídicas, en tanto que solamente pueden originar su responsabilidad patrimonial aquellas restricciones que "'**superan** la normal tolerancia" o que impiden el goce normal y adecuado del derecho'".

La segunda característica para que el daño sea indemnizable se encuentra en el hecho de establecer que solamente resultan antijurídicas las lesiones causadas por el Estado a los derechos de las personas que no surgen de su anuencia, aceptación o que son propiciadas por ellos mismos. No se trata de identificar el concepto de daño antijurídico con la causal de exoneración de responsabilidad que rompe la imputación por el hecho o culpa exclusiva de la víctima; se trata de entender que el Estado no puede indemnizar los daños cuya fuente de indemnización no es objeto de protección jurídica, en tanto

---

[30] Sentencia del 2 de marzo de 2000, expediente 11945, entre muchas otras.
[31] Sentencias del 11 de noviembre de 1999, expediente 11499 y del 27 de enero de 2000, expediente 10867

que su origen es inconstitucional, ilegal o contraria al principio de buena fe que debe regular todas las actuaciones de los particulares y del Estado (artículo 83 de la Constitución). En otras palabras, así el daño cuya reparación se pretende pudiese ser causado de manera directa y eficiente por el Estado, no puede ser indemnizado si fue propiciado, auspiciado, avalado u originado con la actuación u omisión de quien lo reclama, en tanto que el ordenamiento jurídico solamente protege las actuaciones legales y legítimas de los particulares.

Y es que los pronunciamientos jurisprudenciales[32] que decantaban el tema, tuvieron como fundamento basilar que no todo ni cualquier daño es indemnizable, pues sólo aquel al que el derecho le dé relevancia para ser considerado una lesión y dando una explicación ejemplarizante que ilustrara el entendimiento, el antecedente jurisprudencial indicó: “el cambio de lugar de una parada de los autobuses urbanos, el tiempo que hay que aguantar en la fila de la

---

[32] Sentencia de 31 de octubre de 1991. Expediente 6515. Actor: Fabio Ruiz Ospina y otros. C.P. Julio César Uribe Acosta, se indicó: “*Para Leguina, “(…) un daño será antijurídico cuando la víctima del mismo no esté obligada por imperativo explícito del ordenamiento a soportar la lesión de un interés patrimonial garantizado por la norma jurídica [Cita de J.M. de la Cuetara, La actividad de la administración, Madrid, Tecnos, pág. 554]. Dentro del anterior perfil, la responsabilidad se torna objetiva, pues como lo enseña este último tratadista ‘no se trata de ningún perjuicio causado antijurídicamente, sino de un perjuicio antijurídico en sí mismo; por otra parte se desvincula de la licitud o ilicitud de la actuación de la que se deriva la lesión, con lo que se hace capaz de abarcar la totalidad de supuestos de responsabilidad posibles (…). La jurisprudencia, por su parte, ha acogido ampliamente los términos en que está formulada la teoría, insistiendo especialmente en la idea de que la responsabilidad surge cuando un particular no está obligado a soportar el detrimento patrimonial. Al construir la institución de la responsabilidad de la administración al margen de toda idea de ilicitud o culpa, el fundamento de aquella se desplaza desde la perspectiva tradicional de la acción del sujeto responsable (que parte de la concepción primitiva de ver en la responsabilidad patrimonial la sanción de una conducta culpable) a la del patrimonio de la persona lesionada. La responsabilidad pasa a reposar de este modo sobre un principio abstracto de garantía de los patrimonios, dejando de ser una sanción personal por un comportamiento inadecuado para convertirse en un mecanismo objetivo de reparación, que se pone en funcionamiento sólo si, en la medida en que, se ha producido una lesión patrimonial. El concepto de lesión patrimonial se convierte de este modo en el basamento mismo del sistema, lo cual hace especialmente necesario caracterizarlo con toda precisión desde el punto de vista técnico-jurídico; nada perjudicaría tanto al progresivo sistema establecido en nuestro Derecho que interpretarlo como una fórmula inespecífica, que o bien remitirse a valoraciones de equidad según libres estimaciones de los aplicadores del Derecho en cada caso. Nuestro sistema positivo, por el contrario, reposa sobre profundo rigor técnico, que solo precisa de una explicación coherente. A estos efectos conviene comenzar por distinguir el concepto jurídico del concepto vulgar de perjuicio. En este último sentido, puramente económico o material, por perjuicio se entiende un detrimento patrimonial cualquiera. Para que exista lesión resarcible se requiere, sin embargo que ese detrimento patrimonial sea antijurídico, no ya porque la conducta de su autor sea contraria a Derecho (antijuridicidad subjetiva), sino, más simplemente porque el sujeto que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo (antijuridicidad objetiva),… Este nuevo enfoque de la responsabilidad administrativa en el derecho colombiano se consignó en sentencia de 27 de junio de 1991, exp. 6454 y se reitera ahora. Fácilmente se comprende que los ciudadanos que transitan por las vías públicas no tienen porqué soportar ningún detrimento patrimonial por el hecho de hacerlo. La sola circunstancia de que una piedra se desprenda de las alturas, como ocurrió en el sub lite, y cause un daño al peregrino que pasa, permite afirmar que se ha registrado una antijuridicidad objetiva, dentro [del predicado] en que discurre el profesor García de Enterría en el aparte de su obra ya transcrito*”.

ventanilla de una oficina pública”[33] no alcanzan el calificativo ni de lesión ni de daño antijurídico.

Otros fallos, se decantaron por indicar en forma contundente que el perjuicio –confundiéndolo con el daño- “que da origen a la responsabilidad es el antijurídico, y esta nota hay que buscarla en el **hecho en sí mismo**, no en la conducta que lo causa. Por ello no existe antijuridicidad cuando el particular está obligado a soportar el perjuicio”[34].

En una explicación, de cara a la imputabilidad del daño a la administración, se indicó que otra forma de analizar la responsabilidad indemnizatoria del Estado era el daño antijurídico, esbozando su completitud a los títulos jurídicos de imputación tradicionales, como se lee en la siguiente disertación: “La Corporación desea dejar en claro que tanto la falla del servicio, como el daño especial, son modalidades del daño antijurídico pues este último concepto resulta, en puridad de verdad, omnicomprensivo. Es posible, sin embargo, que al valorar la realidad fáctica ella no se deja manejar ora a la luz de la falla del servicio, ora dentro de la perspectiva doctrinaria del daño especial. Pero si como daño antijurídico. Que no tiene por qué soportar el afectado. Y que, por lo mismo, da lugar a la indemnización del perjuicio causado. La antijuridicidad no puede manejarse con perspectivas de subjetividad u objetividad… Ella se da por la sola circunstancia de que se cause un daño que el perjudicado no tiene por qué soportar. Tal antijuridicidad se predica del resultado y no de la conducta generada”[35].

En forma precisa, dentro de esta misma consideración se indicó: “la responsabilidad patrimonial exigía y exige el averiguamiento cabal de la existencia y configuración del daño antijurídico, el cual muchas veces existe incluso al margen de la culpa o la falla, pues éste aspecto subjetivo juega un papel reducido y, en veces ninguno, a la luz del canon constitucional. Solamente puede tener aplicación en determinadas especies o tipos de responsabilidad”[36].

---

[33] Sentencia de 19 de julio de 1991. Expediente 6334. Actor: Sociedad Phidia Investment Anstal. C.P. Daniel Suárez Hernández.
[34] Sentencia de 26 de noviembre de 1992. Expediente 7130. C.P. Julio César Uribe Acosta.
[35] Sentencia de 13 de diciembre de 1993. Exp. 7380. Actor: Pedro Antonio Restrepo. C.P. Julio César Uribe Acosta.
[36] Sentencia de 8 de junio de 1999. Expediente 13540. Actor: Luis Cruz Delgado y otros. C.P. Daniel Suárez Hernández.

Profundizando en el estudio de la figura del daño antijurídico, en esa oportunidad se dijo: “El artículo 90 de la Constitución establece claramente que la responsabilidad de la administración no deviene de la culpa personal del agente que produce el daño, sino de la antijuridicidad del perjuicio sufrido, esto es, el ‘detrimento patrimonial que carezca de título jurídico válido y que exceda el conjunto de las cargas que normalmente debe soportar el individuo en su vida social’. En otros términos, la norma constitucional ‘desplaza el soporte de la responsabilidad administrativa, del concepto subjetivo de la antijuridicidad de la acción del Estado al concepto objetivo de la antijuridicidad del daño producido con ella’…”[37].

Por ello en la línea argumentativa y jurisprudencial que sobre el tema se ha revisado, emerge que decantarse por el daño antijurídico implica ni más ni menos que un estudio de estirpe objetivo de la imputabilidad resarcitoria, como se lee en varios pronunciamientos en el que se indica que la accionada al no probar causal eximente de responsabilidad, en las modalidades de fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o hecho de un tercero, impone que conforme al artículo 90 superior, la administración debe responder por los daños causados y proceder a indemnizar aquél[38].

En época más reciente y superada la tesis de abordar ab initio la responsabilidad únicamente desde el daño antijurídico, al integrarlo a los demás elementos de la responsabilidad y a los títulos de imputación que tradicionalmente se venían empleando, se hizo la siguiente consideración: “El daño antijurídico, a efectos de que sea indemnizable, requiere que esté cabalmente estructurado, por tal motivo, se torna imprescindible que se acrediten los siguientes aspectos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama: i) que se lesione un derecho, bien o interés, protegido legalmente por el ordenamiento; ii) debe ser antijurídico, esto es, que la persona no tenga el deber jurídico de soportarlo; iii) que sea cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente; por ende, no puede limitarse a una mera conjetura”[39].

---

[37] Sentencia de 22 de abril de 2004. Expediente 13820. Actor: Pedro Ignacio Perilla Álvarez. C.P. Ricardo Hoyos Duque.
[38] Sentencia de 2 de marzo de 1995. Expediente 9979. Actor: Lucio Alfonso Correa. C.P. Julio César Uribe Acosta.
[39] Sentencia de 26 de mayo de 2010. Expediente 18352. Actor: José María Ramírez Mattar y otros. C.P. Enrique Gil Botero.

Sin perjuicio de lo anterior, de interés resulta la disidencia de la entonces Consejera Ruth Stella Correa, quien por vía de aclaración de voto, manifestó su inconformidad por el manejo del daño antijurídico como único derrotero en los temas del análisis de la responsabilidad del Estado y de la obligación resarcitoria, al indicar:

> "El solo hecho de la verificación de la ocurrencia de un daño antijurídico, no es suficiente para derivar de allí automáticamente responsabilidad del Estado, en un determinado caso concreto; se requiere, por lo tanto, de la acreditación de un segundo elemento, consistente en la imputación de ese daño o detrimento en cabeza del Estado. En esa perspectiva, mi discernimiento va orientado a criticar el sustrato jurídico, a partir del cual se estructura la imputación del daño en cabeza de la administración pública. Lo anterior, por cuanto, la argumentación de la cual me aparto pareciera retornar a las primeras interpretaciones que realizó la Sección Tercera del Consejo de Estado, una vez promulgada la Constitución de 1991, momento en el que se pensó que el único requisito para deducir responsabilidad de la administración pública, era la verificación del acaecimiento de un daño antijurídico, es decir, un detrimento que la persona no estaba en la obligación de soportar. Ahora bien, 'que la falla en la prestación del servicio se confunde con el daño mismo', genera un dislocamiento no sólo lógico, sino jurídico, de estruendosa repercusión ya que equivale a asimilar la conducta con el resultado de la misma, en otras palabras a confundir causa y efecto, y si bien allí descansa una relación predominantemente ontológica, como lo advirtieron los filósofos griegos y medievales, son elementos de una sucesión objetiva fenoménica; y es que la falla del servicio en el plano jurídico es el quebrantamiento de una obligación administrativa, mientras que el daño es el resultado o fruto de esa transgresión al ordenamiento, que se materializa en la afectación de un bien o interés legítimamente protegido. Por estas razones que son suficientes y por otras que se podrían exponer in extenso, es que no comparto la postular señalada ut supra. Según lo anterior, la Sala pareciera efectuar un giro jurisprudencial regresivo, por cuanto se podría llegar a una declaración de responsabilidad patrimonial de la administración, únicamente con la acreditación del daño antijurídico, situación que, a todas luces, es peligrosa, por cuanto implica que el juez efectúe tal juicio, sin la operación básica de atribuibilidad fáctica y jurídica, segundo presupuesto que,…, es imprescindible para configurar la responsabilidad del Estado".

Visto todo lo anterior, la Sala considera que, para efectos del recurso eventual en estudio, el Tribunal a quo, al condenar a las accionadas al pago de las sumas canceladas por concepto de la parafiscalidad, no tuvo en cuenta el manejo y estudio del daño antijurídico, que marcaba el derrotero de la prosperidad o no de la acción de grupo, aunado a que pasó por alto el análisis del procedimiento que se debe incoar cuando se trata de reclamar a las entidades recaudadoras la devolución de dineros indebidamente pagados por concepto de tributos.

Siendo el argumento de mayor calado e importancia el de la inexistencia de daño antijurídico, toda vez que no todo daño es indemnizable y este caso lo es menos, por cuanto, la antijuridicidad que debía aparejarlo no se advierte, en tanto no solo el cobro, el pago y el recaudo gozaron de la presunción de legalidad mientras tuvo existencia y validez el acto de creación por parte del Gobierno Nacional, sino que es innegable que al tratarse de pagos parafiscales, las accionantes, por regla general, gozaron de beneficios como los servicios educacionales y de aprendizaje que presta el SENA.

Ha de tenerse presente de lo visto con anterioridad que al analizar el daño antijurídico como elemento para determinar si lo demandado en acción de grupo era indemnizable o no, pues se itera de lo visto al analizar el recurso eventual, que el concepto de pago de lo no debido contiene ínsito el que haya habido error en el pago e incluso se extiende al error de derecho que acontece cuando se paga una obligación carente de fundamento y ello, en principio, facultaría a quien no lo debía pagar a ejercer su derecho de exigir la devolución, pero tal posibilidad en cabeza del interesado debe estar sustentada en la debida acreditación de la existencia de un daño antijurídico y, en forma específica y puntual, por tratarse de materia tributaria, que es el thema dedidendum que convoca a esta Sala, que conforme a las previsiones de los Decretos 1000 de 1997 y su derogatorio 2277 de 2012, existen procedimientos previos para recuperar tanto el pago de lo no debido como el pago en exceso.

En efecto, el artículo 850 del Estatuto Tributario, modificado por el artículo 49 de la Ley 223 de 1995, prevé que: “Los contribuyentes o responsables que liquiden saldos a favor en sus declaraciones tributarias podrán solicitar su devolución. La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales deberá devolver oportunamente a los contribuyentes, **los pagos en exceso o de lo no debido, que éstos hayan efectuado por concepto de obligaciones tributaria y aduaneras.**” (Negrillas fuera de texto).

La Corte Constitucional algunas veces y no obstante los efectos ex nunc o al futuro de sus sentencias, al declarar la inexequibilidad de la norma fundamento de la carga fiscal, ha ordenado la devolución de tributos a los administrados. En efecto en sentencia C-038 de 2006 consideró:

"…si bien no corresponde a la Corte Constitucional la reparación de los daños antijurídicos causados por la actividad del Legislador, excepcionalmente, en algunas ocasiones, mediante la técnica de modular los efectos temporales de sus decisiones ha permitido el resarcimiento de algunos de los perjuicios patrimoniales causados por leyes inconstitucionales, de manera específica al darle eficacia retroactiva a sus sentencias.

Sin duda el caso más conocido es el de la sentencia C-149 de 1993 [bonos para el Desarrollo Social y la Seguridad Interna de inversión forzosa para personas, naturales y jurídicas, con patrimonio superior al previsto en la Ley 6 de 1992], en el cual se declaró la inconstitucionalidad de los artículos 16, 17 y 18 de la Ley 6 de 1992 y se ordenó al Ministerio de Hacienda y Crédito Público reintegrar la totalidad de las sumas recaudadas por concepto de las disposiciones inconstitucionales. En esa oportunidad la Corte Constitucional encontró que al momento de proferir el fallo la mayor parte del tributo declarado inconstitucional había sido recaudado, por lo tanto la única manera de realizar la 'justicia querida por el Constituyente' era mediante la devolución de las sumas legítimamente percibidas por el Fisco".

Es más, en posterior pronunciamiento la Corte Constitucional ha hallado coincidencia con los efectos ex tunc al afirmar que deben serlo cada vez que se trate de la invalidez de la ley, como se advierte de la sentencia C-441 de 25 de mayo de 2011:

"De acuerdo con el artículo 45 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, las sentencias de esta Corporación sobre actos sujetos a su control **tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte Constitucional resuelva lo contrario**. La facultad de señalar los efectos de sus propios fallos, de conformidad con la Constitución, nace para la Corte Constitucional de la misión que le confía el inciso primero del artículo 241, de guardar la 'integridad y supremacía de la Constitución', porque para cumplirla, el paso previo e indispensable es la interpretación que se hace en la sentencia que debe señalar sus propios efectos.

No hay que olvidar que, según el artículo 5 de la Constitución, el Estado reconoce la primacía de los derechos inalienables de la persona, reconocimiento obligatorio para la Corte Constitucional, como para todas las autoridades pero con mayor fuerza. **La inexequibilidad de una norma no es otra cosa que la imposibilidad de aplicarla por ser contraria a la Constitución**.

No obstante, como es altamente probable que una norma haya tenido consecuencias en el tráfico jurídico antes de ser declarada inexequible, a pesar de los vicios que la acompañaban de tiempo atrás, siempre se suscita la controversia sobre cuál debe ser el alcance de la decisión proferida por el juez constitucional, particularmente en cuanto a los efectos temporales de su decisión.

De un lado, los efectos ex nunc -desde entonces- de la declaratoria de inexequibilidad encuentra razón de ser ante la necesidad de proteger principios como la seguridad jurídica o la buena fe, pues hasta ese momento la norma gozaba de presunción de constitucionalidad y por ello sería legítimo

asumir que los ciudadanos orientaron su comportamiento confiados en la validez de aquella.
Pero de otro lado, los efectos retroactivos de la sentencia de inexequibilidad encuentran un sólido respaldo en el principio de supremacía constitucional y la realización de otros valores o principios contenidos en ella no menos importantes. Bajo esta óptica se afirma que cuando se trate de un vicio que afecte la validez de la norma, sus efectos deben ser ex tunc -desde siempre- cual si se tratara de una nulidad, para deshacer las consecuencias nocivas derivadas de la aplicación de normas espurias siempre y cuando las condiciones fácticas y jurídicas así lo permitan.

En el escenario descrito, la Corte Constitucional tiene no sólo la potestad sino el deber de modular los efectos temporales de sus providencias, pues a ella se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Carta Política. Sobre el particular, como ha sido explicado en otras oportunidades, 'el juez constitucional cuenta con varias alternativas al momento de adoptar una determinación, ya que su deber es pronunciarse de la forma que mejor permita asegurar la integridad del texto constitucional, para lo cual puede modular los efectos de sus sentencias ya sea desde el punto de vista del contenido de la decisión, ya sea desde el punto de vista de sus efectos temporales'. Ahora bien, además de la misión encomendada por el artículo 241 Superior, el artículo 45 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia señala que las sentencias que profiera la Corte sobre los actos sujetos a su control 'tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario'.

Conforme a la disposición citada, declarada exequible mediante sentencia C-037/96, si bien es cierto que por regla general las decisiones de esta Corte tienen efectos hacia el futuro, también lo es que esos efectos pueden ser definidos en otro sentido por la propia Corporación" (Exp. D-8350. Demandante: Yadira Alarcón Rojas. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 628 (parcial) de la Ley 1407 de 2010. M.P. Juan Carlos Henao Pérez). Subrayas y sombreado fuera de texto.

Y es que existen situaciones en los asuntos tributarios (impuestos, tasas, contribuciones etc) que se derivan del desarrollo de la actividad administrativa como catalizador del surgimiento de relaciones jurídicas entre la administración y los particulares y que implican la exigibilidad de una prestación o la imposición del deber o la tolerancia de alguna situación y que a su vez generan relaciones de poder con deberes y derechos recíprocos[40].

Así pues, el particular en su capacidad de obrar toma para él la titularidad de una serie de relaciones jurídicas con la administración que en palabras de García Enterría "suelen agruparse en dos grandes categorías, según comporten una ampliación de su esfera jurídica, o bien una limitación o minoración de la misma. Se habla así de

[40] POLO FIGUEROA. Juan Alberto. Elementos del Derecho Administrativo. U. Sergio Arboleda. Bogotá. 2001. Págs. 226 y siguientes.

situaciones jurídicas de ventaja o activas" [como las potestades, los derechos subjetivos y los intereses legítimos] "y de situaciones jurídicas de desventaja, de gravamen o pasivas" [a saber: la sujeción, el deber y la obligación]. Pero dentro de estas dos grandes categorías existen otras no menos importantes, como acontece con la **carga** que responde al interés propio del sujeto "siendo en consecuencia voluntario para éste, que, de omitirlo, no incurrirá en responsabilidad alguna, si bien se verá privado del beneficio o la ventaja de los que dicho comportamiento es presupuesto". Las cargas en el derecho administrativo son de frecuente ocurrencia, por cuanto el principio de rogación articula la actividad administrativa y la relación entre administración y particulares, por ende, para la obtención de beneficios inherentes a ésta requiere previa petición del interesado[41].

La carga "implica la necesidad de que el titular de un determinado poder lo ejercite cuando quiere obtener un efecto a favor suyo[42]", y es plenamente distinguible de la obligación porque la carga se impone en interés propio mientras que la obligación responde al interés ajeno; el incumplimiento o la inobservancia de la carga es lícito, sólo que su efecto es que el interesado no pueda obtener el resultado previsto, así que no es exigible coercitivamente. En cambio, el incumplimiento de la obligación conlleva la violación de la ley o del contrato, por ende, es susceptible de ejecución forzada. Ha de recordarse, a título de ejemplo, que en el sistema estadounidense tienen establecido como principio general que ante la falta de ley que disponga lo contrario, los impuestos ilegalmente cobrados no pueden ser recuperados, a menos que hayan sido pagados previa protesta[43]

En nuestro derecho tributario, la regla general y la tendencia generalizada es la imposición del principio de rogación como carga para efectos de activar el derecho de ser reembolsado, de ahí que cuando se está frente al pago de lo no debido -en el entendido que no se debían cuando fueron efectuados- se requiere solicitar a la administración la devolución quien responderá mediante acto administrativo, pero es innegable, como bien lo refiere Cassagne[44] que éste no cobija la situación del reembolso del pago por nulidad del acto

---

[41] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo II. Thomson Civitas. 10ª ed. Reimpresión 2009. Págs. 27 y 28.
[42] Ibídem Nota al pie 39.
[43] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo II. Thomson Civitas. 10ª ed. Reimpresión 2009. Pág. 427.
[44] MOCHÓN LÓPEZ, Luis. Actos Reclamables en el Procedimiento Económico-Administrativo. Madrid 1995. Págs. 211 y siguientes.

creador de la carga fiscal, porque en este caso, éstos pagos **no son indebidos**, porque responden al cumplimiento de un deber, así que para obtener la devolución será necesaria la impugnación del acto, la protesta o la reclamación del acto, en tanto entre administración y contribuyente nace una relación jurídico-administrativa.

No obstante, aún tratándose de un pago que en su inicio no fue indebido quedando su ilegalidad al descubierto con la decisión del juez de la nulidad, la carga del contribuyente no se desnaturaliza ni desaparece, precisamente porque responde a los deberes y derechos surgidos de la relación jurídica fiscal que le imponían acudir en rogación o reclamación administrativa solicitando el reembolso del dinero pagado por concepto de contribución. Esto en cuanto a su carga de reclamación previa, que en todo caso, requerirá además en caso de incoar el resarcimiento por parte de la administración la demostración del daño antijurídico.

4.4.6. Conclusiones

4.4.6.1. Las sentencias que anulan el acto administrativo general producen efectos ex tunc porque afectan el acto en sus presupuestos esenciales y ab initio**.**

4.4.6.2. La nulidad del acto general no afecta las situaciones jurídicas concretas y particulares que se consolidaron al amparo de tal acto mientras rigió, es decir, que frente a estos eventos concretos los efectos son ex nunc.

4.4.6.3. Las situaciones jurídicas particulares se consolidan cuando ya no son susceptibles de ser discutidas en vía administrativa ni en vía jurisdiccional, pues se sometieron a ellas y fueron resueltas con efectos de cosa juzgada que hace inmutable la decisión, o debido a que el interesado dejó precluir la oportunidad de someterlas a examen administrativo previo y luego judicial, razón por la cual el acto particular cobró firmeza.

4.4.6.4. La declaratoria de nulidad del acto general no afecta per se la legalidad de los actos administrativos particulares y concretos expedidos con fundamento en ese acto general (actos derivados), en tanto gozan de todos los atributos propios del acto administrativo, entre ellos, están cobijados por la presunción de legalidad. Si el

interesado que se considera afectado pretende su anulación debe demandarlo mediante las correspondientes acciones legales.

4.4.6.5. La declaratoria de nulidad del acto general pone en evidencia y al descubierto por la declaratoria expresa jurisdiccional **el actuar irregular de la administración**, pero no implica per se la ocurrencia de daño antijurídico y menos permite presumir el nexo de causalidad y, por ende, tampoco es vía para concluir a priori la responsabilidad patrimonial del Estado.

4.4.6.6. La vocación resarcitoria en la acción de grupo obedece a la acreditación debida de un daño antijurídico, es decir, aquel que no tenía la obligación de padecer o soportar y que le es imputable material y jurídicamente a la administración.

4.4.6.7. Para que el daño antijurídico sea indemnizable patrimonialmente en los casos en que tenga su causa directa en el acto administrativo declarado nulo, independientemente de la irregularidad declarada mediante la sentencia de nulidad, debe demostrarse precisamente que sí fue antijurídico, porque legalmente no estaba en el deber de soportarlo y el nexo de causalidad.

4.4.6.8. Conforme al artículo 90 constitucional solo es indemnizable el daño antijurídico, por lo que no todo daño es indemnizable. Debe quedar demostrado entonces que esa antijuridicidad se deriva de haber padecido una lesión antijurídica, que no puede confundirse con el perjuicio que es el valorativo o lo cuantificable del daño.

4.4.6.8. No es jurídicamente posible reclamar indemnización por el presunto daño antijurídico ante la declaratoria de nulidad del acto general cuando existe regulación legalmente expresa que le impone al afectado reclamar por solicitud expresa la devolución de la suma que pagó y que luego se estableció que tal imposición carecía de sustento legal, y **hacerlo dentro de la oportunidad legal**.

4.4.6.9. En caso de que el interesado (devolución de tributos indebidamente pagados) solicite a la entidad recaudadora el resarcimiento por vía administrativa porque así lo impone la regulación o se deriva de la relación jurídica y la decisión administrativa no le sea favorable, para efectos de reclamar el resarcimiento del perjuicio causado por el daño antijurídico, deberá acudir a la acción de nulidad

y restablecimiento del derecho en el que cuestionará la decisión expresa o presunta y puede solicitar los perjuicios causados por el acto administrativo demandado, siempre que haya padecido un daño antijurídico.

4.4.6.10. La vía indemnizatoria directa cuando se está frente a la nulidad del acto general, debe analizarse cuidadosamente según las circunstancias de cada caso, pues la reparación directa o la acción de grupo no puede constituir mecanismo judicial adecuado, si el interesado legalmente tenía la carga de agotar un trámite previo ante la entidad o generar una decisión administrativa particular expresa o presunta, aunado a la demostrativa de haber padecido un daño, pero no cualquiera, sino aquel de alcance y estirpe **antijurídico**.

4.6.6.11. Superado el análisis de si existe o debió existir trámite administrativo previo de rogación o reclamación o acto administrativo particular y comprobando que ello no aconteció en el presente caso, el afectado con la ilegalidad del acto administrativo general dejó de agotarlo, pero más allá de ello no determinó el daño antijurídico y la Sala no lo encuentra probado.

4.6.6.12. Finalmente, otro aspecto que no puede dejarse pasar de largo y es el referente a la imposibilidad de una condena en abstracto, pues valga recordar que el Consejo de Estado como juez de la revisión eventual debe dejar claro la aplicación de sus máximos derroteros y, es que ello se hace necesario por cuanto al observar la decisión condenatoria del juez ad quem de la acción de grupo, pasó por alto pronunciamientos de esta Corporación de vieja data, en atención a que no liquidó en forma concreta la indemnización frente a aquellos que concurrieran en forma posterior a engrosar el grupo, siendo que el Consejo de Estado en su jurisprudencia ha indicado que no es de recibo la condena en abstracto.

Es así como en sentencia de 19 de mayo de 2005[45], se hizo la específica consideración de la necesaria determinación y probanza del daño individual de todos los integrantes determinados y aquellos que concurren a formar el grupo, como se lee a continuación: "…por **determinación legal, alegar y probar el daño individual de cada uno de los miembros del grupo demandante y de quienes se integraron posteriormente**, teniendo en cuenta 'las circunstancias

[45] Sección Tercera. Exp. AG. 15001233100020010154103. C.P. María Elena Giraldo Gómez.

propias de cada caso', como lo exige el artículo 65, literal a) de la Ley 472 de 1998, para que el juez pueda establecer, si hay lugar a declarar la responsabilidad del demandado o de los demandados, el porcentaje y fijar los parámetros que debe seguir el Defensor del Pueblo para el posterior pago de la indemnización. Por lo tanto, si no se demuestra el daño individualmente considerado, es decir con las cualidades de cierto, particular y que corresponda a una situación jurídicamente protegida es imposible concluir la responsabilidad" (negrillas y subrayas de Sala).

Por ello, en sentencia reciente de 14 de agosto de 2018[46], que bajó a secretaría el 28 de septiembre siguiente y fue notificada el 1º de octubre de 2018, retomó toda la línea jurisprudencial que distinguió entre el grupo demandante y quienes no lo hicieron, pero que acrecentarán el conglomerado afectado, se indicó lo siguiente:

"…resulta claro que en la sentencia que resuelva la acción de grupo y en la que desde luego acoja las pretensiones de la demanda, el juez de la causa **deberá distinguir a las personas que formaron parte del grupo actor desde el inicio de la litis de aquellas que probablemente lo harán más adelante, pues, se reitera, estas personas asumieron las contingencias, los riesgos, las erogaciones, los esfuerzos y, en sí, muchas de las cargas que el ejercicio de su derecho de acción les generó, de suerte que ese mérito debe resultar reflejado en una decisión distinta frente a ellos, consistente en una indemnización concreta que resarza el daño que se les irrogó**.// Por consiguiente, el juez de la acción de grupo deberá establecer, naturalmente con el acopio probatorio allegado al proceso, cuánto será el monto de la indemnización de cada demandante –que formó parte del proceso- deberá recibir, es decir, que en este caso el grupo quedará definido frente a las indemnizaciones de quienes se hicieron parte en el proceso y no después de dictada la sentencia estimatoria de las pretensiones.// Lo anterior, en modo alguno comporta que el juez de la causa, en la sentencia, pueda o deba omitir el análisis y la determinación respecto de la indemnización a favor de quienes acudirán como beneficiarios de

[46] Sala 25 Especial de Decisión. Radicado AG 20001233100020070024401 (Revisión Eventual). Actor: Gladys Alvarado Acosta y otros. Demandado: Municipio de Chiriguaná y otros. C.P. Martha Nubia Velásquez Rico. Con aclaración de voto del Consejero Carlos Moreno Rubio quien consideró que el artículo 65 de la Ley 472 de 1998 no exige al juez que tome cada caso particular una indemnización concreta sino una indemnización colectiva que contenga la suma "ponderada" de indemnizaciones individuales.

la sentencia, pues así lo consagra, en forma mandatoria[47], el referido artículo 65 de la Ley 472 de 1998….// Ante la eventualidad de que personas que no intervinieron expresamente en el litigio, el artículo 65-1 de la Ley 472 de 1998 prevé que la sentencia, en tanto sea estimatoria de las pretensiones habrá de disponer 'el pago de una indemnización colectiva que contenga la suma ponderada de las indemnizaciones individuales…".

Todo el recorrido jurisprudencial que se denota pacífico en cuanto a la imposibilidad de condenar en abstracto, el cual iteró, y conllevó que a título conclusivo indicara que al juez de la acción de grupo se le impone el deber de determinar la indemnización "**individual respecto de quienes acudieron al proceso desde su inicio y también frente a quienes lo harán con posterioridad a la sentencia; solo en el evento de que no se pueda establecer el número de beneficiarios que acudirán ante el Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, se permitirá que éste último determine la suma total que deberá depositarle la entidad condenada para atender todas las solicitudes, pero siempre el juez deberá, en la sentencia, cuantificar la indemnización o monto individual a reconocer a cada miembro del grupo actor**".

4.4.7. Del caso concreto

Aplicado todo lo anterior al caso que ocupa la atención de la Sala de Decisión y bajo la exigente limitante del objeto de la revisión eventual cual es la definición del criterio jurídico específico, unificado y consolidado aplicable a casos que se asimilen y no el de ser una tercera instancia.
Sea lo primero tener en cuenta que el Tribunal Administrativo de Risaralda evaluó que el pago fiscal de contribuciones parafiscales a cargo de la cooperativas y precooperativas de trabajo asociado devino en indebido ante la expresa nulidad jurisdiccional del Decreto general base de su causación, nulidad que se declaró por considerarse que el Gobierno Nacional carecía de competencia para fijar contribuciones. Otorgó a ese pago el tratamiento de situación jurídica no consolidada respecto de las entidades condenadas en la sentencia de acción de grupo.

---

[47] Información obtenida del software de gestión del Consejo de Estado.

Para esta Sala es claro que el pago de la contribución de aportes parafiscales es un asunto sub-judice, es decir, que para el momento en que quedó ejecutoriada la sentencia de 12 de octubre de 2006 que anuló el Decreto 2996 de 2004 -fundamento normativo general de la contribución parafiscal- no era una situación jurídica de aquellas consolidadas y en firme, por tanto, era discutible y viable de análisis y juzgamiento, en atención a que aunque si bien los dineros recaudados habían entrado al patrimonio del ICBF y del SENA, la discusión sobre todo por vía judicial era posible, dado que la Ley 472 de 1998 prevé que la caducidad para incoar la acción de grupo con la finalidad de obtener la indemnización **es de dos años siguientes a la fecha en que se causó el daño** y como ya se vio la anormalidad quedó al descubierto a partir de la declaratoria de nulidad del Decreto 2996 de 2004 mediante la sentencia de 12 de octubre de 2006 y la demanda en acción de grupo fue presentada el 18 de marzo de 2007 (ver fl. 275 cdno. 1-1), es decir, en oportunidad.

Ha de recordarse que los derechos consolidados son aquellos que ya no admiten discusión porque no la tenían o porque habiéndola tenido, se dejaron superar los términos prescriptivos o de caducidad o porque fueron discutidos y resueltos en decisión que hizo tránsito a cosa juzgada material.

Pues bien, es importante tener en cuenta que el Tribunal tampoco encontró que la situación de las demandantes hubiera tenido un acto administrativo particular derivado o consecuencial del acto general que implicara para aquellas, la carga o el deber de judicializar el acto administrativo particular y no acudir a la jurisdicción en reclamación indemnizatoria en forma directa con respecto al acto administrativo general declarado nulo, en tanto la nulidad de este acto impersonal y abstracto no tiene el poder de restablecer automáticamente los derechos de los particulares contenidos en un acto administrativo particular, e hiciera obligatorio para el operador judicial atender la decisión administrativa singular y concreta, con las implicaciones que ello acarrea como es el análisis de figuras como la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y las exigencias de argumentación de la jurisdicción rogada.

El Tribunal encontró que la discusión giró en torno a la obtención de la indemnización de un **daño generado por un acto administrativo que fue anulado por violación del ordenamiento jurídico**; que las

condiciones uniformes están dadas porque el grupo fue conformado por la Cooperativas y Pre-cooperativas de Trabajo Asociado que cancelaron aportes parafiscales al SENA y al ICBF, en cumplimiento del artículo 1 del Decreto 2996 de 2004, siendo ésta la causa originaria del daño.

Es en este punto, en el que el Consejo de Estado como juez de la revisión encuentra divergencia con el pronunciamiento del Tribunal, así que anticipa que la solicitud de revisión eventual es próspera, en tanto la sentencia del Tribunal ad quem al abordar el tema de los efectos ex tunc de la sentencia de nulidad del acto general y el respeto de las situaciones jurídicas consolidadas y la afectación de aquellas subjudice, abandonó el análisis del elemento basilar de esta acción resarcitoria como es el daño antijurídico.

Limitarse a predicar la responsabilidad resarcitoria a partir de los efectos de la sentencia de nulidad del Decreto apartó al Tribunal ad quem del estudio que dentro del contexto teórico y luego aplicado a la práctica, se imponía respecto al daño antijurídico, por lo que adoptó la decisión con aplicación de un título de orden objetivo indirecto, pues anulado el acto administrativo general dictado por el Gobierno Nacional dedujo la responsabilidad de las demandadas SENA e ICBF por el sólo hecho del recaudo de los aportes, se itera, sin analizar la antijuridicidad que derivó per se tan solo de la declaratoria de nulidad judicial.

Si bien es deber-compromiso proteger en su vida, honra y bienes a los administrados -contribuyentes-, no siendo viable mantener una aparente legalidad del acto administrativo general cuando presenta vicios en su creación, no por ello se hace evidente la responsabilidad patrimonial y resarcitoria del Estado, porque existiendo fundamento legal para tal parafiscalidad, no son las entidades públicas las llamadas a contravenir las disposiciones que las regentan, porque ante todo la razón de ser y la finalidad primigenia de aquéllas es la protección de los administrados dentro del marco de la legalidad, por ello es más alto el nivel de exigencia y de respeto al ordenamiento constitucional y legal porque son ellas quienes, antes que ningún otro, deben propender por el respeto a la legalidad y, lo cierto es que para aquéllas recaudadoras los dineros en cuestión sí contaban con soporte legal para el momento en que atesoraron el pago respectivo.

Considerar lo contrario, esto es, la restitución de la situación anterior por el efecto retroactivo de la sentencia de nulidad contra el acto general como posibilidad directa e inmediata de indemnización del daño implica subsumir la actividad del Estado en la proscrita presunción de responsabilidad que abriría en la práctica las puertas de la arbitrariedad contra la administración, para quien también son aplicables principios constitucionales de legalidad, buena fe, presunción de inocencia y que en la mayoría de las veces, en forma errada, se entiende sólo predicables a favor de las personas residentes en el país. De todo esto se evidencia la trascendencia de contar en el proceso de la acción de grupo de la demostración de la antijuridicidad del daño.

En el caso concreto, la providencia objeto de revisión debió tener en cuenta que la imputación fáctica y jurídica, en principio, basó la pretensión indemnizatoria de la acción de grupo recaía sobre el autor o creador del acto administrativo general (Nación - Ministerio de la Protección Social), a quien el Tribunal declaró falto de legitimación en la causa por pasiva, sin que nadie hubiera cuestionado tal decisión cobrando así firmeza, lo que implicó que la causa petendi quedara circunscrita a las entidades recaudadoras de la contribución, a saber el SENA y el ICBF, esto es, al ejercicio de la atribución accesoria a la función fiscal, como en efecto, lo es la recolección de los tributos, en este caso de la contribución parafiscal, competencia a la cual no se podían abstraer, al estar obligadas a cumplir con las normas que las rigen como en efecto lo fue, mientras estuvo vigente, el Decreto 2996 de 2004.

Dicente resultan los pronunciamientos de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en su labor de Tribunal Supremo, quien unificó la jurisprudencia en virtud del interés jurídico que se predicó de dos asuntos que conocía en principio la Sección Tercera, devenidos de pretensiones dentro del medio de control de reparación directa, y que a título pedagógico resultan ilustrativos en sus generalidades, pues definieron varios aspectos que se tratan en el sub lite y que aportan claridad al caso que se juzga, ello con el fin de armonizar las consideraciones que responden a memoriales de los sujetos procesales atinentes a la acción adecuada (reparación directa o nulidad y restablecimiento del derecho), a saber, por parte del ICBF quien trajo a colación la sentencia de la Sección Tercera de 5 de mayo de 2016, expediente: 2500-23-26-000-01452-01 (38820), C.P. Danilo

Rojas Betancourt, (véase memorial fls. 1.245 a 1.250 cdno. 7) y la sentencia de 13 de octubre de 2016 y sentencia de la Sección Cuarta del Consejo de Estado de 13 de octubre de 2016, expediente 81001233300020140002101, C.P. Hugo Fernando Bastidas (véase memorial fls. 1.282 y ss cdno. 7) y sobre los efectos de la sentencia de nulidad (ex tunc y ex nunc), de la Sección Segunda, expediente 11001032500020130108700, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez (véase memorial obrante a fls. 1.304 y ss, cdno. 7).

Y si bien, aunque esos pronunciamientos fueron proferidos en el marco de procesos contencioso administrativo ordinarios (reparación directa y nulidad y restablecimiento del derecho) distintos de los derivados propiamente de la acción de grupo, ello no impide que las generalidades sean predicables y se trasladen en su argumento, al entorno de la condición resarcitoria e indemnizatoria.

Se hace referencia a la sentencia de 13 de marzo de 2018, radicado 25000232600020030020801, actor: Mercedes Benz Colombia S.A., y de 21 siguiente, radicado 25000232600020030020 6-01, actor: Glaxosmithkline Colombia S.A., en ambos demandado: Congreso de la República, con ponencia del entonces Consejero Danilo Rojas Betancourt, por cuanto en dichos pronunciamientos se definió que la causa de reparación directa de quienes habían pagado la TESA, en los eventos en que se reclama la devolución de esos dineros, ante la declaratoria de inexequibilidad de la norma fundamento de su causación declarada por la Corte Constitucional, se centró para el análisis de los efectos indemnizatorios y resarcitorios –carácter común que contiene la acción de grupo- en lo **antijurídico del daño**, como se lee a continuación:

> "(…) 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[48] 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"[49], de modo que, si estimaba que el 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

---

[48] 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*".

[49] Sentencia C-038 de 2006, *op. cit.*

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[50].[51]

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 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

---

[50] [2] BETANCUR JARAMILLO, Carlos, Derecho Procesal Administrativo, Señal Editora, Quinta edición, Medellín, 2000, página 170.

[51] 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.

encuentre que su ejercicio permitía revertir efectivamente el daño cuya reparación se pretende[52], 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**….".

Es claro que en ambas decisiones, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo no invoca mayor diferencia entre la declaratoria de inexequibilidad de la ley y la declaratoria de nulidad del acto administrativo general, lo que conlleva a como ya se anunció en precedencia, que prospera la solicitud eventual de revisión propuesta por las entidades condenadas ICBF y SENA, tendiente a revocar el fallo del Tribunal Administrativo de Risaralda de 29 de abril de 2009, dictado dentro de la acción de grupo de la referencia, por cuanto el juez ad quem de la acción de grupo al centrar su análisis solo en los efectos de la sentencia, omitió abordar el estudio en dos aspectos basilares ineluctables, a saber, la probanza del daño antijurídico y la necesidad de que las demandantes agotaran la decisión previa, por tratarse de tema tributario.

Así que la infirmación de la sentencia del Tribunal ad quem ante la prosperidad de la revisión eventual, que implica el retiro de esa decisión e implica que consecuencialmente el Consejo de Estado asuma el análisis de la instancia respectiva, mediante el estudio del recurso de apelación propuesto por la parte demandante y por las entidades demandadas ICBF y SENA contra la **sentencia de 19 de diciembre de 2008** que accedió a las pretensiones de la demanda proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Pereira, a partir de los siguientes extremos:

I. ANTECEDENTES:

Valga recordar que en el capítulo titulado I. ANTECEDENTES DE LA ACCIÓN DE GRUPO, integrado por los subcapítulos 1.1. La demanda y 1.2. Los hechos, se encuentra sintetizado grosso modo los antecedentes que cursaron ante los jueces de instancia de la acción

---

[52] 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-.

de grupo, por lo que se hace innecesario repetirlos, sin perjuicio de que se vuelva sobre ellos y sus especificidades a fin de dar claridad al análisis subsiguiente.

1. La sentencia de primera instancia

El **juez a quo** Segundo Administrativo del Circuito de Pereira adoptó, entre otras decisiones, las siguientes: declaró probada la excepción de falta de legitimación por pasiva propuesta por el Ministerio de la Protección Social; declaró administrativamente responsable al SENA y al ICBF por el daño sufrido por las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado con el pago de aportes parafiscales ordenados mediante el decreto 2996 de 2004 efectuados entre el 1 de enero de 2005 y el 12 de octubre de 2006; las condenó a pagar a título de indemnización determinadas sumas de dinero ajustadas conforme al IPC; asignó a la apoderada de la parte demandante a título de honorarios el 10% sobre la indemnización que obtuviera cada una de las demandantes que conforman el grupo y las condenó en costas.

El **problema jurídico** de la acción de grupo determinado por el juzgado a quo se decantó por indicar que se trataba de zanjar la discrepancia entre la partes, por cuanto las demandantes aseguran que tienen derecho a la devolución de los aportes pagados con en la nulidad del acto administrativo creador de la contribución, mientras que las demandadas afirman que la devolución es improcedente porque los efectos cumplidos con la aplicación de la norma guardan su integridad, por lo que su tesis era que deben examinarse los efectos de la nulidad parcial del Decreto 2996 de 2004.

La tesis de fondo y fundamento del juzgado para acceder a las pretensiones de la demanda incoada en ejercicio de la acción de grupo partió de la aplicación de los efectos ex tunc de la declaración de nulidad[53] de la expresión “y contribuciones especiales al SENA,

---

[53] La declaratoria de nulidad del acto general Decreto 2996 de 2004 está contenida en la sentencia de 12 de octubre de 2006, dentro del radicado 11001032500020040018701, tuvo como fundamentó la **violación del principio de legalidad** por cuanto normativamente la obligación de efectuar los aportes al SENA y al ICBF surge del vínculo laboral existente entre empleador y trabajador, aunado a que es el salario la base sobre la cual debe calcularse el respectivo aporte, pero tal estado del arte no es aplicable a las cooperativas de trabajo asociado y entidades similares, por cuanto: (i) los asociados no tienen el carácter de trabajadores asalariados; (ii) la cooperativa actúa como patrón o empleador de aquellos; (iii) la retribución que reciben los asociados por su trabajo es una *compensación* y no es salario. Esa compensación se fija teniendo en cuenta la función que cumple el asociado, su especialidad, rendimiento, cantidad y calidad del trabajo aportado.

ICBF y Cajas de Compensación" contenida en el artículo 1º del acto administrativo general (Decreto 2996 de 2004) para afirmar que ésta conllevaba indiscutiblemente la devolución de lo pagado indebidamente.

Desestimó entonces el argumento de las demandadas alusivo a centrarse o partir tan solo de los efectos a futuro del fallo de nulidad, desde la consideración de que cuando los aportantes pagaron, la norma estaba vigente y asimismo la amparaba la presunción de legalidad y, en dado caso, no estaban impedidas de reclamar los perjuicios (capital pagado más intereses) mediante la solicitud de la devolución de los dineros a los entes recaudadores.

Explicó que la entrega de aportes parafiscales se hizo exclusivamente con fundamento en el decreto anulado, **sin que mediara acto administrativo de inferior jerarquía o actos particulares y concretos para demandar**, por lo que sí podían acudir en forma directa a la acción resarcitoria.

Consideró el juez que con la declaratoria de nulidad del artículo 1º del Decreto 2699 de 2004 recobró vigencia el Decreto 2879 de 2004 que obligaba a las Cooperativas de Trabajo Asociado a pagar aportes parafiscales en casos determinados como la realización de actividades prohibidas, como por ejemplo: el suministro de mano de obra temporal a usuarios o a terceros beneficiarios, la remisión de trabajadores para que atiendan labores propias del usuario del servicio, la recepción por parte de los cooperados o asociados de instrucciones u órdenes del usuario –a manera de empleador- y la prestación de servicios para las Empresas de Servicios Temporales, pero que no obstante las demandadas hicieron referencia exclusiva a la causación de los aportes a partir del Decreto 2996 de 2004.

En consecuencia no se cumplen los presupuestos previstos en la ley, para que emergiera la obligación impuesta en el artículo 1 del Decreto 2996 de 2004, de aportar al SENA y al ICBF, pues no se puede pretender que el régimen de compensación de los socios de estas cooperativas sea igual al de los trabajadores asalariados, dado que ello equivaldría a desconocer la naturaleza jurídica de tales organizaciones.

Los aportes al SENA y al ICBF son contribuciones parafiscales obligatorias, devenidas de la facultad impositiva del Estado y sometidas al principio de legalidad; son de naturaleza excepcional, en tanto no afectan genéricamente a todas las personas con igual capacidad de pago, sino que la ley obliga sólo a un grupo de personas a efectuar los aportes.

De lo anterior, grosso modo, concluyó e que el decreto acusado es violatorio del principio de legalidad de los tributos que impone la **reserva del legislador ordinario a la facultad impositiva**.

Declaró probada la falta de legitimación en la causa por pasiva respecto al Ministerio de la Protección Social, por cuanto el SENA y el ICBF son entidades con personería jurídica y por tanto aquel no tenía la obligación de devolver un dinero que no recaudó.

2. Los recursos de apelación

Inconformes con la decisión, tanto la **PARTE ACTORA** como las **ENTIDADES ACCIONADAS SENA** e **ICBF apelaron** la sentencia, manifestaron en sendos recursos, lo siguiente:

2.1. Recurso de la parte demandante

La **parte actora** (Cooperativas y Precooperativas) acusó la carencia de soporte jurídico para declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el Ministerio de la Protección Social, por cuanto si bien éste no puede devolver dinero que no recaudó, su responsabilidad deviene de la autoría material y jurídica del acto administrativo general que ocasionó a las Cooperativas demandantes detrimento patrimonial al convertirse en un pago de lo no debido.

Criticó la sentencia al declarar la falta de legitimación de la parte pasiva a favor del Ministerio de la Protección Social porque no se pronunció sobre la responsabilidad de la Nación como titular de la función pública de autoría del Decreto 2996 de 2004, de la norma que luego fue anulada parcialmente, pero que durante su vigencia causó daño antijurídico al patrimonio de quienes pagaron los aportes por contribución parafiscal, así que el daño antijurídico causado y la falla en la prestación del servicio de la función pública permiten endilgarle responsabilidad.

Sobre la indemnización fijada a su favor por el a quo, resaltó que revisado el listado de las sumas asignadas a cada Cooperativa, el fallo impugnado no les reconoció el monto total pagado y probado, debido a que solamente tuvo en cuenta los reportes de recaudo del SENA, dejando de lado que no todas las Cooperativas realizaron el pago de sus aportes de forma directa, sino por intermedio de las Cajas de Compensación Familiar. Además, en dicho listado, afirmó, figuran fondos de empleados y entidades cuya naturaleza no se asimila a las organizaciones de trabajo asociado, de las cuales no hay prueba de

que se encuentren activas o que hayan demandado directamente; por tanto, es necesario incrementar el monto de la condena a favor de las organizaciones demandantes. Así mismo, los honorarios de la apoderada deben establecerse con base en lo probado y ordenado por el Juzgado y no sobre lo efectivamente cobrado por las demandantes, dado que tributariamente puede operar la figura de la compensación fiscal o del descuento frente a lo adeudado a las accionantes con una obligación tributaria a cargo de ellas e incluso con respecto a la contribución parafiscal especial que a las Cooperativas de Trabajo Asociado impuso la Ley 1233 de 2008 (fls. 661 a 668 Cd. 1-3).

2.2. Recursos de la parte demandada

2.2.1. El **ICBF** señaló que la sentencia de primera instancia es contraria a la normativa y lesiva a sus intereses, ante la aplicación retroactiva de los efectos de la declaratoria de nulidad parcial del Decreto 2996 de 2004 y ante el desconocimiento de la obligatoriedad de la carga impositiva que implica, para el sujeto gravado, la imposibilidad de eximirse del pago del aporte y de la destinación sectorial que hace que el pago se revierta al sector del cual se extrajo.

Además, indicó que conforme al artículo 66 del C.C.A. los actos administrativos son obligatorios mientras no sean suspendidos o anulados por la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, mientras tanto gozan de toda la fuerza vinculante que les es propia y que de acuerdo con el artículo 64 ibídem, salvo norma expresa en contrario, los actos que queden en firme al concluir el procedimiento administrativo serán suficientes, por sí mismos, para que la administración pueda ejecutar de inmediato su cumplimiento. Por todo lo anterior, los efectos causados en vigencia del Decreto 2996 de 2004 son irreversibles, concretamente, los pagos que se hicieron por los obligados, en tanto los efectos de la declaratoria de nulidad son futuros y sobre situaciones no consolidadas.

Explicó el recurrente que el acto administrativo tiene carácter ejecutorio y produce sus efectos jurídicos una vez cumplidos los requisitos de publicación o notificación y su ejecutividad depende de dos aspectos fundamentales: de una parte, la presunción de legalidad del acto administrativo siempre que no haya sido desvirtuada y, de otra, la firmeza, la cual se perfecciona por el artículo 62 del C.C.A.

Indicó que no se causó daño antijurídico porque las Cooperativas de Trabajo Asociado efectuaron sus pagos en cumplimiento del Decreto 2996 de 2004. Por otra parte, la imputación del daño que dicen las demandantes padecieron no fue causado por el ICBF porque el recaudo de los aportes tuvo fundamento en el Decreto referido, esto es, tuvo su causa en el cumplimiento de un deber legal.

Concluyó que no es posible la devolución de los aportes realizados con anterioridad a la declaratoria de nulidad parcial del Decreto 2996 de 2004 porque éste se presumió legal durante el tiempo que estuvo vigente, por ende, acceder a las devoluciones vulneraría el principio de seguridad jurídica y porque los efectos del fallo de nulidad del acto general frente a las situaciones jurídicas consolidadas son ex nunc.

Expuso que los pagos efectuados constituyen situaciones consolidadas por cuanto las accionantes, conscientes de la imposición legal, efectuaron los pagos de manera voluntaria, lo que hace equívoca la apreciación del Juzgado cuando señaló que se trata de situaciones no consolidadas por el simple hecho de que se ejerció la acción de grupo. Agregó que, a su juicio, no están dados los presupuestos para declarar la responsabilidad extracontractual de esa entidad y menos para ordenar la devolución de los aportes parafiscales.

Afirmó que nunca se le ofició para que certificara el monto real de lo aportado y captado por concepto de contribuciones parafiscales. Finalmente, reiteró los argumentos manifestados en el escrito de contestación de la demanda[54] (fls. 647 a 660 cdno. 1-3).

2.2.2. El **SENA** precisó en idénticos términos a los del ICBF la imposibilidad de dar aplicación retroactiva a la declaratoria de nulidad parcial del Decreto 2996 de 2004, en tanto la sentencia no moduló los efectos hacia el pasado. Agregó que a partir de la Ley 21 de 1982[55] las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado tenían la obligación de realizar el pago de los aportes parafiscales a esa entidad, siempre y cuando hubieran vinculado trabajadores con

---

[54] Referentes a que cumplió con el deber legal que le impuso el Decreto 2996 de 2004, por consiguiente actuó dentro de los causes señalados en la ley, aunado a que carece de facultad legislativa y a que resulta imposible la devolución de los aportes realizados con anterioridad a la declaratoria de nulidad parcial de dicho Decreto porque gozaba de presunción de legalidad y reembolsarlos vulneraría el principio de seguridad jurídica y desconocería que actuó conforme al principio de legalidad que se estructura en el cumplimiento íntegro de las normas vigentes.

[55] "*Por la cual se modifica el régimen del Subsidio Familiar y se dictan otras disposiciones*"

relación laboral así que no hay lugar a la devolución de los aportes cancelados, pues la carga parafiscal prevista en el Decreto 2996 de 2004 era obligación adicional a la descrita, cuyos pagos respondían al deber legal y al principio de solidaridad y con fundamento en las compensaciones percibidas por los trabajadores que gozaban de la calidad de asociados; por tanto, es improcedente la devolución de los aportes cancelados, por cuanto las accionantes estaban obligadas a pagarlos "…durante el periodo de tiempo, comprendido entre noviembre de 2004 y octubre de 2006, en relación con los trabajadores vinculados por contrato laboral…".

La devolución de los aportes pagados con anterioridad a la declaratoria de nulidad parcial del Decreto 2699 de 2004 vulnera el principio de seguridad jurídica y reiteró que actuó en cumplimiento de un deber legal impuesto por el Decreto 2996 de 2004, por cuanto no fue ella quien expidió el decreto pues carece de facultad reglamentaria para hacerlo, el acto general provino del Gobierno Nacional a través del Ministerio de la Protección Social, así las cosas consideró que actuó dentro de los límites legales en la labor de recaudo, lo que permite concluir que no es posible endilgarle responsabilidad.

Solicitó se revoque la sentencia del Juzgado debido a que es contraria a la ley y violatoria de sus intereses y, en consecuencia, se absuelva al SENA de las condenas allí impuestas (fls. 670 a 683 Cd. 1-3).

3) Concepto del Ministerio Público

La señora Procuradora Judicial No. 38 solicitó revocar la sentencia apelada, para en su lugar, denegar las pretensiones de la demanda, pues es evidente que el grupo de Cooperativas demandantes no guardan uniformidad respecto a la causa generadora del daño, ya que los pagos realizados por cada una de ellas no son por el mismo monto, el cual dependía del número de afiliados; lo anterior hace que el daño antijurídico alegado se origine en una causa diferente para cada accionante, incumpliéndose así uno de los presupuestos para la procedencia de esta acción.

Añadió que la acción de grupo no es el mecanismo para crear efectos jurídicos de las sentencias que declaran la nulidad de actos administrativos, pues un juez de inferior categoría no puede crear condiciones de restablecimiento de derechos a negocios que como la

nulidad simple no le es posible determinar, lo anterior porque no se observa que la sentencia que anuló el Decreto 2996 de 2004 haya ordenado la devolución de aportes; además, si las Cooperativas demandantes consideraron que el pago de los aportes parafiscales en vigencia de la referida normativa les ocasionó un daño antijurídico, debieron solicitar su devolución a las receptoras y en caso de ser negada ésta, acudir a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para controvertir dicha negativa (fls. 698 a 705 Cd. 1-3).

II. CONSIDERACIONES DE LA SENTENCIA DE REEMPLAZO

Responsabilidad patrimonial del Estado

Previamente a determinar si existe o no daño antijurídico que conlleve el resarcimiento por parte de las demandadas a favor de la pluralidad de la parte actora es necesario detenerse en las pretensiones y las imputaciones en las que la demanda se sustenta.

La demanda de acción de grupo solicitó como **pretensiones** las siguientes:

> "1. Que se declare administrativamente responsable a la nación colombiana – Ministerio de la Protección Social, al Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, por el daño material consistente en el detrimento patrimonial que ocasionó a las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado que cancelaron contribuciones especiales al ICBF y SENA entre el 1 de enero de 2005 y el 12 de octubre de 2006, por la falla en el servicio de la función pública en que incurrió y/o el daño antijurídico causado.
>
> 2. Que como consecuencia de la declaración anterior, se ordene a la nación – Ministerio de la Protección Social, al SENA e ICBF reintegrar los valores recibidos de las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado que se vieron obligadas a pagar contribuciones especiales a estos organismos, entre el 1 de enero de 2005 y el 12 de octubre de 2006, a título de daño emergente.
>
> 3. Que estas entidades deben cancelar intereses comerciales sobre el dinero recaudado, con fundamento en la declaratoria de nulidad de esas contribuciones especiales, por el valor que mes a mes recibieron, así como intereses moratorios por cada día que transcurra hasta la devolución del dinero, desde el 12 de octubre de 2006, fecha en que cesó la causa vulnerante.
>
> 4. Que se condene en costas a las demandadas.

5. Que se reconozca a favor de los apoderados la liquidación de los honorarios previstos en el numeral 6 del artículo 65 de la ley 472 de 1998.

6. Que se cumpla la sentencia conforme a lo ordenado por los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo." (fl. 270 Cd. 1-1).

La demanda a lo largo de su texto hace las subsiguientes imputaciones frente a las accionadas, con ello la Sala descarta los argumentos con los que la parte actora pretende cuestionar la legalidad del Decreto 2996 de 2004 ya anulado al dedicarse in extenso a explicar las relaciones entre sus cooperados, la inexistencia de relación laboral, la relación cooperativa –aportantes- trabajadores y gestores, la naturaleza jurídica de las cooperativas, disquisiciones que se alejan de la naturaleza de la acción resarcitoria y, más aún cuando el estudio de legalidad del acto ya fue hecho por la autoridad jurisdiccional competente, determinando su contradicción con el ordenamiento superior, lo que llevó la declaratoria de nulidad y al retiro del campo jurídico, que como se relató en nota al pie se fundamentó en la violación del principio de legalidad al abrogarse la competencia impositiva reservada al legislador, toda vez que las condiciones de las actoras no se adecúan a los parámetros de imposición previstos para esa clase de contribución, por cuanto normativamente la obligación de efectuar los aportes al SENA y al ICBF surge del vínculo laboral existente entre empleador y trabajador que no es predicable entre la cooperativa y sus cooperados, además que no existe el parámetro salarial que permite liquidar la referida contribución, pues se trata de una compensación.

Esas imputaciones en el libelo demandatorio son:

a) Durante el tiempo en que estuvo vigente el Decreto 2996 de 2004, y por su acción impositiva a la que no era posible resistirse legítimamente debido a la presunción de legalidad que lo protegía y al poder de coacción del Estado, las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado, debieron pagar tales contribuciones especiales al SENA y al ICBF, **pero surgida de la declaratoria de ilegalidad de ese acto general**, los organismos beneficiados directamente con el monto de los recursos recaudados deben resarcir al grupo de **personas jurídicas lesionadas - cooperativas y precooperativas de trabajo asociado legalmente- por la acción antijurídica del Estado**, la cual se encuentra identificada con total precisión por el binomio conformado entre decreto mismo ilegal y la sentencia de

nulidad parcial proferida por el Consejo de Estado del Decreto 2996 de 2004 (fol. 255 cdno. 1-1).

b) La declaratoria de ilegalidad o antijuridicidad con que se afectara la decisión del Gobierno Nacional de ordenar a las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado contribuciones especiales a favor del SENA, ICBF y Cajas de Compensación Familiar generó un enriquecimiento injusto al SENA y al ICBF, organismos que recaudaron siempre, coactivamente en ocasiones, los dineros del tributo ordenado, por lo que le salen a deber a estas organizaciones el mayor valor con que se enriquecieron injustamente, y las hace administrativamente responsables junto con la Nación, Ministerio de la Protección Social, conforme a la ley (art. 49 de la Ley 446 de 1998). Por demás, estas entidades son responsables del daño antijurídico causado a las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado, y posterior enriquecimiento injusto de los haberes recaudados (fol. 256 cdno. 1-1).

c) La causa legítima de la acción de grupo se contrae a la configuración de la responsabilidad por la declaratoria de nulidad parcial que recayó sobre el Decreto 2996 de 2004, por cuenta de la sentencia proferida por el Consejo de Estado, cuyos efectos cobijan, por igual, a las personas jurídicas a que se refiere. También los elementos que configuran la responsabilidad tienen condiciones uniformes, debido a que ella tiene su origen en la declaratoria de antijuridicidad de la norma (fol. 262 cdno. 1-1).

d) La contribución del Decreto 2996 de 2004 no era solo antijurídica sino ilegítima porque en su propósito vedado parecía pretender purgar, contener, disminuir o reorientar la proliferación de cooperativas de trabajo asociado y recuperar unos recursos parafiscales que disminuían en la medida que se incrementaba el número de estas organizaciones solidarias exentas del pago de parafiscales y, por ende, se veía afectada la prestación de servicios con terceros, apocando correlativamente el número de trabajadores dependientes que sí daban origen al pago de parafiscales a cargo de las empresas.

También era antijurídico o ilegítimo, cuando frente al retorcido camino elegido por el gobierno, se encontraba otro, este sí jurídico y legítimo, consistente en ejercer adecuada vigilancia y control sobre las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado por intermedio

tanto del Ministerio de la Protección Social como de la Superintendencia de Economía Solidaria, entidades que disponen de precisas y contundentes facultades para ejercer el control concurrente sobre las vigiladas e imponer las sanciones administrativas a que hubiere lugar. (fol. 267 cdno. 1-1).

e) El Estado desconoció el artículo 58 de la Carta sobre la protección y promoción de las formas asociativas y solidarias de propiedad. Insistió en que la ilegitimidad y antijuridicidad se deriva de la declaratoria de nulidad (fol. 267 cdno. 1-1).

Sobre el daño, la demanda aseveró:

Una vez decretada la nulidad, sólo cabe a los demandantes, por medio de la acción de grupo o demanda individual, solicitar el reconocimiento y pago de los perjuicios causados. El daño emergente, considerado como el valor que efectivamente salió del patrimonio de las demandantes mes a mes e ingresó al patrimonio del ICBF y del SENA, sumas que incrementaron las arcas de estas entidades. El lucro cesante en que incurrieron las demandantes afectadas por la norma antijurídica, debido a la disminución de su patrimonio y de sus ingresos, los cuales ocasionaron un efecto directo sobre la disminución de excedentes (fol. 269 cdno. 1-1).

Visto el contexto anterior, la Sala Cuarta Especial de Decisión observa lo siguiente:

Frente a la Nación Ministerio de la Protección Social no existe imputación fáctica diferente al hecho de la declaratoria de nulidad del Decreto 2996 de 2004 por cuanto el mayor reproche recae sobre las otras dos demandadas SENA e ICBF, por lo que si bien resultaría de recibo el argumento del recurso de apelación de la parte actora al cuestionar la declaratoria de falta de legitimación en la causa por pasiva declarada por el juzgado a quo, en tanto la imputación hecha al Ministerio sí existe y daba lugar a la concurrencia al proceso de dicha cartera, lo cierto es que para la Sala la sola declaratoria de ilegalidad del Decreto general no puede ni debe soportar la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado, pues se ingresaría a la antigua y proscrita figura objetiva de la “presunción de responsabilidad” y a la ilegalidad como expresión concluyente de responsabilidad.

La Sala lo afirma de esa forma porque la acción de grupo vista por la jurisprudencia y ante el silencio de la ley de creación 472 de 1998, con algunos matices o morigeraciones en su alcance, ha dicho desde antaño e incluso bajo la regencia del CCA, que aquella procede contra los perjuicios generados por un acto administrativo, siempre y cuando, no se incoara pretensión anulatoria de nulidad y no se cuestione la juridicidad de dicho acto, como se lee de los siguientes antecedentes:

En el año 2007, en sentencia de 16 de agosto[56], fue claro el pronunciamiento del Consejo de Estado sobre la "procedencia de la acción de grupo cuando se demanda **la reparación del daño causado por un acto administrativo declarado nulo**. En efecto, el inciso segundo de los artículos tercero y 46 de la ley 472 de 1998 señalan que ésta "se ejercerá exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de una indemnización de los perjuicios". En efecto **se demanda por el daño antijurídico causado por un acto declarado ilegal, lo que sin duda puede llegar a configurar una falla del servicio por parte de la administración**." (Subrayas y destacados fuera de texto).

Pero lo cierto que como se viene sosteniendo al ser la acción de grupo una acción eminentemente resarcitoria se debe enfocar en el daño, pero no en cualquiera, sino en el antijurídico. En efecto:

> "…en derecho público, no todo daño genera la obligación de indemnizar en los mismos términos que en derecho privado, en razón de que el fundamento racional de la responsabilidad civil del Estado es diferente del que justifica la de los particulares, porque en tanto que ésta se basa en la justicia conmutativa y que nadie puede causar daño a otro, aquélla se apoya en la justicia distributiva, y sólo cuando con la acción administrativa se quebrantan sus normas surge para el Estado la obligación de indemnizar. El Estado en ejercicio de su soberanía puede en veces afectar los derechos de los particulares, pero si esa afectación es igual para todos los individuos que se encuentran en las mismas condiciones, no hay violación de la justicia distributiva que justifique jurídicamente la responsabilidad. Es por tanto, característica particular de la responsabilidad del Estado que el daño sea especial, lo que ocurre según Bonnard, cuando en una categoría dada de individuos, colocados en una misma situación, el daño no afecta sino a uno o alguno de ellos, pues si todos los que se hallen en esas condiciones son o pueden ser afectados por el daño, el individuo se encuentra en presencia de una carga pública

[56] Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 16 de agosto de 2007. Radicación: 66001233100020040083201 (AG). C.P. (E): Mauricio Fajardo Gómez.

(…) El daño debe ser por tanto excepcional y anormal, porque la responsabilidad no proviene de la naturaleza del hecho que cause el daño, sino del carácter singular o excepcional del daño ocasionado”[57]

Así también la antijuridicidad del daño y su causa marca el ejercicio de las acciones o medios de control a incoar:

> “**La procedencia de la acción no depende de que el actor escoja cuestionar o no la legalidad del acto administrativo, tal elección depende directamente de la presencia o no de causal de ilegalidad en el mismo, si ella se presenta entonces el perjuicio por el cual se reclama indemnización deviene de una actuación irregular de la administración, esto es, del acto administrativo afectado de ilegalidad, evento en el cual para el daño causado con aquel adquiera la connotación de antijurídico es menester lograr la anulación en sede de revisión de legalidad, mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que es la que corresponde**. En cambio cuando el acto administrativo se ajusta al ordenamiento jurídico, no obstante lo cual causa un daño, ese daño solo comprometerá la responsabilidad patrimonial del Estado cuando de él pueda predicarse el carácter antijurídico, el cual resulta de la demostración del rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas, que el acto ha causado a alguno o algunos de los administrados, demostración del rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas, que el acto ha causado a alguno o algunos de los administrados, demostración que debe tener lugar en el ámbito de una acción de reparación directa para obtener la indemnización del perjuicio causado por el acto administrativo dado que en ese evento la imputación de responsabilidad no se hace por un daño especial que tiene como fundamento estructural la legalidad de la conducta con la cual se causa, sino, la **ilegalidad del acto**”.

Valga aclarar que en este punto, y como enfoque pedagógico para lo que a hoy rige, el CPACA consagró aspectos muy novedosos como el artículo 145, que incluso a partir de la creación de la Ley de acciones populares y de grupo, se decantó por vía jurisprudencial, ante la realidad de que el CCA antecedió en muchos años a la Ley 472 de 1998. El CPACA en su literalidad dispone: “cualquier persona perteneciente a un número plural o a un conjunto de personas que reúnan condiciones uniformes respecto de una misma causa que les originó perjuicios individuales, puede solicitar en nombre del conjunto la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado y el reconocimiento y pago de indemnización de los perjuicios causados al grupo, en los términos preceptuados por la norma especial que regula la materia.// **Cuando un acto administrativo particular afecte a veinte (20) o más personas individualmente determinadas, podrá solicitarse la nulidad si es necesaria para determinar la**

[57] Consejo de Estado. Sentencia de 30 de septiembre de 1949, C.P. Pedro Gómez Parra.

responsabilidad, siempre que algún integrante del grupo hubiere agotado el recurso administrativo obligatorio".

De interés resulta, la interpretación exegética, teleológica e histórica que sobre el tema hizo la Corte Constitucional en la sentencia C-302 de 25 de abril de 2012[58]. En efecto, en el segundo factor interpretativo mencionado, esto es, el teleológico, concluyó lo siguiente: "A juicio de la Sala, nada obsta para que eventualmente la causa de **un daño sufrido por un número plural de personas sea un acto administrativo, tanto de contenido particular como de carácter general, y que una de las medidas de reparación que pueda llegar a ser necesaria –a discreción del juez- sea la declaración de nulidad**. En este entendido, la interpretación que la Sala viene sosteniendo es acorde con la finalidad de la acción de grupo de permitir la reparación de daños ocasionados a un número plural de personas, **sin distinción de la naturaleza de la causa, siempre y cuando sea la misma**".

Y en el método de interpretación histórica indicó:

> "En el proyecto de ley presentado por el Consejo de Estado y el Ministerio del Interior se propuso el siguiente texto:
>
> "Artículo 142. Reparación del daño causado a un grupo. Toda persona perteneciente a un número plural o a un conjunto de personas que reúnan condiciones uniformes respecto de una misma causa que les originó perjuicios individuales, puede demandar la declaratoria de responsabilidad y el reconocimiento y pago de indemnización de los perjuicios causados al grupo, en los términos preceptuados por la norma especial que regula la materia.
>
> **Cuando el daño provenga de un acto administrativo, podrá solicitarse su nulidad, si ella es necesaria para determinar la responsabilidad** (negrilla fuera del texto).
>
> Los ponentes para primer debate en Senado no solicitaron la adición o reforma del proyecto ni ningún cambio surgió del debate en comisión. Luego, los senadores ponentes para segundo debate propusieron el siguiente texto:
>
> > "**Artículo 146. Reparación de los perjuicios causados.** Toda persona perteneciente a un número plural o a un conjunto de personas que reúnan condiciones uniformes respecto de una misma causa que les originó perjuicios individuales, puede solicitar

[58] Referencia: expediente D-8783. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 145, inciso 2 (parcial), de la ley 1437 de 2011. Actor: Christian Fernando Joaqui Tapia. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. En esta se declaró inhibida para conocer de la demanda

conjuntamente con las otras víctimas la declaratoria de la responsabilidad patrimonial del Estado y la reparación integral de los perjuicios sufridos.
Cuando el daño provenga de un acto administrativo, podrá solicitarse su nulidad, si ella es necesaria para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado y garantizar la reparación integral de las víctimas" (negrilla fuera del texto).

Los ponentes justificaron su proposición de la siguiente forma:

"Por recomendación de los profesores de la Universidad Externado de Colombia que han revisado el proyecto, se ajusta el artículo ciento cuarenta (140) sobre reparación directa, para hablar claramente de responsabilidad patrimonial, perjuicio, autoridad pública y particular en ejercicio de funciones públicas, por razones técnico-jurídicas; igualmente se precisa en el artículo 145 (Reparación del daño causado a un grupo) que el daño es individual aun cuando se pueda reclamar en conjunto con otras víctimas, que las responsabilidades la patrimonial del Estado (sic) y que **lo técnico es hablar de reparación integral de los perjuicios sufridos en lugar de simple indemnización que es solo una forma de reparación**" (negrilla fuera del texto).

Los ponentes para segundo debate también propusieron el texto relativo a la caducidad de la acción de grupo en materia contencioso administrativa, el cual se convertiría luego en el artículo 167 de la ley. En lo pertinente, los ponentes sugirieron el siguiente texto:

"**Artículo 166. Oportunidad para presentar la demanda.** La demanda deberá ser presentada:
(…)
2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:
(…)
h) Cuando se pretenda la declaratoria de responsabilidad y el reconocimiento y pago de indemnización de los perjuicios causados a un grupo, la demanda deberá promoverse dentro de los dos (2) años siguientes a la fecha en que se causó el daño o cesó la acción vulnerante causante del mismo. Sin embargo, **si el daño causado al grupo proviene de un acto administrativo y se pretende la nulidad del mismo, la demanda con tal solicitud deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales**;" (negrilla fuera del texto).

Nótese que en los textos propuestos no se hizo distinción entre actos administrativos de carácter general y de contenido particular. De esta forma se buscó zanjar la discusión sobre si en los procesos con origen en acciones de grupo, es posible declarar la nulidad de actos administrativos. En estos términos los artículos fueron aprobados por la plenaria del Senado

Posteriormente, los ponentes designados para el primer debate en Cámara propusieron volver al texto original del artículo 142 del proyecto de ley, por las siguientes razones:

Se modifica el texto de esta norma retomando la redacción original del proyecto radicado, dado que con el actual texto se estaría acabando con el medio judicial de control diseñado para la reparación del daño causado a un grupo, modificando la Ley 472 de 1998, pues es diferente que toda persona perteneciente a un grupo pueda solicitar conjuntamente con las otras víctimas la declaratoria de la responsabilidad patrimonial del Estado y la reparación integral de los perjuicios sufridos, como se dispone en el proyecto, a que toda persona perteneciente a un grupo pueda demandar la declaratoria de responsabilidad y el reconocimiento y pago de indemnización de los perjuicios causados al mismo, en los términos preceptuados por la norma especial que regula la materia (artículo 88 inc. 2° C. P en concordancia con los artículos 46 y 48 de la Ley 472 de 1998).

En efecto, en la primera posición la que trae el texto aprobado en Senado exige que la persona demande la reparación del daño percibido con todo el grupo y, en la segunda cuyos términos se propone nuevamente introducir y que es de la esencia de ese medio de control se permite que una persona del grupo pueda demandar el resarcimiento del daño producido al número plural o conjunto de personas que lo conforman caso en el cual representa a las demás sin necesidad de que cada uno de los interesados ejerza por separado su propia acción.

En materia de caducidad, los representantes ponentes propusieron eliminar la especificación sobre la caducidad de la acción cuando una de las pretensiones es la declaración de nulidad de un acto administrativo.
Los ponentes para segundo debate en Cámara fueron quienes propusieron la introducción del inciso segundo del ahora artículo 145 de la ley 1437. Los representantes indicaron en su ponencia:

En el artículo 145, referido a los daños causados a un grupo se mejora la redacción del inciso primero, y se modifica el inciso segundo en el sentido de que cuando un acto administrativo de carácter particular afecte a veinte (20) o más personas individualmente determinadas, **podrá solicitarse su nulidad si es necesaria para determinar la responsabilidad, siempre que algún integrante del grupo hubiere agotado el recurso administrativo obligatorio** (negrilla fuera del texto).

En concordancia, los ponentes propusieron retornar a la regla de caducidad de 4 meses cuando se solicitara la nulidad de un acto administrativo en la demanda de acción de grupo

La propuesta de los ponentes fue aprobada por la plenaria de la Cámara y luego dicho texto fue acogido por la comisión de conciliación convocada y aprobado por las plenarias de las dos cámaras.

Como se puede observar, en el debate legislativo no hubo intención de limitar el alcance de la acción de grupo frente a la nulidad de los actos administrativos. Por el contrario, el debate se caracterizó por la preocupación de permitir la reparación integral de los daños causados a un número plural de personas derivados de la misma causa, en el marco de estas acciones.”.

Finalmente, la decisión de la Corte Constitucional se decantó por un fallo inhibitorio, al considerar que la disertación del actor recayó sobre una norma inexistencia y la sustentó en el siguiente predicamento: “En este orden de ideas, no es cierto que el inciso segundo del artículo 145 de la ley 1437 limite

> la posibilidad de **(i)** declarar que la causa de un daño soportado por un número plural de personas es un acto administrativo de carácter general, y **(ii)** de declarar la nulidad de este tipo de actos como una medida de reparación, cuando sea necesario. Así las cosas, la Sala concluye que los cargos que formula el demandante recaen sobre una norma inexistente, es decir, sobre una interpretación que no es posible adscribir al inciso segundo del artículo 145 de la ley 1437, y en particular a la frase "de carácter particular".

Pero de mayor importancia resulta el pronunciamiento que sobre el mismo asunto hiciera el Consejo de Estado en autos de la Sala Plena de la Sección Tercera, en los que se lee lo siguiente.

El primero de 10 de febrero de 2016[59], en el que se explicó el artículo en cita del CPACA es una ampliación y una regulación integral de la acción de grupo de la Ley 472 de 1998.

> "(…), si bien en los aspectos que se refieren a la reparación de los perjuicios causados a un grupo el legislador instituyó, por la especialidad que se predica en estos casos, un régimen particular aplicable a estas controversias, el cual está contenido en la Ley 472 de 1998[60], también lo es que, en materia de lo Contencioso Administrativo, la Ley 1437 de 2011 modificó dicha norma especial, en lo que hace a las disposiciones referentes a la pretensión, a la caducidad y a la competencia, pues, amplió y reguló integralmente las disposiciones aplicables en esos aspectos, lo que impone concluir que los demás temas continúan regulados por la Ley 472 de 1998[61].".

Por eso la Sala limitándose al estudio de las imputaciones hecha por los accionantes en grupo, itera que la sola declaratoria de ilegalidad del Decreto general no puede ni debe soportar la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado, pues se ingresaría a la antigua y proscrita figura objetiva de la "presunción de responsabilidad" y a la ilegalidad como expresión concluyente de responsabilidad.

Sobre el tema resulta de interés el siguiente aparte doctrinal:

> "La intervención de otra Administración que colabora en la preparación de la resolución final o en su ejecución; el derecho del perjudicado a ser resarcido por cualquiera de las entidades intervinientes, con independencia de la relevancia causal de su actuación.

---

[59] Radicación: 05001-23-33-000-2015-00934-01(AG). Actor: Libia Estella Corrales Roldán y otros. Demandado: Ministerio de Defensa - Ejército Nacional. C.P. Hernán Andrade. Rincón. Auto aprobado por la Sala Plena de la Sección Tercera.

[60] Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones.

[61] Al respecto consultar, Auto de 31 de enero de 2013, Exp. 63001-23-33-000-2012-00034-01 (AG), M.P.: Enrique Gil botero.

Una modalidad típica de actuación conjunta de varias Entidades públicas se manifiesta cuando el ordenamiento atribuye a una Administración la competencia de decisión y a otra la de ejecución. También en los supuestos en que la intervención de la otra Administración se produce antes de la adopción formal del acto administrativo. Me refiero a los casos en que la resolución constituye el resultado de la colaboración entre dos o más Administraciones que intervienen en distintos momentos de un procedimiento administrativo que, precisamente por esto, la doctrina califica de bifásico o complejo.

En estos supuestos y desde la perspectiva de la Administración decisoria, la actuación de otra Entidad pública en la fase previa o posterior a la de la adopción de la resolución constituye una intervención de tercero porque tal actuación se realiza a título personal, esto es, porque es el resultado del ejercicio autónomo de unas facultades propias. Precisamente porque esto no ocurre, en principio, cuando un Ente público actúa a través de un representante de un órgano colegiado integrado en otra Administración, no se puede hablar de intervención de tercero en sentido técnico.

Pues bien, cuando el daño se produce con ocasión de la actuación de fórmulas de gestión conjunta entre varias Administraciones, puede ser extraordinariamente complicado concretar si la acción de las entidades participantes cobra alguna relevancia causal y, si es así, determinar con precisión en qué medida. Además, aunque es posible que la causa determinante del daño la proporcione una sola Administración, saberlo es algo que muchas veces exige la entera tramitación del expediente o proceso incoado en virtud de la reclamación. La víctima encuentra, pues, enormes dificultades para conocer ex ante cuál es la Administración responsable…

En los supuestos que estamos considerando (resoluciones ilegales) y, ciñéndonos por el momento a aquello en que la intervención del tercero es sucesiva a la adopción del acto (ejecución por otro Ente público), **la actuación de la Administración ejecutante no cobra, en principio, ninguna relevancia causal porque el daño deriva directamente de la contrariedad a Derecho y no de la actividad ejecutiva**. Ahora bien, en los casos en que la resolución es manifiestamente contraria al ordenamiento o atenta gravemente contra la legalidad, **podría afirmarse que la ejecutante concurre en la producción del daño cuando no contesta jurídicamente la decisión. En estos casos, esta omisión constituiría una intervención del tercero con relevancia causal**. Determinar exactamente la medida porcentual de esta contribución no es sencillo y dependerá de cada caso, pero parece que habrá de ser pequeña si se compara con la de la Administración que dicta el acto ilegal, porque **resulta, en principio, causalmente más relevante el hecho de introducir vicios en la resolución que el de que no los conteste una Administración que, en principio, tiene la sola obligación de ejecutarlo**.

(…)

La intervención de otro sujeto público puede configurarse como un hecho irresistible o fuerza mayor en los (pocos) casos en que el ordenamiento restringe el margen de maniobra de la entidad que resuelve el procedimiento, obligándolo a confirmar la propuesta de la entidad coparticipante. Esto es lo que ocurre cuando la Administración se limita a formalizar la decisión materialmente adoptada por otra en un informe

vinculante o en otro tipo de actuaciones. Resoluciones de este tipo son, según el Consejo de Estado, las del Ministerio de Administraciones Públicas en relación con determinados concursos para cubrir puestos de la función pública local, que tienen por objeto la mera formalización de las actuaciones realizadas por los Tribunales de valoración y las Corporaciones locales.

La Administración General del Estado no tiene aquí margen legal para separarse de dichas actuaciones porque la auténtica potestad de decisión para la resolución del concurso reside en instancias previas a la intervención ministerial. Si el Ministerio adopta una resolución por la que se excluye a uno de los concursantes y este acto resulta contrario a Derecho, el perjudicado puede exigir la reparación íntegra del daño producido a la Administración estatal o a la Entidad local de que se trate **en virtud de la regla de solidaridad**. Pero si la primera resulta finalmente obligada, podrá repercutir sobre la segunda la indemnización insatisfecha basándose en la exclusiva relevancia causal de su intervención, que hace imposible imputarle la ilegalidad y los daños y perjuicios derivados de ésta. MEDINA ALCOZ, Luis. La Responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Thomson Civitas. 1ª ed. 2005. Págs. 289 a 291.

Se insiste en que la vocación resarcitoria de la acción de grupo descansa en la imputabilidad material y jurídica del daño antijurídico y es que como bien lo argumentaron el SENA y el ICBF, tan solo cumplieron la función accesoria de recaudo y destinación específica que la autoridad administrativa jerárquica le impuso, es decir, que actuaron en cumplimiento de sus deberes y competencias legales, sin que esa conducta sea antijurídica y menos resultaba imputable a las accionadas, con el actuar de las actoras porque siendo la contribución un asunto tributario omitieron incoar la decisión previa ante la administración, en tanto contaban, como quedó visto con el mecanismo o 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],

[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 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*

circunstancia que impedía tener certeza sobre la consolidación del 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].

Por ello se requiere para predicar la responsabilidad patrimonial del Estado de la imputabilidad del daño antijurídico "hay así imputabilidad material, cuando un acto puede materialmente puede ser atribuido al obrar de un sujeto; hay imputabilidad moral, cuando se da el conjunto de condiciones necesarias (conciencia y voluntad) para que, en el orden moral, una acción pueda ser atribuida a un sujeto moral. De lo que antecede, se deduce el error en que incurren algunos autores al considerar como similares los términos de imputabilidad y responsabilidad. El de responsabilidad es un concepto más amplio que el de imputabilidad; para que propiamente pueda hablarse de responsabilidad… se requiere –además de los supuestos de imputabilidad- que ocurra la violación de algún deber con respecto a otro sujeto". PEIRANO FACIO, Jorge. Responsabilidad Extracontractual. 3ª ed. Editorial Temis. Bogotá. Págs. 21 y 22.

La sola declaratoria de ilegalidad como causación material del daño antijurídico llevaría a obviar la circunstancia sine qua non de que sea jurídicamente atribuible a la administración y a ingresar al tema de la responsabilidad eminentemente objetiva y no al de la falla.

Por lo que no se advierte en el caso en estudio la antijuridicidad, no en el enfoque de la parte actora, bajo los parámetros de una conducta ilegal, sino en el padecimiento del daño que no debió soportar y que es el generador de la respuesta resarcitoria.

---

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 la Consejera Lucy Jaennette Bermúdez Bermúdez.

Es claro que la falta de antijuricidad del daño también se materializa en que mientras estuvo vigente la norma y presumida de legal, los afiliados a las actoras estaban facultadas para utilizar los servicios del SENA, que se recuerda es una institución que ofrece a la población formación tecnológica, profesional y técnica, con énfasis en el fortalecimiento de los programas educativos[64] y cumplieron con el fin estatal y de destinación específica para el apoyo de programas a favor de la primera infancia, niños, adolescentes, familias y comunidades vulnerables, en tanto es función del ICBF velar por la garantía y el cumplimiento de los derechos de los niñas, niñas y adolescentes, trabaja por la prevención y protección integral de la primera infancia, la niñez, la adolescencia y el bienestar de las familias en Colombia, brindando atención especialmente a aquellos en condiciones de amenaza, por lo que tampoco se advierte ventaja del Estado.

En conclusión, los daños que pudieron padecer los demandantes con la vigencia del aporte parafiscal no resultan antijurídicos, y como es este elemento el que estructura la vocación indemnizatoria y resarcitoria de la administración, se impone la improsperidad de las pretensiones devenidas de la acción de grupo.

Es más aunque es palmaria la inexistencia del daño antijurídico, si en gracia de discusión se analizara ese daño dentro de la falla del servicio, extendiéndola desde la declaratoria de nulidad de la norma general de creación de esa parafiscalidad y se afirmara que con ésta se entiende manifiesta la existencia de la falencia[65], anomalía o

---

[64] La Ley 119 de 9 de febrero de 1994 “Por la cual se reestructura el Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, se deroga el Decreto 2149 de 1992 y se dictan otras disposiciones.” Dispone en el artículo 3º los objetivos, entre ellos: “1. Dar formación profesional integral a los trabajadores de todas las actividades económicas, y a quienes sin serlo, requieran dicha formación, para aumentar por ese medio la productividad nacional y promover la expansión y el desarrollo económico y social armónico del país, bajo el concepto de equidad social redistributiva. 2. Fortalecer los procesos de formación profesional integral que contribuyan al desarrollo comunitario a nivel urbano y rural, para su vinculación o promoción en actividades productivas de interés social y económico...” Y dentro de sus funciones: 1. Impulsar la promoción social del trabajador, a través de su formación profesional integral, para hacer de él un ciudadano útil y responsable, poseedor de valores morales éticos, culturales y ecológicos. 3. Organizar, desarrollar, administrar y ejecutar programas de formación profesional integral, en coordinación y en función de las necesidades sociales y del sector productivo. 6. Adelantar programas de formación tecnológica y técnica profesional, en los términos previstos en las disposiciones legales respectivas…”.

[65] Sobre el tema de interés resulta el manejo que Cassagne da a los eventos de responsabilidad del Estado a los que llama reglamentos -actos administrativos generales- y que agrupa, con fines explicativos, en la llamada responsabilidad por **actos normativos**, entiéndase leyes o decretos leyes y reglamentos considerados ilegítimos y que generan responsabilidad por los daños causados por la actividad reglamentaria ilegítima, daño que “*puede provenir de una transgresión constitucional, de una violación de la ley que es su causa eficiente (v.gr., en los reglamentos de ejecución) o de un vicio de ilegitimidad que transgrede el ordenamiento administrativo general*

irregularidad administrativa y que afecta la validez de la decisión de la administración contenida en el acto general y que por efecto indirecto, abarca la recaudación de los recursos, tampoco habría lugar a acceder a las pretensiones de la demanda.

Y es que en materia de imputación fáctica es claro que la incompetencia de una de las autoridades públicas implica contravenir la norma superior, en este caso la Constitución Política en la parte atributiva de competencias constitucionales, es decir, se trató de un vicio constitucional adjetivo en la modalidad de usurpación de funciones, que es en últimas la concreción de la conducta anormal, irregular o falente que estructura la falla. O como ha acontecido en otros eventos en que se ha alegado el daño especial que supone que dentro de un determinado conglomerado y con actuación legal y legítima del Estado el afectado hubo de padecer el daño

Pero ha de recordarse que la falla o el daño especial como títulos jurídicos de imputación de responsabilidad patrimonial presentan, el primero, además de la conducta anómala como falencia del Estado por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio, y el segundo, a más de la licitud de la actuación de la administración que desequilibra la igualdad de las cargas públicas, otros elementos estructurales que también deben ser probados por la parte interesada y analizados por el juez, a fin de determinar la responsabilidad patrimonial[66] que se centran en la antijuridicidad del daño desde los parámetros de imputabilidad material y jurídica. Así quedó explicado en pronunciamiento de 25 de agosto de 2016, mediante la cual se confirmó la sentencia del 7 de abril de 2016[67], proferida por la Sección Cuarta que concedió el amparo del derecho fundamental al debido proceso de la Nación - Congreso de la República y de la Agencia

---

(v.gr., en un reglamento autónomo un vicio en la finalidad)". En su criterio, el cual comparte esta Sala de Decisión, el Estado debe responder ante la sentencia judicial en firme que anula la ley o el acto administrativo general *"rigiendo los requisitos establecidos como presupuesto de la responsabilidad estatal por acto y hecho administrativo en punto al daño resarcible y a la conexión causal, sin perjuicio de que el juez acuda para determinar la responsabilidad –con las adaptaciones necesarias- a los requisitos que conciernen a la imputabilidad material o ilegitimidad objetiva (sin tener que analizar la culpa del órgano u órganos que dictaron el acto normativo)"*. CASSAGNE. Juan Carlos. Derecho Administrativo. Tomo I. Lexis Nexis Abeledo – Perrot. 8ª ed. Buenos Aires. Págs. 490 y 491.

[66] De antaño, el estudio de la responsabilidad, se hacía de cara a la triada de elementos, a saber: a) que el daño reúna las condiciones de cierto, particular, anormal frente al bien jurídicamente tutelado por el derecho y, b) que el nexo de causalidad sea eficiente y determinante, esto es, que el daño demostrado provenga de la anomalía administrativa. Actualmente, en giro conceptual desde la antijuridicidad material y jurídica.

[67] Sección Quinta. Acción de tutela 11001-03-15-000-2014-02171-01. Accionantes: Nación - Congreso de la República y Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Accionados: Consejo de Estado - Sección Tercera - Subsección "C". C.P. Rocío Araujo Oñate.

Nacional para la Defensa Jurídica del Estado y dejó sin efectos la sentencia que declaró la responsabilidad en el hecho del legislador cuando impuso la tasa TESA:

> "(…) la Sala considera que no concurre el primer elemento de la responsabilidad consagrado en la norma constitucional –artículo 90 de la Constitución–, referido a la antijuridicidad del daño, toda vez que la sola declaratoria de inexequibilidad del precepto no torna antijurídico el daño, en la medida en aun una norma ajustada al ordenamiento constitucional puede llegar a generar un daño antijurídico, como es el caso del tratado que analizó esta Corporación en la sentencia de la Sala Plena del 25 de agosto de 1998.
>
> Con respecto al segundo elemento de la responsabilidad, en la sentencia censurada se omitió por completo el análisis sobre la imputabilidad al legislador del daño que se consideró ocasionado a la sociedad demandante, en atención a que este requisito se dedujo, como el anterior, de la simple declaratoria de inexequibilidad de la ley, concluyendo que en todos los eventos en que una ley sea retirada del ordenamiento por su inconformidad con la norma constitucional el Estado – Legislador es responsable.
>
> Sobre este presupuesto de la responsabilidad la Sala precisa que la imputación es "(…) un fenómeno jurídico consistente en la atribución a un sujeto determinado del deber de reparar un daño, con base a la relación existente entre este y aquel"[68].
>
> Para García de Enterría, los títulos de imputación son aquellas circunstancias en virtud de las cuales es posible establecer una relación entre el daño y el sujeto imputado que justifica atribuir a este el deber de reparación que la antijuridicidad del daño impone"[69]. Para la Sección Tercera del Consejo de Estado, la imputabilidad es la atribución jurídica que se le hace a la entidad pública del daño antijurídico padecido y por el que, en consecuencia, en principio estaría en la obligación de responder[70]".

Así las cosas al no resultar imputable la antijuridicidad del daño que las accionantes aseveraron haber sufrido por parte de la Nación (Ministerio de la Protección Social) SENA y al ICBF, no es posible declarar patrimonialmente su responsabilidad, razón por la cual habrá de revocarse la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Pereira, y en su lugar, disponer la denegatoria de las pretensiones.

---

[68] PINZÓN MUÑOZ, Carlos Enrique, *"La responsabilidad Extracontractual del Estado. Una teoría normativa",* Ediciones Doctrina y Ley, 2014, p. 75.
Ibíd, p. 75.
[69] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "*Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa",* Madrid, 2009 p. 128.
[70] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, M.P. Hernán Andrade Rincón. Veintiséis (26) de mayo de dos mil once (2011). Radicación: 19001-23-31-000-1998-03400-01(20097).

Finalmente y en coherencia con lo expuesto en las conclusiones jurídicas unificadoras de la revisión eventual contenidas en el capítulo 4.4.6., lo cierto es que no puede pasarse por alto que el a quo de la acción de grupo, omitió tener en cuenta que la condena a favor de quienes concurrieron posteriormente a quienes sí demandaron no podía hacerse en abstracto, de conformidad lo prevé el artículo 65 de la Ley 472 de 1998, aspecto que para la situación concreta se indica a título de mención, por cuanto como ya se vio el fallo sustitutivo o de reemplazo es denegatorio de las pretensiones.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Cuarta Especial de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

III. FALLA

PRIMERO. DECLÁRASE PRÓSPERA LA SOLICITUD DE REVISIÓN EVENTUAL presentada por el SENA y el ICBF contra la sentencia de 29 de abril de 2009 proferida por la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Risaralda. En consecuencia, **DECLÁRASE** que dicha sentencia no se ajustó a los parámetros jurisprudenciales sentados por esta Corporación y, por lo tanto, **INFÍRMASE**.

SEGUNDO. CONFÍRMASE la posición jurisprudencial atinente a la acción de grupo en cuanto a: **(i)** la necesaria acreditación del daño antijurídico cuando se trata de deprecar los perjuicios por el acto declarado nulo, por cuanto la declaratoria de nulidad del acto general no afecta per se la legalidad de los actos administrativos particulares y concretos expedidos con fundamento en ese acto general (actos derivados), en tanto gozan de todos los atributos propios del acto administrativo, entre ellos, están cobijados por la presunción de legalidad; que la vocación resarcitoria en la acción de grupo obedece a la acreditación debida de un daño antijurídico, es decir, aquel que no tenía la obligación de padecer o soportar y que le es imputable material y jurídicamente a la administración; que para que el daño antijurídico sea indemnizable patrimonialmente en los casos en que tenga su causa directa en el acto administrativo declarado nulo, independientemente de la irregularidad declarada mediante la sentencia de nulidad, debe demostrarse precisamente que sí fue antijurídico, porque legalmente no estaba en el deber de soportarlo y el nexo de causalidad; que conforme al artículo 90 constitucional solo

es indemnizable el daño antijurídico, por lo que no todo daño es indemnizable. Debe quedar demostrado entonces que esa antijuridicidad se deriva de haber padecido una lesión antijurídica, que no puede confundirse con el perjuicio que es el valorativo o lo cuantificable del daño; **(ii)** que en caso de que el interesado (devolución de tributos indebidamente pagados) solicite a la entidad recaudadora el resarcimiento por vía administrativa porque así lo impone la regulación o se deriva de la relación jurídica y la decisión administrativa no le sea favorable, para efectos de reclamar el resarcimiento del perjuicio causado por el daño antijurídico, deberá acudir a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en el que cuestionará la decisión expresa o presunta y puede solicitar los perjuicios causados por el acto administrativo demandado, siempre que haya padecido un daño antijurídico; **(iii)** la vía indemnizatoria directa cuando se está frente a la nulidad del acto general, debe analizarse cuidadosamente según las circunstancias de cada caso, pues la acción de grupo no puede constituir mecanismo judicial adecuado, si el interesado legalmente tenía la carga de agotar un trámite previo ante la entidad o de generar una decisión administrativa particular, aunado a la demostrativa de haber padecido un daño, pero no cualquiera, sino aquel de alcance y estirpe **antijurídico**.

TERCERO. ESTESE a lo resuelto por la sentencia de 14 de agosto de 2018 de la Sala 25 Especial de Decisión, proferida dentro del vocativo AG 20001233100020070024401 (Revisión Eventual). Actor: Gladys Alvarado Acosta y otros. Demandado: Municipio de Chiriguaná y otros. C.P. Martha Nubia Velásquez Rico en lo atinente a la imposibilidad de la condena en abstracto en la acción de grupo.

CUARTO. En ejercicio de juez de la sentencia de reemplazo o sustitutiva, analizados los recursos de apelación de cara a la sentencia de primera instancia, la Sala Cuarta Especial de Decisión **REVOCA** la sentencia proferida el 19 de diciembre de 2008 por el Juzgado Segundo Administrativo de Pereira y, en su lugar, **DECLARA NO PROBADA LA FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DE LA NACIÓN (MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL)** y **DENIEGA** las súplicas de la demanda presentada en ejercicio de la acción de grupo de la **COOPERATIVA CONTRIBUIR EMPRESARIAL C.T.A. Y OTRAS** contra la **NACIÓN (MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL), SERVICIO NACIONAL DE**

APRENDIZAJE SENA Y EL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR ICBF.

QUINTO. Por Secretaría General, y para los fines pertinentes (art. 56 Ley 472 de 1998) comuníquese a los despachos que conocen de los procesos de reparación directa radicado con el número 25000232600020080027101 sobre la decisión proferida en esta acción de grupo.

SEXTO. En firme esta providencia, remítase el expediente al Tribunal de origen, para lo de su cargo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera de Estado

STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO
Consejera de Estado

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ
Consejera de Estado

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS
Consejero de Estado

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO
Consejera de Estado

ISO 9001 icontec SC5780-6-1 IQNet NTCGP 1000 icontec GP059-6-1