



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN B

Magistrado ponente: Alberto Montaña Plata

Bogotá D.C., 7 de septiembre de 2023

Radicación: 25000-23-36-000-2016-00711-00 (63299)
Demandante: Autopistas del Café S.A.
Demandado: Nación – Congreso de la República
Referencia: Acción de reparación directa

Temas: Responsabilidad del Estado por daños causados por leyes inexecutable – Daño antijurídico.

Síntesis del caso: Se demanda la responsabilidad del Estado por una norma legal que amplió el cobro de la tasa de vigilancia a los nuevos vigilados por la Superintendencia de Puertos y Transportes y que, con posterioridad al pago de dicho tributo durante varios períodos fiscales, fue declarada inexecutable.

Conoce la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la Sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Subsección B, que negó las pretensiones de la demanda.

La Sala es competente para proferir esta providencia en segunda instancia, de acuerdo con el artículo 150 del CPACA. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca conoció el proceso en primera instancia por la cuantía estimada en la demanda, según el numeral 15 del artículo 152 del mismo Código.

Contenido: 1. Antecedentes; 2. Consideraciones; 3. Decisión

1. ANTECEDENTES

Contenido: 1.1. Posición de la parte demandante; 1.2. Posición de la parte demandada; 1.3. Sentencia de primera instancia; 1.4. Recurso de apelación.

1.1 Posición de la parte demandante

1. El 30 de marzo de 2016, mediante abogado, la sociedad Autopistas del Café presentó demanda de acción de reparación directa en contra de la Nación – Congreso de la República.

2. En la demanda se formularon las siguientes pretensiones (se transcribe):

"1. Que se declare responsable a la Nación-Congreso de la República, por el daño causado a Autopistas, por la expedición y aplicación del artículo 89 de la Ley 1450 de 2011 que amplió el cobro de la tasa de vigilancia a los nuevos vigilados por la Superintendencia de Puertos y Transporte, en abierta contravía del derecho constitucional a la igualdad.

2. Que se repare el daño causado a AUTOPISTAS, ordenando la devolución de las sumas pagadas por concepto de Tasa de Vigilancia por el tiempo en que estuvo vigente y en aplicación la tasa de vigilancia para los nuevos vigilados (años 2012, 2013, 2014 y 2015) en una suma de \$524.626.056.

3. Que se ordene a la Nación a pagar los intereses legales correspondientes en los términos preceptuados en el artículo 1617 del Código Civil, desde el momento del pago de la tasa por cada uno de los años y hasta la ejecutoria de la providencia que decida el caso concreto."

3. Como fundamento de las pretensiones, la parte demandante refirió, en síntesis, los siguientes **hechos**:

4. (1) En cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 89 de la Ley 1450 de 2011, entre los años 2012 y 2015, la Sociedad Autopista del Café S.A. – **la Sociedad**, en adelante- pagó la suma de \$524.626.056, por concepto de tasa de vigilancia.

5. (2) El 22 de abril de 2015, la Corte Constitucional profirió la Sentencia C-218 que declaró la inexecutable de algunos apartes del artículo 89 de la Ley 1450 de 2011.

6. Como fundamento de las pretensiones, indicó que la expedición de una norma legal que, posteriormente, es declarada inexecutable, constituye una falla del servicio que abre la puerta a la condena de la responsabilidad del Estado. Afirmó que los daños causados por las leyes inexecutables son antijurídicos, incluso cuando la sentencia de inconstitucionalidad tiene efectos hacia el futuro. De esta manera, la sentencia de la Corte Constitucional abrió la puerta para que, a través de la acción de reparación directa, se restituyan las sumas pagadas con fundamento en la norma inexecutable, así como el pago de los intereses. Fundó la falla del servicio en los argumentos de la sentencia de inexecutable, en esencia, en que la norma legal violó el principio de igualdad tributaria, porque hizo más gravosa la tasa para los nuevos vigilados por la Superintendencia de Puertos y Transporte, que la que pesaba sobre los vigilados previsto en la Ley 1 de 1991.

1.2. Posición de la parte demandada

7. La **Nación- Congreso de la República**¹ se opuso a las pretensiones de la demanda. Indicó que, al declarar la inexecutable, la Corte Constitucional

¹ Folios 1150-1155 c. 4.

no dispuso la retroactividad y, por lo tanto, los efectos que produjo la norma son válidos y cubiertos por la “*presunción de legalidad*” de las leyes. Agregó que el daño no era antijurídico porque la carga tributaria tenía fundamento legal. Sostuvo que el Congreso no podía incurrir en falla del servicio, porque su actividad no era la prestación de servicios públicos.

1.3. Sentencia de primera instancia

8. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Subsección B, mediante Sentencia del 14 de noviembre de 2018², denegó las pretensiones de la demanda. Concluyó que la antijuridicidad del daño depende de los efectos de la sentencia que declaró la inexecutable de la norma en que se fundaba. Por lo tanto, sostuvo que los efectos que produjo una norma legal declarada inexecutable, con efectos hacia el futuro, no afectaron las situaciones que se consolidaron durante su vigencia y únicamente se excluyó el deber de soportar los efectos de la norma legal, con posterioridad a la sentencia de la Corte Constitucional. Encontró que los pagos realizados entre 2012 y 2015 son situaciones jurídicas consolidadas, porque no existe discusión administrativa o judicial pendiente de resolver.

1.4. Recurso de apelación

9. El apoderado de la demandante presentó **recurso de apelación**³. Insistió en que el Estado debe responder cuando la actividad legislativa se realiza en contravía de la Constitución y citó un precedente jurisprudencial en tal sentido⁴. Sostuvo que los efectos de la declaratoria de inexecutable no desvirtúan que el legislador incurrió en una falla del servicio, ni transforman la antijuridicidad del daño. Argumentó que la inexecutable de los elementos estructurales de la tasa la hizo inaplicable y fundó la idea en una sentencia del Consejo de Estado⁵ En tal sentido, expuso que de cobrarse la tasa por dichos años se violarían los principios de legalidad y predeterminación de los tributos. Reiteró que están dados los elementos para declarar la responsabilidad del Estado y que el fundamento de la condena debía ser la ruptura de la igualdad frente a las cargas públicas.

10. Presentaron **alegatos de conclusión** el apoderado de la Nación – Congreso de la República⁶ y el apoderado de la demandante⁷. El **Congreso** sostuvo que, si bien existían precedentes jurisprudenciales que determinaban

² Folios 189-196 cuaderno principal.

³ Folios 206-217 cuaderno principal.

⁴ Consejo de Estado, Secc. 3, Sentencia del 29 de enero de 2014, exp. 26689.

⁵ Consejo de Estado, Secc. 4, Sentencia del 26 de junio de 2018, exp. 11001333703920160017101.

⁶ Folios 236-244 cuaderno principal.

⁷ Folios 245-253 cuaderno principal.

la antijuridicidad del daño con independencia de los efectos de la sentencia de inexecuibilidad, también existían en sentido contrario y, en todo caso, una sentencia de unificación que hacía depender la antijuridicidad de los efectos de la sentencia. Agregó que tampoco sería posible condenar por daño especial, porque eso implicaría que la demandante probara que el pago del tributo le hubiere implicado un beneficio al Estado a costa de un daño anormal, desmesurado o superior al que deben soportar el resto de los administrados. Así, sostuvo que no existe prueba del sacrificio excesivo respecto del resto de los ciudadanos. Adicionalmente, indicó que si se examinan las resoluciones del Ministerio de Transporte en las que se fijaron las tarifas de la tasa de vigilancia se comprobaría que los nuevos vigilados, incluido, Autopistas del Café, pagaron en dichos años un monto inferior que el resto de los vigilados “*Es decir, si la igualdad se rompe es en su favor*”. Explicó que esto ocurrió porque respecto de los nuevos vigilados la norma legal imponía un tope del 0,1% de sus ingresos, mientras que para el resto de los vigilados no existía tal limitación. La **demandante** insistió en que el artículo 90 de la Constitución implica que el Estado responda por las fallas del servicio en las que incurra el legislador y que los efectos de la sentencia de inexecuibilidad no enervan el carácter antijurídico del daño. Aseguró que con la declaratoria de inexecuibilidad se evidenció que el cobro de la tasa nunca tuvo fundamento. El **Ministerio público** no rindió concepto.

2. CONSIDERACIONES

Contenido: 2.1. Síntesis de la controversia y decisiones que se adoptarán. 2.2. Análisis sustantivo. 2.3. Costas.

2.1. Síntesis de la controversia y decisiones que se adoptarán

11. Se encuentran reunidos los **presupuestos procesales** para proferir una decisión de fondo. La reparación directa es la **acción procedente** para solicitar la declaratoria de la responsabilidad del Estado por la expedición de las leyes. La **demanda fue presentada oportunamente**⁸.

12. La Sociedad solicitó que se declare la responsabilidad de la Nación-Congreso de la República, porque, con fundamento en una norma legal, posteriormente declarada inexecutable, debió pagar unas sumas de dinero a título de tasa de vigilancia. La primera instancia denegó las pretensiones, considerando que el daño alegado no era antijurídico, ya que la inexecuibilidad se declaró con efectos hacia el futuro. La apelación expuso que los efectos temporales de la inexecuibilidad no determinan el carácter

⁸ La Sentencia C-218 del 22 de abril de 2015 fue notificada mediante edicto desfijado el 19 de mayo de 2015, por lo que el término inicial vencía el 20 de mayo de 2017. Sin embargo, dicho término se suspendió por la solicitud de conciliación del 24 de febrero de 2016. La audiencia se celebró el 17 de marzo de 2016, sin ánimo conciliatorio (folio 37-41 c. 1). La demanda se presentó el 30 de marzo de 2016, por lo que fue oportuna.

antijurídico del daño causado por la expedición de una norma legal inconstitucional.

13. Esta Subsección confirmará la sentencia de primera instancia porque el daño alegado no es antijurídico, a la luz del criterio establecido en la Sentencia de unificación de la Sección Tercera del 21 de marzo de 2018.

2.2. Análisis sustantivo

14. El **hecho dañoso** consiste en la expedición y aplicación del artículo 89 de la Ley 1450 de 2011, Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, que disponía: *“Amplíese el cobro de la tasa establecida en el artículo 27, numeral 2 de la Ley 1º de 1991, a la totalidad de los sujetos de vigilancia, inspección y control de la Superintendencia de Puertos y Transporte, para cubrir los costos y gastos que ocasionen su funcionamiento y/o inversión. // Aquellos sujetos de los cuales se le han ampliado el cobro de la tasa a la cual hace referencia el presente artículo, pagarán por tal concepto una tasa por la parte proporcional que les corresponda según sus ingresos brutos, en los costos anuales de funcionamiento y la inversión de la Superintendencia de Puertos y Transporte, la cual no podrá ser superior al 0,1% de los ingresos brutos de los vigilados. (...)*”. Los apartes tachados fueron declarados inexecutable mediante la Sentencia C-218 de 2015.

15. El **daño** alegado por la sociedad demandante es cierto. Obra en el expediente una certificación suscrita por el revisor fiscal suplente de Autopistas del Café S.A.⁹, con fecha del 30 de noviembre de 2015, donde se advierten los pagos realizados por concepto de tasa de vigilancia para los años 2012 a 2015. La certificación se fundamenta en los registros contables y las autoliquidaciones de dicho tributo. También se encuentran los formatos de autoliquidación de dicha tasa y sus respectivos comprobantes de consignación¹⁰. La Sentencia que declaró la inexecutable afirmó, luego de fundamentar la inexecutable, que *“Por ello, es necesario que el legislador en ejercicio de la potestad que le otorga la Constitución Política, determine una nueva metodología para calcular el valor en que deben incurrir los sujetos objeto de vigilancia por parte de la Superintendencia de Puertos y Transporte, para la financiación de los servicios que presta esa entidad”*. Ello significaría que, en virtud del principio de legalidad e irretroactividad tributaria, no era posible acudir a los elementos del tributo previstos desde 1991, respecto de los sujetos vigilados tradicionales y se requeriría, por el contrario, la expedición de una norma legal que garantizara la reserva legal en la materia. Por lo tanto, el pago total realizado y probado es el daño cierto.

⁹ Folio 21 cuaderno de pruebas.

¹⁰ Folios 22 a 31 cuaderno de pruebas.

16. Por otra parte, es cierto que la Sociedad demandante no acudió al trámite administrativo de devolución del pago de lo no debido o de lo pagado en exceso, previsto en el artículo 850 del Estatuto Tributario, mecanismo que, respecto de los pagos frente a los cuales la situación jurídica no se hubiera consolidado¹¹, otorgaba la posibilidad de obtener la devolución de lo que la sociedad considerara que pagó sin fundamento legal. No obstante, la Subsección confirmará el precedente unificado en la Sentencia del 21 de marzo de 2018¹² en donde se concluyó que la ausencia de reclamación administrativa no impedía que el juez de la acción de reparación directa juzgara de fondo la responsabilidad del Estado, pues, entre otras razones, la demanda de responsabilidad extracontractual se dirige contra el autor de la Ley y no contra el recaudador de tributo, quien sería el responsable del reembolso en el trámite administrativo.

17. Igualmente, incluso en el caso en el que se acuda al trámite de devolución administrativa y, en dicho contexto, la Administración profiera un acto administrativo en el que resuelve la solicitud de devolución del pago de lo no debido, en exceso o sin fundamento legal, ello no significa que la acción de reparación directa se torne improcedente y que deba tramitarse una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, ya que, en estos casos, el daño habría sido causado directamente por la ley tributaria, sin acto administrativo de contenido particular, al tratarse de un tributo de los que no requieren ser liquidados y operan a través de declaraciones de los contribuyentes, como era el caso de la tasa de vigilancia. En tal sentido, la reclamación administrativa de devolución no determina un cambio en la causa del daño.

18. Ahora bien, a pesar de que se demostró la existencia de un daño personal y cierto, padecido por la persona jurídica demandante, este no es antijurídico, en consideración del criterio unificado en la Sentencia del 21 de marzo de 2018, según el cual *"el criterio de antijuridicidad que mejor se acompasa con el ordenamiento jurídico es aquél que se funda en los efectos de la sentencia proferida (...) y no en la constatación que ésta realizó sobre*

¹¹ *"Las situaciones jurídicas consolidadas son las que, al momento de proferir la sentencia de nulidad, son todavía susceptibles de ser controvertidas por las vías administrativa o judicial, porque la oportunidad para activar los mecanismos no ha vencido, o porque dichos procedimientos o procesos se encuentran en espera de resolución. Así, ha reconocido la jurisprudencia administrativa que la nulidad del acto general creador del tributo otorga fundamento a las solicitudes de devolución del pago de lo no debido, incluso si se trata de tributos liquidados mediante actos particulares, al existir una vía para impugnar dichos pagos con el argumento de la nulidad del acto general. Ahora bien, únicamente es posible reclamar la devolución administrativa respecto de pagos realizados dentro de los cinco años anteriores a la anulación del acto general. Así las cosas, los pagos realizados más allá de tal período se consideran situaciones jurídicas consolidadas"*: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Catorce Especial de Decisión, Sentencia de unificación del 6 de diciembre de 2021, exp. 66001-33-31-003-2008-00410-01.

¹² Consejo de Estado, Sección 3, Sentencia del 21 de marzo de 2018, exp. 25000-23-26-000-2003-00206-01 (29352) (IJ)

la contrariedad de la norma o acto con las normas superiores”. En otras palabras, los daños producidos por una ley declarada inexecutable, con los efectos temporales generales de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional, es decir, hacia el futuro – *ex nunc*-¹³ no son antijurídicos y, en tal medida, no permiten la condena de la responsabilidad del Estado a la luz del artículo 90 de la Constitución.

19. Precisa la Subsección que la expulsión de la norma legal que realiza la Corte Constitucional mediante las sentencias de inexecutable no determina, de manera automática, que desaparezca el deber constitucional de soportar los daños que provocó la ley durante su vigencia. Aunque la inexecutable y la nulidad son decisiones que se predicán de la validez de la norma, la inexecutable determina, en principio, su inejecutabilidad hacia el futuro, por lo que, salvo que la Corte Constitucional disponga, de manera excepcional, que la decisión será retroactiva (*ex tunc*), los efectos que produjo la norma legal inexecutable permanecen amparados por el deber legal y, por consiguiente, no son antijurídicos. Esta consideración no convierte a la Corte Constitucional en el juez de la responsabilidad del Estado, pero sí materializa el principio de seguridad jurídica, al hacer coincidir los efectos de las declaratorias de inexecutable, con el carácter jurídico o antijurídico del daño.

20. Así las cosas, considerando que la Sentencia C-218 de 2015 declaró la inexecutable con efectos hacia el futuro del artículo 89 de la Ley 1450 de 2011, Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, los pagos realizados por la demandante, antes de la notificación de la sentencia de inexecutable, no constituyen daños antijurídicos y ello impone confirmar la sentencia de primera instancia, que negó las pretensiones de la demanda.

2.6. Costas

21. De acuerdo con los artículos 188 del CPACA y 365, numerales 1 y 3 del CGP, la condena en costas es objetiva y depende del resultado del proceso. Por lo tanto, al no haber prosperado la apelación, se condenará en costas de esta instancia a la parte demandante. El tribunal de origen liquidará la condena en costas de manera concentrada (artículo 366 del CGP). En cuanto a las agencias en derecho, teniendo en cuenta los criterios y topes establecidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, se fijará un monto de 6 SMLMV a favor de la parte demandada, ya que el

¹³ Dispone el artículo 45 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia: “*REGLAS SOBRE LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS PROFERIDAS EN DESARROLLO DEL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD. Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario*”.

Radicación: 25000-23-36-000-2016-00711-00 (63299)
Demandante: Autopistas del Café S.A.
Demandado: Nación – Congreso de la República
Referencia: Acción de reparación directa
Decisión: Confirma la negativa de las pretensiones

municipio de Girardot estuvo representado por abogado y participó en el trámite de la segunda instancia.

3. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia de primera instancia, proferida el 14 de noviembre de 2018, por Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Subsección B, que negó las pretensiones de la demanda

SEGUNDO: CONDENAR al demandante al pago de las costas de la segunda instancia, incluidos 6 SMLMV a favor de la parte demandada, por concepto de agencias en derecho. Esta condena se liquidará, de manera concentrada, por el tribunal de primera instancia.

TERCERO: Por Secretaría, una vez ejecutoriada esta sentencia, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente
FREDY IBARRA MARTÍNEZ

-Firmado electrónicamente-
MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
- Aclaración de voto-

Firmado electrónicamente
ALBERTO MONTAÑA PLATA