



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C., tres (3) noviembre de dos mil dieciséis (2016).

Radicación: 25000-23-26-000-2003-01246-02 (29.996)

Actor: JOHN RESTREPO A. Y CIA S.A.

Demandado: LA NACIÓN – CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Asunto: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

Contenido: Descriptor: Se confirma la sentencia de primera instancia por no haberse demostrado el primero de los elementos de la responsabilidad – daño antijurídico / **Restrictor:** La responsabilidad por el hecho del Legislador – Reiteración jurisprudencial – Pronunciamientos del Consejo de Estado – Pronunciamientos de la Corte Constitucional.

Decide la Subsección C el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, el 10 de noviembre de 2004, mediante la cual se negaron las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda y Pretensiones

Mediante escrito presentado el día 13 de enero de 2003, la sociedad Jhon Restrepo A. y CIA S.A., actuando por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo,

instauró demanda contra la Nación – Congreso de la República, solicitando se hicieran las siguientes declaraciones y condenas¹:

“(…) 1. Que se declare responsable a la Nación, por el daño causado a JHON RESTREPO A. Y CIA S.A., por la expedición y aplicación de unas normas abiertamente inexecutable, como son los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000, que crearon la obligación de liquidar y pagar la Tasa Especial por Servicios Aduaneros.

2. Que se repare el daño causado a JHON RESTREPO A. Y CIA S.A, ordenando la devolución de lo que mi poderdante tuvo que pagar por la TESA en sus declaraciones de importación presentadas del 1º de enero al 25 de octubre de 2001, suma que equivale a ciento sesenta y cinco millones setecientos cincuenta nueve mil quince pesos (\$165.759.015).

3. Que se ordene a la Nación a pagar los intereses correspondientes.”

2. Hechos

Como fundamento de las pretensiones, la parte demandante expuso los siguientes hechos:

1. El artículo 56 de la Ley 633 del 29 de diciembre de 2000 creó la Tasa Especial para los Servicios Aduaneros –TESA– en los siguientes términos:

“Créase una tasa especial como contraprestación por el costo de los servicios aduaneros prestados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales a los usuarios, que será equivalente al uno punto dos por ciento (1.2%) del valor FOB de los bienes objeto de importación (...)”

Según el artículo 57 de la mencionada ley, la administración y control de la Tasa Especial estaba a cargo de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

2. Dicha tasa empezó a recaudarse desde el mes de enero de 2001, conforme a lo establecido por la Resolución No. 29 del mismo mes y año.

3. En ejercicio de la acción pública de constitucionalidad, se demandó ante la H. Corte Constitucional la Ley 633 de 2000 y en subsidio, los artículos 56 y 57 ibídem, por considerar que las normas violaban la Constitución Política.

La Corte Constitucional mediante la sentencia C- 992 de 19 de septiembre de 2001 declaró inexecutable, entre otras normas, los artículos 56 y 57 de la mencionada ley. Dicha sentencia fue notificada el 25 de octubre de 2001.

¹ Fls.9 a 25 C. 1

4. La parte actora alegó que durante la vigencia de la Ley, JHON RESTREPO A. Y CIA S.A, pagó por concepto de la Tasa Especial para los Servicios Aduaneros –TESA-, la suma de ciento sesenta y cinco millones setecientos cincuenta y nueve mil quince pesos (\$165.759.015), correspondiente al 1.2.% sobre el valor FOB de los bienes objeto de importación, cuando en realidad se trataba de un tributo ilegítimo.

Como fundamentos de derecho, la parte demandante expuso los siguientes:

a. El artículo 90 de la Constitución Política dispuso que el Estado debe responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas. Así mismo, la responsabilidad de las autoridades se ve reflejada en el preámbulo y los artículos 1, 2 y 6 ibídem, daño por cuya reparación demanda la responsabilidad del Estado en ejercicio de la presente acción, al considerar que el tributo pagado era ilegítimo.

Puntualiza que son tres los requisitos establecidos por el artículo 90 de la Constitución para declarar la responsabilidad del Estado:

1. Que exista una acción u omisión de una autoridad pública
2. Que exista un daño antijurídico
3. Que exista relación de causalidad

b. Indicó que si bien no existe un desarrollo de carácter legislativo del artículo 90 que regule la responsabilidad por la actividad del Congreso, la cláusula general de responsabilidad consagrada en la Constitución, constituye razón suficiente para reclamar la reparación de los daños causados por la actividad legislativa.

Sostuvo que el Congreso al crear este tributo no cumplió con los requisitos constitucionales previstos para su expedición (Artículo 338 de la C.N.), por cuanto i) el servicio no era divisible; ii) no había prestación efectiva del servicio; iii) el producido de la TESA no estaba destinado exclusivamente a la prestación del servicio y iv) el monto no estaba destinado a la recuperación del servicio.

Sustentado en lo anterior, expuso que la declaratoria de inconstitucionalidad de los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2001 se debió a que este tributo era más cercano a un impuesto que a una tasa. Reprodujo los apartes de las consideraciones expuestas por la Corte Constitucional en la sentencia C - 992 de 19 de septiembre de 2001 que declaró inexecutable los artículos mencionados. Adicionalmente, señaló que dicha

declaratoria de inexecutable de la norma evidenciaba la existencia de una falla en el servicio de legislador, debido a que el Congreso no cumplió con los requisitos necesarios para la creación de este tipo de gravámenes.

Así mismo indicó, que el hecho de que la Corte Constitucional no hubiera ordenado la devolución de los dineros, no significaba que el Estado pudiera exonerarse de su responsabilidad patrimonial, debido a que el pago de un gravamen le causó un daño antijurídico al demandante.

c. Por último, señaló que la forma de imponer un tributo a los importadores, que no obedecía a ningún servicio individualizado por parte del Estado, vulneró el principio de igualdad, ya que se impuso una carga excesiva y generó a la postre un enriquecimiento sin causa por parte del Estado y un detrimento patrimonial correlativo al contribuyente.

3. Actuación procesal en primera instancia.

Mediante auto proferido el día 26 de febrero de 2003, la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, admitió la demanda²

Por medio de escrito presentado el día 11 de julio de 2003³, el apoderado de la parte demandada procedió a contestar la demanda, señalando frente a los hechos que unos son ciertos y otros no le constan, así mismo, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

Por otra parte, solicitó se llamara en garantía al Ministerio de Hacienda o a quien este delegara, en consideración a que esa entidad fue quien tomó la iniciativa de radicar el proyecto de ley que luego se convirtió en la Ley 633 de 2003, siendo parte activa en los debates y realizó la gestión de recaudo, motivo por el cual, se benefició de dichos dineros.

Como razones de defensa manifestó que el Congreso de la República no era responsable por los perjuicios que los particulares sufrieran como consecuencia de la expedición de las leyes, salvo lo previsto en los artículos 58 y 336 de la Constitución Política referidos a la indemnización por expropiación y el establecimiento de monopolios estatales, respectivamente. Además, afirmó que, de conformidad con el artículo 90 Superior, excepcionalmente los congresistas podían responder por su

² Fl.28 C.1.

³ Fls.31 a 43 C.1

actividad legislativa únicamente cuando hayan actuado con dolo o culpa grave en la expedición de normas jurídicas

Argumentó que, el Estado era irresponsable por el hecho de las leyes, pues siendo el legislador el poder soberano que expresaba la voluntad de la Nación, y por la supremacía de la actividad legislativa no era posible reclamarle las consecuencias de dicha voluntad, fundamentalmente porque los daños causados por esta actividad eran cargas públicas que debían soportar todos aquellos a quienes se refería la Ley, como era el caso de las normas que ordenaban el pago de tasas o impuestos, y que su generalidad impediría hablar de la especialidad del daño, requisito *sine qua non* para su reparación.

Así mismo, precisó que tampoco existía precedente jurisprudencial en el cual se hubiera condenado a la Nación bajo el concepto de “responsabilidad por el hecho de las leyes” para lo cual citó las sentencias del Consejo de Estado que han desechado la responsabilidad del Estado en casos similares donde se ha sostenido que dicha responsabilidad no es objetiva, en la medida en que un daño es susceptible de ser indemnizado siempre y cuando exista un título de imputación atribuible a determinada entidad estatal.

Afirmó la parte demandada, que las disposiciones de las normas declaradas inexecutable no eran abiertamente inconstitucionales como lo sostuvo la parte actora porque, de conformidad con el texto de la sentencia C-992 de 2001, se evidencia que la Corte Constitucional realizó un complejo análisis de las normas demandadas para llegar a la conclusión que ellas habían transgredido el artículo 338 Superior.

Por último, la parte demandada invocó como excepción la inexistencia de la obligación reclamada con fundamento en los argumentos expuestos, buena fe y ausencia de dolo y culpa grave de los congresistas al momento de la expedición de la norma por cuya responsabilidad se demanda.

La parte actora mediante escrito del 24 de julio de 2003, procedió a replicar los argumentos esgrimidos por la parte demandada en su escrito de contestación⁴, precisando que, contrario a la afirmación hecha por la entidad demandada, para la declaración de responsabilidad del Estado de acuerdo al artículo 90 de la Constitución, no era necesario probar ningún elemento subjetivo –dolo o culpa grave– pues bastaba acreditar el daño antijurídico, la acción u omisión de la autoridad pública y la relación de

⁴ Fls.46 a 49 C.1

causalidad entre ésta y aquél. Así mismo afirmó, que el demandado confundía la exigencia del dolo o la culpa grave como requisito indispensable para la repetición del ente estatal contra el funcionario público, con las exigencias de la Constitución para que se configurara la responsabilidad patrimonial del Estado, de manera que la excepción de buena fe y ausencia de dolo o culpa grave, no tenía la virtualidad de eximir de responsabilidad a la Nación.

De otro lado, arguyó que el artículo 90 *ibídem* no excluía de la responsabilidad del Estado a ninguna de las ramas del poder público, de manera que, a pesar de que la sentencia de constitucionalidad no hubiera previsto efectos retroactivos en su texto, la Nación estaba llamada a responder cuando en ejercicio de la actividad legislativa se causara un daño antijurídico, que en este caso consistía en el pago efectuado por Jhon Restrepo A. y CIA S.A., en virtud del cobro de un tributo inconstitucional. Dicho daño, aunado a los demás requisitos exigidos por el artículo 90 Superior acreditados en el proceso, generaban la obligación de reparar que se reclama en la demanda.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca a través de auto del 13 de agosto de 2003, negó la solicitud elevada por la demandada de llamar en garantía al Ministerio de Hacienda⁵. Contra la decisión así tomada, se alzó en recurso de apelación el apoderado de la Nación – Congreso de la República por medio de escrito del 22 de agosto de 2003⁶.

Mediante proveído del 10 de septiembre de 2003 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca concedió ante el Consejo de Estado el recurso de apelación presentado por la parte demandada⁷, siendo admitido por esta Corporación por medio de providencia del 12 de diciembre de 2003⁸.

La parte accionante por medio de escrito allegado el 19 de enero de 2004⁹, solicitó al Consejo de Estado confirmara la decisión tomada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el sentido de negar el llamamiento en garantía realizado por el Congreso de la República, por cuanto en el presente caso no se cumplen los requisitos señalados en el artículo 57 del Código de Procedimiento Civil para la procedencia del mismo.

⁵ Fls.1 y 2 C.2

⁶ Fls.3 a 8 C.2

⁷ Fl.10 C.2

⁸ Fl.17 C.2

⁹ Fls.18 a 20 C.2

Mediante providencia del 15 de abril de 2014¹⁰ el Consejo de Estado – Sección Tercera, confirmó el auto proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en cuanto a negar la solicitud de llamamiento en garantía.

A través de auto del 25 de agosto de 2004¹¹ el Tribunal Administrativo de Cundinamarca abrió el proceso a etapa probatoria y vencido el período probatorio, por medio de auto del 22 de septiembre de 2004¹² se corrió traslado a las partes para alegar en conclusión, y al agente del Ministerio Público para que rindiera el concepto de rigor.

4. Alegatos de conclusión en primera instancia.

Mediante escrito presentado el día 11 de octubre de 2004¹³, el apoderado de la entidad demandada procedió a alegar de conclusión, en donde se refirió a los efectos de las sentencias de la Corte Constitucional, los cuales por regla general son hacia el futuro y solo en casos excepcionales, esto es, cuando el mismo Tribunal lo dispone, tiene efectos retroactivos.

Del mismo modo, argumentó que el daño alegado por los demandantes no reviste el carácter de antijurídico, ya que los pagos de TESA hechos durante la vigencia de los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000 fueron hechos por mandato de una norma que era constitucional.

Igualmente, se refirió a la improcedencia de la acción de reparación directa para alterar la ausencia de modulación en la sentencia C – 992 de 2001, ya que esto significaría invadir la órbita de competencia de la jurisdicción constitucional por parte de la contenciosa administrativa y darle alcances que no se previeron en la decisión que declaró la inconstitucionalidad de las mencionadas normas.

Por su parte, la sociedad demandante alegó en conclusión por medio de escrito del 11 de octubre de 2014¹⁴, manifestando que existen antecedentes jurisprudenciales que condenaron a pagar a la Nación indemnizaciones por la acción del legislador. Adicionalmente, indica que la tesis de la irresponsabilidad de la rama legislativa, no

¹⁰ Fls.22 a 27 C.2

¹¹ Fl.51 C.1.

¹² Fl.52 C.1.

¹³ Fls.55 a 59 C.1

¹⁴ Fls.60 a 68 C.1

tiene sustento en nuestro ordenamiento jurídico, en virtud de la expresa consagración constitucional de la responsabilidad patrimonial del Estado.

En efecto, se probó que la acción del Congreso consistente en la creación de la Tasa Especial para Servicios Aduaneros - TESA mediante la expedición de la Ley 633 de 2000, no observó las exigencias contenidas en el artículo 338 de la Constitución Política para la configuración de tales tributos, en la medida en que no determinó el contenido de los servicios aduaneros que pretendía fueran remunerados con su imposición, ni la forma en que el gravamen se vinculaba a ellos; tampoco estableció la tarifa en función del servicio, sino en función de los valores FOB de los bienes importados, ni destinó los recaudos de manera restrictiva a la recuperación del costo del servicio.

De otra parte, afirmó que el daño causado a Jhon Restrepo A. y CIA S.A., era cierto, singularizado y cuantificado, tal y como se acredita con las declaraciones de importación y los recibos de pago en los cuales se liquidó y pagó la Tasa Especial para Servicios Aduaneros –TESA–; así mismo cumple con el carácter de antijurídico, puesto que, en primer lugar, no estaba obligado a pagar una tasa que no estuviera retribuyendo servicio alguno prestado por el Estado, a pesar de ser su pago exigido por la DIAN para realizar la importación de bienes al país, según consta en el artículo 3º de la Resolución 029 de 2001; en segundo lugar porque, de conformidad con los principios de justicia y equidad que orientan las contribuciones de los particulares al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado, el contribuyente no tenía el deber de pagar tributos contrarios a la Constitución; en tercer lugar, porque se quebrantaba el principio de igualdad frente a las cargas públicas al exigirse para unos contribuyentes el pago de tributos inconstitucionales, y para otros, el pago de tributos ajustados a la Carta; y por último, porque el Estado se enriquecía injustificadamente al no ordenar la devolución de lo pagado en virtud de un tributo ilegítimo.

También sostuvo que la relación de causalidad había sido probada, por cuanto la acción del Congreso de la República devino en los perjuicios causados a la demandante, sin que ninguna causa extraña se opusiera a la imputación.

Adicionalmente, reiteró los argumentos expuestos en la demanda afirmando que el Estado debía responder por el daño antijurídico que causara cualquiera de las ramas u órganos que lo componen, sin que fuera dable aducir la falta de retroactividad de la sentencia de inexecutable para eximir de responsabilidad a la Nación, pues mientras que en aquella tan sólo se hace un juicio de constitucionalidad de las normas, en este

proceso se pretende la realización de un juicio de responsabilidad del ente público; y que la buena fe o la ausencia de culpa grave o dolo no son eximentes de responsabilidad del legislador, por cuanto tales elementos subjetivos no son exigidos por el artículo 90 Superior para el surgimiento de la obligación de reparar.

Por último, concluye que en el caso demandado se acreditaron los requisitos exigidos en la Constitución para que se configure la responsabilidad patrimonial del Estado.

El Ministerio Público guardó silencio.

5. La sentencia del Tribunal.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B mediante sentencia del 10 de noviembre de 2004, negó las súplicas de la demanda. Para tomar su decisión, el *A quo* tuvo en cuenta las siguientes consideraciones¹⁵:

“En el presente caso, el legislador señala que la tasa corresponde a los servicios aduaneros, pero no determina el contenido de los mismo ni la manera como el gravamen se vincula a ellos. La tarifa no se establece en función de la de la utilización del servicio, sino exclusivamente, en relación el valor del bien importado. Tal indeterminación conduce a borrar la frontera entre tasa e impuesto y a que la tasa por los servicios aduaneros se asimile a un impuesto sobre las importaciones, caso en el cual su destinación especial resultaría contraria a la Constitución. Tal conclusión puede reafirmarse si se tiene en cuenta que la norma se inscribe en un proyecto cuyo alcance es de naturaleza fiscal y que, en principio, no se orienta a la regulación del comercio exterior y más concretamente de los servicios aduaneros que presta la DIAN.

(...)

En primer lugar, advierte la Sala que la jurisprudencia ha sido clara al establecer que el régimen jurídico aplicable por el hecho del legislador es el daño especial, en el cual se establece que el daño antijurídico debe ser consecuencia de una actuación legítima de la administración amparada por normas superiores que rompe la igualdad frente a las cargas públicas, además el señalado régimen se enmarca dentro la responsabilidad objetiva que, excluye el elemento subjetivo.

(...)

Lo dicho permite establecer que este régimen de responsabilidad excluye la ilegalidad del acto administrativo, los casos de responsabilidad por falta o falla del servicio de la administración y también la derivada de las vías o actuaciones de hecho.

En tales condiciones se exige que para hablar de daño especial como presupuesto de responsabilidad de la administración debe ser anormal, excepcional y superior al que normalmente deben sufrir los ciudadanos en razón de la especial naturaleza de los poderes y actuaciones del Estado, es decir, que solo unos pocos ciudadanos resultan sacrificados en su patrimonio como contrapartida de que la comunidad obtenga

¹⁵ Fls.137 a 146 C.Ppal

beneficios que le representa un mejoramiento en la calidad y prestación de los servicios.

Frente al caso concreto, considera la Sala, que presenta un acto legítimo, esto es una ley de la República, por medio de la cual se decretó la existencia y retención de una tasa especial. No obstante, el segundo elemento, el daño antijurídico, en principio no se configura dado que aunque el impuesto a la contribución generó un perjuicio este habrá de considerarse como jurídico por cuanto todos los ciudadanos estamos en la obligación de soportarlo por expresa disposición del artículo 95 de la Carta. La condición de antijuridicidad se presenta luego con la declaración de inexecutable de los artículos que establecían el tributo ya que le restó legitimidad al mismo.

(...)

Así las cosas, es claro que solo, a partir del 23 de octubre de 2001 (publicación y notificación de la sentencia C – 992/01), empezó a tener efectos la sentencia por medio de la cual se declararon inexecutable los artículos 4, 56 y 57 de la ley 633 de 2000, por lo tanto, cuando la administración a través de la DIAN empezó a recaudar la tasa especial, TESA, lo hizo con fundamento en una norma legal vigente, que posteriormente fue excluida en forma parcial del ordenamiento jurídico no por contrariar ni atentar contra derechos fundamentales de los administrados, sino porque específicamente la contribución no se refería a costos generados por servicios aduaneros, sino que comprendía un servicio de importaciones.

En ningún momento, en vigencia de los artículos acusados, se puso en una situación de desigualdad a la demandante frente a los demás ciudadanos, no se lesionó ningún “derecho jurídicamente tutelado” puesto que el daño alegado no es un daño antijurídico del cual trata el artículo 90 de la C.N., toda vez, que la declaratoria de inexecutable no se fundamenta en que la contribución no se refería a los derechos generados por servicios aduaneros “sino que comprenden, o pueden comprender, servicios que correspondan a exportaciones y porque la financiación de los costos laborales y de capacitación de la DIAN, caben conceptos que nada tienen que ver con las importaciones, o incluso, con el comercio exterior”.

6. El recurso de apelación

Contra lo así decidido, la parte demandante presentó recurso de apelación mediante escrito presentado el día 23 de noviembre de 2004¹⁶. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca concedió el recurso interpuesto mediante auto del 26 de enero de 2005¹⁷. Esta Corporación mediante auto del 6 de mayo de 2005¹⁸ concedió al recurrente el término de tres días para que sustentara el recurso.

La parte actora allegó escrito de sustentación del recurso de apelación el 16 de mayo de 2005¹⁹, atacando la sentencia en los siguientes aspectos:

En primer lugar, señala el recurrente que la antijuridicidad del daño se encuentra debidamente probado en el expediente mediante las declaraciones de importación y los

¹⁶ Fl.148 C.Ppal

¹⁷ Fl.151 C.Ppal

¹⁸ Fl.160 C.Ppal

¹⁹ Fls.161 a 168 C.Ppal

recibidos de pago de la TESA, de manera que el daño se desprende del hecho que el tributo que el Estado impuso no cumplió con los principios y garantías consagrados en la Constitución. Por lo tanto, el pago de un tributo declarado inexecutable causó un perjuicio patrimonial a los importadores y es una carga que los administrados no están obligados a soportar.

Igualmente, señala la parte suplicante que el Tribunal de primera instancia pretende encuadrar el caso dentro del régimen del daño especial, pero interpreta erróneamente este concepto, concluyendo que no se configuró, para sustentar esta afirmación señala que la especialidad del daño no se configura dependiendo de la cantidad de personas que lo sufran, sino cuando implica un rompimiento del principio de igualdad de las cargas públicas tal y como lo ha señalado la jurisprudencia del Consejo de Estado. Es por esto, que en el presente caso existió un rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas puesto que todos los ciudadanos deben contribuir con el financiamiento de las inversiones del Estado, por lo que es su deber pagar los tributos que legítimamente imponga la administración, por lo tanto, si se trata de un gravamen que fue declarado inconstitucional, su pago implica un perjuicio patrimonial que no debe ser soportado.

Así pues, está plenamente demostrado que la sociedad demandante efectuó unos pagos a favor de la Nación en cumplimiento de una Ley que fue declarada inexecutable por encontrarse abiertamente en contra de la Constitución, circunstancia que evidencia la causación del daño antijurídico alegado.

Finalmente, para respaldar su posición jurídica y su petición de revocatoria de la sentencia de primera instancia, la parte accionante recurre a los antecedentes jurisprudenciales que en su concepto le son favorables de la Corte Constitucional y del Tribunal Administrativo de Cundinamarca

7. Actuación en segunda instancia.

Mediante auto proferido el día 15 de julio de 2005²⁰, esta Corporación admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante.

²⁰ FI.170 C.Ppal

Por su parte, a través de proveído de fecha 2 de diciembre de 2005²¹, se corrió traslado a las partes para alegar en conclusión, y al agente del Ministerio Público para que rindiera el concepto de rigor.

Mediante escrito presentado el 31 de enero de 2006²² la parte demandante presentó sus alegaciones finales reiterando los argumentos esgrimidos en instancias procesales anteriores.

La parte demandada y el Ministerio Público guardaron silencio.

Mediante escrito presentando el día 24 de abril de 2014²³ la apoderada de la parte demandante solicitó a esta Corporación tener en cuenta la sentencia 2003-00175 proferida del 8 de abril de 2014, en la cual se discutieron los mismos hechos objeto del presente debate, que declaró responsable a la Nación – Congreso de la República.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia.

La Corporación es competente para conocer del asunto²⁴, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en proceso de doble instancia²⁵, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, el 10 de noviembre de 2004, mediante la cual se negaron las súplicas de la demanda.

2. Aspectos previos

2.1. Ausencia de la copia de la sentencia proferida por la H. Corte Constitucional

Si bien en el debate probatorio no existe copia de la sentencia proferida por la H. Corte Constitucional mediante la cual declararon inexecutable, entre otros, los artículos 56 y

²¹ Fl.172 C. Ppal

²² Fls.173 a 177 C.Ppal

²³ Fl.228 C.Ppal

²⁴ De conformidad con el artículo 129 del C.C.A, subrogado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998 y artículo 1° del Acuerdo 55 de 2003.

²⁵ El Decreto 597 de 1988 consagró que para que un proceso de reparación directa que inició en el año 2003 tuviere vocación de doble instancia, la pretensión mayor de la demanda debía superar la suma de \$36'950.000. En el sub lite se instauró la demanda el día 13 de enero de 2003, cuya pretensión mayor ascendió a la suma de \$165.759.015, razón por la cual es susceptible de ser tramitada en segunda instancia.

57 de la Ley 633 de 2000, y del cual el Tribunal consideró que ante su ausencia estaban llamada al fracaso las súplicas de la demanda, lo cierto es que de acuerdo con lo establecido en el artículo 10 de la Ley 527 de 1999²⁶, la Sala advierte que en el portal de la Rama Judicial del Estado, concretamente en la página web de la Corte Constitucional, bajo la dirección <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-992-01.htm>, se encuentra la providencia mencionada.

Con fundamento en lo anterior, la Sala valorará esta información en virtud que la Ley 527 de 1999 se encuentra vigente, y que como se ha dicho en otras oportunidades, se propende por la utilización de estas nuevas tecnologías en la dinámica de las relaciones intersubjetivas²⁷, y por supuesto en la actividad probatoria dentro de los procesos judiciales.

3. Problema jurídico

¿Es responsable la entidad demandada - Congreso de la República por los daños ocasionados a la sociedad demandante con ocasión de la expedición de los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000 que crearon la obligación de liquidar y pagar la Tasa Especial de Servicios Aduaneros (TESA), que posteriormente fue declarada inexecutable por la H. Corte Constitucional, o por el contrario, JHON RESTREPO A. Y CIA S.A estaba en el deber jurídico de soportar dicho gravamen, como lo afirma el Tribunal de primera instancia?

4. Acervo probatorio

Dentro del plenario, obran los siguientes medios de prueba relevantes:

1. Copias de las declaraciones de importación contentivas de las autoliquidaciones de impuestos realizadas por JHON RESTREPO A. Y CIA S.A., donde constan los valores pagados por concepto de la Tasa Especial para Servicios Aduaneros –TESA– cobrada por la DIAN²⁸.

²⁶ “Los mensajes de datos serán admisibles como medios de prueba y su fuerza probatoria es la otorgada en las disposiciones del Capítulo VIII del Título XIII, Sección Tercera, Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil. En toda actuación administrativa o judicial, no se negará eficacia, validez o fuerza obligatoria y probatoria a todo tipo de información en forma de un mensaje de datos, por el sólo hecho que se trate de un mensaje de datos o en razón de no haber sido presentado en su forma original”.

²⁷ En este sentido, Consejo de Estado Sección Tercera, Sentencia del 16 de agosto de 2007, expediente: AP- 250003225000200400992 01 y auto de Sala Plena de la Sección Tercera de 6 de diciembre de 2012, expediente: 45679.

²⁸ Fls.2 a 229 C.2

2. Copia simple de la constancia de ejecutoria de la Sentencia C-992 de 2001, donde se observa que dicha providencia fue notificada por edicto No. 494, fijado el día 23 de octubre de 2001 y desfijado el día 25 de octubre de 2001²⁹.

5. La responsabilidad por el hecho del Legislador

Como se observa, el caso *sub examine* se sustrae a dilucidar si el legislador –Congreso de la República– es responsable como consecuencia de la expedición de la Ley 633 de 2000, en atención a que la H. Corte Constitucional declaró inexecutable, entre otros, los artículos 56 y 57, los cuales, según la parte accionante le causaron un daño antijurídico consistente en el pago de unos valores que según su criterio eran abiertamente inconstitucionales.

Se trata entonces de eventos de responsabilidad por el hecho de las leyes, supuesto en el cual, el Estado–Legislador, pese a su poder soberano, puede causar un daño a un particular que no esté en el deber jurídico de soportar³⁰.

Frente al desarrollo jurisprudencial en esta materia, es importante destacar las decisiones al respecto:

5.1. Pronunciamientos del Consejo de Estado

1) En un primer momento, mediante sentencia de 18 de octubre de 1990³¹, la Sección Tercera de esta Corporación resolvió un caso en el cual una sociedad demandó al Departamento del Valle del Cauca al considerar que se generó un daño derivado de la expedición de un decreto y una ordenanza departamental, normatividad que creó un servicio de bodegaje de licores, suspendidas provisionalmente por la jurisdicción Contenciosa Administrativa y posteriormente declarados nulos algunos artículos de dicho decreto y ordenanza.

En esa ocasión, la Sección Tercera consideró que pese al interés que revestía la materia, el caso no permitía crear jurisprudencia al respecto, por cuanto no se apreciaba cuál podría ser el interés general de la comunidad en que se incrementara la oferta de licores en el Departamento. Para denegar las pretensiones de la demanda sostuvo que *“la conciencia ciudadana suele quejarse del Estado cantinero, que nada*

²⁹ FI.1 C. 2

³⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias de 24 de abril de 2013, expedientes: 27720 y 28221.

³¹ Sentencia expediente: 5396.

hace para frenar la producción distribución y consumo de bebidas embriagantes". Sin embargo, citó la doctrina extranjera que ha reconocido la responsabilidad del Estado - legislador en los siguientes términos.

"a) La solución reposa en la INTERPRETACION DE LA VOLUNTAD DEL LEGISLADOR: el juez deduce, de su silencio, teniendo en cuenta las circunstancias, un consentimiento a la indemnización".

"b) La responsabilidad se basa en el principio de la igualdad de todos ante las cargas públicas - la ley impone, un pequeño número de particulares, identificables a pesar de la generalidad de los términos empleados, un perjuicio especial, en interés general. En el caso La Fleurette, la ley, en un conjunto de medidas destinadas a proteger la producción lechera amenazada por una caída de precios, prohibió la fabricación de productos susceptibles de reemplazar la leche para ciertos usos, lo cual no alcanzaba de hecho sino a un número reducido de empresas".

"c) El interés general en nombre de cual el sacrificio es impuesto se confunde con el interés colectivo de una categoría social o económica (en la sentencia La Fleurette, los productores de leche): Se acuerda una ventaja a unos imponiendo una carga a otros. Si la medida adoptada beneficia al conjunto de la colectividad, el juez duda, en principio, en indemnizar".

"d) Finalmente la actividad sacrificada no debe ser ni ilícita, ni inmoral, ni peligrosa para la colectividad.

Esta jurisprudencia, muy notable en teoría, no tuvo durante mucho tiempo sino un alcance práctico muy limitado: no recibió, después de la sentencia La Fleurette, sino una sola aplicación (.E. 21 de enero de 1.944 Caucheteux et Desmont, Rec., p. 22). Luego el Consejo de Estado afirmó el principio (10. de diciembre de 1.961, Lacombe, D., 1.962, p. - 89): lo aplicó en beneficio de un propietario que, habiendo obtenido un fallo de expulsión contra un inquilino cuyo hijo servía en Argelia, no había podido obtener la ejecución, por haber prohibido el legislador en ese tiempo tales expulsiones, imponiendo así a los propietarios cuyos inquilinos o miembros de su familia habían sido movilizadas a Argelia, una carga especial, grave y excepcional (25 de enero de 1.963, Bovero, JCP, 1.963, No. 13.326, y la nota del decano Vedel). Algunos han visto en esta decisión ' una ampliación de la jurisprudencia anterior, y una admisión más franca de la responsabilidad del legislador. Pero la cuestión, desde entonces, no se ha planteado de nuevo al juez, lo que no permite confirmar esta interpretación optimista.

"Las soluciones que se acaban de analizar han sido recientemente trasladadas de la ley al tratado internacional: el Estado ha sido condenado a indemnizar a la víctima por un perjuicio grave y especial debido a una convención internacional. (C.E. 30 de marzo de 1.966, p. 381; 29 de octubre de 1.976, Burgat, A.J., 1.977, p. 56)."

Pese a lo anterior, la misma providencia dejó abierta la posibilidad de declarar la responsabilidad del Estado legislador, pero considerando que si se pensaba que el hecho dañino era la promulgación de la Ley, ésta no podía ser objeto de crítica, por cuanto ella no era susceptible de ser acusada por falta o violación del derecho, y en segundo lugar, porque correspondía a la esfera del mismo legislador definir si debía conceder alguna indemnización a los particulares que, en dichas condiciones, hubiesen sufrido un daño de tal naturaleza.

De esta manera, concluyó que eventualmente podría analizarse la responsabilidad del legislador e imputarse a título de riesgo excepcional o violación del principio de igualdad

frente a las cargas públicas, aunque en todo caso, exigiéndose al menos el asentimiento tácito del legislador en que el daño fuese reparado.

2) En sentencia del 2 de febrero de 1995, tratándose de un caso de la muerte de una mujer en los hechos acaecidos en el Palacio de Justicia el 6 y 7 de noviembre de 1985, la parte demandada en sus alegatos de conclusión, expuso que existía una falta de responsabilidad del Estado cuando su función implica el ejercicio de su soberanía. Indicó que “(...) *Es así como ni los actos legislativos, ni los actos de gobierno, ni los actos del Juez, ni los hechos de guerra pueden dar lugar a una acción de responsabilidad en contra del Estado, cualquiera que fuesen las faltas imputables a sus representantes o agentes (...)*”.

La Sección Tercera desechó el argumento utilizado por la parte demandada para descartar la responsabilidad por el hecho de las leyes, en virtud del cual se sostenía que el ejercicio de la soberanía no podía relacionarse con daño antijurídico alguno, de manera que, a juicio de la Sala, no era dable hablar de irresponsabilidad del Estado – Legislador so pretexto del ejercicio de una función soberana³².

3) Así mismo, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en la sentencia de 13 de diciembre de 1995³³, consideró que era improcedente la responsabilidad del Estado por el hecho de la Asamblea Nacional Constituyente, por los actos y decisiones adoptadas por esta cuerpo derivado del poder constituyente, ante el que se afirmó una inviolabilidad e inmunidad plena.

4) Luego, en sentencia del 25 de agosto de 1998, la Sala Plena del Consejo de Estado declaró, por primera vez en Colombia, responsable al Congreso de la República y al Ministerio de Relaciones Exteriores por los perjuicios causados a la parte actora por la aplicación de la Ley 6ª de 1972, por medio de la cual se aprobaba la Convención de Viena³⁴. Al respecto se dijo:

³² Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 2 de febrero de 1995, expediente: 9273: “(...) *No es posible, pues, dar cabida a reclamaciones de irresponsabilidad del Estado, máxime si se trata de un Estado social de derecho (art. 1º de la C. N.) so pretexto de que la acción dañosa es constitutiva del ejercicio de su soberanía; tal recurso no podía jamás servir de excusa o de justificación para que el ejercicio del poder desborde los cauces del derecho, y, en el terreno de lo arbitrario, produzca impunemente daños antijurídicos a los asociados*”.

³³ Sala Plena, sentencia de 13 de diciembre de 1995, expediente S-470.

³⁴ Los hechos que dieron lugar a la sentencia fueron los siguientes: En el año de 1991 un ciudadano colombiano murió luego de ser arrollado por un vehículo conducido por un agente diplomático norteamericano. La familia de la víctima intentó infructuosamente obtener compensación por los perjuicios sufridos ante la Corte Suprema de Justicia, órgano judicial que rechazó la demanda impetrada contra el conductor el vehículo debido a la inmunidad de que gozan los agentes diplomáticos extranjeros en Colombia en virtud de la Convención de Viena (aprobada por la Ley 6ª de 1972). Posteriormente

“En el caso presente la incorporación a la legislación nacional del texto de la convención de Viena de fecha del 18 de abril de 1961, en desarrollo de una operación compleja de naturaleza pública consistente en la negociación y firma del dicho tratado, su incorporación como ley nacional y la sujeción a los controles jurisdiccionales de conformidad con la constitución y su aplicación produjo un daño consistente en el desequilibrio de las cargas públicas que los actores no deben soportar. (...)”

“La aplicación del texto normativo en el sentido de conferir la inmunidad conduce a un enfrentamiento de derechos reconocidos por el ordenamiento colombiano; de un lado la condición del diplomático que goza de la inmunidad para ante los jueces colombianos y de otro lado el derecho que tienen todos los residentes en Colombia para accionar ante sus jueces naturales para que se respeten sus derechos, se les proteja o se les garantice conforme al derecho positivo vigente, y demandar y ser demandados. Si excepcionalmente como en este caso y por un tratamiento de privilegio conferido por el Estado a una persona, atendidas sus calidades, se produce un desequilibrio en su favor y en contra de otro que resulta damnificado y sin la posibilidad de demandar con fundamento en el hecho dañino ante su juez natural, es claro que hay un desequilibrio de las cargas públicas y que por ello el particular está habilitado para demandar al Estado en reparación con fundamento en su actuar complejo como ya se dijo”³⁵.

En esta sentencia se concluyó entonces lo siguiente:

- La responsabilidad del Estado legislador no tenía origen exclusivo en la declaratoria de inconstitucionalidad de una Ley sino en la antijuridicidad del daño³⁶.
- El título de imputación que se aplicó lo constituía el rompimiento del equilibrio de las cargas públicas, ocasionado por la actividad legítima de autoridades estatales (Congreso y Presidente de la República), por medio de la celebración de un tratado internacional y su aprobación por una ley, cuya aplicación causó daño antijurídico el cual un administrado en particular no tenía el deber de soportar.

5) En pronunciamiento de fecha 26 de septiembre de 2002, expediente: 20945, se estudió la posibilidad de imputar la responsabilidad al legislador en los eventos en los cuales se causara un daño como consecuencia de los efectos generados por una norma declarada inexecutable³⁷. La sentencia en cuestión analizó si era posible que el

acudieron ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y demandan al Congreso de la República – representado en el proceso por el Ministerio del Interior-, bajo el entendimiento que estas entidades debían responder por los perjuicios causados por el accidente debido a que la inmunidad del agente diplomático tenía origen en la Convención de Viena, la cual había sido negociada por el Ministerio de Relaciones Exteriores y posteriormente aprobada por el Congreso de la República.

³⁵ Consejo de Estado. Sala Plena. Sentencia de agosto 25 de 1998. Expediente IJ-001. En similar sentido sentencia JI -002.

³⁶ Con esto se aparta del fundamento de la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la cual si bien se había declarado la responsabilidad del Ministerio de Relaciones Exteriores, el a quo sostuvo que el origen de dicha responsabilidad no era el hecho de la ley, sino la ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas, pues a su juicio la responsabilidad del Estado-Legislator sólo podía tener origen en la previa declaratoria de inconstitucionalidad de un precepto legislativo. Cfr. Sentencia C-038 de 2006 de la Corte Constitucional.

³⁷ El caso era el siguiente: un municipio reclamaba las sumas dejadas de transferir a éste por concepto de participaciones en los ingresos corrientes de la Nación en el periodo comprendido de 1994-1995. El

juez, por medio de la figura de la excepción de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 4 de la Carta Política, extendiera hacia el pasado los efectos de la sentencia de inexequibilidad y reconociera los perjuicios causados por la normatividad mientras estuvo vigente.

En esta oportunidad, concluyó la Sección Tercera que, surtiendo efectos hacia el futuro el fallo de inconstitucionalidad de la norma, la pretensión de responsabilidad estaría siempre llamada al fracaso, bajo el argumento de que la contradicción con la Carta Política se consolida única y exclusivamente a partir de la declaratoria de inexequibilidad, de modo que los daños irrogados durante su vigencia no podían ser calificados de antijurídicos, y por tal razón, no podía ordenarse reparación alguna.

En efecto, el municipio demandante solicitó la declaratoria de responsabilidad del Estado por la promulgación del numeral 2.7 del artículo 1º de la Ley 168 de 1994, mediante el cual se calificaron como “recursos de capital” los dineros recaudados por la Nación por concepto de concesión a los particulares de los servicios de telefonía celular, norma que mediante sentencia C-423 de 1995 de la H. Corte Constitucional, fue declarada inexecutable, argumentando que tales dineros pertenecían a los ingresos corrientes de la Nación, de los cuales detentaban los municipios derecho de participación de conformidad con la Ley 60 de 1993. Por tal razón, los municipios manifestaron haber sufrido un perjuicio, consistente en no haber participado en los ingresos corrientes de la Nación por tales sumas. Al respecto, discurrió el Consejo de Estado de la siguiente manera:

“En estas condiciones, resulta inaplicable el artículo 4º de la Constitución Política, en relación con el numeral 2.7 del artículo 1º de la Ley 168 de 1994, por la cual se decretó el presupuesto de rentas y recursos de capital y la ley de apropiaciones para la vigencia fiscal de 1995. Entonces, los dineros recibidos por la Nación por la concesión del servicio de telefonía móvil celular, en el año 1994, ejecutados con anterioridad a la notificación de la sentencia C-423 del 21 de septiembre de 1995, no pueden ser considerados ingresos corrientes de la Nación, sino recursos de capital y, en consecuencia, es claro que no surgió para la Nación, respecto de un porcentaje de ellos, la obligación de transferirlos al Municipio de Prado. En este orden de ideas, es evidente para la Sala la improcedencia de la declaración de la responsabilidad de la Nación por los perjuicios causados como consecuencia del no pago de dichos recursos.

origen de la demanda era la sentencia C-523 de 1995 por medio de la cual la Corte Constitucional declaró inexecutable el numeral 2.7 del artículo 1º de la Ley 168 de 1994, disposición que incorporaba los recursos percibidos por el Estado por concepto de los contratos de concesión a particulares de la telefonía móvil celular en el rubro de recursos de capital, excedentes financieros de la Nación, de manera tal que dichos recursos pasaban a un fondo especial y no eran distribuidos entre las entidades territoriales. Con la declaratoria de inconstitucionalidad del numeral contemplado en dicha ley, estos recursos ingresaron al rubro de ingresos corrientes de la Nación, los cuales debían ser distribuidos a las entidades territoriales. Sin embargo, la Corte Constitucional no le dio de manera expresa efectos retroactivos a su decisión y, por lo tanto, durante el año 1994 las entidades territoriales no tuvieron derecho a participar en dichas rentas.

“Por lo demás, teniendo en cuenta que el fundamento de la responsabilidad, en este caso, se encuentra en la existencia de un derecho, por parte del municipio demandante, sobre un porcentaje de los mismos dineros, según lo dispuesto en el artículo 357 de la Constitución, no podría pensarse, de ninguna manera, que la obligación de indemnizar pudiera encontrar sustento en la previsión contenida en el numeral citado de la Ley 168 de 1994, mientras mantuvo su vigencia. En efecto, antes de la notificación de la Sentencia C-423 del 21 de septiembre de 1995, los recursos mencionados, de acuerdo con dicha disposición, tenían el carácter de recursos de capital, sobre los cuales no corresponde participación alguna a las entidades territoriales, conforme a las disposiciones de la Constitución y especialmente a lo establecido en el artículo 358 de la misma, según el cual los ingresos corrientes están constituidos por los tributarios y no tributarios, ‘con excepción de los recursos de capital’.

“Se precisa, al respecto, que si bien esta Corporación ha aceptado la posibilidad de declarar la responsabilidad de la Nación por los perjuicios causados como consecuencia de la aplicación de normas constitucionales y legales, ella está referida a los casos en que el demandante demuestra que las mismas crean para él un desequilibrio frente a las cargas públicas, en relación con la situación en que se encuentran los demás ciudadanos³⁸. Es, entonces, en estos eventos, ese desequilibrio -que se materializa en un daño especial- lo que constituye el fundamento de la obligación de indemnizar que surge a cargo la Nación, la cual, por lo demás, debe ser representada en el proceso por el Presidente del Senado de la República, conforme a lo dispuesto en el artículo 149, inciso tercero, del Código Contencioso Administrativo.

“Muy diferente es la situación que se plantea en el caso que hoy ocupa a la Sala; en efecto, como se ha expresado, la pretensión de declaración de responsabilidad está sustentada en el no pago de unos dineros que, según lo afirma el apoderado del municipio demandante, se deben a éste último, situación que constituye una típica falla del servicio, referida concretamente a la aplicación de una norma contraria a la Constitución, esto es, el numeral 2.7 del artículo 1º de la Ley 168 de 1994, para definir la naturaleza de los recursos recibidos por la concesión del servicio de telefonía móvil celular, antes de la declaratoria de inexecutable de la misma. Así las cosas y dado que, según lo explicado, la contradicción con la Carta Política no existe con respecto a las situaciones consolidadas con anterioridad a la notificación del pronunciamiento de la Corte contenido en el fallo C-423 de 1995, ni puede ser válidamente declarada por el juez contencioso administrativo, es claro que aquella pretensión no puede prosperar³⁹.

6) En sentencia de 12 de junio de 2003 la Sección Cuarta de esta Corporación indicó que los efectos generados por la aplicación de una norma declarada inconstitucional hacia el futuro, no podían desembocar en perjuicio alguno que pudiera reputarse de antijurídico, pues antes de la sentencia de inexecutable, el cumplimiento de la disposición era obligatoria desde su promulgación para todos los habitantes de la

³⁸ Ver, sentencias de la Sala Plena IJ-001 del 25 de agosto de 1998 e IJ-002 del 8 de septiembre del mismo año.

³⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de septiembre 26 de 2002, expediente: 20945 “(...) La decisión sobre los efectos de un fallo de constitucionalidad, en consecuencia, también tiene efectos de cosa juzgada erga omnes, de manera que no están facultadas las autoridades de la República para aplicar la excepción de inconstitucionalidad respecto de una norma determinada, cuando la misma ha sido declarada inexecutable por la Corte y el fallo respectivo tiene efectos hacia el futuro. Si, como se dijo anteriormente, se trata de actos proferidos o situaciones consolidadas con posterioridad al fallo, éste simplemente debe acatarse, porque la norma en cuestión ha desaparecido del ordenamiento jurídico. Si, en cambio, se trata de actos proferidos con anterioridad al mismo o de situaciones consolidadas antes de su pronunciamiento, aquéllos y éstas conservan su eficacia jurídica. Una conclusión diferente nos llevaría a concluir, necesariamente, que el fallo de constitucionalidad puede ser desconocido, en situaciones concretas, por las autoridades competentes para resolverlas (...)”.

Nación. Así mismo, argumentó que no era de su competencia modificar el alcance de los efectos fijados en una sentencia de inexecutableidad so pretexto de ordenar la reparación de los presuntos perjuicios causados como consecuencia de la aplicación de la ley inconstitucional⁴⁰.

7) Por su parte, en una sentencia que resolvió una acción de grupo con fecha 16 de marzo de 2007, expediente: 2004-00832, se solicitó el reintegro del cobro del impuesto de telefonía básica conmutada, cuyo tributo fue creado por el municipio de Pereira mediante el Acuerdo No. 51 de 2001. En la decisión se sostuvo que *“las autoridades públicas se encuentran sometidas al imperio de la Constitución y la ley; de llegarse a conculcar dicha obligación se puede causar un daño antijurídico, imputable a la administración bajo el título de falla del servicio. El deber de indemnizar que surge de tal título no admite excepción alguna, como bien lo ha interpretado la Sala, al aplicar el artículo 90 de la Constitución Política”*.

8) A su turno, la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado en diversas providencias⁴¹ ha condenado a la Nación por el hecho del legislador, al encontrar probado el daño antijurídico y la imputación como elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado, a modo de ejemplo, desde el año 2012, esa Subsección en sentencia se ha pronunciado en los siguientes términos⁴², *“[E]n el sistema jurídico*

⁴⁰ Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia de junio 12 de 2003, expediente: AG-2002-0014: Se trataba del decreto ley 955 de 26 de mayo de 2000 por medio del cual creó el impuesto a las transacciones financieras, con tarifa única del DOS POR MIL (2/1000)', retroactivo al 1° de enero de 2000 y hasta el 31 de diciembre del mismo año. La DIAN siendo la entidad administradora del tributo lo recaudó desde enero de 2000 hasta el 31 de octubre del mismo año, por cuanto en dicha fecha se notificó al gobierno nacional de la sentencia C-1403 de 2000, mediante la cual se declaró inexecutable el decreto en mención. Por lo tanto solicitó como indemnización la devolución de lo recaudado por el tributo impuesto con la indexación debida. En dicha sentencia se expuso que:“(…) *De lo anterior se colige que la causa del presunto perjuicio alegado es la ley, por tanto del cumplimiento o de la aplicación en sí de la misma no se puede derivar un perjuicio, puesto que es obligatoria para todos los habitantes del país desde su promulgación (art. 52, C. de R. P. y M.), y al ejecutivo dentro de las funciones constitucionales asignadas le corresponde velar por la estricta recaudación y administración de las rentas dentro del marco fijado en la ley por el Congreso o en los actos excepcionales con fuerza de ley. Así las cosas, el alegado detrimento del patrimonio de los usuarios del sistema financiero no sería antijurídico, porque el impuesto contenido en las disposiciones antes señaladas era aplicable y su constitucionalidad o legalidad sólo es susceptible de controversia ante el juez competente mediante el ejercicio de las acciones ordinarias contenidas en el ordenamiento jurídico y de otro lado el efecto de las inexecutableidades declaradas se determinó expresamente hacia el futuro. De otra parte, por la sola invocación de la ocurrencia de un presunto perjuicio no puede desnaturalizarse el objeto de la acción de grupo, que se reitera es exclusivamente indemnizatoria, así no es posible debatir la constitucionalidad de un tributo, ni modificar el alcance de los efectos fijados en una sentencia de inexecutableidad o desconocer ésta y en su lugar aplicar los criterios expuestos en otra decisión sobre la constitucionalidad de norma diferente. (…)* En relación con la solicitud de aplicar la excepción de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 4° de la Carta, la Sala considera que en la presente acción no es aplicable, pues declarada la inexecutableidad de las normas hacia el futuro, el efecto implica que los recaudos efectuados con fundamento en preceptos vigentes en tal momento, se apoyaron en la obligatoriedad de su aplicación, por lo que el alegado perjuicio no puede devenir en antijurídico (…)

⁴¹ Ver: Exp. 26689 del 29 de enero de 2014; 28811 del 9 de abril de 2014; 29601 y 31175 del 16 de julio de 2015; 29148 del 24 de junio de 2015; 29901 del 27 de mayo de 2015.

⁴² Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección A, sentencia del 23 de febrero de 2012, expediente: 24655. Se trataba de lo siguiente: una empresa de carácter privado demandó a la Nación –

colombiano el artículo 90 superior no excluye a autoridad pública alguna del deber de reparar los daños antijurídicos imputables a su acción o a su omisión, razón por la cual cabe entender comprendidos en el enunciado del referido canon constitucional a los autores de normas generales, impersonales y abstractas que ocasionen perjuicios de dicha índole, (...) con independencia del mantenimiento de las situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de la norma general que consagraba la obligación tributaria declarada inexecutable o nula —cosa que no está en discusión—, la persona que haya sufrido un daño antijurídico como consecuencia directa de la aplicación de tal disposición tiene derecho a que, a través del cauce procesal constituido por la acción de reparación directa, se examine si concurren, o no, los requisitos constitucionalmente exigidos para que se declare patrimonialmente responsable al Estado, vale decir, que el daño antijurídico causado sea imputable a la acción —el ejercicio irregular de su potestad normativa— desplegada por una autoridad pública (...).”

9) Así mismo, en providencia de 28 de septiembre de 2012, expediente: 24630⁴³, la Subsección B de la Sección Tercera de esta Corporación, indicó que la demandante fue privada de su derecho de acceso a la justicia y además que la legitimación por pasiva podía recaer, a prevención, en el Congreso de la República, en la medida en que, además del ejecutivo, esta autoridad pública también interviene en el proceso de suscripción de tratados y convenios internacionales⁴⁴.

Ministerio de Hacienda y Crédito Público por el irregular ejercicio de la potestad reglamentaria contemplada en el Decreto 650 de 1996 artículo 8 literal b), reglamentaria de la ley 223 de 1995. El Consejo de Estado, Sección Cuarta declaró la nulidad del mencionado literal del artículo norma con fundamento en la cual se recaudó el impuesto de registro que la empresa tuvo que pagar en 3 ocasiones.

⁴³ No. de radicación: 25000-23-26-000-1999-01795-01. Se trataba de una ex empleada de la Embajada de Corea del Sur en Colombia, quien no pudo acceder a la justicia laboral para demandar el reconocimiento de sus derechos laborales, en virtud de la inmunidad diplomática de que en Colombia goza la Embajada de la República de Corea del Sur.

⁴⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección “B”. Sentencia de septiembre 28 de 2012, expediente: 24630: “Es de anotar que la responsabilidad estatal que invoca la señora Rosa Otilia Correa no comporta el hecho del legislador exclusivamente, toda vez que, si bien el poder legislativo intervino en el proceso de adopción de los principios y normas internacionales contenidos concretamente en el tratado que reconoció el principio de inmunidad de jurisdicción, sin reservas, tal y como fue analizado por la Corporación en la sentencia de 8 de septiembre de 1998 atrás referida, pues en su adopción intervino también el poder ejecutivo, si se considera que a la luz del numeral 20 del art. 120 de la Constitución entonces vigente, la negociación y suscripción es asunto confiado al Presidente de la República como jefe de Estado y su aprobación al Congreso de la República. Huelga concluir, en consecuencia, que es La Nación-Ministerio de Relaciones Exteriores, demandado por la actora, el responsable de los daños que le fueron ocasionados, en virtud de la inmunidad de jurisdicción acogida por el Estado colombiano, por la suscripción de la Convención de Viena de 1961, para preservar la soberanía de otros Estados en su territorio, como lo prevé las reglas del derecho internacional, legitimación que bien podría haber recaído, a prevención, en el Congreso de la República, en cuanto la intervención conjunta en punto a la suscripción de tratados y convenios internacionales.”

10) En sentencias proferidas por la Subsección C de la Sección Tercera de esta Corporación en el año 2013 y 2014⁴⁵, se discutió sobre la responsabilidad del Congreso de la República al haber expedido la Ley 443 de 1998 (carrera administrativa), que en el párrafo del artículo 39 dispuso sobre la posibilidad del ex trabajador, en el momento de la supresión de su cargo de optar por la indemnización, caso en el cual, el acto administrativo que en ella constara, prestaría mérito ejecutivo. Así mismo, indicaba la norma que la caducidad establecida en el Código Contencioso Administrativo para instaurar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho se contaría a partir de la declaratoria de nulidad del acto administrativo que originó la supresión del empleo.

El último aparte del párrafo fue declarado inexecutable por la H. Corte Constitucional, por lo que los demandantes, en estos casos, al momento de tomarse esta decisión, no tuvieron la posibilidad de demandar la Resolución 0037 de 2000 en acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por cuanto ya había caducado la acción (resoluciones que incorporaron funcionarios y distribuyeron unos cargos). En estas providencias, luego de hacer un recuento jurisprudencial, se hizo referencia a los efectos de las sentencias del alto Tribunal Constitucional para concluir que, por regla general, los efectos de las decisiones constitucionales en principio son hacia el futuro (ex nunc), y en los eventos en que el daño se causa por el retiro de la norma y éste sea antijurídico, existe una responsabilidad del Estado. Pese a ello, en los casos analizados por la Subsección se observó que no se encontraba acreditado el daño, por cuanto no se demostró que con la inexecutable del inciso final del párrafo segundo del artículo 39 de la Ley 443 de 1998, se hubiera lesionado el derecho de acceso a la administración de justicia, como lo afirmaban los demandantes⁴⁶.

11) Finalmente, la Sala considera necesario traer a colación las sentencias proferidas el 24 de octubre de 2013, Exp: 26.690, y el 20 de octubre de 2014, Exp: 29.355, en donde la Subsección C se encargó de analizar la responsabilidad de la Nación – Congreso de la República por los mismos hechos de la presente acción, esto es, la expedición y aplicación de unas normas inexecutables de la Ley 633 de 2000, artículos 56 y 57, que creó la obligación de liquidar y pagar la Tasa Especial por Servicios Aduaneros, normas

⁴⁵ Expedientes: 28221 y 27720 de 24 de abril de 2013; 28864 del 26 de marzo de 2014; 28312 del 12 de junio de 2014; y 28184 del 9 de julio de 2014.

⁴⁶ Lo anterior, por cuanto del análisis de la sentencia de la Corte Constitucional y de las pretensiones de la demanda, se concluyó que *“la norma declarada inexecutable restringía el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto administrativo concerniente a la indemnización que tiene derecho a percibir el empleado de carrera cuyo cargo sea suprimido, y no aquella decisión que efectivamente lo retira del servicio, frente al que, la parte actora, pudo haber ejercido el control judicial respectivo, dentro de los términos de caducidad de que trata el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, sin que la decisión de la Corte Constitucional hubiera tenido injerencia en el mismo”*.

cuya revisión fue realizada por la Corte Constitucional a través de la sentencia C – 992 de 2001.

En las mencionadas providencias, se señaló que cuando el alto Tribunal Constitucional profiere una sentencia de constitucionalidad, la regla general es que tiene efectos *ex nunc*, lo que quiere decir que resulta vinculante para todas las situaciones jurídicas originadas en el pasado y en curso, a menos que la misma Corte de manera expresa, señale que le da efectos retroactivos a la sentencia. De manera que, en aquellos eventos en que se pretenda la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador, se deben demostrar los dos elementos de la responsabilidad (daño antijurídico e imputación). Es así como, para acreditar el daño antijurídico es necesario que la sentencia que declara la inexecutable de la norma, le otorgue efectos retroactivos a la providencia, para que así se pueda hablar de antijuridicidad del daño.

Conforme con lo anterior, la Sala no accedió a las pretensiones invocadas por la parte actora, pues no encontró en los casos sometidos a estudio, que la Corte Constitucional en su sentencia de revisión le haya dado efecto retroactivo a su providencia. Entonces, el accionante no logró probar el primero elemento de la responsabilidad, consistente en la demostración de la antijuridicidad del daño padecido.

5.2. Pronunciamientos de la Corte Constitucional

De otra parte, la H. Corte Constitucional también se ha referido a la responsabilidad por el hecho del legislador, así:

1) Mediante sentencia C-149 de 1993, se declaró la inexecutable de los artículos 16, 17 y 18 de la Ley 6ª de 1992, normas que impusieron a los contribuyentes una inversión forzosa en Bonos para Desarrollo Social y Seguridad Interna –BDSI–, decisión que tuvo efectos retroactivos, en consideración a que, de no hacerse así, tal cosa supondría un enriquecimiento sin causa para el Estado y un *perjuicio injustificado para los contribuyentes*, pues desaparecida la causa que legitime el pago del tributo, se impone la necesidad de su restitución:

“(…) Teniendo en cuenta que al momento de proferir este fallo la mayor parte del tributo que se ha encontrado opuesto a la Constitución ya fue recaudada, con el objeto de realizar la justicia querida por el Constituyente volviendo las cosas al estado anterior al quebranto de los preceptos superiores y en busca de la prevalencia del derecho sustancial (artículo 228 C.N.), se ordenará al Ministerio de Hacienda y Crédito Público la inmediata devolución de las sumas pagadas por los contribuyentes.

“Este reintegro resulta apenas natural pues, de no ser así, siendo contrarios a la Carta los preceptos que autorizaban la colocación de los bonos, se tendría un enriquecimiento sin causa para el Estado y un perjuicio injustificado para los contribuyentes, quienes no están obligados a transferir recursos al erario sino en los casos y por los motivos que disponga la ley. Desaparecida ésta, pierde fundamento el pago y, por ende, si se hubiere efectuado, debe ser restituído (sic) para realizar el principio de justicia y hacer operante y vigente el orden justo al que aspira la Constitución. Además, la aludida consecuencia se apoya en el principio de la buena fe. (...)”.

2) La Corte Constitucional a través de la sentencia C-038 de 2006, reconoció que la responsabilidad del Estado – Legislador no estaba circunscrita exclusivamente a las hipótesis previstas en la propia Constitución⁴⁷, ni tampoco a los eventos en los cuales se declarara con efectos retroactivos la inexecutable de las leyes, pues el fundamento de la responsabilidad radica en la antijuridicidad del daño y no en la actuación ilícita del legislador.

“Tal como lo ha entendido el Consejo de Estado, la disposición constitucional que regula la materia establece la obligación de reparar los daños antijurídicos provenientes de cualquier autoridad pública. En efecto, como se ha reiterado el precepto simplemente establece dos requisitos para que opere la responsabilidad patrimonial estatal, a saber, que haya un daño antijurídico y que éste sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública, sin hacer distingos en cuanto al causante del daño. De este modo la responsabilidad patrimonial del Estado por los hechos, acciones u omisiones imputables al Poder Legislativo está expresamente contemplada en el artículo 90 constitucional, pues cualquier otra posibilidad sería abiertamente inconstitucional desde la perspectiva del Estado Social de Derecho y de los principios y valores que rigen nuestro ordenamiento constitucional tales como la solidaridad, la igualdad, la justicia material y la supremacía de la Constitución. Principios que cristalizaron en el ordenamiento jurídico colombiano y que encontraron una de sus expresiones en la disposición constitucional en comento. No sobra advertir que la Constitución establece expresamente determinados supuestos de obligación reparatoria por la actuación del Legislador, tales como la figura de la expropiación, la obligación de indemnizar cuando se establece un monopolio o cuando el Estado decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos. Lo anterior no significa que la responsabilidad del Estado legislador se vea circunscrita exclusivamente a los anteriores eventos o a los supuestos de declaratoria de inconstitucionalidad de las leyes, pues como ya se ha dicho su fundamento estriba en la noción de daño antijurídico, la cual como se ha reiterado a lo largo de esta decisión descansa en los principios de solidaridad y de igualdad, y no en la idea de la actividad ilícita del Legislador, entendida como tal las actuaciones contrarias a la Constitución”.

6. El caso en concreto

Efectuado el recuento jurisprudencial sobre la materia que hoy ocupa la atención de la Subsección, corresponde a la Sala determinar el contenido y alcance de la responsabilidad por el hecho del Estado – Legislador en el caso en cuestión.

De conformidad con los pronunciamientos expuestos, es claro que ningún ente estatal escapa al precepto superior conforme al cual *“el Estado responderá patrimonialmente*

⁴⁷ Constitución Política. Artículos 58, 150 numeral 17, 336, 365, entre otros.

por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”. De esta manera, para la Sala resulta evidente que el Congreso de la República, como parte integrante de la estructura del Estado, puede ser declarado responsable cuando, en ejercicio de sus funciones legislativas, causa un daño antijurídico a los particulares.

Así mismo, al tenor de lo dispuesto por el citado artículo 90 de la Constitución Política, para que surja la aludida responsabilidad administrativa, debe configurarse un daño antijurídico acompañado de una imputación. Tales requisitos deben estar plenamente acreditados en el proceso, so pena de ser rechazadas las pretensiones y su consecuente reparación.

Adicionalmente, para que el juicio de responsabilidad prospere, las súplicas de la demanda deben encontrar sustento jurídico en alguna de las motivaciones de imputación, bajo las cuales sea posible declarar responsable al ente público. En los eventos de responsabilidad por el hecho del legislador, el fundamento del deber jurídico de reparar puede residir tanto en un régimen subjetivo como en el objetivo de la responsabilidad, ora por la existencia de una falla en la prestación del servicio, ya por violación del principio de igualdad frente a las cargas públicas, y la determinación de uno u otro título de imputación depende de los hechos alegados y acreditados dentro del plenario.

En el *sub lite*, la parte actora pretende la declaratoria de responsabilidad de la Nación – Congreso de la República por los perjuicios causados con ocasión de la promulgación y aplicación de la Ley 633 de 2000 –vigente desde el día 29 de diciembre del año– que en sus artículos 56 y 57 creó la Tasa Especial para los Servicios Aduaneros –TESA– como contraprestación por el costo de los servicios prestados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN–; artículos que posteriormente fueron declarados inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C–992 de 2001, ejecutoriada el 25 de octubre del mismo año.

En el período de tiempo en que estuvieron vigentes los precitados artículos –29 de diciembre de 2000 a 25 de octubre de 2001–, la DIAN, mediante Resolución 029 del 2 de enero de 2001, reglamentó la liquidación, pago y recaudo de la TESA e inició el cobro del referido tributo. En virtud de tales normas, la sociedad demandante afirmó haber tenido que pagar por concepto de la indicada Tasa Especial, el valor de CIENTO

SESENTA Y CINCO MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL QUINCE PESOS (\$165.759.015).

Ahora bien, de acuerdo con lo sostenido por la parte demandante, la responsabilidad de la entidad demandada se concreta al haber creado y aplicado unas normas que posteriormente fueron declaradas inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C- 992 de 2001. El artículo 56 de la Ley 633 de 2000 hacía referencia a la creación de una tasa especial como contraprestación de servicios aduaneros prestados por la DIAN, equivalente al 1.2% del valor FOB de los bienes objeto de importación. A su turno, el artículo 57 establecía que la administración y control estaba a cargo de la DIAN. La norma también expuso que se trataba de un ingreso corriente de la Nación de conformidad con el inciso 2 del artículo 357 de la Constitución Política y teniendo en cuenta que no se trataba de ningún impuesto, creó un fondo de servicios aduaneros el cual se financiaría con los recursos que se recaudarían por la tasa. Los recursos de dicho Fondo, se destinarían a recuperar los costos incurridos por la Nación en la facilitación y modernización de las operaciones de comercio exterior, mediante el uso de su infraestructura física y administrativa y para la financiación de los costos laborales y de capacitación de la DIAN.

Ahora bien, no puede deducirse una responsabilidad del Estado cuando el alto Tribunal Constitucional haya declarado la inexecutable de una norma sin retroactividad, por cuanto los efectos generados hasta la declaratoria de la misma son válidos, y por lo tanto, el Juez administrativo no puede desconocer que los efectos de la sentencia son hacia el futuro cuando no se exprese por parte de la Corte Constitucional lo contrario, siendo esta una facultad exclusiva otorgada por disposición del artículo 45 de la Ley 270 de 1996, el cual señala que *“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**”*⁴⁸. (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Así lo ha sostenido la Corte Constitucional, al afirmar que la regulación de los efectos temporales de los fallos de constitucionalidad se han diseñado a partir de varias fuentes normativas; la Constitución (arts. 243), la Ley Estatutaria de Administración de Justicia (Ley 270/96, art. 45), la aplicación de los principios generales del derecho sobre la vigencia de las normas jurídicas y la jurisprudencia constitucional.

⁴⁸ La Corte Constitucional ha desarrollado pues, la tesis según la cual, por regla general los efectos de sus sentencias de constitucionalidad son ex nunc, salvo que la misma Corte asigne otros efectos temporales, en los términos del artículo 45 de la Ley 270 de 1996. Sentencia T- 389 de 2009.

La regla general es que las decisiones sobre el control de constitucionalidad tienen efectos *ex nunc*, esto es, que tienen aplicación inmediata, hacia el futuro y vinculantes para todas las situaciones jurídicas originadas en el pasado y en curso, a menos que la misma Corte “*de manera expresa*”⁴⁹ resuelva lo contrario, es decir, considere dar efectos retroactivos a las sentencias de constitucionalidad.

Así pues, la Corte Constitucional al examinar la exequibilidad de las normas demandadas, lo hizo con base en lo establecido en el artículo 338⁵⁰ superior, sosteniendo dentro de las consideraciones expuestas en la sentencia⁵¹, que en términos generales la creación de una tasa debe venir acompañada por la identificación, en la propia ley del servicio a la que la misma corresponde y por cuya utilización serán gravados los contribuyentes. Pese a lo anterior, consideró el alto Tribunal Constitucional que en la medida en que es consustancial a la idea de tasa, su vinculación con el servicio, la tarifa debe necesariamente, estar asociada a tal fin.

Conforme a lo anterior, expuso que el legislador señalaba que la tasa correspondía a los servicios aduaneros, pero no determinó el contenido de los mismos, ni la manera como el gravamen se vinculaba con ellos. La tarifa no se establecía en función de la utilización del servicio sino, exclusivamente, con relación al valor del bien importado. En consecuencia, tal indeterminación conducía indudablemente a borrar la frontera entre tasa e impuesto y a que la tasa por los servicios aduaneros se asimilara a un impuesto sobre las importaciones, caso en el cual su destinación especial resultaría contraria a la Constitución.

⁴⁹ Sentencia T- 389 de 2009. *Cr.*, entre otras la sentencia C-426 de 2007. En esta sentencia se declaró inexecutable una norma derogatoria de otra que consagraba la autoridad competente para organizar y disponer el concurso para notarios públicos. Como quiera que la norma derogatoria no incluyó lo relativo a la autoridad en mención, fue excluida del ordenamiento (declarada inexecutable) desde el momento de su entrada en vigencia, es decir la sentencia tuvo efectos retroactivos, y se ordenó la reincorporación de la norma derogada. Otras sentencias con efectos retroactivos son C-870 de 1999, C-002 de 1999, C-080 de 1999, C-037 de 1994.

⁵⁰ Dispone el artículo lo siguiente: *En tiempo de paz, solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales. La ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos.*

La ley, las ordenanzas y los acuerdos pueden permitir que las autoridades fijen la tarifa de las tasas y contribuciones que cobren a los contribuyentes, como recuperación de los costos de los servicios que les presten o participación en los beneficios que les proporcionen; pero el sistema y el método para definir tales costos y beneficios, y la forma de hacer su reparto, deben ser fijados por la ley, las ordenanzas o los acuerdos.

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.

⁵¹ Sentencia C- 992 de 2001.

Finalmente, concluyó lo siguiente:

“(…) Lo anterior se corrobora si se tiene en cuenta que, de acuerdo con el segundo inciso del artículo 57, el destino de los recaudos no se restringe a la recuperación de los costos del servicio, con los cuales, por otro lado, en la medida en que no se conocen, no es posible establecer una relación de equivalencia al menos aproximada, sino que se extiende para cubrir los costos incurridos por la Nación en la facilitación y modernización de las operaciones de comercio exterior, mediante el uso de su infraestructura física y administrativa y para la financiación de los costos laborales y de capacitación de la DIAN, propósitos que claramente exceden el ámbito del gravamen definido en el inciso primero del artículo 56, en la medida en que no se refieren exclusivamente a los costos que se generan por los servicios aduaneros que se prestan a los contribuyentes de la tasa, sino que comprenden, o pueden comprender, servicios que correspondan a exportaciones y porque en la financiación de los costos laborales y de capacitación de la DIAN, caben conceptos que nada tienen que ver con las importaciones, o incluso, con el comercio exterior (…)”.

Con fundamento en tales consideraciones declaró inexecutable los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000 sin que la Corte Constitucional modulara los efectos de la sentencia en sentido retroactivo.

Ahora bien, con relación al principio de irretroactividad en el derecho la Corte Constitucional ha sostenido que:

“(…) la jurisprudencia constitucional ha acogido también el contenido del fenómeno de la irretroactividad o prohibición de retroactividad, como aspecto fundamental del desarrollo de los efectos temporales de sus sentencias de control de constitucionalidad. Su fundamento implica el reconocimiento de principios constitucionales como el de la buena fe y confianza legítima⁵² y el de seguridad jurídica⁵³, entre otros. (...) Estas disposiciones constitucionales procuran que las nuevas regulaciones normativas respeten situaciones que se han consolidado jurídicamente en pasado, lo cual trae como consecuencia la limitación de las normas de derecho para retrotraer sus efectos con el fin de alterar eventos cuyos resultados jurídicos se dieron antes de su vigencia. No obstante, como se dijo, el alcance de esta prohibición consiste en que no se pueden presumir los efectos retroactivos, aunque, si pueden establecerse de manera expresa (...)”⁵⁴. (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Así las cosas, para la Sala es claro que puede existir responsabilidad del Estado derivada de una norma declarada inexecutable por la Corte Constitucional, pero para que esta se configure, deben estar plenamente acreditados sus dos elementos constitutivos, estos son, la ocurrencia del daño antijurídico y la imputación al ente demandado.

En consecuencia, la discusión que aquí se plantea es respecto de la determinación y delimitación del daño antijurídico cuando el mismo proviene de una Ley declarada inexecutable, teniendo presente que para que esta pueda dar lugar a la responsabilidad extracontractual del Estado, la providencia debe expresamente reconocerle efectos

⁵² Constitución de 1991. Artículo 83.

⁵³ Ibídem. Artículo 2

⁵⁴ Sentencia T- 389 de 2009, reiterada en sentencia C- 444 de 2011.

retroactivos, en caso contrario, no podría hablarse de antijuridicidad o daño injusto puesto que la persona estaría obligada a soportar la carga impuesta de manera general a los asociados.

Es así como, la Sala determinará si se le causó un daño antijurídico a la sociedad Jhon Restrepo A. y CIA S.A. por parte del Estado – Legislador, con la declaratoria de inconstitucionalidad de la citada norma, atendiendo a los elementos constitutivos de la responsabilidad estatal antes mencionados.

Para el efecto, tenemos que el daño antijurídico se define desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual⁵⁵ y del Estado, que impone considerar dos componentes: a) el alcance del daño como entidad jurídica, esto es, *“el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio”*⁵⁶; o la *“lesión de un interés o con la alteración “in pejus” del bien idóneo para satisfacer aquel o con la pérdida o disponibilidad o del goce de un bien que lo demás permanece inalterado, como ocurre en supuestos de sustracción de la posesión de una cosa”*⁵⁷; y, b) aquello que derivado de la actividad, omisión, o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea *“irrazonable”*⁵⁸, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente

⁵⁵ *“(…) el perjudicado a consecuencia del funcionamiento de un servicio público debe soportar el daño siempre que resulte (contrario a la letra o al espíritu de una norma legal o) simplemente irrazonable, conforme a la propia lógica de la responsabilidad patrimonial, que sea la Administración la que tenga que soportarlo”.* PANTALEON, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, en AFDUAM, No.4, 2000, p.185. Martín Rebollo se pregunta: *“¿Cuándo un daño es antijurídico? Se suele responder a esta pregunta diciendo que se trata de un daño que el particular no está obligado a soportar por no existir causas legales de justificación en el productor del mismo, esto es, en las Administraciones Públicas, que impongan la obligación de tolerarlo. Si existe tal obligación el daño, aunque económicamente real, no podrá ser tachado de daño antijurídico. Esto es, no cabrá hablar, pues, de lesión”.* MARTÍN REBOLLO, Luis. “La responsabilidad patrimonial de la administración pública en España: situación actual y nuevas perspectivas”, en BADELL MADRID, Rafael (Coord). Congreso Internacional de Derecho Administrativo (En Homenaje al PROF. LUIS H. FARIAS MATA). Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2006, pp.278 y 279.

⁵⁶ LARENZ. “Derecho de obligaciones”, citado en DÍEZ PICAZO, Luis. Fundamentos de derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual. T.V. 1ª ed. Navarra, Thomson-Civitas, 2011, p.329.

⁵⁷ SCONAMIGLIO, R. “Novissimo digesto italiano”, citado en DÍEZ PICAZO, Luis. Fundamentos de derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual. T.V. 1ª ed. Navarra, Thomson-Civitas, 2011, p.329.

⁵⁸ *“(…) que lo razonable, en buena lógica de responsabilidad extracontractual, para las Administraciones públicas nunca puede ser hacerlas más responsables de lo que sea razonable para los entes jurídico-privados que desarrollan en su propio interés actividades análogas”.* PANTALEON, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, ob., cit., p.186.

reconocidos; y, iii) porque no encuentra sustento en la prevalencia, respeto o consideración del interés general⁵⁹.

En cuanto al daño antijurídico, la jurisprudencia constitucional señala que la *“antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración, sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima”*⁶⁰. Así pues, y siguiendo la jurisprudencia constitucional, está ha dicho *“que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración”*⁶¹.

Así las cosas, respecto al primer elemento de la responsabilidad, esto es el daño antijurídico, la Sala no lo encuentra acreditado, puesto que como se dijo anteriormente la sola declaratoria de inexecutable de los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000⁶²,

⁵⁹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. “La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: estructura, régimen y principio de convencionalidad como pilares en su construcción”, próximo a publicación.

⁶⁰ Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003. Así mismo, se considera: *“El artículo 90 de la Carta, atendiendo las (sic) construcciones jurisprudenciales, le dio un nuevo enfoque normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado desplazando su fundamento desde la falla del servicio hasta el daño antijurídico. Ello implica la ampliación del espacio en el que puede declararse la responsabilidad patrimonial del Estado pues el punto de partida para la determinación de esa responsabilidad ya no está determinado por la irregular actuación estatal – bien sea por la no prestación del servicio, por la prestación irregular o por la prestación tardía- sino por la producción de un daño antijurídico que la víctima no está en el deber de soportar, independientemente de la regularidad o irregularidad de esa actuación”*. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002. Debe advertirse que revisada la doctrina de la responsabilidad civil extracontractual puede encontrarse posturas según las cuales “debe rechazarse que el supuesto de hecho de las normas sobre responsabilidad civil extracontractual requiera un elemento de antijuridicidad (sic)”. PANTALEÓN, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, en AFDUAM. No.4, 2000, p.168.

⁶¹ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-918 de 2002. A lo que se agrega: *“El artículo 90 de la Constitución Política le suministró un nuevo panorama normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado. En primer lugar porque reguló expresamente una temática que entre nosotros por mucho tiempo estuvo supeditada a la labor hermenéutica de los jueces y que sólo tardíamente había sido regulada por la ley. Y en segundo lugar porque, al ligar la responsabilidad estatal a los fundamentos de la organización política por la que optó el constituyente de 1991, amplió expresamente el ámbito de la responsabilidad estatal haciendo que ella desbordara el límite de la falla del servicio y se enmarcara en el más amplio espacio del daño antijurídico”*. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002. Sin embargo, cabe advertir, apoyados en la doctrina iuscivilista que “no puede confundirse la antijuridicidad en materia de daños con lesiones de derechos subjetivos y, menos todavía, una concepción que los constriña, al modo alemán, a los derechos subjetivos absolutos, entendiendo por tales los derechos de la personalidad y la integridad física, el honor, la intimidad y la propia imagen y los derechos sobre las cosas, es decir, propiedad y derechos reales”. DíEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual. 1ª ed. Navarra, Aranzadi, 2011, p.297.

⁶² **Artículo 56. Tasa Especial por los servicios aduaneros.** Créase una tasa especial como contraprestación por el costo de los servicios aduaneros prestados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales a los usuarios, que será equivalente al uno punto dos por ciento (1.2%) del valor FOB de los bienes objeto de importación.

Esta tasa no será aplicable para las importaciones de bienes provenientes directamente de países con los que se tenga acuerdo de libre comercio, siempre y cuando dichos países ofrezcan una reciprocidad equivalente, ni a los usuarios del Plan Vallejo, ni a las importaciones de bienes y servicios para la defensa y seguridad nacional que realice la Fuerza Pública.

per se, no genera de manera automática la obligación de reparación por parte del Estado.

Por lo tanto, para que en el caso en comento la acción de reparación directa pudiera prosperar como consecuencia de la declaratoria de inexequibilidad de los artículos 56 y 57 de la mencionada Ley, se requería que la providencia de constitucionalidad señalara expresamente que esta tenía efectos retroactivos. Al no ocurrir de esta manera, los pagos realizados en vigencia de la norma son hechos consolidados, amparados por el principio de legalidad y garantía constitucional.

Para sustentar esta posición, es dable traer a colación lo que la propia Corte Constitucional ha sostenido respecto de los efectos de sus providencias de constitucionalidad:

“(...) 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 a 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 (...) Lo anterior no quiere decir que la modulación de los efectos temporales de las decisiones de inexequibilidad tenga como propósito la reparación de los daños antijurídicos causados por las leyes inconstitucionales, pues como antes se dijo esta labor no es propia del juez constitucional, sino que excepcionalmente, bajo ciertas circunstancias, la expedición de fallos con efectos retroactivos puede tener entre sus efectos el resarcimiento de algunos de los perjuicios causados por las leyes contrarias a la Constitución (...)”⁶³.

La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales mediante Resolución fijará los mecanismos de control para garantizar el pago de dicha tasa, así como la forma y los plazos para su cancelación.

Parágrafo. En ningún caso el valor previsto en el inciso primero de este artículo podrá ser inferior al consignado en las declaraciones de importación.

Artículo 57. Administración y control. Para el control de la tasa especial por los servicios aduaneros, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales contará con las facultades de investigación, determinación, discusión, y cobro previsto en las normas aduaneras vigentes, en el Estatuto Tributario, y sus reglamentos.

Teniendo en cuenta que esta tasa es un ingreso corriente sujeto a lo previsto por el inciso 2 del parágrafo del artículo 357 de la Constitución Política, y que no constituye en ningún caso un impuesto, créase el Fondo de Servicios Aduaneros, el cual se financiará con los recursos que recaude la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales por concepto de la misma. Los recursos de dicho Fondo se destinarán a recuperar los costos incurridos por la Nación en la facilitación y modernización de las operaciones de comercio exterior, mediante el uso de su infraestructura física y administrativa y para la financiación de los costos laborales y de capacitación de la DIAN.

El Fondo de Servicios Aduaneros será administrado por la Dirección General del Presupuesto Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

⁶³ Sentencia de la Corte Constitucional C- 038 de 2006. Por ejemplo en el caso de la sentencia C- 149 de 1993 se declaró la inconstitucionalidad de los artículos 16, 17 y 18 de la Ley 6ª 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 esta oportunidad la Corte Constitucional encontró que al momento de proferir el fallo la mayor parte del tributo declarado inconstitucional había sido recaudada, por lo tanto la única manera de realizar la “justicia querida por el Constituyente” era mediante la devolución de las sumas ilegítimamente percibidas por el Fisco.

Por todo lo anterior, se reitera que el pago efectuado por la parte demandante al Estado de conformidad con lo establecido en los artículos consagrados en la Ley 633 de 2000, y que posteriormente fueron declarados inexecutable, no resultó antijurídico ya que la sentencia de la Corte Constitucional no le dio efectos retroactivos a la declaratoria de inexecutable, por lo tanto, no puede desconocerse por parte de esta jurisdicción los efectos de las sentencias proferidas por el Tribunal constitucional, quien es el único que puede modular los efectos de sus fallos dentro de los unos parámetros que responden a la *“necesidad imperante de garantizar, en determinados casos, el respeto a la supremacía constitucional y la defensa de los derechos fundamentales. Siendo la Constitución la norma jurídica principal y primordial del ordenamiento jurídico”*⁶⁴, o que en palabras de la Corte *“los efectos concretos de la sentencia de inexecutable dependerán entonces de una ponderación, frente al caso concreto, de los principios encontrados: la supremacía de la Constitucional – que aconseja atribuir a la decisión efectos ex tunc (...)– y el respeto a la seguridad jurídica –que, por el contrario, sugiere conferirle efectos ex nunc”*⁶⁵.

Ahora bien, la parte actora discute que el pago realizado se efectuó sin la contraprestación del servicio aduanero que debió reglamentar el ente o autoridad competente para ello. Pese a ello, la recurrente no acreditó la falta de la prestación del servicio, por el contrario, lo que demostró con las declaraciones de importación arrimadas al expediente, es que canceló unos valores por concepto de la tasa especial, por lo que se deduce que el servicio era prestado en atención a lo expuesto en el artículo 56 de la Ley 633 de 2000.

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

Por otra parte, sostuvo la sociedad actora que la sentencia de constitucionalidad sólo declaró la inexecutable de la TESA. La Corte no podía pronunciarse sobre la responsabilidad patrimonial que debía asumir el Estado por los daños antijurídicos causados con ocasión de ese tributo, por lo tanto, la decisión no era imprescindible para la cuestión que se debate.

⁶⁴ QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. Derecho constitucional colombiano: de la Carta de 1991 y sus reformas. Bogotá, Ibáñez, 2008, página 84.

⁶⁵ Sentencia Corte Constitucional C- 055 de 1996.

Sobre este aspecto, es indispensable reiterar lo que la propia Corte Constitucional ha sostenido respecto de este punto en cuanto a que:

“(...) 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 a 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 (...) Lo anterior no quiere decir que la modulación de los efectos temporales de las decisiones de inexecuibilidad tenga como propósito la reparación de los daños antijurídicos causados por las leyes inconstitucionales, pues como antes se dijo esta labor no es propia del juez constitucional, sino que excepcionalmente, bajo ciertas circunstancias, la expedición de fallos con efectos retroactivos puede tener entre sus efectos el resarcimiento de algunos de los perjuicios causados por las leyes contrarias a la Constitución (...)”⁶⁶.

En el caso *sub examine*, y bajo la claridad que los efectos de la sentencia de constitucionalidad C- 992 de 2001 no fueron retroactivos, es dable concluir que los hechos acaecidos en vigencia de los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000 cumplieron lo establecido por el ordenamiento jurídico, es decir, se encontraban amparados en la presunción de legalidad.

Ahora bien, es del caso recordar que los congresistas gozan en el ejercicio de sus funciones de inviolabilidad parlamentaria en cuanto a sus votos y opiniones y por lo tanto, éstos no podrán ser usados en su contra por ninguna autoridad para investigarlos, juzgarlos y condenarlos.

De otra parte, en el *sub lite* tampoco se observa una falla del servicio o rompimiento de las cargas públicas, por cuanto se insiste, los hechos acaecidos en vigencia de las normas que fueron declaradas inexecuibles, se encuentran amparados por la presunción de legalidad⁶⁷ y seguridad jurídica, principios sobre los cuales recaen todas

⁶⁶ Sentencia de la Corte Constitucional C- 038 de 2006. Por ejemplo en el caso de la sentencia C- 149 de 1993 se declaró la inconstitucionalidad de los artículos 16, 17 y 18 de la Ley 6ª 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 esta oportunidad la Corte Constitucional encontró que al momento de proferir el fallo la mayor parte del tributo declarado inconstitucional había sido recaudada, por lo tanto la única manera de realizar la “justicia querida por el Constituyente” era mediante la devolución de las sumas ilegítimamente percibidas por el Fisco.

⁶⁷ La presunción de legalidad, entendida ésta como “(...) el cabal sometimiento de la administración y de sus actos a las normas superiores (...) previamente proferidas como garantía ciudadana y para la estabilidad estatal. Debemos agregar a lo anterior, que la legalidad así entendida no es un simple presupuesto de la actuación administrativa; todo lo contrario (...) la legalidad de los actos se proyecta tanto en su procedimiento formativo como en la vigencia plena de los mismos. Se caracteriza de manera consecuente por su naturaleza previa, concomitante y subsiguiente a la manifestación del órgano administrativo. Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II. Cuarta Edición, 2003. Universidad Externado de Colombia. Página 54.

las actuaciones públicas de las autoridades que en cumplimiento de la ley deban ejercer la actividad encomendada.

Es por esto, que no hay lugar a la declaratoria de responsabilidad estatal, ni el reconocimiento de perjuicio, al no encontrar demostrado el daño antijurídico causado a la Sociedad Jhon Restrepo A. y CIA S.A., en razón a que la presunción de legalidad que amparaba los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000, no se desvirtuó sino hasta cuando fue declarado inexecutable por parte de la Corte Constitucional, quedando en firme todos los eventos acaecidos durante su vigencia, al no establecer la providencia tener efectos retroactivos.

Por lo anterior, esta Subsección confirmará la sentencia de primera instancia pero bajo las consideraciones expuestas en esta providencia.

7. Costas

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente, y como en este caso ninguna de aquellas actuó de esa forma, no se impondrán.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFÍRMESE la sentencia proferida en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B del 10 de noviembre de 2004 por las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: Devuélvase el expediente al Tribunal de origen una vez ejecutoriada la presente sentencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Presidente de Sala

Aclaración de voto

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

Magistrado

Aclaración de voto