

**ACCION DE REPARACION DIRECTA - Por hecho del legislador por derogar norma / DEROGATORIA DE NORMA - Ley 223 de 1995 derogó certificado de desarrollo turístico impidiendo acceder a beneficio fiscal creado por Ley 60 de 1968 / DAÑO ANTIJURIDICO - Por derogar el Congreso de la República Ley 60 de 1968 y Decretos 2272 de 1974 y 1361 de 1976 que confirió beneficio tributario expidiendo Ley 223 de 1995**

En tanto la Ley 223 de 1995 derogó el certificado de desarrollo turístico y la Ley 383 de 1997 no previó el estado de su inversión, de manera que el Hotel no fue incluido en el régimen de transición que en todo caso reconoció el beneficio fiscal.

**FUENTE FORMAL:** DECRETO LEY 223 DE 1995 / LEY 60 DE 1968 / DECRETO 2272 DE 1974 / DECRETO 1361 DE 1976 / LEY 383 DE 1997

**RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR HECHO DEL LEGISLADOR - Evolución histórica / RESPONSABILIDAD DEL LEGISLADOR POR EXPEDICION DE LEY - Reconocida por Consejo de Estado Francés como daño especial / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR - Por imponer cargas anormales que causan daño y soportado por personas**

En 1938 el Consejo de Estado Francés reconoció la responsabilidad del legislador por la expedición de la ley, con fundamento en el daño especial, en el conocido caso de la Sociedad Anónima de Productos Lácteos La Florecilla, obligada a cerrar la fábrica y cesar la distribución de uno de sus productos, dada la prohibición dispuesta en el artículo 1º de la Ley de 29 de junio de 1934. Resuelto este caso, la jurisprudencia ha reconocido la responsabilidad del Estado legislador cuando la ley impone cargas anormales, siempre que se cause un daño significativo y soportado por un número limitado de personas. Estos criterios los extendió la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés a la responsabilidad por la expedición de actos administrativos o reglamentos. Y, asimismo, con fundamento en la ruptura del equilibrio de las cargas públicas, ha declarado la responsabilidad del Estado por la aprobación de tratados internacionales.

**FUENTE FORMAL:** LEY 29 DE 1934 - ARTICULO 1

**ACCION DE REPARACION DIRECTA - Procedencia por daño antijurídico causado por falla en la función legislativa. Reiteración jurisprudencial**

La Sección Tercera concluyó sobre la procedencia de la acción de reparación directa por el daño antijurídico ocasionado por la falla en la función legislativa consistente en la expedición de una ley. **NOTA DE RELATORIA:** Referente a la procedencia de la acción de reparación directa por falla de la función del legislador, consultar auto de 15 de mayo de 2003, Exp. 23245, MP. Alíer Eduardo Hernández Enríquez.

**OBLIGACIONES DEL LEGISLADOR - Proteger intereses que resulten afectados con nuevas medidas, corrigiendo desequilibrios de todos los sectores y actores económicos y reciban trato igual / CLAUSULA GENERAL DE RESPONSABILIDAD - Obliga a todas las ramas del poder público, corregir el desequilibrio ante las cargas públicas producto de facultad normativa**

Para la Sala resulta claro que la responsabilidad del Estado comprende el daño causado por el resultado negativo de su intervención en las actividades de que se trata, cuando habiendo debido preverlo no se lo consideró; sin perjuicio de los

riesgos propios que el operador económico está obligado a asumir, de la misma forma que son suyos los beneficios. Resulta necesario entonces que el legislador, al tiempo que resuelve modificar su política, diseñe y regule regímenes de transición normativa, en orden a proteger los intereses que pueden resultar afectados con las nuevas medidas, corrigiendo así los desequilibrios de manera que todos los sectores y actores económicos reciban un trato equitativo. De no ser ello así, es decir si lo previsible no se consideró y el perjuicio se causó, no queda sino, en aplicación de la cláusula general de responsabilidad que, como quedó explicado, obliga a todas las ramas y órganos del poder, corregir el desequilibrio ante las cargas públicas producto de la facultad normativa, sin perjuicio de una eventual inconstitucionalidad, aspecto este que no siempre impone la obligación de reparar y que tampoco la impide, dada la independencia de la responsabilidad en cuanto medida de aplicación concreta, respecto de decisiones judiciales o administrativas de carácter general.

**RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL CONGRESO DE LA REPUBLICA EN LA EXPEDICION DE NORMAS - Debe reparar daños por acto de legislador y por defraudación de la confianza legítima / DAÑO ESPECIAL - Da lugar a la imputación de la responsabilidad al Estado para imponerle obligación de repararlo / DAÑO ESPECIAL Y CONFIANZA LEGITIMA - No admiten unificación en un solo título de imputación**

De conformidad con las disposiciones del artículo 90 constitucional, el Estado es responsable y debe reparar los daños antijurídicos, causados por acción u omisión de las autoridades públicas, para el efecto el Congreso de la República, en ejercicio de sus facultades normativas. Ha sostenido reiteradamente esta Corporación que el daño especial da lugar a la imputación de la responsabilidad al Estado para imponerle la obligación de repararlo, pues el afectado no tiene que soportar la ruptura de la igualdad ante las cargas públicas; asimismo, se ha expuesto en los párrafos precedentes, que tampoco tendría que afrontar la defraudación de la confianza legítima. Llegados a este punto, se plantea en el *sub lite* la cuestión de si el daño ocasionado por la vulneración de la confianza legítima puede tildarse de especial o si tiene una entidad propia, de forma que, para resolver el asunto de que se trata, la Sala deba ocuparse del estudio de estas dos figuras, con similitudes y diferencias, para así concluir que no admite unificación en un solo título de imputación.

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 90

**DAÑO ESPECIAL Y CONFIANZA LEGITIMA - Semejanzas**

Conforme con los criterios destacados en la jurisprudencia reseñada, la igualdad ante las cargas públicas y la confianza legítima se asemejan i) en cuanto principios de rango constitucional, protegidos conforme con las disposiciones de los artículos 13, 83, 95 y 363 superiores, a los que está sujeta la función legislativa; ii) el juicio de responsabilidad por el daño antijurídico ocasionado por la expedición de la ley que afecta la igualdad ante las cargas públicas y la confianza legítima no se subordina a una declaración previa de inconstitucionalidad, de donde deviene que en ambos casos procede la responsabilidad sin falla legislativa y iii), en términos generales, la protección de la confianza legítima, al igual que el daño especial, apunta a no imponer cargas más allá de las que debe tolerar la generalidad de los asociados, en igualdad en condiciones.

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 13 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 83 / CONSTITUCION POLITICA -

**CONFIANZA LEGITIMA Y DAÑO ESPECIAL - Diferencias / CONFIANZA LEGITIMA - Característica amplitud de protección de derechos / DAÑO ESPECIAL - Afecta situaciones consolidadas y derechos adquiridos**

El daño especial y la confianza legítima se distinguen en lo que toca con el interés que en cada caso se propende defender. Primeramente, hay que destacar la amplitud de protección de la confianza legítima al punto que bien puede comprender privilegios al margen de la igualdad, -v.gr. los subsidios a la oferta o al consumo de determinados bienes o servicios, beneficios tributarios a un determinado sector económico y otro tipo de ayudas de fomento- los que, como lo ha señalado la Corte Constitucional, en algunos casos podrían resultar contrarios a la Carta. Y en segundo lugar, en el daño especial se afecta principalmente situaciones consolidadas y derechos adquiridos o en vía de serlo, como ocurrió por ejemplo, en los casos -atrás citados- de la Florecilla, sociedad francesa establecida que desarrollaba una actividad lícita y que no pudo continuar explotando las actividades, en tanto la confianza protegió expectativas, aunque no consolidadas pero sí razonables. Razonabilidad que tiene que ver con actuaciones acordes con un mensaje institucional capaz de infundir la creencia en el destinatario de que lo que se pregona será cumplido. O, como sucedió con la trabajadora de la Embajada de Corea, quien ad portas de adquirir el estatus de pensionada fue despedida, al punto que el Ministerio de Relaciones Exteriores debió repararle el daño causado, en cuanto, en razón de la Convención de Viena, la legación diplomática no compareció al juicio entablado primeramente ante la Corte Suprema de Justicia. De donde resulta que, tratándose de la responsabilidad patrimonial del Estado, el principio de la confianza legítima complementa la protección de los intereses jurídicos, si se considera que con su aplicación, al margen de la falla, el daño ya no solamente podrá provenir de la afectación de derechos adquiridos, situaciones jurídicas consolidadas o expectativas legítimas, sino de intereses creados al amparo de la confianza o creencia en las instituciones que no tendría que ser defraudada.

**RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR POR VIOLAR PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGITIMA - Requiere la demostración**

La responsabilidad del Estado legislador por la vulneración del principio constitucional de la confianza requiere, en cada caso concreto, de la demostración de una expectativa razonable, esto es del interés fundado en que el derecho está siendo reconocido o que lo será en la oportunidad prevista. Como se observa, el daño especial y la vulneración de la confianza legítima, aunque ambos fundados en el principio de la igualdad ante las cargas públicas, difieren en cuanto a los intereses protegidos, empero se complementan para impedir que, en nombre del interés general, mientras algunos se benefician otros resultan sacrificados, sin que su situación hubiese sido considerada.

**EXPEDICION DE CERTIFICADO DE DESARROLLO TURISTICO - Lineamiento y condiciones**

De conformidad con las disposiciones de los Decretos 2272 de 1974, 1361 de 1976 y del Acuerdo 017 de 1977 expedido por la Junta Directiva de la Corporación Nacional de Turismo con el fin de adoptar el reglamento para el trámite de las solicitudes, el otorgamiento y la entrega del certificado de desarrollo turístico estaba sujeto a los siguientes lineamientos y condiciones: 1) Se trataba de un beneficio fiscal creado con el fin de estimular las inversiones en la construcción,

ampliación o mejoras sustanciales de establecimientos hoteleros o de hospedaje, con "...señalada importancia para el desarrollo turístico del país" –art. 1º Decreto 1361/76-. 2) El certificado de desarrollo turístico lo entregaba el Gobierno Nacional, por intermedio de la Corporación Nacional de Turismo, a la persona que por su cuenta y riesgo destinaba fondos para la ejecución de las inversiones y adquiría la propiedad o tenencia de las obras realizadas con posterioridad a la Ley 60 de 1968, en cuantía hasta del quince por ciento (15%) del costo de la inversión, por una sola vez, al concluirse las obras correspondientes, previa solicitud y el cumplimiento de todos los requisitos establecidos en el Decreto 2272 de 1974. 3) Para obtener el derecho al otorgamiento del certificado de desarrollo turístico el inversionista debía presentar la solicitud y realizar las siguientes gestiones ante la Corporación Nacional de Turismo -arts. 4º, Decreto 2272/74; 18 y 19, Decreto 1361/76; 8 a 16 del Acuerdo 017 de 1977-.

**FUENTE FORMAL:** DECRETO 2272 DE 1974 - ARTUCULO 4 / DECRETO 1361 DE 1976 - ARTICULO 18 / DECRETO 1361 DE 1976 - ARTICULO 19 / ACUERDO 017 DE 1977 - ARTICULO 16

**CERTIFICADO DE DESARROLLO TURISTICO - Creado por el legislador para incentivar que particulares ejecutaran inversiones de largo plazo en el sector turístico**

Para la Sala resulta claro que la ley creó el certificado de desarrollo turístico como una medida para incentivar que los particulares ejecutaran inversiones de largo plazo en el sector del turismo, declarado fundamental para el crecimiento económico del país, propendiendo por un equilibrio entre los intereses privados y el general, en cuanto ese beneficio fiscal constituía la retribución del Estado a las personas que, por su libre iniciativa y bajo su propio riesgo, contribuían al desarrollo turístico ejecutando y operando proyectos con impactos importantes en la generación de divisas y de empleo, la promoción turística, el incremento de la capacidad hotelera de la región, sus rendimientos y la contribución al desarrollo regional, teniendo en cuenta, además, la ubicación geográfica del proyecto, el origen de los fondos de la inversión y la clase y categoría del establecimiento. (...) para la Sala resulta evidente que, a partir de la normatividad contenida en los Decretos 2274 de 1974 y 1361 de 1976, se crearon unas razones objetivas que permitían fundar la expectativa legítima de que las inversiones en proyectos turísticos con impactos importantes para el desarrollo económico del país, medidos con los criterios establecidos en el ordenamiento, serían retribuidas con el certificado de desarrollo turístico a los inversionistas que decidieran hacer de esa actividad su negocio y cumplieran las condiciones normativas vigentes, si se considera, además, que i) se trataba de inversiones a largo plazo; ii) durante los veinte años de vigencia de las normas efectivamente fueron otorgados los beneficios prometidos y iii) cuantiosas inversiones privadas atrajo la medida al sector turístico, conforme con el fin pretendido por la ley.

**FUENTE FORMAL:** DECRETO 2274 DE 1974 / DECRETO 1361 DE 1976

**DAÑO ESPECIAL - No se acreditó dado que la actora no presentó la solicitud y no obtuvo decisión favorable antes del 22 de diciembre de 1995**

En el caso concreto la vulneración de la expectativa legítima resultaría de establecerse que, cumplidas las condiciones exigidas para el otorgamiento, a la actora se le haya truncado la probabilidad cierta de acceder al beneficio, solo por el hecho de la nueva ley. Y dado que la Ley 223 de 1995 derogó las normas con arreglo a las cuales se consolidaba la situación jurídica, de cara a la protección de

la expectativa legítima no resulta aceptable el entendimiento según el cual como la actora no presentó la solicitud y no obtuvo la decisión favorable antes del 22 de diciembre de 1995 no sufrió un daño antijurídico, pues huelga concluir que, si bien tal afirmación podría resultar válida en el juicio sobre la afectación del derecho o la situación consolidada, esa razón no se acompasa con la protección debida a la expectativa legítima. Es que la sola falta de verificación del cumplimiento de las condiciones y de decisión del otorgamiento, en cuanto a cargo de la administración, no podría resolver un juicio contra ella misma, si se considera que, de acoger este entendimiento, se llegaría a la conclusión inaceptable de sujetar la declaratoria de responsabilidad al arbitrio del deudor. Amén de que solamente serían dignas de protección las situaciones definidas así la actuación de la víctima nada tenga que ver con la consolidación. (...) conforme con los requisitos previstos en el ordenamiento, atrás señalados, correspondía a la actora acreditar i) que inició la ejecución del proyecto con posterioridad a la vigencia del Decreto ley 2272 de 1974 y antes de la derogatoria de la Ley 223 de 1995, con la aprobación previa del proyecto arquitectónico por parte de la Corporación Nacional de Turismo para entonces en ejercicio de las funciones atribuidas por las normas derogadas, ii) el estudio de factibilidad económica del proyecto, iii) que finalizó las obras con sujeción a los planos aprobados y puso en operación el establecimiento turístico, con licencia de funcionamiento, debidamente calificado, categorizado y bajo la administración de personal calificado, iv) el monto de la inversión real establecido y verificado con sujeción al Acuerdo 017 de 1977 y v) el porcentaje de la inversión real, en proporción a la importancia para el desarrollo turístico del país, evaluada conforme con los criterios establecidos en el Decreto 1361 de 1976.

**FUENTE FORMAL:** LEY 223 DE 1995 / DECRETO LEY 2272 DE 1974 / DECRETO 1361 DE 1976

**INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD POR DEROGATORIA DE NORMA - AI no acreditar factibilidad financiera del proyecto y por no determinar valor de la inversión / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR HECHO DEL LEGISLADOR - Inexistencia**

De conformidad con las disposiciones del artículo 6º del acuerdo n.º 017 de 1977, los impactos del proyecto y el porcentaje de la inversión determinante del monto del beneficio a otorgar debían evaluarse con sujeción a los criterios señalados en el artículo 18 del citado Decreto 1361. En ese orden, las cifras allegadas al proceso sobre la capacidad del hotel y los puestos de trabajo creados, desprovistas de la evaluación de su impacto en el sector turístico no le permiten a la Sala concluir sobre la importancia del proyecto para el desarrollo del país, si se considera, además, que debían evaluarse en su conjunto todos los criterios señalados en las citadas normas. Siendo así, en tanto no se acreditó i) la factibilidad económica del proyecto; ii) que las obras se ejecutaron con sujeción a los planos aprobados por la Corporación Nacional de Turismo; iii) el valor real de las inversiones con sujeción al ordenamiento; iv) que el proyecto tenía una señalada una importancia para el desarrollo del sector turístico del país y v) el porcentaje de la inversión sobre el que debía calcularse el certificado de desarrollo turístico en proporción a los impactos del proyecto, no es posible concluir que a la actora le asistía una expectativa legítima a obtener el beneficio y asimismo que haya visto truncado su derecho al otorgamiento.

**FUENTE FORMAL:** DECRETO 1361 DE 1976 - ARTICULO 18

**CONFIANZA LEGITIMA NO SE DEFRAUDO - No era viable obtener el beneficio por no cumplir requisitos / CONFIANZA LEGITIMA - No se vulneró por no realizar los trámites durante la operación del proyecto**

Establecido como está que a la demandante no le asistía la expectativa legítima de obtener el beneficio, si se considera que no se acreditó el cumplimiento de los requisitos, resta por analizar lo que tiene que ver con las razones de la causa petendi conforme con las cuales la recurrente estaría amparada por la confianza legítima, fundada en situaciones que le habrían permitido creer que el solo hecho de iniciar las inversiones con la aprobación del proyecto arquitectónico, la hacía merecedora del certificado de desarrollo turístico, sin más requisitos. (...) Obran en el expediente elementos probatorios que ofrecen certeza a la Sala en cuanto a la ausencia de condiciones que le habrían permitido a la actora albergar la confianza de que sería acreedora al certificado de desarrollo turístico por el solo hecho de haber acometido las inversiones con la aprobación del proyecto arquitectónico, sin el cumplimiento de los demás requisitos. En efecto, establecido está que la Sociedad Protel S.A. actuó a lo largo de la ejecución del proyecto como operador hotelero, pues así se señaló en las actas de los órganos del fideicomiso atrás señaladas y lo afirmó en la demanda y que en tal calidad seleccionó a la actora para encargarle las gestiones relacionadas con el diseño, la promoción, venta de derechos fiduciarios, construcción, dotación del establecimiento y con el trámite de la solicitud del otorgamiento del beneficio. Actividades que de suyo implican un conocimiento especializado de los aspectos técnicos, económicos y jurídicos del negocio. Asimismo, está acreditado que la fideicomitente y la actora actuaron con el pleno conocimiento de que para obtener el certificado de desarrollo turístico, además de la ejecución de las inversiones con la aprobación previa del proyecto arquitectónico por parte de la Corporación Nacional de Turismo, debían realizar otras gestiones ante esa entidad, incluidos los trámites durante la etapa de operación del proyecto. (...) En cuanto el actor no acreditó que con la expedición de la Ley 223 de 1995, derogatoria de las normas rectoras del certificado de desarrollo turístico, se le haya vulnerado la expectativa legítima fundada en el hecho de haber cumplido todos los requisitos exigidos para el otorgamiento o la confianza legítima respaldada en conductas o actuaciones de la autoridad que le permitieran creer en que obtendría el beneficio sin el lleno de las condiciones objetivas, habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia.

**FUENTE FORMAL:** LEY 223 DE 1995

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION TERCERA**

**SUBSECCION B**

**Consejera ponente: STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO**

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil trece (2013)

**Radicación número: 25000-23-26-000-1998-15972-01(27228)**

**Actor: FIDUCIARIA SURAMERICANA Y BIC-SUFIBIC S.A**

**Demandado: CONGRESO DE LA REPUBLICA**

## **Referencia: APELACION SENTENCIA - ACCION DE REPARACION DIRECTA**

Corresponde a la Sala resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, a través de apoderado, contra la sentencia del 18 de febrero de 2004 proferida por la Sección Tercera de la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que negó las pretensiones.

### **I. ANTECEDENTES**

Desde agosto de 1993 la sociedad Protel S.A. promovió la constitución de un fideicomiso a través de la Fiduciaria BIC-SUFIBIC S.A., para construir y poner en servicio un proyecto hotelero que se estructuró financieramente considerando los beneficios fiscales de hasta el 15% del valor de la inversión, que otorgaba el certificado de desarrollo turístico creado por la Ley 60 de 1968, modificada por el Decreto ley 2274 de 1974 y reglamentada por el Decreto 1361 de 1976.

En diciembre de 1995, cuando el hotel estaba a punto iniciar la prestación de los servicios, se expidió la Ley 223 que derogó la normatividad anterior y le imposibilitó a la actora acceder al beneficio esperado, en cuanto no estableció un régimen transición para proteger las inversiones en curso. La demandante pretende que se le repare el daño ocasionado, fundada en que la imposibilidad de acceder al certificado de desarrollo turístico afectó la estructura financiera del proyecto, imponiéndole una carga que excede la igualdad frente a las que debe soportar y defraudándole su confianza legítima.

#### **1. Primera Instancia**

##### **1.1 Lo que se demanda**

###### **1.1.1 Pretensiones**

Mediante demanda presentada el 19 de diciembre de 1997, la Fiduciaria Suramericana y BIC-SUFIBIC S.A., a través de apoderado, en ejercicio de la acción de reparación directa, demandó a la Nación-Congreso de la República, para que esta entidad sea declarada responsable y condenada a pagar los perjuicios sufridos con ocasión del daño especial originado con la expedición de la Ley 223 de 1995 que derogó las normas rectoras de los certificados de desarrollo turístico (CDT hotelero), sin proteger las inversiones en curso –fls. 4 a 10, c. p-.

Pretende la demandante:

*1. Que se declare que la Nación-Congreso de la República es responsable de los perjuicios sufridos por SUFIBIC S.A. en su calidad de titular del patrimonio autónomo "Hotel Belfort Medellín", como consecuencia del daño especial ocasionado por la expedición de la Ley 223 de 1995, al hacer imposible la obtención de los Certificados de Desarrollo Turístico, expresamente derogados por ella.*

*2. Que como consecuencia de la anterior declaración se condene a la Nación-Congreso de la República a indemnizar plenamente a SUFIBIC S.A. los perjuicios sufridos en la suma de \$1.395.337.800 o la que aparezca probada en este proceso, por concepto de daño emergente.*

*3. Que se condene a la Nación-Congreso de la República a pagar los intereses corrientes sobre la suma indicada en la pretensión anterior, desde el 22 de julio de 1996, o desde la fecha en que el juez determine, hasta la fecha en que se produzca la sentencia, por concepto de lucro cesante.*

#### **1.1.2 Fundamentos**

Las demandantes apoyaron sus pretensiones en los artículos 90 de la Constitución Política, 86, 206 y demás normas pertinentes del Código Contencioso Administrativo, esgrimiendo las siguientes razones fácticas:

1.1.2.1 El 15 de abril de 1993, la administración municipal otorgó la licencia n.º 569 de esa fecha, para la construcción del proyecto arquitectónico Hotel Belfort Medellín.

1.1.2.2 El 23 de agosto de 1993, la sociedad Inversiones Protel Limitada

(hoy Protel S.A) contrató una fiducia mercantil con la Fiduciaria BIC S.A. (Sufibic S.A) a la que le transfirió un lote de terreno destinado a la construcción y operación, durante 20 años, del Hotel Belfort Medellín, proyecto estructurado para lograr el punto de equilibrio financiero con la venta de un número determinado de derechos fiduciarios, el desembolso de recursos de financiación y el beneficio del 15% del valor real de la inversión que otorgaba el certificado de desarrollo turístico creado por la Ley 60 de 1968, modificada por el Decreto ley 2272 de 1974 y reglamentado por el Decreto 1361 de 1976.

1.1.2.3 El 19 de agosto de 1994, mediante la resolución n.º 009 de esa fecha, la Corporación Nacional de Turismo aprobó el proyecto arquitectónico del hotel.

1.1.2.4 En la etapa preliminar de promoción y vinculación de inversionistas se adhirieron 355 fideicomitentes con la adquisición de 768 derechos fiduciarios.

1.1.2.5 La construcción se inició en septiembre de 1994; la prestación de los servicios hoteleros comenzó en diciembre de 1995; la dotación se culminó a principios de 1996 y la entrega del hotel a la junta administradora del fideicomiso ocurrió el 3 de mayo de 1996.

1.1.2.6 La inversión total en estudios, terreno, gastos financieros, capital de trabajo, dotación y demás costos y gastos, ascendió a \$9.302.252.000 y se obtuvo de los aportes de los fideicomitentes y de los créditos otorgados por Conavi y Bancoldex.

1.1.2.7 El hotel, con calificación de cinco estrellas, está ubicado en el barrio el Poblado de Medellín, tiene un área construida de 7.000 m<sup>2</sup>, con capacidad de 96 habitaciones distribuidas en 8 pisos, oficinas para 20 personas, salón de conferencias para 50 asistentes y centro de convenciones con 200 cupos. Se trata de una inversión que contribuye a la promoción turística internacional, la generación de divisas y la creación de 77 empleos directos, más los indirectos asociados a la demanda de los servicios de lavandería, alimentos y bebidas, entre otros requeridos para la operación hotelera.

1.1.2.8 El 20 de diciembre de 1995, con la promulgación de la Ley 223 de 1995, se derogaron las disposiciones que regían el certificado de desarrollo

turístico, “sin que se previera un régimen de transición para las inversiones en curso” –fl. 6-.

1.1.2.9 El 28 de junio de 1996, una vez cumplidos los requisitos exigidos por la normatividad vigente al inicio de la construcción del proyecto, la fiduciaria Sufibic S.A., en su calidad de titular del patrimonio autónomo Hotel Belfort Medellín, por intermedio de Protel S.A. solicitó a la Corporación Nacional de Turismo la expedición del certificado de desarrollo turístico, sin éxito, en tanto la entidad se negó, fundada en el concepto emitido por la Sala de Consulta y del Servicio Civil de esta Corporación<sup>1</sup>, conforme con el cual se entiende que solamente pueden acceder a ese beneficio fiscal las personas que el 22 de diciembre de 1995 hubiesen obtenido decisión favorable del Consejo Nacional de Política Económica y Social-CONPES.

1.1.2.10 Aunque el Hotel Belfort Medellín cumplió con los requisitos para obtener el certificado de desarrollo turístico, el acceso a ese derecho se frustró por la entrada en vigencia de la nueva ley que no previó un régimen de transición para mantener en el tiempo los efectos de los hechos constituidos en vigencia de la normatividad anterior, causándole a la actora un daño especial por la ruptura del principio de igualdad frente a las cargas públicas, que no debe soportar.

## **1.2 Intervención pasiva**

La Nación-Congreso de la República, a través de apoderado, se opuso a las pretensiones. Reconoció ser ciertos algunos hechos, negó otros y dijo no constarle los demás.

Propuso las excepciones a) de imposibilidad legal de ejercer la acción de reparación directa para pretender la indemnización del daño ocasionado por el cumplimiento del deber constitucional de hacer las leyes, en cuanto, al tenor de las disposiciones del artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, ese mecanismo judicial está dispuesto exclusivamente para la indemnización del daño causado por el hecho, omisión, operación administrativa u ocupación de inmuebles, todos ellos ajenos a la función del Congreso y b) de inexistencia del

---

<sup>1</sup> Cita el concepto emitido por la Sala de Consulta y del Servicio Civil de esta Corporación, del 16 de diciembre de 1996, ponente César Hoyos Salazar.

derecho de la demandante al incentivo fiscal, fundada en que (i) *“no existe disposición legal sustancial ni tampoco procesal que permita el ejercicio de la acción contenciosa”* para hacer efectiva la responsabilidad, de que trata el artículo 90 de la Constitución Política, por la expedición de la ley por parte del Congreso de la República; (ii) el atributo de soberanía de que goza el legislador lleva aparejada la cláusula general de irresponsabilidad, con arreglo a la cual excepcionalmente resulta posible reclamar al Estado por las consecuencias de la expresión de la voluntad de la Nación, cuando la ley misma consagra la indemnización, como está previsto en los artículos 58 y 336 constitucionales; (iii) de acuerdo con su carácter general la ley no causa daño sino que impone cargas que los ciudadanos deben soportar; (iv) la expresión soberana del legislador *“no permite al juez dirigir la menor crítica contra la ley promulgada”*, pues ella no puede incurrir en falla, de donde resulta que la única responsabilidad derivada de las leyes es aquella aceptada expresamente por el legislador; (v) en cuanto al 22 de diciembre de 1995 la demandante no contaba con concepto favorable del Consejo Nacional de Política Económica y Social-CONPES, aunado a que terminó las inversiones nueve meses después de esa fecha, no adquirió el derecho al reconocimiento del beneficio, conforme con el entendimiento expresado en el concepto del 16 de septiembre de 1996, por la Sala de Consulta y del Servicio Civil de esta Corporación, como a la postre lo decidió el artículo 48 de la Ley 383 de 1997, expedido para regular el tránsito a la nueva legislación que dispuso la derogatoria del certificado de desarrollo turístico y (vi) en tanto ese estímulo tributario constituye una excepción al principio de igualdad ante las cargas públicas, fundada en la facultad dádiosa del legislador, le corresponde a este definir la oportunidad para abolir el beneficio y restablecer la igualdad, sin que ello pueda entenderse como un daño especial –fls. 23 a 36, c. p-.

### **1.3 Alegatos de conclusión**

#### **1.3.1 Demandante**

En esta oportunidad la actora, a través de apoderado, adujo que i) la obtención del certificado de desarrollo turístico es una variable determinante de la decisión de invertir el capital en ese sector de la economía, como quedó plasmado en el contrato de constitución del fideicomiso y, en particular, en la estructuración financiera del proyecto, pues, si bien las etapas previas de promoción y

construcción se adelantaron con la inversión de los recursos de la venta de los derechos fiduciarios y de los desembolsos de las entidades que lo financiaron, el beneficio fiscal era importante para aliviar el flujo de caja durante la operación, pues podía ser utilizado para pagar los impuestos a cargo; ii) conforme con la normatividad vigente, el derecho al beneficio fiscal se obtenía por haber iniciado la construcción del proyecto arquitectónico, con la aprobación de la Corporación Nacional de Turismo, después de la vigencia de Ley 60 de 1968 y cumplida cada una de las etapas de promoción, construcción y operación con los impactos que le correspondía evaluar a esa entidad y al CONPES; iii) la responsabilidad demandada, al tenor del artículo 90 de la Constitución Política, se funda en la existencia de un daño cuya antijuridicidad resulta objetivamente del hecho de *“no tener el deber de soportarlo de acuerdo con la ley”*, como lo precisó la Asamblea Nacional Constituyente en los antecedentes de la Carta Política y lo señaló la Sala Plena de esta Corporación<sup>2</sup> y no subjetivamente *“por el hecho de que la conducta del órgano estatal sea contraria al derecho”*. Siendo así, las pretensiones no se basan en reclamos por la derogatoria de las normas, el desconocimiento de los derechos adquiridos al 22 de diciembre de 1995 o la conducta de los agentes del Estado legítimamente facultados para eliminar el incentivo, sino que procuran que se declare responsable a la entidad demandada *“por hacer imposible la obtención de los Certificados de Desarrollo Turístico”* y, iv) en tanto esto último fue causado por la derogatoria ajustada al ordenamiento, en un proyecto económico incentivado por el Estado directamente con el certificado de desarrollo turístico, cuyo reconocimiento no dependía exclusivamente de la verificación de los requisitos por parte de la Corporación Nacional de Turismo y del CONPES y afecta únicamente a *“quienes tenían un proyecto al borde de terminar cuando se derogó la ley”*, reúne los requisitos del daño especial, cierto, concreto y particular para ser indemnizado, dado que con él se rompió el equilibrio financiero del proyecto y, por tanto, la igualdad frente a las cargas públicas -fls. 179 a 208 c. p-.

### **1.3.2 Demandada**

En esta oportunidad la Nación-Congreso de la República, a través de apoderado, reiteró i) los límites que, a su juicio, impiden que a través de la acción de reparación directa se decida sobre la responsabilidad del Estado en lo que

---

<sup>2</sup> Trae en cita al Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 25 de agosto de 1998, ponente Jesús María Carrillo Ballesteros, expediente IJ-001.

tiene que ver con la expedición de las leyes, en tanto esta función no se comprende en el ámbito del hecho generador del daño a reparar y ii) la inexistencia de perjuicios indemnizables, habida cuenta que el 22 de diciembre de 1995 la demandante no contaba con el reconocimiento del beneficio fiscal, esto es conforme con lo previsto en la normatividad derogada, con el concepto favorable del CONPES para el otorgamiento del beneficio. Tal como lo entendieron esta Corporación, en el citado concepto del 16 septiembre de 1996 y la Corte Constitucional, en la sentencia C-478 de 1998, con la que decidió la exequibilidad del artículo 285 de la Ley 223 de 1995, derogatorio del certificado de desarrollo turístico y se pronunció en el sentido de que el artículo 48 de la Ley 383 de 1997 estableció un régimen de transición más favorable que el contenido en la legislación derogada, en cuanto reconoció el derecho al otorgamiento de ese beneficio fiscal a quienes presentaron la solicitud al CONPES, antes del 22 de diciembre de 1995 –fls. 163 a 178-.

#### **1.4 Sentencia de primera instancia**

La Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Descongestión de Cundinamarca negó las pretensiones. Consideró al respecto que i) en cuanto la actividad desplegada por el legislador constituye un hecho de la administración, los perjuicios que resultan de la expedición de la ley deben ser reclamados a través de la acción de reparación directa; ii) el daño especial invocado por la expedición de la Ley 223 de 1995 legitima al actor para el ejercicio de la acción; iii) el daño antijurídico de que trata el artículo 90 de la Constitución Política, entendido como el detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia causado en la persona, bienes, libertad afectos, creencias, etc., *“suponiendo la destrucción o disminución de ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que goza un individuo, sin que el ordenamiento jurídico le haya impuesto a la víctima el deber de soportarlo”*, no se configura, en cuanto la actora *“jamás constituyó un derecho legalmente adquirido que debiera ser respetado por el órgano legislativo”*. Sostuvo que, por su generalidad y la igualdad de los administrados ante las cargas públicas, le corresponde a la ley definir las reparaciones procedentes ante la violación las garantías constitucionales, para el caso concreto limitadas, por el artículo 48 de la Ley 383 de 1997, a los casos en que el 22 de diciembre de 1995 se hubiera presentado la solicitud de expedición del certificado ante el CONPES y iv) en tanto el daño invocado no es antijurídico la actora está obligada a soportarlo,

de donde resulta que la indemnización en esas condiciones configuraría un enriquecimiento sin causa –fls 221 a 230-.

## **2. Segunda Instancia**

### **2.1 Recurso de apelación**

La actora, a través de apoderado, recurrió en apelación para que se revoque la sentencia y se acceda a las pretensiones. Al efecto señala que la decisión del tribunal *a quo*, i) en cuanto partió del entendimiento equivocado de que las pretensiones se basan en el desconocimiento de un derecho adquirido, sobre el cual expresamente se advirtió *“que no era el fundamento de la demanda”*, porque al no haberse alcanzado a reunir los requisitos antes del 22 de diciembre de 1995 *“no le era posible la obtención, por parte de la Corporación Nacional de Turismo, de los CDT’s”*, dejó de ver que el daño antijurídico, cierto y especial consiste en haberle impuesto la demandada el deber de soportar el desequilibrio financiero del proyecto en ejecución, causado por la eliminación de un beneficio fiscal determinante de la inversión y ii) desconoce que si una ley viola la constitución u omite disponer el régimen de transición o la reparación del daño que pueda ocasionar, lo procedente no tiene que ver con aceptar la reparación dispuesta por el legislador para la violación o con negar la reparación omitida, sino con declarar la inconstitucionalidad y ordenar que se repare el daño antijurídico causado.

En ese orden, señala la recurrente que descartada la responsabilidad del legislador por la vulneración de los derechos adquiridos y por la falla del servicio y *“por tratarse la Ley 223 de 1995 de una norma constitucional”* que derogó los certificados de desarrollo turístico, la indemnización de los perjuicios debe imputársele al ente legislativo, con fundamento en el daño especial y la ruptura de la igualdad frente a las cargas públicas, habida cuenta que *“la administración, en desarrollo de una actividad legítima [afectó sus expectativas] por el rompimiento del principio de igualdad ante las cargas públicas, generando un perjuicio que no debe ser soportado individualmente”* -fls. 250 y 215-, si se considera que cuando la nueva ley entró en vigor *“...las inversiones ya se había realizado y los demás requisitos legales para la obtención de los CDT’s se encontraban en cabeza de la fiduciaria. Pero la anterior legislación no fijaba plazo alguno dentro del cual se debiera contar con la totalidad de los documentos. Este plazo (22/12/95) resultó deducido arbitrariamente, en 1997, por una ley posterior a la derogatoria de las*

*normas que reglaban el CDT Hotelero. Al derogar una norma que establecía un incentivo a los inversionistas de un sector de la economía, sin tener en cuenta que para la obtención del mismo, era imperativo el lleno de unos requisitos que necesariamente debían cumplirse a mediano plazo, como son la estructuración y construcción de un proyecto hotelero, se ocasionó un daño especial. Lo mínimo que debió prever el legislador en este evento, para evitar perjuicios a los inversionistas y al sector, fue la consagración de un régimen de transición, en el cual tuviera en cuenta aquellos que estaban a punto de lograr el pleno de los requisitos, quienes en condiciones normales y de razonabilidad no esperaban, en ese momento la modificación de las condiciones”. De donde resulta que, en virtud de los principios de confianza legítima y de seguridad jurídica, el administrado no tiene por qué soportar los cambios consecutivos y permanentes asociados a la inmadurez del Estado –fls. 239 a 253-.*

## **2.2 Alegatos finales**

### **2.2.1 Demandante**

En esta oportunidad la actora, a través de apoderado, expuso que la responsabilidad demandada en el *sub lite* gravita sobre la determinación de si ella debe soportar los efectos de haber sido privada de un beneficio determinante de la estructuración financiera de un proyecto que se encontraba en ejecución, porque se derogaron las normas que permitían la obtención del certificado o, si por el contrario, deben serle indemnizados por la demandada, como a su juicio corresponde, en cuanto el ejercicio legítimo de la actividad legislativa afectó a un grupo reducido de inversionistas, con proyectos hoteleros fundados en el beneficio tributario, por el solo hecho de que el 22 de diciembre de 1995 no habían obtenido la aprobación del CONPES para solicitarlo. Grupo en el que se encuentra la actora, privada de un reconocimiento económico del orden de 2.434.221.703, en pesos del año 2002; suma que, lejos de constituir una simple molestia, resulta un verdadero daño antijurídico, derivado directamente de la derogatoria del beneficio. Sacrificio que no afectó por igual al resto de la colectividad.

A su juicio, si el otorgamiento del certificado pretendido requería el cumplimiento de unos requisitos que se prolongaban en el tiempo, “...*mal hace el legislador al restringir o eliminar un beneficio, desconociendo que algunos*

*ciudadanos se encuentran en el proceso de reunir unos requisitos para acceder a él, y no establecer, al derogarlo, un régimen de transición. Es evidente que, como en el caso en estudio, se está afectando aquellos que se encuentran ad portas de completar las exigencias y que esperan razonablemente que las condiciones no les sean modificadas a corto plazo”.*

En consecuencia, considera la recurrente que no era potestativo del legislador establecer un régimen de transición para proteger adecuadamente a los inversionistas que al 22 de diciembre de 1995 estaban a punto de cumplir los requisitos para obtener el certificado y dejar de lado a quienes aún no se encontraban cercanos a lograrlo; pues así se lo exigen los principios de confianza legítima y seguridad jurídica, rectores de las relaciones entre el Estado y los particulares –fls. 264 a 279-.

### **2.2.2 Demandada**

El ente legislativo, a través de apoderado, sostuvo que i) en cuanto la obtención del certificado de desarrollo turístico no dependía de un hecho propio del demandante sino del otorgamiento de un beneficio externo, su no reconocimiento no constituye una aminoración patrimonial que pueda tener la entidad de daño; ii) aún bajo el supuesto de que la no expedición del certificado pudiera tenerse como un daño cierto, no resulta antijurídico toda vez que el Estado no tenía el deber de otorgarlo a quienes no reunieron en la oportunidad señalada los requisitos para *“la causación de su derecho”*; iii) en tanto la Corte Constitucional no ha declarado la inexecutable de la Ley 223 de 1995 con efectos retroactivos, ni el legislador ha ordenado la indemnización por los efectos de la aplicación de esa ley, carece de fundamento la responsabilidad pretendida en este proceso y iv) la prevalencia del interés general, a la que sirve el Estado, impide fundar en la confianza legítima y la seguridad jurídica la indemnización pretendida –fls. 258 a 262-.

## **II. CONSIDERACIONES**

### **2.1 Competencia**

Esta Corporación es competente para conocer del presente asunto, en razón

del recurso de apelación interpuesto por la actora, en contra de la sentencia que negó las pretensiones, dado que la cuantía de la demanda alcanza la exigida en vigencia del Decreto 597 de 1988<sup>3</sup>, para que un proceso adelantado en ejercicio de la acción de reparación directa sea conocido en segunda instancia.

## **2.2 Asunto que la Sala debe resolver**

Corresponde a la Sala pronunciarse sobre el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Descongestión de Cundinamarca, el 18 de febrero de 2004, para negar las pretensiones, en tanto la Ley 223 de 1995 derogó el certificado de desarrollo turístico y la Ley 383 de 1997 no previó el estado de su inversión, de manera que el Hotel no fue incluido en el régimen de transición que en todo caso reconoció el beneficio fiscal.

Insiste la actora en que, si bien no tenía un derecho adquirido, la derogatoria de la normatividad que confería el beneficio tributario en cuanto este fue determinante en la inversión, le causó un daño antijurídico, cierto y especial que le debe ser indemnizado, en tanto i) vulneró su confianza en que se le reconocería el beneficio y la seguridad de que así sería y ii) rompió el equilibrio frente a las cargas públicas pues, personas en similares condiciones que el patrimonio autónomo, accedieron al certificado. Por su parte el Congreso de la República se opone a la prosperidad de la alzada apoyado en i) la prevalencia del interés general, ii) el carácter facultativo del otorgamiento del beneficio tributario, iii) la carencia de certeza y antijuridicidad del daño aparejada a la falta de cumplimiento de los requisitos constitutivos del beneficio reclamado y iv) la ausencia de voluntad expresada en ley que así lo ordene.

Se procederá, en consecuencia, al estudio de la responsabilidad de la entidad demandada, con fundamento en el ordenamiento, en particular en las normas constitucionales rectoras de la responsabilidad patrimonial del Estado, el régimen legal del certificado de desarrollo turístico y los elementos probatorios allegados al proceso, consistente en documentos, testimonios y dictamen pericial.

---

<sup>3</sup> El 19 de diciembre de 1997, cuando fue presentada la demanda, la cuantía para que la segunda instancia en un proceso iniciado en ejercicio de la acción de reparación directa sea de competencia de esta Corporación era de \$ 13.460.000 -artículos 129 y 132 del C.C.A. subrogados por el Decreto 597/88- y la mayor de las pretensiones de la demanda fue estimada por los actores en \$1.395.337.800.

## **2.3 La responsabilidad patrimonial del Estado por el daño antijurídico causado por el hecho de la expedición de normas generales, impersonales y abstractas**

### **2.3.1 Evolución y características**

La evolución del concepto de daño y del deber estatal de repararlo está marcada, indudablemente, por las transformaciones en las concepciones del Estado como sujeto –ontológica si se quiere-; de la organización del poder y del individuo como integrante de la comunidad colectiva y asimismo supeditado al interés general y al reconocimiento de su identidad, así como del compromiso institucional para realizarla.

Siendo un hecho cierto la permanente transformación de las formas de expresión y de los criterios de ponderación de cada uno de los elementos de esa tríada, no puede menos que aceptarse que cualquiera sea el ideario al que acuda la ciencia jurídica para estructurar la responsabilidad del Estado, no explica válidamente y con carácter absoluto, en las distintas épocas, sociedades y formas de organización política, el alcance de la protección que la autoridad debe al particular y de la obligación de repararlo, cuando quiera que, aun si trasgredir el límite del ejercicio del poder, afecta, destruye, desconoce, en fin, daña los intereses legítimos de los asociados.

Lejos está la época cuando la autoridad no respondía sino por el delito –penal o civil- definido casuísticamente por la ley y si en esta oportunidad se rememora que en el pasado fue así, es solo para poner de presente lo insoportable y odiosa que resulta la pretensión de asignar con exclusividad a un legislador elitista la definición del daño, como en efecto ocurrió en la expedición de la Ley de las XII Tablas –s. V a. de C.-, complementada por la llamada *Lex Aquilia de damnum iniuria data* –votada por el concilio de la plebe a ruego de su tribuno Aquilio, en el siglo III a. de C-. Dada la insuficiencia de los daños tipificados por la ley de los decenviros patricios, aprobada a instancias del reclamo de los plebeyos, pero sin su participación.

Y resulta sorprendente, al menos, que a partir de la complementación

introducida con el plebiscito propuesto por Aquilio –ley proveniente de la clase discriminada socialmente y no representada en los comicios y el senado de la época-, la ciencia jurídica, *jurisprudencia* como se la llamó inicialmente, inspirada en el iusnaturalismo y posteriormente en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, haya elaborado las bases de la responsabilidad actual y reformulado el concepto de daño, para llevarlo desde la lesión corporal causada en un cuerpo por otro cuerpo –*corpore corpori*-, hasta la afectación de cualquier bien (*bonus*, o cosa que produce bienestar), corporal o incorporeal, patrimonial o extrapatrimonial, con características de derecho subjetivo o de interés jurídicamente protegido. Para el efecto la buena fe que le da a la esperanza el carácter de expectativa y legítima para reclamar el derecho a quien de su parte nada le restaba para acceder a él.

Si se fija la atención en la evolución del concepto daño es fácil advertir que la muerte violenta, el desconocimiento de la libertad, la destrucción o afectación de las cosas apropiadas, el abuso del poder, la defraudación de la confianza, figuran en la historia de la responsabilidad como haberes que dan derecho a la reparación, aunque no con la misma fuerza en todas las épocas y sociedades, dada la influencia de factores éticos, filosóficos, sociales y políticos en la estructuración de los elementos de la responsabilidad; en el marco, en todo caso, de proteger la vida y la libertad.

De ahí que se señale, no sin razón, que la evolución de la responsabilidad, que se materializa en la obligación de reparar el daño, se acompasa con el grado de civilidad y perfección alcanzado por la organización social y política de que se trata y que las razones que determinan si es la víctima o el agresor quien carga con los efectos del daño, están necesariamente influenciadas por la concepción del Estado y la eficacia del reconocimiento ético del individuo.

Desde esta óptica la víctima debió cargar con pérdidas, lesiones o afectaciones consideradas como fatalidad del destino, obra del incontrolable azar, consecuencia del pecado o necesarias para la seguridad del grupo, que hoy se tienen como daños que no deben ser soportados por el ofendido sino cargados al patrimonio del agresor. Y aunque, es de vieja data que la autoridad se someta a límites en lo que toca con el gobierno de los asuntos públicos, respecto de la recta impartición de justicia y el ejercicio de la capacidad normativa o potestad para dictar normas generales, impersonales y abstractas son más recientes las reglas que obligan a los gobernantes a responder en su condición, ya sea directamente o

en razón de la reparación previamente reconocida a la víctima.

Las épocas aciagas en las que el rey o el cónsul romanos –s. VIII a I a.C.- debieron saldar con su vida la defraudación del buen ejercicio del poder conferido por su pueblo, acaecida por la tiranía o el despotismo, permitieron vivenciar la necesidad de imponer límites al ejercicio de la autoridad, inicialmente de carácter temporal –un año para la magistratura-; personal –gobierno colegiado- y funcional –la separación del poder entre el cónsul, el senado, los comicios, los pretores y demás magistrados-.

Asimismo, es del pretor romano la construcción del cuasidelito, conforme con el cual se otorga en favor de la víctima del daño una *actio in bonum et aequum concepta* y se ordena condenar “*en lo que le parezca justo y equitativo*” *si iudex litem suam facerit et cum dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit* -si el juez hace suyo el proceso y dicta sentencia con la intención positiva de causar daño y burlar la ley-. Acción que en la codificación justiniana fue extendida a los casos de negligencia (D. 4,5,8 e Inst. 4,4,3) y que en las legislaciones modernas sirve de base a la responsabilidad del juez.

En el antiguo Derecho romano se encuentra también la responsabilidad por la adopción de reglas generales, imputada a los pretores que cesaban en sus funciones, por la expedición de edictos reprobados por la equidad y que defraudaban la confianza<sup>4</sup>, como sucedió con aquellos que desconocieron abiertamente las costumbres de los antepasados –*mores maiorum*- o la ley aprobada por el *populus romanorum*<sup>5</sup>. Aunque en la romanística se distingue entre

---

<sup>4</sup> Cfr., PETIT Eugene, Derecho Romano, Edit. Porrúa, 1996, pág., 46.

<sup>5</sup> Célebre es el juicio contra el pretor peregrino Cayo Verres, llevado ante el tribunal presidido por el tribuno urbano Manio Acilio Glabrón, siendo agente del ministerio público acusador Marco Tulio Cicerón y defensor Hortensio, por causa de los edictos expedidos por el acusado que ocasionaron la recaudación de impuestos exorbitantes por la producción de trigo y la cancelación injusta de contratos de arrendamiento para la siembra del cereal, entre otros abusos que condujeron a la ruina a la Sociedad Vectigal y los habitantes de Sicilia y que le valieron al tirano la condena en rebeldía y **la obligación de reembolsar 40.000.000 de sestercios a los afectados**, conforme con la sentencia del tribunal, proferida el 14 de agosto del año 70 a. C. Se destaca entre las acusaciones formuladas por Cicerón en el juicio y que valieron la condena en contra del pretor Verres -conocido por haber modificado en Roma los edictos de sus predecesores para quitarle al dueño de una cosa el derecho a recobrarla, para que los tutores y los parientes no estorbaran que sus pupilos se arruinaran, para fijar plazos muy corto para una obra, con el objeto de excluir a otros contratistas, sin obligar a su propio elegido a plazo alguno-, el hecho de haber establecido un edicto para la provincia romana de Sicilia, que obligaba a que “[c]uanto el recaudador hubiere mandado que le entregue el labrador a título de diezmo, otro tanto está obligado á darle el labrador”, dejando con ello sin efecto la decisión del senado romano de mantener vigente en esa provincia la Ley de Hierón, conforme con la cual los sicilianos no serían sometidos al pago de impuestos por la producción del trigo. Cfr., Acusación de Cicerón en el “Proceso a Verres”; traducción de Víctor Fernández Llera, págs. 120 a 132.

el poder legislativo, en cabeza del pueblo (ley es lo que el pueblo, reunido en *comitios*, manda y establece) y el *ius edicendi* de los pretores, lo cierto es que este último confería la capacidad de producir normas de carácter general, impersonal y abstracto, en asuntos relacionados con el otorgamiento de las acciones y los procedimientos que, si bien regían temporalmente durante el periodo anual del magistrado, el nuevo pretor las hacía suyas —*edictum tralaticium*—, con el criterio según el cual debían permanecer en tanto útiles para la generalidad, distinto a las que perdían su vigencia por inicuas, con la consecuente responsabilidad civil. Legado del trabajo normativo del pretor son, entre otras, las múltiples instituciones de derecho procesal acogidas por las legislaciones actuales.

Aunque la responsabilidad del pretor es personal, sin que pueda ser de otra manera por la falta de personificación del Estado en la antigua Roma, la ideología *ius naturalista* desde finales del siglo XVII permite esbozar los primeros intentos por una responsabilidad institucional.

Ahora, los postulados del príncipe protector del pueblo por vocación e ilustración y del origen divino de la autoridad que el imperio romano y el absolutismo del siglo XVIII legitimaron, no resistieron el ideario de las revoluciones que darían paso al Estado Liberal, caracterizado, en lo principal, por el ideal de la soberanía popular, la tridivisión del poder, la ley como expresión soberana y el sometimiento del ejercicio de la autoridad. Presupuesto de que el individuo no sería más expuesto al ejercicio arbitrario del poder.

Este modelo estatal lleva consigo la concepción del Estado en el que a la ley se le asigna función civilizadora, promotora del progreso y fuente principal de la expresión soberana del poder, en la que se agotan los límites de la autoridad, al margen de juicios de responsabilidad, entonces impensables, en contra de la rama intérprete del querer popular y soberana del bien común.

Sumado a lo anterior, la mínima intervención estatal en las actividades sociales y económicas y dado su carácter puramente artesanal, hicieron innecesario desarrollar la disciplina de la responsabilidad, entonces influida más por la expiación del culpable que la indemnidad de la víctima. Culpa difícilmente predicable de la ley, en tanto expresión soberana, infalible, incapaz de dañar y excluida del examen judicial.

Si bien bajo este modelo al ejercicio del poder se le impone límites, de eso no se consigue el establecimiento de la obligación de reparar, aunque sí mudar el absolutismo político por el legal, en todo caso contrapuesto al Estado constitucional<sup>6</sup> actual, en el que se profundiza en la eficacia de la protección de las garantías civiles, principalmente, a través de la responsabilidad patrimonial del Estado.

Igualmente, la profundización en las ideas y las instituciones propias del Estado Benefactor (Welfare State) de origen inglés y del Estado Social (*Sozialstaat*) de concepción alemana, generalizadas en el siglo XX, a partir de las épocas de las entre y pos guerras mundiales, ha influido de manera importante en la evolución de la responsabilidad por los daños causados por la actividad estatal. Se destaca, que i) el primero orientado a la intervención en la economía con el fin de reducir la pobreza, a partir del asistencialismo y el paternalismo y el segundo por la intervención a través de la regulación de las actividades económicas y bajo las instituciones propias de una economía social, en contraposición al libre mercado del Estado Liberal, llevó al notable incremento de la intervención estatal en la economía, principalmente mediante la construcción de obras de infraestructura; el monopolio de la industria, la producción, distribución y suministro de bienes y servicios antes confiados a los particulares, con el fin de organizarlos técnicamente y garantizar su continuidad y confiabilidad; la regulación de las actividades económicas con el establecimiento de límites a la libertad; la planeación, la ejecución presupuestal, las actividades de fomento y la inspección, vigilancia y control, que trajo consigo una mayor intensidad de la actuación del Estado, inicialmente en la ejecución de obras, prestación de bienes y servicios, expedición de normas de carácter general, impersonal y abstracto y de actos de contenido particular y concreto, que acrecentaron los conflictos por la afectación de derechos e intereses legítimamente protegidos; ii) al amparo de la protección del interés general y del bien común se desarrolló la teoría del servicio público y con el avance en la eficacia del deber general atribuido a las autoridades de proteger a las personas en sus bienes, derechos y demás interés legítimos, se dio paso a la responsabilidad del Estado por la prestación indebida o defectuosa y iii) con la introducción de los principios de dignidad humana, de solidaridad y equidad, en contraposición al individualismo e igualdad formal del ideario liberal, se admitió

---

<sup>6</sup> Cfr., FERRAJOLI, Luigi; *"Pasado y futuro del Estado de Derecho"*, en *"Neoconstitucionalismo(s)"*, edición de Miguel Carbonell; Edit. Trotta; págs. 13 a 29 y VIGO, Luis Rodolfo; *"Del Estado de derecho legal al Estado de derecho Constitucional"* (2010), en *"Constitucionalización y Judicialización del Derecho"*, Pontificia Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibáñez; págs. 23 a 46.

la responsabilidad del Estado sin falta, con el propósito de restablecer el equilibrio vulnerado, bien por obra de la administración o por la regulación de una determinada actividad económica, mediante la ley.

Así, en 1938 el Consejo de Estado Francés reconoció la responsabilidad del legislador por la expedición de la ley, con fundamento en el daño especial, en el conocido caso de la Sociedad Anónima de Productos Lácteos La Florecilla, obligada a cerrar la fábrica y cesar la distribución de uno de sus productos, dada la prohibición dispuesta en el artículo 1º de la Ley de 29 de junio de 1934.

Resuelto este caso, la jurisprudencia ha reconocido la responsabilidad del Estado legislador cuando la ley impone cargas anormales, siempre que se cause un daño significativo y soportado por un número limitado de personas<sup>7</sup>.

Estos criterios los extendió la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés a la responsabilidad por la expedición de actos administrativos o reglamentos. Y, asimismo, con fundamento en la ruptura del equilibrio de las cargas públicas, ha declarado la responsabilidad del Estado por la aprobación de tratados internacionales<sup>8</sup>.

Ahora bien, con el Estado constitucional se viene profundizando, según la

---

<sup>7</sup> En la sentencia del 22 de 1943, el Consejo de Estado Francés concluyó que si bien la Sociedad de Establecimientos Lacaussade fue afectada por el artículo 41 del Decreto de julio 30 de 1935 que extendió el monopolio del alcohol industrial a casi la totalidad de los alcoholes que se comercializaban libremente, no procedía la condena en cuanto la actividad prohibida no era la principal de la sociedad y la disminución de sus beneficios en esta medida *“era muy poca para darle derecho a la indemnización”*. Asimismo, se ha considerado que la responsabilidad procede si la ley no ha excluido la indemnización, es decir *“nada, ni en el articulado mismo de la ley o en la actas preparatorias de las comisiones redactoras, ni en el conjunto de las circunstancias del caso”* permite pensar que el legislador quiso excluir cualquier tipo de indemnización (Sentencias del 14 de enero de 1938, Ass. Sociedad Anónima de Productos Lácteos “La Fleurette”; y del 22 de noviembre 22 de 1957, Compañía de Navegación Fraissinet, Rec. 635; cfr. “Los Grandes Fallos de la jurisprudencia administrativa francesa”, de Marceaulong; Prosper Weil; Guy Brabant; P. Delvolvé; y B. Genevois; Ed. Librería del Profesional; Primera Edición en Español, 2000; traducción de Leonardo Augusto Torres Calderón y Humberto Mora Osejo. Págs. 217 a 222). También se ha señalado que la indemnización no procede cuando la ley se expidió para prohibir actividades fraudulentas o reprobables, peligrosas o dañinas para la salud pública, o con miras a un interés económico y social de orden general, o para regular el comercio exterior (Sentencias del 14 de 1934, Compañía General de Gran Pesca, por la ley que prohibió las exportaciones fraudulentas de alcohol; del 1 de marzo 1940, Sociedad Chardon y Cía, por la ley de represión de fraudes alimenticios; del 6 de enero 1995, Manufactura Francesa de Armas y Ciclas, por la ley de control de fabricación de armas de fuego defectuosas; del 15 de Julio de 1949; Ciudad d’Elbeuf, por la ley de congelación de precios o para regularizar un mercado u organizar una producción y sentencia del 7 de junio 1940, Asociación de Comerciantes de Trigo, Centeno, Avena y Cebada, por la ley que prohibió cotizar determinados tipos de trigo en las bolsas de comercio, destinada a *“evitar que el trigo se someta a los caprichos de las cotizaciones especulativas”*, Cfr., Ob. Cit.). Igualmente, ha dicho la jurisprudencia francesa que cuando el legislador ha establecido un sistema de compensación de los efectos dañinos de la ley, el juez debe estarse a ella.

<sup>8</sup> Sentencias del 30 de marzo de 1966, Compañía General de Energía Radioeléctrica y del 29 de octubre de 1976, Ministro de Asuntos Exteriores/matrimonio Bургat.

doctrina, en i) una constitución rígida, esto es escrita, protegida contra la legislación ordinaria y cuyas normas solamente pueden ser modificadas o derogadas mediante procedimientos especiales de revisión constitucional; ii) la supremacía de la Constitución garantizada jurisdiccionalmente; iii) el carácter vinculante y de aplicación directa de las normas constitucionales; iv) la interpretación extensiva o “*sobreinterpretación*” de las normas y conforme, en cuanto de una parte, de la Constitución deben extraerse “*innumerables normas implícitas, no expresas, idóneas para regular cualquier aspecto de la vida social y política*” y de otra, ninguna ley puede escapar al control del juez constitucional, con facultades para desentrañar las distintas interpretaciones posibles y declarar cuál es la preferible, en cuanto se adecúa o armoniza con la Carta y v) la posibilidad de que el juez controle la discrecionalidad política a partir del principio de razonabilidad y de la ponderación de los principios constitucionales<sup>9</sup>. Se comprende, entonces, por qué se ha arribado a la responsabilidad del Estado por la expedición de las leyes violatorias de los derechos y las normas constitucionales.

Cabe destacar, por ejemplo, que el Consejo Constitucional Francés, en ejercicio del control de constitucional previo, ha declarado la no conformidad de normas con la Constitución en tanto omiten incluir la reparación de los afectados y rompen, por esta razón, el equilibrio de las cargas públicas<sup>10</sup>. Rechazando así la ideología de épocas anteriores, conforme con la cual correspondía al legislador definir la procedencia de la reparación.

Por su parte, el Tribunal Supremo Español ha venido consolidando una línea jurisprudencial en materia de responsabilidad del Estado por la actividad del legislador, fundada en la violación del principio de la confianza legítima y en la expedición de leyes inconstitucionales. Conforme con el primero de estos criterios, se indemnizan los perjuicios ocasionados por la expedición de leyes constitucionales que suprimen estímulos a las inversiones privadas, establecen plazos apremiantes para la transición, imposibles de resistir e imponen un sacrificio patrimonial individual de derechos o intereses económicos legítimos<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> Cfr., Riccardo Guastini, «La “Constitucionalización” del ordenamiento jurídico: El caso Italiano», en “Neoconstitucionalismo(s)”, Ob. cit., págs. 49 a 73; y VIGO, Luis Rodolfo; “Del Estado de derecho legal al Estado de derecho Constitucional” (2010), ob. cit, pags. 23 a 46.

<sup>10</sup> Sentencia n.º 85-198 DC, del 13 de diciembre de 1985.

<sup>11</sup> Con las Sentencias del 5 de marzo de 1993, 24 de junio de 1994 y 16 de septiembre de 1997 el Tribunal Supremo Español ordenó la indemnización a las Empresas Pescanova, Pebsa y Alvamar, afectadas por la eliminación de los beneficios –cupos- establecidos por el Real Decreto 830 de 1985 dispuesta, para ser llevada a cabo en un periodo de 7 años, con el Tratado de Adhesión a la

Mientras que la responsabilidad del Estado legislador por la ley declarada inconstitucional se funda en el desconocimiento del deber de sometimiento al imperio de la Constitución y del mandato de la misma de reparar la lesión a bienes, derechos o intereses jurídicos protegidos<sup>12</sup>.

También, la integración económica y regional ha llevado a que los tribunales supranacionales, invocando los principios de aplicación inmediata, de primacía<sup>13</sup> y como un mecanismo necesario para garantizar la plena eficacia de las normas comunitarias y los derechos que ellas reconocen, declaren directamente a favor de los particulares la responsabilidad de los Estados Miembros por falta del legislador, consistente en incumplir las obligaciones relacionadas con la adopción de las Directivas, aún en los casos en que el juez nacional ha desestimado la ruptura del equilibrio de las cargas públicas por la no “transposición” en el ordenamiento interno de la normatividad comunitaria<sup>14</sup>. Esta responsabilidad por el incumplimiento se viene estructurando en los casos en que concurren i) la no adopción o la transposición deficiente al derecho interno de una directiva comunitaria que reconozca el otorgamiento de derechos individuales; ii) la vulneración manifiesta y grave de la facultad de apreciación en el cumplimiento de la Directiva y iii) el nexo de causalidad entre el incumplimiento de la obligación de adoptar internamente la norma comunitaria y el daño sufrido por el reclamante<sup>15</sup>.

### **2.3.2 En el ámbito nacional**

La Constitución de 1886, fundada en la unidad nacional, radicó la soberanía

---

Comunidad Europea, adoptado el 12 de junio de 1985. Asimismo, en la Sentencia del 17 de febrero de 1998 se declaró la responsabilidad del Estado por la Ley del Parlamento Balear que prohibió la construcción en áreas rurales con la finalidad de protegerlas, en las cuales la administración había aprobado a sus propietarios planes de desarrollo urbanístico. Y, con las sentencias del 8 y 9 de octubre de 1998, se ordenó la indemnización a los afectados por una ley del parlamento autonómico que modificó sustancialmente el régimen tributario especial previsto para la industria petrolera.

<sup>12</sup> Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Sexta, Sentencias del 29 de febrero, 13 de junio, 15 de julio y 30 de septiembre de 2000, proferidas para resolver recursos interpuestos contra los acuerdos del Consejo de Ministros que negaron la indemnización por el cobro del gravamen complementario sobre la tasa fiscal del juego, establecido por el artículo 38.2.2 de la Ley 5/1990, declarado inconstitucional y nulo por la Sentencia 173 de 1996 del Tribunal Constitucional.

<sup>13</sup> Conforme con el artículo 25 de la Convención de Viena, el Estado Miembro no puede invocar su propia constitución para incumplir la normatividad comunitaria.

<sup>14</sup> Cfr. Corte Europea de Derechos Humanos, Decisión del 16 de abril de 2002, Jacques Dangeville/Ministro de Presupuesto Francés; n.º 89PA02498 y 141043, por el incumplimiento de la Directiva Sexta de 1977 y Novena de 1978 por parte del Estado Francés.

<sup>15</sup> Tribunal de Justicia Europea, TJCE, Sentencias del 19 de noviembre de 1991, en el caso Francovich y otros vs. la República Italiana, por el incumplimiento de la Directiva 80/987.

en la Nación –art. 2º-; señaló que todos “*los poderes públicos son limitados*” –art. 57-; expresó el deber las autoridades de proteger a las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes y asegurar el respeto recíproco de los derechos naturales –art.19-; enunció los derechos de las personas; protegió los adquiridos con arreglo a la ley civil –art. 31-; estableció el deber de indemnizar, con arreglo a la ley, en los casos de expropiación por motivos de utilidad pública – arts. 31, 32 y 33- y de amnistías e indultos –art. 76- y también confirió a ley las facultades de determinar la responsabilidad de los funcionarios públicos y la forma de hacerla efectiva –arts. 51 y 62, regular “el servicio público”, decretar las obras públicas y fomentar “*las empresas útiles ó benéficas dignas de estímulo y apoyo*” –art. 76-.

Por su parte, la Ley 57 de 1887, al tiempo que define a la ley como una declaración de la voluntad soberana, la sujeta a los límites constitucionales, en tanto exige su manifestación en la forma prevenida en la Constitución –art. 4º-. También, la 153 del mismo año dispuso que la ley que modifique las condiciones para el ejercicio de una industria debería definir el término para que los destinatarios se adapten a la nueva normatividad, que a falta de otro será de seis meses –art. 18-.

La reforma constitucional de 1936 le atribuyó al Estado las funciones de asistencia pública<sup>16</sup>, intervención en la dirección y racionalización de la economía<sup>17</sup> y función social a la propiedad<sup>18</sup>. Bajo el ideario de este modelo estatal se profundizó en el asistencialismo social y el paternalismo en el suministro de bienes y servicios, monopolizó y reservó al Estado múltiples actividades económicas que se organizaron bajo el concepto de servicio público y se sentaron

---

<sup>16</sup> Dispuso el Acto Legislativo n.º 1 de 1936: “[l]a asistencia pública es función del Estado. Se deberá prestar a quienes careciendo de medios de subsistencia y de derecho para exigirla de otras personas, estén físicamente incapacitados para trabajar. La ley determinará la forma como se preste la asistencia y los casos en que deba darla directamente el Estado”.

<sup>17</sup> “El Estado puede, intervenir por medio de leyes en la explotación de industrias o empresas públicas y privadas, con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas, o de dar al trabajador, la justa protección a que tiene derecho. // PARÁGRAFO. Las leyes que se dicten en ejercicio de la facultad que otorga este artículo, requieren para su aprobación el voto, favorable, de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara” -art. 16, *ibídem*-. Asimismo, “[l]as autoridades inspeccionarán las profesiones y oficios en lo relativo a la moralidad, seguridad y salubridad públicas. // La ley podrá restringir la producción y el consumo de los licores y de las bebidas fermentadas. //También podrá la ley ordenar la revisión y la fiscalización de las tarifas y reglamentos de las empresas de transportes o conducciones y demás servicios públicos” – art. 15-.

Con la reforma constitucional de 1945, se dispuso que “[e]l Estado puede intervenir por mandato de la ley en la explotación de industrias o empresas públicas y privadas, con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas, o de dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho” –art. 4º-.

<sup>18</sup> “...La propiedad es una función social que implica obligaciones” -art. 10, *ibídem*-.

las bases del Estado social.

Asimismo, con la reforma de 1945, se constitucionalizó el proceso de formación del presupuesto nacional, el principio de planeación estatal de la economía nacional y de las obras públicas y se atribuyó facultades al legislador en la materia, profundizando la intervención del Estado en la economía<sup>19</sup>; en tanto que con el Acto legislativo n.º 1 de 1968 se ahondó en la descentralización y autonomía administrativas, así como en la planeación económica centralizada del Estado.

Coetáneamente, la responsabilidad del Estado, fundada por la jurisprudencia inicialmente en las disposiciones del Código Civil, se desarrolló al amparo de las normas constitucionales, de las corrientes de pensamiento que inspiraron el derecho administrativo, en especial, por la necesidad de dotar de eficacia los derechos civiles de rango constitucional y los deberes de cumplir los fines sociales del Estado, proteger a las personas en su vida, honra y bienes<sup>20</sup> y el derecho universal a la igualdad frente a las cargas públicas, a través de la aplicación de las teorías de la falla del servicio, del daño especial y del riesgo excepcional, cuya génesis se le atribuye comúnmente al derecho Francés.

Mientras la proliferación y la intensidad en los conflictos, generados por la afectación de intereses particulares con la actividad de la administración pública en los múltiples frentes de la intervención en la vida económica del país, permitió un amplio desarrollo de la responsabilidad de la administración, no sucedió lo mismo con el Estado legislador, si se considera que bajo el modelo benefactor es a través de la administración pública la ejecución de obras, la monopolización de la industria, la producción, distribución de bienes y prestación de servicios públicos, bajo la dirección, reglamentación e inspección, vigilancia y control del gobierno y de la ley los asuntos tributarios, de planeación, presupuestales y de fomento económico. Lo que, aunado a otras razones de orden político y jurídico, explica la escasa actividad del legislador y de la intervención del Estado a través de la regulación económica en las actividades monopolizadas y organizadas bajo

---

<sup>19</sup> Conforme con el Acto legislativo n.º 1 de 1945, por medio de las leyes el Congreso ejercerá las funciones de "...3. Dictar las disposiciones para la formación del Presupuesto Nacional; 4. Fijar los planes y programas a que debe someterse el fomento de la economía nacional, y los planes y programas de todas las obras públicas que hayan de emprenderse o continuarse (...) –art. 7º-

<sup>20</sup> Conforme con el artículo 9º del Acto legislativo n.º 1 de 1936 –se destaca-, “[l]as autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y **para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares**”.

el régimen del servicio público, así como las excepcionales reclamaciones por daños generados en la ley, hasta antes de la expedición de la nueva Carta Política.

La Constitución de 1991 profundizó en el Estado constitucional, lo que de suyo implica la revaluación de la ideología del absolutismo legal del siglo XIX, además de una organización política a partir del Estado social de derecho, democrático, participativo y pluralista, fundado en el respeto de la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad, la prevalencia del interés general, la superioridad de los derechos inalienables y la supremacía de las normas constitucionales. Asimismo, entre otros fines esenciales, se encuentra el deber de las autoridades de garantizar la efectividad de los valores y principios que enmarcan los intereses y derechos de los asociados y el consecuente deber de reparar los daños antijurídicos. Todo ello conforme con los artículos 1º, 2º, 4º, 5º y 90 constitucionales.

En este nuevo orden constitucional, a la actividad legislativa se le atribuyó la naturaleza de función pública –art. 150-, sometida a la supremacía de la Constitución –arts. 4º, 90, 121 y 241-, sin perjuicio de la libertad y discrecionalidad en la configuración de las leyes de que goza el Congreso de la República y sin que por ello pueda asemejarse al ideario de expresión suprema de la soberanía propio del absolutismo legal del Estado Liberal.

Una de la más importante de las justificaciones de la supremacía de la norma constitucional tiene que ver con su origen. La Constitución –como lo señala su Preámbulo–<sup>21</sup>, es el resultado del ejercicio del poder soberano del pueblo, al que reserva con exclusividad la soberanía –art. 3º-. En todo caso, para que los derechos y demás intereses mantengan la eficacia que el mismo pueblo les reconoce, la Constitución los erigió en límites o restricciones al ejercicio del poder y dispuso el principio general de responsabilidad, con arreglo al cual el Estado debe responder patrimonialmente por el daño antijurídico que le sea imputable, por acción u omisión de cualquier autoridad pública, como efectivamente lo es el

---

<sup>21</sup> *“El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente: CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA”.*

Congreso de la República.

Es precisamente bajo estas coordenadas constitucionales que el Estado social de derecho aparece como *“un modelo político organizado en un sistema de efectivas limitaciones al ejercicio del poder, en orden a garantizar la vigencia real y permanente de los derechos así como de los intereses, creencias y libertades de los asociados en todos los espacios y circunstancias, inclusive ante situaciones excepcionales”*<sup>22</sup>. De esta manera, se configura un complejo normativo con la Constitución en la cúspide que incluye –como la ha recordado la doctrina– *“el diseño de mecanismos eficaces de control en todas las instancias, acompañados de medidas de colaboración y responsabilidad institucionales que los aseguren real y efectivamente”*<sup>23</sup>.

El sistema de restricciones al ejercicio del poder, al que se ha hecho mención se sustenta, pues, en el carácter normativo de la Constitución, propio del Estado constitucional –arts. 4º, 6º, 122, 237 y 241 entre otros–, postulado superior del que emanan los principios de i) jerarquía y unidad normativa; ii) legalidad y moralidad a los que están sometidas las autoridades públicas y iii) el control jurisdiccional de la actividad estatal, incluida la legislativa. En otras palabras, el principio de jerarquía normativa tiene que ver con el carácter vinculante, directo y prevalente de la Constitución, orientado a garantizar la unidad y la coherencia del sistema jurídico, como lo ha señalado la Corte Constitucional<sup>24</sup>:

*El ordenamiento jurídico colombiano supone una jerarquía normativa que emana de la propia Constitución. Si bien ella no contiene disposición expresa que determine dicho orden, de su articulado puede deducirse su existencia, así no siempre resulte sencilla esta tarea. En efecto, diversas disposiciones superiores se refieren a la sujeción de cierto rango de normas frente a otras. Así, para empezar el artículo 4º de la Carta a la letra expresa: ‘La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales’. Esta norma se ve reforzada por aquellas otras que establecen otros mecanismos de garantía de la supremacía constitucional, cuales son, principalmente, el artículo 241 superior que confía a la Corte Constitucional la guarda de la integridad y supremacía de la Carta y el numeral 3º del artículo 237, referente a la competencia del Consejo de Estado para conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de*

---

<sup>22</sup> ARAGÓN REYES, Manuel; “Constitución y control del poder”; Universidad Externado de Colombia, 1999, p.36.

<sup>23</sup> *Ibíd.*

<sup>24</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-037 de 2000.

*los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuyo conocimiento no corresponda a la Corte Constitucional. Así las cosas, la supremacía de las normas constitucionales es indiscutible.*

Ahora, siendo la Constitución una carta de derechos fundados en el reconocimiento de la dignidad humana, les corresponde a las distintas autoridades ser garantes de su eficacia, lo cual se predica de la administración, el juez y el legislador, al tenor de las disposiciones del artículo 2º constitucional.

Y a esos mismos fines sirve el principio de responsabilidad patrimonial de que trata el artículo 90 *ibídem*, en cuanto su aplicación exige el restablecimiento de la eficacia del derecho o interés legítimo afectado por el daño antijurídico, a través de las respectivas acciones, para el caso de que se trata la de reparación directa, como lo han señalado esta Corporación y la Corte Constitucional.

En efecto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, a través de la acción de reparación directa, declaró la responsabilidad patrimonial del Estado sin falla -daño especial- y ordenó la indemnización del daño antijurídico en un litigio fundado en las normas sobre inmunidad jurisdiccional del Tratado Internacional o Convención Viena aprobado por Colombia, cuya aplicación en el ámbito interno impidió a los actores demandar la responsabilidad civil contra el agente diplomático causante del accidente de tránsito en que falleció su familiar<sup>25</sup>.

También, esta misma Sala declaró responsable a la Nación-Ministerio de Relaciones Exteriores y la condenó a indemnizar los daños ocasionados a una empleada de la embajada de Corea, en cuanto la inmunidad de que trata la Convención de Viena le imposibilitó el derecho fundamental de acceso a la justicia, para reclamar ante la jurisdicción ordinaria las prestaciones sociales, incluida la pensión en cuyo reconocimiento confiaba y tendría que haber accedido legítimamente, al amparo de las normas colombianas<sup>26</sup>.

Y en auto del 15 de mayo de 2003, la Sección Tercera concluyó sobre la procedencia de la acción de reparación directa por el daño antijurídico ocasionado por la falla en la función legislativa consistente en la expedición de una ley, a la

---

<sup>25</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 25 de agosto de 1998, Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros; expediente IJ-001.

<sup>26</sup> Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 28 de septiembre de 2012, ponente Stella Conto Díaz del Castillo; proceso 250002326000199901795-01 (24630).

postre, declarada inexecutable por la Corte Constitucional<sup>27</sup> -se destaca-:

*La elección de la acción de reparación directa fue adecuada, pues, como se desprende de lo dicho y de acuerdo con la narración de los hechos que motivaron la demanda, una falla en la función legislativa (ordinaria y extraordinaria) generó los perjuicios aducidos por el actor.*

*Los efectos materiales causados por los actos declarados inexecutable por la Corte, podrán ser reparados en caso de que se encuentren acreditados debidamente. Obviamente, tal inexecutable no obliga al reconocimiento de lo pedido por el demandante, pues debe haber claridad, al menos, sobre su ocurrencia y cuantía.*

*En conclusión: la acción de reparación directa es procedente para obtener la indemnización de perjuicios causados por la aplicación de una norma que ha sido declarada inexecutable, pues tal declaración deja a la vista una falla en el ejercicio de la función pública. Por ello, la demanda no podía ser rechazada.*

Igualmente, la Subsección C de esta Sección decidió la acción de reparación directa promovida para obtener la indemnización de perjuicios ocasionados por el artículo 39 de la Ley 443 de 1998, posteriormente declarado inexecutable, en un caso en que el actor aducía que las disposiciones de esa norma lo privaron del ejercicio de su derecho fundamental de acceso a la administración de justicia y de la protección del derecho al trabajo, mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, contra el acto de exclusión del servicio del empleado por supresión del cargo<sup>28</sup>.

Asimismo, la Corte Constitucional encontró ajustado a la Constitución Política el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, por considerar que conforme con sus disposiciones la acción de que se trata procede para demandar la reparación del daño ocasionado por el hecho del legislador.

Así lo señaló la Corte<sup>29</sup> –se destaca-:

*En el caso concreto el actor acusa el inciso primero del artículo 86 del Código Contencioso administrativo porque a su juicio vulnera la Constitución Política al no contemplar dentro de los supuestos de procedencia de la acción de reparación directa los hechos u omisiones imputables al Legislador.*

<sup>27</sup> Sección Tercera, auto del 15 de mayo de 2003, ponente Alier Hernández Enríquez, radicación 76001-23-31-000-2002-1912-01(23245).

<sup>28</sup> Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 14 de abril de 2013, ponente Olga Mérida Valle de De La Hoz, radicación 44001-23-31-000-2002-00457-01 (28221).

<sup>29</sup> Corte Constitucional; sentencia C-038 de 2006, ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

*A juicio del demandante la disposición acusada está incurso en una omisión legislativa relativa, contraria al artículo 90 constitucional porque excluye la reparación de los daños antijurídicos provenientes de una determinada autoridad pública: el poder legislativo.*

*Respecto a la supuesta omisión señalada por el demandante la Corte considera que se deriva de una lectura restrictiva del artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, pues el demandante supone que el término administrativo empleado en el enunciado normativo acusado restringe el alcance de los supuestos de procedencia de la acción de reparación directa a los hechos administrativos, las omisiones administrativas y las operaciones administrativas.*

*Ahora bien, comparte esta Corporación la apreciación señalada por algunos intervinientes que el enunciado normativo demandado es susceptible de dos interpretaciones, la primera de las cuales limita la procedencia de la acción de reparación directa a las conductas atribuibles a autoridades administrativas. Tal interpretación “restrictiva” se basa en dos premisas, a saber: (i) los supuestos enumerados por el precepto atacado corresponden a los que tradicionalmente se denominan fuentes de la responsabilidad extracontractual de la administración, (ii) la disyunción de las expresiones “hecho”, “omisión”, “operación administrativa” y “ocupación temporal o permanente de inmueble” permiten concluir que todos los términos enunciados, al ser elementos coordinados de una oración mediante el uso de conjunciones disyuntivas tienen la misma categoría y por lo tanto al ser imputables las dos últimas exclusivamente de la Administración –las operaciones administrativas y la ocupación temporal de inmuebles-, los dos primeros elementos coordinados –hecho y omisión- también se referirían exclusivamente a aquellos imputables a la Administración.*

*No obstante, como bien señalan algunos intervinientes el precepto demandado es susceptible de una segunda lectura de conformidad con la cual las expresiones “hecho” y “omisión” no se restringen a los imputables a una autoridad administrativa, sino que incluirían la actuación de los órganos del Estado que cumplen funciones legislativas. Esta segunda interpretación resulta conforme a la Constitución, razón por la cual debe ser adoptada, pues permite adaptar el texto legislativo demandado al mandato del artículo 90 constitucional.*

*Entonces, no se configura la supuesta omisión señalada por el actor pues una lectura de conformidad con el artículo 90 constitucional del inciso demandado abarca los supuestos que el demandante extraña en la letra de la ley. Cabría por lo tanto estudiar si hay lugar en este caso a una sentencia interpretativa que retire del ordenamiento aquella norma que resulta contraria al texto constitucional.*

*Sin embargo, tampoco es procedente un pronunciamiento de esta naturaleza*

*pues tal como se expuso ampliamente en el acápite anterior de esta providencia, el órgano encargado de fijar el alcance y contenido del precepto legal demandado ha sostenido de manera reiterada que la acción de reparación directa cabe contra los hechos y omisiones provenientes del poder legislativo. En efecto, la jurisprudencia tanto de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado como de la Sección Tercera ha reiterado que la vía procesal para reclamar los daños antijurídicos provenientes de la actuación u omisión del poder legislativo es la acción de reparación directa, como se sostuvo en la sentencias de 25 de agosto y 8 de septiembre de 1998 de la Sala Plena, y en la sentencias de 26 de septiembre de 2002 y el auto de 15 de mayo de 2003, providencias a las que previamente se hizo referencia.*

*Entonces, la interpretación que ha acogido el Consejo de Estado en su jurisprudencia es una interpretación de conformidad con el texto constitucional, por tal razón no hay lugar a un pronunciamiento de esta Corporación que acoja una interpretación condicionada del precepto jurídico demandado.*

Ahora, es preciso tener en cuenta que en el Estado social de derecho, caracterizado por instituciones propias de una economía social de mercado - propiedad privada, libertad económica, de iniciativa, de empresa, comercial y libre competencia-, sujetas a la intervención estatal, compete a la ley definir, entre otros, aspectos relacionados directamente con los intereses económicos, i) la regulación del control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización –art. 78-; ii) la intervención del Estado en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano; dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos; promover la productividad y la competitividad, desarrollo armónico de las regiones y para impedir que se obstruya o se restrinja la libertad económica, evitar o controlar cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional, precisando, en todo caso, los fines y alcances de la intervención y los límites a la libertad económica –arts. 150.21, 333 y 334; iii) la delimitación del alcance de la libertad económica, cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación –art. 333-; iv) la definición

del régimen jurídico de los servicios públicos que pueden ser prestados por el Estado y los particulares –arts. 150.23, 365 y 367- y vi) la imposición de gravámenes –art. 336-. Funciones que debe cumplir el legislador con sujeción a la Constitución Política y para cuyo ejercicio se le ha confiado un amplio margen de configuración normativa, como lo exige el interés general y el principio democrático.

Y estando la economía de mercado sujeta a una importante dinámica resultante de la integración económica y regional; de los avances en la ciencia, la tecnología, las telecomunicaciones, el transporte y de las nuevas estructuras de los mercados, resulta evidente la necesidad de que la ley se actualice periódicamente conforme lo exijan las nuevas circunstancias generales y el entorno, sin perjuicio de que, como lo prevé la Constitución y lo ha señalado la Corte Constitucional<sup>30</sup>, la intervención económica a través de la regulación, no se agote en la ley, sino que se atribuya capacidad normativa a entidades públicas especializadas para definir principalmente los aspectos técnicos y económicos que, por ser más dinámicos en los mercados, requieren de un mayor seguimiento y control regulatorio, con sujeción a una ley con mayor vocación de permanencia en el tiempo.

En todo caso, esta situación pone de presente el papel crucial de la ley para i) encauzar el interés particular a los fines del interés general; ii) permitir que el dinamismo económico opere con la intensidad que cada sector de la economía requiere y iii) que los cambios en la normatividad no generen mayores riesgos en las actividades económicas, lo que de suyo impone sopesar razonablemente la oportunidad del cambio y la protección de los intereses particulares afectados por la nueva normatividad<sup>31</sup>.

Ahora, para la Sala resulta claro que la responsabilidad del Estado comprende el daño causado por el resultado negativo de su intervención en las actividades de que se trata, cuando habiendo debido preverlo no se lo consideró; sin perjuicio de los riesgos propios que el operador económico está obligado a

---

<sup>30</sup> Cfr., entre otras, la Sentencia C-150 de 2003; ponente Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>31</sup> Así lo ha puesto de presente la doctrina desde el siglo XIX: “[n]o siempre es el contenido de las leyes quien decide de su suerte; las circunstancias generales que acompañan á su nacimiento ejercen también su influencia, porque las leyes nacen bajo estrellas favorables ó adversas, y la misión del legislador no se limita á la elección de las semillas, sino que debe elegir el tiempo á propósito para las sementeras”; Cfr. Rudolf von IHERING (1818-1892); “El espíritu del Derecho romano en las diversas fases de su desarrollo”; Tomo II, pág. 332; edit. Comares S.L, 1998.

asumir, de la misma forma que son suyos los beneficios. Resulta necesario entonces que el legislador, al tiempo que resuelve modificar su política, diseñe y regule regímenes de transición normativa, en orden a proteger los intereses que pueden resultar afectados con las nuevas medidas, corrigiendo así los desequilibrios de manera que todos los sectores y actores económicos reciban un trato equitativo.

De no ser ello así, es decir si lo previsible no se consideró y el perjuicio se causó, no queda sino, en aplicación de la cláusula general de responsabilidad que, como quedó explicado, obliga a todas las ramas y órganos del poder, corregir el desequilibrio ante las cargas públicas producto de la facultad normativa, sin perjuicio de una eventual inconstitucionalidad, aspecto este que no siempre impone la obligación de reparar y que tampoco la impide, dada la independencia de la responsabilidad en cuanto medida de aplicación concreta, respecto de decisiones judiciales o administrativas de carácter general.

Tanto así que en 1993 la Corte Constitucional, al declarar la inconstitucionalidad de los artículos 16, 17 y 18 de la Ley 6ª de 1992, al tiempo que creó los Bonos para el Desarrollo Social y la Seguridad Interna, con carácter de inversión forzosa, fundada en que constituían un impuesto con efectos retroactivos, por considerar que la mayor parte del tributo ya había sido recaudado y que la justicia querida por el constituyente así lo exigía, dispuso la devolución de los recursos fiscales percibidos ilegítimamente, para evitar un enriquecimiento ilícito y la vulneración de la buena fe.

Así lo señaló la Corte<sup>32</sup>:

*Por otra parte, 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*

---

<sup>32</sup> Sentencia C-149 de 1993; ponente José Gregorio Hernández Galindo.

*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 restituido 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.*

No obstante, más adelante la Corte Constitucional señaló que las medidas adoptadas como consecuencia de la modulación de los efectos temporales de sus decisiones, si bien permiten resarcir algunos de los perjuicios ocasionados por las leyes inconstitucionales, no se enmarcan en el propósito de reparar los daños antijurídicos causados por fallas en la actividad legislativa<sup>33</sup>:

*Por otra parte, 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.*

*Sin duda el caso más conocido es el de la sentencia C-149 de 1993, en el cual 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.*

*Lo anterior no quiere decir que la modulación de los efectos temporales de las decisiones de inexecutable 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.*

Por su parte, en 1998 esta Corporación declaró la responsabilidad patrimonial del Estado, pedida por los actores “como consecuencia del acto legislativo consistente en haber expedido, sancionado y promulgado la ley 6ª de 1.972, la cual aprobó la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, ley que estableció la inmunidad de jurisdicción diplomática” por cuya aplicación se les

---

<sup>33</sup> Sentencia C-038 de 2006, citada.

impidió accionar en contra del agente diplomático de los Estados Unidos para obtener la reparación por la muerte de su esposo y padre, fundada en el daño especial, esto es la responsabilidad por i) la ruptura de la igualdad de las cargas públicas, de que tratan los artículos 13, 95 y 363 constitucionales, con una actuación legítima del Estado; ii) que causa un daño cierto, concreto y particular que lesiona un interés protegido y iii) el nexo de causalidad entre la actuación estatal y el daño<sup>34</sup>.

En esa oportunidad consideró la Corporación que en *“la responsabilidad por el acto legislativo”* no es necesaria *“la vulneración de mandatos superiores por cuanto la responsabilidad estatal se deriva independientemente de la licitud o ilicitud de la conducta de la administración, pues la reparación deviene de la antijuridicidad del daño”*. Además de que encontró que, si bien la adopción del tratado internacional involucra la ratificación del Gobierno Nacional, la aprobación por el Congreso de la República y el control jurisdiccional de la Corte Constitucional, la responsabilidad en el caso concreto se originó por la aplicación de las normas generales sobre inmunidad jurisdiccional de que gozan en el país los agentes diplomáticos.

Ahora, en lo que toca con la confianza legítima, la Corte Constitucional ha declarado la constitucionalidad de leyes condicionada a que no se vulnere este principio de que trata el artículo 83 superior, como en el caso del artículo 52 de la Ley 633 de 2001 que derogó el plazo de cinco años establecido para hacer efectivo un beneficio tributario, cuya aplicación fue condicionada por la Corte al respeto del plazo inicialmente previsto para el ejercicio del beneficio<sup>35</sup>.

Se trató, en ese caso, de la posibilidad de descontar del impuesto de renta el valor del IVA pagado en la adquisición de determinados activos fijos que, conforme con la Ley 6ª de 1992, podía hacerse efectiva en el año siguiente a la adquisición o nacionalización; posteriormente la Ley 223 de 1995 dispuso que el descuento podía solicitarse en los años subsiguientes a la adquisición o nacionalización, sin límite de tiempo; luego la Ley 488 de 1998 convirtió el descuento en una deducción que debía hacerse efectiva en la declaración del impuesto de renta y complementarios correspondiente al año en que se hizo la adquisición o nacionalización de los activos fijos y dispuso que los saldos

---

<sup>34</sup> Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 25 de agosto de 1998, citada.

<sup>35</sup> Sentencia C-1215 de 2001, ponente Rodrigo Escobar Gil.

pendientes se podrían descontar en los períodos siguientes hasta agotarlos, sin exceder de cinco períodos gravables y, finalmente, este plazo derogado por la Ley 633 de 2001.

Consideró la Corte Constitucional, en esa oportunidad, que a las personas que no descontaron los saldos en el tiempo restante del periodo de transición de cinco años, si bien no tenían una situación jurídica consolidada, les asistía la expectativa razonable de hacerlo dentro del plazo que, a la postre, derogó la Ley 633 de 2001 y, por tanto, protegida por la confianza legítima.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha caracterizado la protección de la confianza legítima a partir de estos rasgos: i) se trata de una de las manifestaciones de la buena fe, la seguridad jurídica y la equidad protegidas constitucionalmente, ii) atiende al fin de proteger al individuo con un grado de estabilidad y previsibilidad frente a los cambios en el ordenamiento o en las conductas de las autoridades públicas, de manera que no se le impongan sacrificios más allá de los necesarios para la realización de los fines públicos; iii) la protección puede recaer sobre una expectativa legítima que, si bien no alcanza el estatus de derecho adquirido, ha surgido por el comportamiento de un sujeto de derecho inspirado en las razones objetivas aparejadas a los actos de otro, para el caso el legislador o cualquier otra autoridad con capacidad normativa o ante la comunidad jurídica en su conjunto, iv) impone a las autoridades la obligación de no hacer valer contra la confianza legítima un cambio brusco e inesperado en las reglas o conductas que originaban la relación creadora de ese interés legítimo y vi) el daño antijurídico proviene de circunstancias que ameritaban la protección estatal y valorado en cada caso ponderando la situación individual, el interés general y el principio democrático<sup>36</sup>.

Dentro del marco que se ha expuesto, procederá la Sala al análisis del caso que ocupa su atención en esta oportunidad.

## **2.4 El juicio de responsabilidad**

Aduce la recurrente que la derogatoria, dispuesta por el artículo 285 de la Ley 223 de 1995, de la Ley 60 de 1968 y de los Decretos ley 2272 de 1974 y 1361 de

---

<sup>36</sup> Cfr., Sentencias C-478 de 1998, C-131 de 2004 y C-663 de 2007, entre otras.

1976 que regulaban el certificado de desarrollo turístico, le imposibilitó obtener un beneficio tributario por \$2.434.221.703. Suma a la que aspiraba con fundamento en la normatividad vigente, cuando tomó la decisión de realizar la inversión en el proyecto hotelero. A su juicio, la privación de este beneficio rompió el equilibrio de las cargas públicas y vulneró la confianza legítima, dado que no afectó sino a quienes invirtieron y se encontraban en proceso de cumplir con los requisitos requeridos para acceder al otorgamiento, además de que si bien se previó un régimen de transición, este no comprendió a todos los inversionistas que creyeron fundadamente en la retribución ofrecida por el Estado.

En síntesis, tanto la *causa petendi* como el alegato de conclusión en la primera instancia y el recurso de apelación centran el litigio en el daño antijurídico causado por la ruptura de la igualdad ante las cargas públicas por daño especial y defraudación de la confianza legítima.

De conformidad con las disposiciones del artículo 90 constitucional, el Estado es responsable y debe reparar los daños antijurídicos, causados por acción u omisión de las autoridades públicas, para el efecto el Congreso de la República, en ejercicio de sus facultades normativas. Ha sostenido reiteradamente esta Corporación que el daño especial da lugar a la imputación de la responsabilidad al Estado para imponerle la obligación de repararlo, pues el afectado no tiene que soportar la ruptura de la igualdad ante las cargas públicas; asimismo, se ha expuesto en los párrafos precedentes, que tampoco tendría que afrontar la defraudación de la confianza legítima.

Llegados a este punto, se plantea en el *sub lite* la cuestión de si el daño ocasionado por la vulneración de la confianza legítima puede tildarse de especial o si tiene una entidad propia, de forma que, para resolver el asunto de que se trata, la Sala deba ocuparse del estudio de estas dos figuras, con similitudes y diferencias, para así concluir que no admite unificación en un solo título de imputación<sup>37</sup>.

En efecto, conforme con los criterios destacados en la jurisprudencia reseñada, la igualdad ante las cargas públicas y la confianza legítima se asemejan

---

<sup>37</sup> Y como lo señaló la Sección en el precedente jurisprudencial del 19 de abril de 2012, el título de imputación de la responsabilidad al Estado de conformidad con el artículo 90 de la Constitución Política debe estar en consonancia con la realidad probatoria en cada caso concreto. Cfr., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, consejero ponente Hernán Andrade, expediente 21515.

i) en cuanto principios de rango constitucional, protegidos conforme con las disposiciones de los artículos 13, 83, 95 y 363 superiores, a los que está sujeta la función legislativa; ii) el juicio de responsabilidad por el daño antijurídico ocasionado por la expedición de la ley que afecta la igualdad ante las cargas públicas y la confianza legítima no se subordina a una declaración previa de inconstitucionalidad, de donde deviene que en ambos casos procede la responsabilidad sin falla legislativa y iii), en términos generales, la protección de la confianza legítima, al igual que el daño especial, apunta a no imponer cargas más allá de las que debe tolerar la generalidad de los asociados, en igualdad en condiciones.

Empero, lo anterior no es todo. El daño especial y la confianza legítima se distinguen en lo que toca con el interés que en cada caso se propende defender. Primeramente, hay que destacar la amplitud de protección de la confianza legítima al punto que bien puede comprender privilegios al margen de la igualdad, -v.gr. los subsidios a la oferta o al consumo de determinados bienes o servicios, beneficios tributarios a un determinado sector económico y otro tipo de ayudas de fomento- los que, como lo ha señalado la Corte Constitucional, en algunos casos podrían resultar contrarios a la Carta. Y en segundo lugar, en el daño especial se afecta principalmente situaciones consolidadas y derechos adquiridos o en vía de serlo, como ocurrió por ejemplo, en los casos -atrás citados- de la Florecilla, sociedad francesa establecida que desarrollaba una actividad lícita y que no pudo continuar explotando las actividades, en tanto la confianza protegió expectativas, aunque no consolidadas pero sí razonables. Razonabilidad que tiene que ver con actuaciones acordes con un mensaje institucional capaz de infundir la creencia en el destinatario de que lo que se pregona será cumplido. O, como sucedió con la trabajadora de la Embajada de Corea, quien *ad portas* de adquirir el estatus de pensionada fue despedida, al punto que el Ministerio de Relaciones Exteriores debió repararle el daño causado, en cuanto, en razón de la Convención de Viena, la legación diplomática no compareció al juicio entablado primeramente ante la Corte Suprema de Justicia.

De donde resulta que, tratándose de la responsabilidad patrimonial del Estado, el principio de la confianza legítima complementa la protección de los intereses jurídicos, si se considera que con su aplicación, al margen de la falla, el daño ya no solamente podrá provenir de la afectación de derechos adquiridos, situaciones jurídicas consolidadas o expectativas legítimas, sino de intereses

creados al amparo de la confianza o creencia en las instituciones que no tendría que ser defraudada.

Conforme con los criterios jurisprudenciales reseñados, la responsabilidad del Estado legislador por la vulneración del principio constitucional de la confianza requiere, en cada caso concreto, de la demostración de una expectativa razonable, esto es del interés fundado en que el derecho está siendo reconocido o que lo será en la oportunidad prevista. Como se observa, el daño especial y la vulneración de la confianza legítima, aunque ambos fundados en el principio de la igualdad ante las cargas públicas, difieren en cuanto a los intereses protegidos, empero se complementan para impedir que, en nombre del interés general, mientras algunos se benefician otros resultan sacrificados, sin que su situación hubiese sido considerada.

Ahora, es necesario considerar que la constitución del derecho en algunos casos, depende de un hecho simple, susceptible de realizarse en un solo momento, mientras que en el mayor número de ocasiones se subordina a requisitos, gestiones y actuaciones, caso este último en el que su probabilidad de consolidación dependerá del mantenimiento de las condiciones siempre que los requisitos se hubiesen cumplido, atendiendo a las actuaciones desplegadas por el sujeto con sujeción a lo establecido previamente. De donde, para la Sala, aunque resultan equivalentes, la afectación del interés en tratándose de la expectativa legítima no puede valorarse como si se hubiera perdido el derecho, sino como la pérdida de la oportunidad de obtenerlo.

En el caso que ocupa la atención de la Sala, la Ley 60 de 1968, que tuvo por objeto la especial protección del turismo como fuente generadora de divisas y actividad que origina trabajo nacional, fundamental para el desarrollo económico del país, así como el propósito de fomentar la actividad –art. 1º-, creó el certificado de desarrollo turístico, *“en cuantía hasta de quince por ciento (15%) del costo de la nueva inversión, por una sola vez y al concluirse las obras correspondientes”*, que *“emitirá el Gobierno Nacional con el fin de incrementar el turismo”*, servirá *“para pagar, por su valor nominal, toda clase de impuestos nacionales, se emitirá al portador, serán libremente negociables, no devengará intereses ni gozará de exenciones tributarias y constituirá renta gravable para sus beneficiarios directos”* –arts. 5º y 8º-. Asimismo, esta ley definió los requisitos que debían cumplir los interesados para obtener el beneficio –arts. 7º a 14-, que el Decreto ley 2272 de

1974 modificó respecto de los potenciales beneficiarios -inversionistas en establecimientos hoteleros o de hospedaje, cuya construcción se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 60 de 1968-, para exigir la conclusión de las obras, siempre que la actividad contara con licencia previa de la Corporación Nacional de Turismo y limitar el monto máximo del beneficio.

La reforma tributaria aprobada con la Ley 223 de 1995 derogó “los artículos 7o., 8o., 9o., 10, 11, 12, 13 y 14 de la Ley 60 de 1968 y el Decreto 2272 de 1974” –art. 285-, sin establecer un régimen de transición; sin perjuicio de que, posteriormente, i) mediante la Ley 383 de 1997 se consideró la materia en el sentido de disponer que las solicitudes de certificado de desarrollo turístico presentadas antes del 22 de diciembre de 1995 –fecha de promulgación de la Ley 223-, debían ser tramitadas y ii) con la Ley 488 de 1998 se señaló que los inversionistas que presentaron la información antes del 28 de febrero de 1996, con proyectos turísticos operando desde el primer trimestre de 1997, tendrían derecho al 50% del valor del certificado, liquidado sobre el 15% del valor total de la inversión.

Así se dispuso en el artículo 48 de la citada Ley 383:

*Los certificados de desarrollo turístico que se encontraban en trámite para su expedición en los términos del artículo 4o. del Decreto 2272 de 1974 y hubieren recibido aprobación de la Corporación Nacional de Turismo y hubieren sido presentados para su aprobación a consideración del Consejo Nacional de Política Económica y Social, Conpes, antes del 22 de diciembre de 1995, deberán ser otorgados a los inversionistas beneficiarios de los mismos, en los términos que establezca el reglamento.*

Y el artículo 102 de la Ley 488 de 1998 señaló:

*Todos aquellos proyectos turísticos en los cuales la Corporación Nacional de Turismo hubiere expedido resolución aprobatoria de sus planos arquitectónicos y que hayan sus inversionistas anexado la información ante la misma entidad para solicitar los certificados de desarrollo turístico antes del 28 de febrero de 1996, e igualmente estuviere operando el establecimiento de comercio desde el primer trimestre de 1997, tendrán sus inversionistas derecho a los certificados de desarrollo turístico contemplados en el Decreto 2272 de 1974. La Corporación Nacional de Turismo en liquidación o la entidad que haga sus veces, estará obligada a verificar los valores de la inversión presentados para que se proceda a reconocer inmediatamente a los inversionistas que se encuentren en la situación*

*descrita anteriormente, el cincuenta por ciento (50%) del valor de los certificados de desarrollo turístico liquidados sobre el quince por ciento (15%) del valor total de la respectiva inversión.*

La Corte Constitucional se pronunció sobre la inconstitucionalidad del artículo 285 de la Ley 223, que encontró infundada. Sostenía el actor la violación de los artículos 1º, 2º, 58, 83 y 158 de la Carta, fundada en que en cuanto la ley no protegió a los inversionistas que habían obtenido la aprobación de los planos arquitectónicos y empezado las obras cobijadas por el beneficio, como lo exigen la buena fe y la confianza legítima, por cuya virtud no se podía *“suprimir de manera intempestiva y brusca, el beneficio de los certificados de desarrollo turístico, sin precaver los perjuicios que se derivarían para quienes, con fundamento en la confianza legítima de los inversionistas habían iniciado las construcciones hoteleras luego de haber obtenido la aprobación de los planos arquitectónicos por la Corporación Nacional de Turismo”*. No obstante, la Corte consideró, esencialmente, que, tratándose de normas de fomento con efectos fiscales de naturaleza eminentemente modificable, su derogatoria se explica por el interés general comprendido en el incremento en recaudo de tributos. Calificó la Corte, además, de mera expectativa la situación de quienes esperaban obtener el beneficio y vieron frustrado su interés por la derogatoria.

Dijo en su oportunidad el tribunal constitucional<sup>38</sup> -se destaca-:

*Estas disposiciones [art. 4º a 6º del Decreto ley 2272 de 1974] establecen que, como bien lo señalan los intervinientes, eran necesarios varios requisitos para obtener los certificados de desarrollo turístico. Los inversionistas debían (i) obtener la aprobación de la Corporación Nacional de Turismo del proyecto arquitectónico y de su factibilidad económica; además, (ii) este proyecto debía tener, según criterio de la Corporación, “señalada importancia para el desarrollo turístico del país”; luego, correspondía (iii) al CONPES (Consejo Nacional de Política Económica y Social) decidir si otorgaba o no el beneficio; y (iv) si esa decisión del CONPES resultaba favorable, entonces se celebraba el correspondiente contrato entre el gobierno nacional y el beneficiario. Por ende, el paso definitivo para el perfeccionamiento del derecho a gozar del mencionado certificado era la aprobación por parte del CONPES del beneficio, pues el concepto previo y la autorización por parte de la Corporación Nacional de Turismo no obligaban al CONPES, que podía conceder o no el beneficio, en ejercicio de una potestad discrecional, aun cuando no arbitraria. Esto es claro, pues el artículo 5º del*

---

<sup>38</sup> Sentencia C-478 de 1998, ponente Alejandro Martínez Caballero.

decreto derogado confería al CONPES la competencia final para decidir sobre el otorgamiento del beneficio, mientras que el artículo 6º preveía la posibilidad de que ese organismo denegara el certificado, pues ordenaba la realización del contrato únicamente si la decisión del CONPES “fuere favorable”.

Este breve análisis muestra que, contrariamente a lo sostenido por el demandante, la aprobación del proyecto por la Corporación Nacional del Turismo y la iniciación de las obras no eran suficientes para que los inversionistas gozaran de un derecho adquirido a beneficiarse del certificado de desarrollo turístico, ya que, como bien lo señalan varios intervinientes, su situación era una mera expectativa, pues su realización dependía de dos supuestos que podrían no ocurrir, a saber, que (i) la decisión del CONPES fuera positiva y que (ii) la ley no fuera modificada.

13- En tales términos, la expresión acusada podía derogar el decreto 2272 de 1974 y suprimir el certificado de desarrollo turístico, siempre y cuando respetara el derecho adquirido de aquellos inversionistas que, al momento de entrar en vigor la Ley 223 de 1995, ya habían obtenido el otorgamiento del beneficio por parte del CONPES. Ahora bien, la expresión acusada no precisa que la supresión de la mencionada figura se entienda sin perjuicio de esos derechos adquiridos, por lo cual parecería necesaria una exequibilidad condicionada a fin de proteger a quienes ya hubieran obtenido la decisión favorable del CONPES. Sin embargo, esa determinación no es procedente, por cuanto, como lo reconoce el actor y como bien lo señalan varios intervinientes, el Legislador corrigió posteriormente ese eventual defecto. En efecto, el artículo 48 de la ley 383 de 1997 establece que los certificados de desarrollo turístico que se encontraran en trámite para su expedición en los términos del decreto 2272 de 1974 derogado, y hubieren recibido la aprobación de la Corporación Nacional de Turismo, y ya hubieran sido presentados para aprobación del CONPES, antes del 22 de diciembre de 1995, deberán ser otorgados a los inversionistas beneficiarios de los mismos, previa reglamentación que para el efecto determine el gobierno nacional.

Como vemos, esta norma posterior no sólo ampara los derechos adquiridos de quienes ya habían obtenido una decisión favorable del CONPES sino que incluso es más generosa pues concede el beneficio del certificado de desarrollo turístico a algunos inversionistas que no gozaban de una situación concreta consolidada al momento de ser derogado el decreto 2272 de 1974, a saber, aquellas personas que el 22 de diciembre de 1995 habían obtenido la aprobación del proyecto por la Corporación Nacional de Turismo y habían simplemente presentado la solicitud del beneficio al CONPES. Ahora bien, esta mayor liberalidad de la Ley 383 de 1997, en el sentido de proteger y conceder el beneficio del certificado de desarrollo turístico a quienes en estricto sentido no gozaban de un derecho adquirido sino de meras expectativas al momento de ser derogado el decreto 2272 de 1974 por la expresión acusada, no suscita un problema constitucional, ya que ley no está obligada a respetar las meras expectativas, pero el Legislador puede, con

*base en consideraciones de conveniencia política, que no corresponde analizar el juez constitucional, amparar esas expectativas, tal y como lo hizo en el presente caso. Con todo, lo anterior muestra que no es de recibo el argumento del actor, según el cual habrían quedado por fuera del reconocimiento todos aquellos inversionistas que, a pesar de haber obtenido la aprobación de los planos arquitectónicos y haber empezado las obras cobijadas por el beneficio, no hubieran alcanzado a presentar la solicitud al CONPES, ya que, se repite esas personas no gozaban de ningún derecho adquirido sino de meras expectativas, que no tenían entonces por qué ser respetadas por la ley.*

*14- Por último, como se verá, en el presente caso no es aplicable la teoría de la “confianza legítima”, que esta Corporación ha reconocido como constitucionalmente relevante, en la medida en que constituye una proyección de la buena fe que debe gobernar la relación entre las autoridades y los particulares (CP art, 83)<sup>39</sup>.*

*Este principio, que fue desarrollado por la jurisprudencia alemana, recogido por el Tribunal Europeo de Justicia en la sentencia del 13 de julio de 1965, y aceptado por doctrina jurídica muy autorizada<sup>40</sup>, pretende proteger al administrado y al ciudadano frente a cambios bruscos e intempestivos efectuados por las autoridades. Se trata entonces de situaciones en las cuales el administrado no tiene realmente un derecho adquirido, pues su posición jurídica es modificable por las autoridades. Sin embargo, si la persona tiene razones objetivas para confiar en la durabilidad de la regulación, y el cambio súbito de la misma altera de manera sensible su situación, entonces el principio de la confianza legítima la protege. En tales casos, en función de la buena fe (CP art. 83), el Estado debe proporcionar al afectado tiempo y medios que le permitan adaptarse a la nueva situación. Eso sucede, por ejemplo, cuando una autoridad decide súbitamente prohibir una actividad que antes se encontraba permitida, por cuanto en ese evento, es deber del Estado permitir que el afectado pueda enfrentar ese cambio de política.*

*Como vemos, la “confianza legítima” no constituye un límite a la posibilidad de que el Legislador derogue una normatividad anterior, pues la persona no goza de un derecho adquirido sino de una situación revocable, esto es, de una mera expectativa. Es cierto que se trata de una suerte de expectativa que goza de una cierta protección, por cuanto existían razones que justificaban la confianza del administrado en que la regulación que lo amparaba se seguiría manteniendo. Sin embargo, es claro que la protección de esa confianza legítima, y a diferencia de la garantía de los derechos adquiridos, no impide que el Legislador, por razones de interés general, modifique las regulaciones sobre un determinado asunto, por lo cual mal*

---

<sup>39</sup> Ver, entre otras, las sentencias T-438 de 1996, T-396 de 1997, T398 de 1998 y SU-250 de 1998.

<sup>40</sup> Ver, entre otros, Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández. **Curso de Derecho Administrativo**, Madrid: Editorial Civitas, Tomo II, pág 375.

*puede invocarse este principio para solicitar la inexecutableidad de una norma que se limitó a suprimir un beneficio de fomento. Y en el presente caso, esa doctrina tiene aún menor relevancia, por cuanto los inversionistas razonables no tenían por qué confiar en que el certificado de desarrollo turístico les sería otorgado obligatoriamente, -ya que tal determinación dependía discrecionalmente del CONPES-, ni tampoco tenían por qué suponer que la existencia de ese beneficio sería mantenida de manera durable, pues las estrategias de fomento suelen ser variables. Por ende, la supresión de ese certificado no desconoce la confianza legítima, por lo cual el cargo del actor no es de recibo.*

Ahora bien, considerando que, como lo ha señalado la Sala Plena de esta Corporación<sup>41</sup>, i) la responsabilidad del Estado como la demandada en el *sub lite*, no requiere declaración previa de inexecutableidad y ii) la obtención del certificado de desarrollo turístico estaba sometida al cumplimiento de requisitos, gestiones y decisiones, deberá considerarse si, conforme con lo que se ha dejado expuesto, en el caso concreto más que una mera expectativa se alcanzó una expectativa legítima es decir si fue la derogatoria del beneficio y sólo esta la que truncó la oportunidad de acceder a este o si se vulneró la confianza legítima, fundada en la creencia aducida por la actora, en el sentido de que el solo hecho de haber iniciado las inversiones con la licencia arquitectónica aprobada por la autoridad del turismo era suficiente para obtener el certificado.

Procederá, en consecuencia, la Sala i) a analizar las condiciones exigidas en la normatividad para obtener el certificado de desarrollo turístico, con el fin de determinar si se configuró una expectativa legítima fundada en que el cabal cumplimiento de esas exigencias le permitiría a la actora acceder al beneficio o, en su defecto, ii) a establecer si estaba amparada por la confianza legítima respaldada en conductas de la administración que le permitían creer razonablemente que, por el solo hecho de haber iniciado las inversiones, tendría derecho al otorgamiento del certificado, sin más requisitos de su parte, de todas maneras.

**2.4.1 Las normas derogadas definían condiciones que permitían confiar fundadamente en que con su cumplimiento se accedía al Certificado. La Ley 223 impidió que inversionistas con proyectos en ejecución consolidaran su derecho**

---

<sup>41</sup> Sentencia del 25 de agosto de 1998, citada.

De conformidad con las disposiciones de los Decretos 2272 de 1974, 1361 de 1976 y del Acuerdo 017 de 1977 expedido por la Junta Directiva de la Corporación Nacional de Turismo con el fin de adoptar el reglamento para el trámite de las solicitudes, el otorgamiento y la entrega del certificado de desarrollo turístico estaba sujeto a los siguientes lineamientos y condiciones:

1) Se trataba de un beneficio fiscal creado con el fin de estimular las inversiones en la construcción, ampliación o mejoras sustanciales de establecimientos hoteleros o de hospedaje, con “...señalada importancia para el desarrollo turístico del país” –art. 1º Decreto 1361/76-.

2) El certificado de desarrollo turístico lo entregaba el Gobierno Nacional, por intermedio de la Corporación Nacional de Turismo, a la persona que por su cuenta y riesgo destinaba fondos para la ejecución de las inversiones y adquiría la propiedad o tenencia de las obras realizadas con posterioridad a la Ley 60 de 1968, en cuantía hasta del quince por ciento (15%) del costo de la inversión, por una sola vez, al concluirse las obras correspondientes, previa solicitud y el cumplimiento de todos los requisitos establecidos en el Decreto 2272 de 1974.

3) Para obtener el derecho al otorgamiento del certificado de desarrollo turístico el inversionista debía presentar la solicitud y realizar las siguientes gestiones ante la Corporación Nacional de Turismo -arts. 4º, Decreto 2272/74; 18 y 19, Decreto 1361/76; 8 a 16 del Acuerdo 017 de 1977-:

- a. presentar un proyecto de factibilidad económica, para su estudio y aprobación;
- b. obtener, con anterioridad al inicio de la construcción, la aprobación del proyecto arquitectónico;
- c. obtener la clasificación y categorización del establecimiento y la determinación de las áreas cuantificables en la inversión;
- d. establecer el costo real de la inversión, a partir de los valores del terreno, la construcción, la dotación y los gastos capitalizables de preinversión verificados de conformidad con las disposiciones de los artículos 8 a 16

del Acuerdo 017 de 1977;

e. determinar el porcentaje del costo real de la inversión que sería otorgado a través del certificado de desarrollo turístico, teniendo en cuenta la generación de divisas y de empleo; la promoción turística nacional e internacional; la capacidad hotelera de la región y sus rendimientos; la contribución al desarrollo regional; la ubicación geográfica del proyecto dentro de un Recurso Turístico Nacional; el origen de los fondos de la inversión y la clase y categoría del establecimiento –art 18, Decreto 1361/76 y arts. 6º y 7º del Acuerdo 017 de 1977-; y

f. obtener concepto favorable en el sentido de que el establecimiento hotelero o de hospedaje tiene señalada importancia para el desarrollo turístico del país.

4) Verificado lo anterior, la Corporación Nacional de Turismo comunicaba su concepto al Consejo Nacional de Política Económica y Social, para que este organismo decidiera sobre el otorgamiento del certificado de desarrollo turístico, previa constatación de que i) el estudio de factibilidad económica y el proyecto arquitectónico respectivos hubieran sido evaluados y aprobados según los reglamentos de la Corporación; ii) con la solicitud se hubiera autorizado la inspección de las inversiones; iii) el establecimiento, las ampliaciones o las mejoras sustanciales tuvieran señalada importancia para el desarrollo turístico del país; iv) la Corporación hubiera conceptuado sobre el otorgamiento del beneficio, su porcentaje y condiciones y v) el porcentaje debía establecerse en función de los criterios atrás señalados –arts. 17 y 18, Decreto 1361/76-.

5) Proferida la decisión de otorgar el beneficio, le correspondía a la Corporación Nacional de Turismo elaborar y tramitar la celebración de un contrato entre el Gobierno Nacional y el inversionista, para establecer las condiciones específicas determinantes de la expedición del certificado, las obligaciones del beneficiario, entre las cuales se incluiría la destinación exclusiva del inmueble a establecimiento hotelero o de hospedaje, por un término no menor de veinte (20) años, el sometimiento a los reglamentos de funcionamiento de esta clase de establecimientos y las causales de caducidad administrativa enunciadas por la Ley 167 de 1941 y las que surjan de sus características, de acuerdo con las reglamentaciones que dicte el Gobierno Nacional –arts. 6º, Decreto 2272/74 y 19, Decreto 1361/74-.

6) Celebrado el contrato y aprobadas las garantías que debía constituir el inversionista ante los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de Desarrollo Económico, la Corporación Nacional de Turismo debía entregar el certificado de desarrollo turístico al beneficiario, previa verificación de i) la terminación de las obras de acuerdo con los planos aprobados por la Corporación; ii) la constancia de recibo de la obra; iii) la determinación del costo real de la inversión según el reglamento adoptado por la Corporación; iv) la licencia para el funcionamiento del establecimiento, sus ampliaciones o mejoras; vi) la clasificación, asignación de categoría y entrada en funcionamiento del establecimiento y vii) la administración y prestación de servicios a cargo de personal calificado –art. 19, Decreto 1631/76-.

7) La solicitud del beneficio se podía presentar, el otorgamiento se podía conceder y el contrato se podía celebrar antes de la iniciación de las obras, durante el proceso de la construcción o después de su terminación, sin perjuicio de que el porcentaje asignado se revisara por cambios sustanciales en el proyecto y de que la entrega del certificado se defiriera al cumplimiento de los requisitos atrás señalados –arts. 14 y 15, Decreto 1631/76-.

En esas condiciones, para la Sala resulta claro que la ley creó el certificado de desarrollo turístico como una medida para incentivar que los particulares ejecutaran inversiones de largo plazo en el sector del turismo, declarado fundamental para el crecimiento económico del país, propendiendo por un equilibrio entre los intereses privados y el general, en cuanto ese beneficio fiscal constituía la retribución del Estado a las personas que, por su libre iniciativa y bajo su propio riesgo, contribuían al desarrollo turístico ejecutando y operando proyectos con impactos importantes en la generación de divisas y de empleo, la promoción turística, el incremento de la capacidad hotelera de la región, sus rendimientos y la contribución al desarrollo regional, teniendo en cuenta, además, la ubicación geográfica del proyecto, el origen de los fondos de la inversión y la clase y categoría del establecimiento.

Y obran en el expediente elementos probatorios que dan cuenta de que, durante los veinte años de vigencia del estímulo económico de que se trata, el Gobierno Nacional ordenó siete emisiones en grupo de Certificados de Desarrollo Turístico para ser otorgados a múltiples inversionistas que cumplieron los requisitos para acceder a este beneficio y, asimismo, que al derogarse la

normatividad, en diciembre de 1995, i) se encontraba pendiente la expedición del decreto que ordenaba la octava emisión, por \$6.611.325.153, para entregar el beneficio a 17 establecimientos construidos en 12 ciudades y ii) habían sido presentadas otras 17 solicitudes para proyectos de ampliación y de construcción en 12 ciudades distintas “...que no alcanzaron a completar el trámite exigido en los Decretos 2272 de 1974 y 1361 de 1976 y que fueron devueltas por la Corporación Nacional de Turismo” –“Informe Junta Directiva sobre los Certificados de Desarrollo Turístico” del Ministerio de Desarrollo Económico; fl. 169 a 183, c.2-.

Siendo así, para la Sala resulta evidente que, a partir de la normatividad contenida en los Decretos 2274 de 1974 y 1361 de 1976, se crearon unas razones objetivas que permitían fundar la expectativa legítima de que las inversiones en proyectos turísticos con impactos importantes para el desarrollo económico del país, medidos con los criterios establecidos en el ordenamiento, serían retribuidas con el certificado de desarrollo turístico a los inversionistas que decidieran hacer de esa actividad su negocio y cumplieran las condiciones normativas vigentes, si se considera, además, que i) se trataba de inversiones a largo plazo; ii) durante los veinte años de vigencia de las normas efectivamente fueron otorgados los beneficios prometidos y iii) cuantiosas inversiones privadas atrajo la medida al sector turístico, conforme con el fin pretendido por la ley.

Es que al amparo de esta normatividad los inversionistas podían confiar objetivamente en que, una vez generados los impactos importantes para el desarrollo del sector turístico del país con las inversiones ejecutadas, tendrían el derecho a celebrar el contrato prometido por el Estado, a través del cual se regularían las condiciones en las que se debían mantener los efectos económicos, sociales y regionales logrados con las inversiones, durante veinte años y que serían objeto de la retribución a través del certificado de desarrollo turístico. Y, a juicio de la Sala, el ordenamiento protege tanto las expectativas creadas con los procesos de contratación iniciados por las entidades estatales, como las generadas por la ley que dejó en cabeza de los inversionistas privados la iniciativa para emprender los trámites y gestiones que darían lugar a la celebración del contrato con el Estado para la obtención del beneficio de que se trata.

Ahora, para la Sala también resulta claro que a la entidad demandada le asistía la función constitucional de derogar la normatividad, fundada en la necesidad de aumentar el recaudo de los tributos –como lo advirtió la Corte

Constitucional-, en que la medida de fomento logró el cometido de imprimir al sector económico una madurez y desarrollo al punto de alcanzar una dinámica que ya no ameritaba del incentivo o, en fin, prevalida en cualquier otra razón de interés general, pues el principio democrático así lo permite. Empero, no duda la Sala en cuanto a que a la demandada le asistía el deber de proteger las expectativas legítimas de los inversionistas que, motivados por las razones objetivas atrás señaladas, decidieron dedicar sus esfuerzos en la explotación de una actividad económica incentivada por el Estado, que trascendía el interés puramente particular del negocio y contribuía con los fines generales perseguidos por el propio legislador con la expedición de la normatividad finalmente derogada.

Así las cosas, no se acompasa con la protección constitucional de las expectativas legítimas que al derogar la medida que incentivó en el sector turístico las inversiones con una señalada importancia para el crecimiento económico del país, la entidad demandada haya truncado la probabilidad cierta de acceder al otorgamiento del certificado de desarrollo turístico con la que contaba el inversionista que venía ejecutando el proyecto con el lleno de los requisitos legales y que, solo por el hecho de la derogatoria de la normatividad, no pudo obtener este beneficio.

En criterio reiterado de esta Corporación, a los inversionistas que no alcanzaron a obtener la decisión favorable del Consejo Nacional de Política Económica y Social al 22 de diciembre de 1995, la derogatoria dispuesta por el artículo 285 de la Ley 223 de 1995 les impidió acceder al otorgamiento del certificado de desarrollo turístico.

Así, la Sala de Consulta y del Servicio Civil expuso que, conforme con la doctrina de los derechos adquiridos, solamente resulta posible proteger a los inversionistas que hubieren alcanzado a obtener la decisión favorable para el otorgamiento del certificado, dado que la derogatoria de que se trata imposibilita tramitar las demás solicitudes<sup>42</sup> -se destaca-:

*1.2 Las situaciones presentadas a raíz de la derogatoria. La derogatoria del Decreto 2272 de 1974 afectó las solicitudes de certificados de desarrollo turístico que se hallaban en trámite, generando tres tipos de situaciones que la consulta reseña de la siguiente manera:*

---

<sup>42</sup> Cfr., Concepto del 16 de diciembre de 1996, ponente César Salazar Hoyos, radicación n.º 927.

*“1. Establecimientos hoteleros construidos, con aprobación de planos arquitectónicos impartida por la Corporación Nacional de Turismo de Colombia antes de la expedición de la Ley 223 de 1995, cuya solicitud de entrega de certificados de desarrollo turístico se formalizó y radicó igualmente con antelación a la derogatoria de las normas en virtud de las cuales se creó ese incentivo fiscal, y que fueron presentados a la Junta Directiva de la Corporación Nacional de Turismo para que emitiera su recomendación al Conpes acerca del porcentaje a reconocer, y respecto de los cuales existe aprobación por parte del Conpes.*

*2. Establecimientos hoteleros construidos, con aprobación de planos arquitectónicos impartida por la Corporación Nacional de Turismo de Colombia antes de la expedición de la Ley 223 de 1995, cuya solicitud de entrega de certificados de desarrollo turístico se formalizó y radicó igualmente con antelación a la derogatoria de las normas en virtud de las cuales se creó ese incentivo fiscal, que no alcanzaron a ser presentados a la Junta Directiva de la Corporación Nacional de Turismo para que emitiera su recomendación al Conpes acerca del porcentaje a reconocer.*

*3. Establecimientos hoteleros construidos, con aprobación de planos impartida por la Corporación Nacional de Turismo de Colombia antes de la expedición de la Ley 223 de 1995, cuya solicitud de entrega de certificados de desarrollo turístico se formalizó y radicó con posterioridad a la derogatoria de las normas en virtud de las cuales se creó ese incentivo fiscal”.*

*Como se aprecia, la derogatoria intervino en distintos momentos de la tramitación de solicitudes de certificados de desarrollo turístico, creando la duda de si es procedente o no su continuación.*

*1.3 Momento en que surge el derecho a los certificados. Analizadas las normas comentadas de los Decretos 2272 de 1974 y 1361 de 1976, se deduce que el acto constitutivo del derecho para el inversionista de recibir los certificados de desarrollo turístico, es la decisión favorable del Consejo Nacional de Política Económica y Social, Conpes; el artículo 5º del primer decreto confiere expresamente a tal organismo la competencia para el otorgamiento del beneficio y sus condiciones, dentro de las cuales están el porcentaje y las estipulaciones contractuales (arts. 18 y 19 Decreto 1361/76), pudiendo perfectamente disponer que no se otorgue el beneficio, en razón a que por ejemplo, faltan algunos requisitos o no se han cumplido a cabalidad.*

*Antes no existe propiamente un derecho como tal, sino una mera expectativa de obtener los certificados de desarrollo turístico, lo cual se puede producir o no, según la decisión del Conpes.*

*La actuación administrativa se inicia con la solicitud presentada por el inversionista y culmina con la decisión del Conpes. Si esta es favorable, se deben realizar los actos de ejecución de la misma, vale decir, la celebración del contrato y la entrega de los certificados al beneficiario.*

*La solicitud de los certificados no genera por sí misma el derecho a recibir estos, sino que da origen a la correspondiente tramitación legal, la cual puede concluir con la obtención de los certificados en el evento de una decisión favorable, pero también puede no tener éxito como cuando la decisión es desfavorable.*

*El recibo y radicación de la solicitud, la aprobación del estudio de factibilidad económica y de los planos arquitectónicos por parte de la Corporación Nacional de Turismo, la inspección de la obra por esta y la recomendación de la Junta Directiva de la Corporación al Conpes vienen a ser actos preparatorios para la decisión final y por tanto, no constituyen una situación jurídica consolidada bajo la vigencia de la normatividad anterior, que pudiera hacer pensar en que se hubiera configurado un derecho a favor del inversionista solicitante, para exigir la entrega de los certificados.*

***Situación distinta es la del inversionista que ya cuenta con una decisión favorable del Conpes, puesto que ahí sí se puede hablar de una situación jurídica consolidada, que le genera el derecho a suscribir el contrato correspondiente y a recibir los certificados conforme a la decisión, pues la derogatoria de la Ley 223 de 1995 no puede afectar un derecho irrevocablemente conferido por el organismo competente durante el imperio de la normatividad anterior.***

*La Ley 223 de 1995 no podía entrar a suprimir o desconocer una actuación administrativa cumplida y culminada bajo la vigencia del Decreto 2272 de 1974, que ella derogó, pues si así fuera se le estaría dando efectos retroactivos, lo cual contraviene el principio consignado en el artículo 363 de la Constitución según el cual “Las leyes tributarias no se aplicarán con retroactividad”.*

*A este respecto conviene recordar la síntesis que hizo Baudry-Lacantinerie acerca de que los derechos adquiridos son “facultades legales regularmente ejercidas”, expectativas “las que no lo han sido todavía”.*

*La síntesis anterior se podría predicar en este caso referido a la autoridad, en relación con la atribución conferida al Conpes por el artículo 5º y concordantes del Decreto 2272 de 1974: si ejerció su facultad legal al amparo de esa normatividad y produjo una decisión favorable, se generó el derecho a favor del particular, si no alcanzó a ejercer esa facultad, existió una expectativa para el particular, no un derecho adquirido.*

## **2. LA SALA RESPONDE**

**2.1 El derecho del inversionista para recibir los certificados de desarrollo turístico surge con la decisión favorable que para el otorgamiento de dichos certificados, su porcentaje y condiciones, adopte el Consejo Nacional de Política Económica y Social, Conpes, de conformidad con lo dispuesto por**

*los artículos 5º y 6º del Decreto 2272 de 1974, en concordancia con los artículos 16 a 19 del Decreto 1361 de 1976; para tal fin el inversionista debe suscribir el correspondiente contrato con la Corporación Nacional de Turismo, encargada de hacer entrega de los certificados otorgados.*

*Como la Ley 223 de 1995, en su artículo 285, derogó de manera expresa el Decreto 2272 de 1974, es claro que la mencionada decisión del Conpes se debió producir antes del 22 de diciembre de 1995, fecha a partir de la cual entró en vigencia dicha ley.*

*2.2 En relación con las solicitudes de certificados de desarrollo turístico que no alcanzaron a ser presentadas a la Junta Directiva de la Corporación Nacional de Turismo, para su recomendación al Conpes, es procedente devolverlas a los interesados, mediante una comunicación en la cual se les informará que la derogatoria del Decreto 2272 de 1974, por el artículo 285 de la Ley 223 de 1995, hace imposible tramitarlas.*

Asimismo, al decidir sobre la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra un acto con el que la administración decidió no continuar con el trámite de una solicitud de otorgamiento del certificado presentada antes de la expedición de la Ley 223 de 1995, la Sección Primera de esta Corporación concluyó que, pese a la derogatoria, la administración debía tramitar las solicitudes presentadas antes del 22 de febrero de 1996, como lo dispuso el artículo 102 de la Ley 488 de 1998. Se trató en ese caso de una solicitud de otorgamiento del beneficio presentada el 18 de septiembre de ese año, empero no tramitada por instrucciones del Departamento Nacional de Planeación fundadas en la necesidad de reestructurar el otorgamiento del beneficio y la decisión judicial tuvo que ver con la nulidad del acto demandado, la orden de continuar con el trámite administrativo a título de restablecimiento del derecho, dejando a salvo la acción de reparación directa de cara a la indemnización de los perjuicios que pudiera ocasionar el no otorgamiento del beneficio, a pesar del cumplimiento de los requisitos previstos en el ordenamiento.

Así lo señaló la Sección Primera<sup>43</sup> –se destaca–:

*V.3.1. La Corporación Nacional de Turismo considera que la simple presentación de la solicitud solamente representa una mera expectativa de derecho y que la no conclusión del trámite en momento alguno obedeció a conductas negligentes sino a los vacíos legales surgidos a raíz del cambio de legislación. Además, considera que no es procedente aplicar el artículo 102*

---

<sup>43</sup> Sentencia del 18 de octubre de 2001, ponente Manuel Santiago Urueta Ayola, radicación 25000-23-24-000-1998-0131-01(6509).

de la Ley 448 de 1998 tal como lo hizo el a quo para tasar los perjuicios supuestamente causados a la parte actora.

En cuanto a lo primero, la Sala observa que el derecho invocado por la actora no se consolidó porque la documentación correspondiente nunca llegó al CONPES y a esta entidad le fue imposible conceder el beneficio. **Y la documentación no llegó al CONPES, entre otras razones, porque el Departamento Nacional de Planeación (v. folio 82 c. 5) recomendó no aprobar nuevos CDT "... hasta que no se reestructure el incentivo", recomendación dirigida a la Corporación Nacional de Turismo mediante el Oficio núm. 004 de 4 de enero de 1995.** No obstante lo anterior, y teniendo en cuenta que la solicitud de la sociedad demandante fue presentada el 18 de septiembre de 1995, es decir, ocho meses después de que Planeación Nacional recomendó no aprobar nuevos CDTs, la Corporación recibió la solicitud.

El 22 de diciembre de 1995 entró en vigencia la Ley 223 que derogó el incentivo buscado por la precitada compañía y el Secretario del CONPES, mediante el Oficio núm. 037 de 2 de julio de 1996 (v. folio 208 c. 5), comunicó que:

*"Una vez analizada la situación planteada por la derogatoria de los decretos 2272 de 1974 y 1361 de 1976 a raíz de la expedición de la ley 223 de 1995, se encontró que las solicitudes que ya habían iniciado su trámite, bien ante la C.N.T., o porque se encuentran para la aprobación del CONPES, no se ven afectadas por la citada derogatoria y por tanto pueden continuar su trámite."*

En cuanto a lo segundo, la aplicación del artículo 102 de la Ley 448 de 1998, el cual regula la liquidación de los certificados de desarrollo turístico relativos a los proyectos con planos aprobados por la C.N.T. y cuyos interesados hubieren anexado la información ante la misma entidad para su solicitud antes del 28 de febrero de 1996, y estuviere operando el establecimiento de comercio desde el primer trimestre de 1997, la Sala considera que no es procedente en el presente proceso hacer consideración alguna sobre el mismo, por cuanto el acto administrativo sub júdice no contiene decisión de fondo sobre el asunto, sino que como está advertido, su control jurisdiccional se ha asumido en tanto constituye un acto de trámite que impidió la continuación de la actuación administrativa del caso; por lo tanto, tal control sólo puede centrarse en determinar si la actuación efectivamente debe concluir con él o debe continuar para que se decida por parte de las autoridades competentes.

Lo anterior significa que la Administración no ha hecho su pronunciamiento de fondo sobre la petición que le formuló la actora, y sólo después de que ella lo haga, por efecto de la nulidad del acto demandado y la consecuente continuación de la actuación administrativa, será que esta jurisdicción puede hacerlo, en el evento de que la decisión respectiva sea objeto de acción.

Sin embargo, la Sala Confirmará la sentencia en cuanto declara la nulidad del acto acusado, toda vez que, en primer lugar, la Corporación Nacional de Turismo, sin fundamento válido alguno, se abstuvo de surtir el trámite iniciado por la demandante para que se le concediera el beneficio fiscal contenido en los CDTs., de donde la devolución de la solicitud respectiva mediante el citado acto es violatoria de los artículos 2, 3, 31 y 35 del C.C.A., en la medida de que éstos le imponen a las autoridades el deber de resolver las peticiones que le formulen las personas y hacer efectivos los derechos que les correspondan, según las circunstancias.

Empero, según se dijo, se revocará en lo que tiene que ver con la condena a la demandada a pagarle daños y perjuicios a la actora, por el monto atrás señalado, toda vez que la razón en que el a quo sustentó esta decisión, es decir, la demora u omisión de la Administración en decidirle la petición, **no corresponde a la acción de nulidad y restablecimiento que aquí ha sido incoada, sino a la de reparación directa, prevista en el artículo 86 del C.C.A.,** amén de que la dilación o el retardo en decidir un asunto administrativo no es causal de nulidad del acto respectivo, como repetidamente lo ha expresado esta Corporación, sino que, a lo sumo, ello puede ser motivo de otras acciones, como, por ejemplo, la disciplinaria respecto de los funcionarios.

En este orden de ideas, cabe decir que le asiste razón al Ministerio Público en su concepto núm. 82, rendido en este asunto, al afirmar que el perjuicio derivado de no haberle dado curso a la solicitud de la sociedad demandante, no generaba, per se, la obligación de la Administración para otorgar el incentivo, tornándose ese perjuicio en incuantificable frente al valor del incentivo, el cual pudo otorgarse o no y, por ello, es imposible de cuantificar.

Debe advertirse así que el único derecho que le asistía a la actora era el de presentar la solicitud y **que se le tramitara dentro de los términos de ley, si había sido acompañada de la documentación exigida en la ley, para que se le concediera el incentivo tributario.**

V.3.2. En lo que hace al recurso de la sociedad demandante, encuentra la Sala que no son de recibo sus argumentos porque, concluido como está que no es viable en el sub lite ocuparse del cumplimiento de los requisitos que reclama el artículo 102 de la Ley 488 de 1998, mal podría tomarse tal artículo como fundamento para el restablecimiento del derecho que resulte de la nulidad del acto acusado, el cual, como atrás se dijo, no puede ser otro que el de disponer que la Administración continúe con el trámite del asunto, y decida según lo que corresponda. Para el efecto, se deberá revocar parcialmente el fallo apelado y disponer que el trámite iniciado por la sociedad demandante continúe en el estado en que se encontraba al momento de la expedición del Oficio núm. 1627, sin fecha, proferido por el Gerente General (E) de la Corporación Nacional de Turismo, **de tal manera que, al concluir tal procedimiento administrativo, se determine si se**

**consolida o no el derecho a obtener los CDTs y, de acuerdo con ello, se pueda apreciar si se desconocieron o no los bienes jurídicos que señala la actora en la demanda.**

Y, posteriormente, al decidir la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, formulada por el actor en el caso anterior, contra el acto ficto deducido del silencio de la administración reticente a cumplir la decisión que se viene de reseñar, la Sección encontró que la negativa presunta de otorgar el beneficio al actor se acompasa con los efectos de la derogatoria dispuesta por el artículo 285 de la Ley 223 de 1995, en tanto se impedía el otorgamiento del beneficio a quienes no obtuvieron previamente la decisión favorable del Consejo Nacional de Política Económica y Social.

Así lo expuso la Sección Primera en esa nueva oportunidad<sup>44</sup> –se destaca–:

*Una vez que cobró ejecutoria la sentencia transcrita, la actora solicitó al Ministerio de Desarrollo Económico que diera cumplimiento a la misma y al no haber obtenido respuesta dentro del término de tres meses, demandó en el proceso de la referencia, el acto ficto que en su criterio se produjo frente a su petición (...).*

*Estima la Sala que en efecto en este caso se está en presencia de un acto ficto o presunto por el cual la Administración se abstuvo de continuar el trámite de la solicitud de la actora ordenado en la sentencia.*

*Ahora bien, la actuación que correspondía llevar a cabo a la Administración en relación con la solicitud de reconocimiento del incentivo turístico solicitado por la actora en septiembre de 1995 y ordenado por la sentencia de 18 de octubre de 2001 no podía ser otra diferente que la señalada en el punto 2.2 del concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil antes transcrito, fundamento de la parte motiva de la citada sentencia de 18 de octubre, esto es, que aquélla no le recomendara al Conpes el otorgamiento del incentivo EN VIRTUD DE LA DEROGATORIA DEL DECRETO 2272 DE 1974, POR PARTE DEL ARTÍCULO 285 DE LA LEY 223 DE 1995, toda vez que, como quedó visto, la solicitud de la demandante se hizo TRES MESES ANTES DE LA DEROGATORIA (septiembre de 1995), amén de que la iniciación de las obras se produjo un mes antes, lo cual significa que no tenía derecho adquirido alguno –las mayúsculas son del texto original–.*

*Lo anterior quiere decir que cuando se produjo la derogatoria del incentivo en diciembre de 1995 la Administración (CNT) no había incurrido en ninguna dilación injustificada del trámite pues, se repite, la solicitud se presentó en*

---

<sup>44</sup> Sentencia del 27 de enero de 2011, ponente María Elizabeth García González, radicación 25000-23-24-000-2002-00230-02.

septiembre de 1995 y la iniciación de las obras se llevó a cabo en noviembre de 1995.

Por ello, el no reconocimiento del incentivo por parte del CONPES, que es el hecho que hubiera permitido tener la situación de la actora como consolidada y, por ende, justificaría el otorgamiento del incentivo turístico-, no es consecuencia de irregularidad alguna por parte de la C.N.T.

Desde esta perspectiva el acto acusado, que se entiende que no recomendó el otorgamiento del incentivo ni remitió el expediente al CONPES, entidad esta a la que le correspondía en vigencia del Incentivo Turístico proceder o no a su reconocimiento, debe entenderse que estuvo ajustado a la legalidad, en la medida en que, conforme lo precisó en su oportunidad la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, que ahora se prohíja, **ante la derogatoria del incentivo se hacía imposible tramitar la recomendación al CONPES para tal otorgamiento.**

A partir de los anteriores elementos observa la Sala que lo que comenzó en enero de 1995 con la negativa de la administración a cumplir con la promesa legal de celebrar el contrato para otorgar la retribución dispuesta por la ley, en favor de quienes ejecutaran inversiones en proyectos turísticos con efectos importantes para el crecimiento económico del país, concluyó con la derogatoria abrupta de ese beneficio, truncando la nueva ley la probabilidad de acceder al otorgamiento del certificado de desarrollo turístico, por parte de quienes se encontraban en proceso de cumplir las condiciones señaladas en la normatividad derogada.

Procede, en consecuencia, la Sala a estudiar si la actora cumplió con los requisitos que la hacían merecedora a la celebración del contrato con el objeto de obtener el certificado de desarrollo turístico, a fin de establecer si la expedición de la Ley 223 de 1995 fue el hecho que le impidió acceder al otorgamiento del beneficio, afectándole los intereses económicos asociados a una expectativa legítima creada al amparo de la normatividad derogada.

#### **2.4.2 No se acreditó el daño especial**

Como se ha señalado a lo largo de esta providencia, la actora aduce haber sufrido un daño especial ocasionado por la vulneración de su expectativa legítima a acceder al otorgamiento del certificado de desarrollo turístico, en cuanto la Ley 223 de 1995 dispuso la derogatoria de las normas que lo reconocían; por su parte

la entidad demandada, al tiempo que niega la responsabilidad por el hecho del legislador, insiste en que la actora no sufrió un daño antijurídico, en tanto no alcanzó a reunir oportunamente los requisitos para obtener el derecho.

A juicio de la Sala, en el caso concreto la vulneración de la expectativa legítima resultaría de establecerse que, cumplidas las condiciones exigidas para el otorgamiento, a la actora se le haya truncado la probabilidad cierta de acceder al beneficio, solo por el hecho de la nueva ley.

Y dado que la Ley 223 de 1995 derogó las normas con arreglo a las cuales se consolidaba la situación jurídica, de cara a la protección de la expectativa legítima no resulta aceptable el entendimiento según el cual como la actora no presentó la solicitud y no obtuvo la decisión favorable antes del 22 de diciembre de 1995 no sufrió un daño antijurídico, pues huelga concluir que, si bien tal afirmación podría resultar válida en el juicio sobre la afectación del derecho o la situación consolidada, esa razón no se acompasa con la protección debida a la expectativa legítima. Es que la sola falta de verificación del cumplimiento de las condiciones y de decisión del otorgamiento, en cuanto a cargo de la administración, no podría resolver un juicio contra ella misma, si se considera que, de acoger este entendimiento, se llegaría a la conclusión inaceptable de sujetar la declaratoria de responsabilidad al arbitrio del deudor. Amén de que solamente serían dignas de protección las situaciones definidas así la actuación de la víctima nada tenga que ver con la consolidación.

De donde el cumplimiento de los requisitos por parte del interesado debe verificarse con abstracción de la intervención estatal que no alcanzó a ser gestionada por el hecho de la ley, acudiendo para el efecto a la comprobación de los requisitos a cargo del particular. Con miras a lograr el restablecimiento de ser ello necesario, con sujeción a los derechos de acceso a la administración de justicia y debido proceso, de que tratan los artículos 29 y 229 constitucionales. Y esto debe ser así, si se considera que i) como el trámite, la decisión del otorgamiento y la celebración del contrato para la entrega del certificado de desarrollo turístico eran reglados y no discrecionales, cumplidos por el interesado se imponía la decisión favorable y ii) el juicio de responsabilidad fundado en la protección de la expectativa legítima exige primeramente determinar si se accedió a ella, al margen de la intervención de las autoridades impedida por la derogatoria

dispuesta por el artículo 285 de la Ley 223 de 1985, para establecer si el hecho de la ley impidió el acceso al beneficio.

En ese orden, conforme con los requisitos previstos en el ordenamiento, atrás señalados, correspondía a la actora acreditar i) que inició la ejecución del proyecto con posterioridad a la vigencia del Decreto ley 2272 de 1974 y antes de la derogatoria de la Ley 223 de 1995, con la aprobación previa del proyecto arquitectónico por parte de la Corporación Nacional de Turismo para entonces en ejercicio de las funciones atribuidas por las normas derogadas, ii) el estudio de factibilidad económica del proyecto, iii) que finalizó las obras con sujeción a los planos aprobados y puso en operación el establecimiento turístico, con licencia de funcionamiento, debidamente calificado, categorizado y bajo la administración de personal calificado, iv) el monto de la inversión real establecido y verificado con sujeción al Acuerdo 017 de 1977 y v) el porcentaje de la inversión real, en proporción a la importancia para el desarrollo turístico del país, evaluada conforme con los criterios establecidos en el Decreto 1361 de 1976.

Los elementos probatorios allegados al proceso dan cuenta de los siguientes hechos relevantes:

2.1.1 El 23 de agosto de 1993, mediante la escritura pública n.º 5653 otorgada ante la Notaría 18 de Bogotá D.C. se constituyó un fidecomiso con la transferencia, por parte de la Sociedad Protel Limitada a la Fiduciaria BIC S.A., de un lote ubicado en el sector el Poblado de la ciudad de Medellín, destinado a la construcción de un proyecto hotelero, que se ejecutaría en tres etapas, esto es de i) diseño, estructuración, promoción del proyecto y venta de derechos fiduciarios; ii) construcción y dotación y iii) operación del establecimiento.

En la cláusula decimosegunda del anexo 1 del contrato de fiducia se señaló que, de incumplirse con la destinación del establecimiento a la operación del hotel, los fideicomitentes responderían solidariamente *“...en caso de que se haya recibido de la autoridad turística colombiana el certificado de desarrollo turístico”*. Además de asignar al Comité Fiduciario la obligación de realizar los trámites pertinentes a estos efectos, en los términos de la cláusula decimoséptima del documento contractual –fls. 25 vto. y 31, c.2-.

Con este instrumento público se protocolizó la resolución n.º 569 proferida el 15 de abril de 1993 por la administración municipal de Medellín, que otorgó la licencia para la construcción de un hotel en el predio ubicado en la Carrera 42 n.º 18B-63.

2.1.2 El 22 de agosto de 1994, con la resolución n.º 099 expedida en esa fecha, la Corporación Nacional de Turismo aprobó *“los planos arquitectónicos correspondientes al establecimiento hotelero denominado HOTEL BELFORT, presentado por el señor SANTIAGO PARDO SCHLESINGER, en su calidad de representante legal de Inversiones Protel Ltda., construcción que comprende NOVENTA Y OCHO (98) unidades habitacionales con sus respectivos servicios”* – fl. 56, c.2-.

Conforme con lo expuesto en ese acto, la Corporación se dio por enterada de que los fines de la aprobación impartida se orientaban a la solicitud de otorgamiento del certificado de desarrollo turístico.

Así quedó señalado en la parte motiva de la citada resolución n.º 099 de 1994 –se destaca-:

*Que la Corporación revisó y verificó la aprobación de planos por parte del Departamento Administrativo de Planeación Metropolitana de Medellín, según licencia de construcción No. 569/93, radicación 237, de abril 15 de 1993 a fin de solicitar los beneficios de los Certificados de Desarrollo Turístico, para el establecimiento hotelero denominado HOTEL BELFORT, de propiedad de Inversiones Protel Ltda (...) quien manifestó a manifestado (sic) que se trata de un inmueble destinado a Hotel con un total de noventa y ocho (98) unidades habitacionales con sus respectivos servicios, ubicado en la carrera 42 No. 18B-63 (El Poblado) en la ciudad de Medellín –fl. 55, c.2-.*

2.1.3 El 3 de mayo de 1996, se suscribió *“acta de liquidación de la construcción del Hotel Belfort”* que da cuenta i) de los representantes de la sociedad Consultoría y Gerencia de Proyectos Limitada e interventoría, ii) de que el monto total de los trabajos ascendía a \$4.599.524.503, de los que el constructor había pagado \$4.341.617.476; iii) de que se anexaban los planos completos de la obra; iii) de que quedaban obras pendientes de *“reparaciones locativas y detalles que deben ser atendidos por la constructora antes de su retiro definitivo del hotel”* y iv) de que era necesario complementar los trabajos del sistema de *sprinkers*,

verificar la correcta instalación de la antena pararrayos y reponer dos vidrios de seguridad del *sandblasting domo*, rotos accidentalmente –fls. 72 a 75, c. 2-.

2.1.4 Al día siguiente, esto es el 4 de marzo, en la asamblea de fideicomitentes de esa fecha, i) el interventor certificó que *“los trabajos se realizaron ceñidos a las sanas normas y técnicas usuales para este tipo de edificaciones, a los planos y especificaciones contemplados en el contrato de fiducia; que el proyecto fue mejorado en forma sustancial a costa de Protel S.A.; que la obra se entregará totalmente terminada antes del 2 de mayo de los corrientes”*; ii) se trató la liquidación de la etapa de construcción y la puesta en operación del establecimiento y iii) se aprobó que el certificado de desarrollo turístico a obtener se entregaría a Protel S.A., hasta por el monto de \$574.526.739, en compensación por el valor de las mejoras en las especificaciones del establecimiento –según el acta que obra a fls. 98 a 107, c.2-.

2.1.5 En la sesión de la Junta Administradora del Fideicomiso Hotel Belfort Medellín adelantada el 18 de septiembre de 1996, se hizo constar i) que la planta del establecimiento fue ampliada en 500 metros conforme con lo decidido en la reunión del 20 de junio de 1994; ii) que el hotel construido *“consta de 8 pisos, tiene 96 habitaciones y las siguientes dependencias: restaurantes, bar, terraza, oficinas ejecutivas, salas de reuniones, piscina, gimnasio, baño turco y las restantes dependencias complementarias del servicio hotelero. Todo lo anterior de acuerdo con las especificaciones definidas en la Etapa Previa y los planos, estudios y diseños que reposan en la Fiduciaria, que lo definen arquitectónica y constructivamente, de conformidad con las Licencias de Construcción No. 569 del 15 de abril de 1993 expedida por el Departamento Nacional de Planeación Metropolitana y el recibo de pago de impuestos No. II 3 9064 de 16 de febrero de 1995”*; iii) la entrega del hotel a los fideicomitentes a través del comité fiduciario; iv) la dotación en condiciones de adecuado funcionamiento del establecimiento y vi) la liquidación de los contratos celebrados para la construcción y dotación del hotel, por montos finales de \$4.560.000.000 y \$1.409.371.163 –fls. 87 a 97, c.2-.

2.1.6 También se allegaron al expediente las certificaciones i) del gerente de Protel S.A. sobre el número de empleados del establecimiento; ii) del revisor fiscal, sobre el valor del terreno del hotel, establecido conforme con las declaraciones del impuesto de renta y complementarios presentadas por esa

sociedad por los años 1993 a 1995 y iii) de Bancoldex sobre el otorgamiento de un crédito a Protel S.A., por \$2.300.000.000 o su equivalente en dólares.

2.1.7 Para acreditar el cumplimiento de los requisitos faltantes para acceder al certificado de desarrollo turístico, la actora solicitó i) inspección judicial con el fin de verificar el estado, los servicios, la capacidad, la dotación, la ubicación y los demás elementos del establecimiento hotelero y ii) dictamen pericial, con el objeto de determinar los perjuicios ocasionados a Sufibic S.A. y *“la situación económica y financiera actual del proyecto si el CDT hotelero se hubiera obtenido oportunamente”*; el monto real de la inversión con sujeción al acuerdo n.º 017 de 1977 de la Corporación Nacional de Turismo; *“el porcentaje sobre el monto real de la inversión, que razonablemente hubiera señalado el CONPES, de acuerdo con las aprobaciones realizadas a la entrada en vigencia de la Ley 223 de 1995 y los criterios previstos en (...) los artículos 17 y 18 del Decreto Reglamentario 1361 de 1976”*; los intereses corrientes sobre la suma calculada del valor del beneficio y *“en general la contabilidad del patrimonio autónomo Hotel Belfort Medellín, del cual es titular SUFIBIC S.A. y la contabilidad pertinente de Protel S.A., en su calidad de operador hotelero”* –fls. 8 y 9, c. ppal-.

En su informe los peritos, después de inspeccionar el hotel, i) señalaron que se trata de un establecimiento de cinco estrellas, ubicado en una importante zona de negocios de Medellín, con 96 habitaciones y demás instalaciones seguras para la prestación de servicios de oficina, telecomunicaciones, auditorio, centro de negocios, restaurante, gimnasio, zonas húmedas, parque infantil y galería de arte; ii) dieron cuenta del organigrama de la planta de personal y de documentos con los que se promociona el hotel; iii) informaron que *“el balance general de la FIDUCOLOMBIA (sic) a diciembre 31/2000, siendo esta la entidad dueña del Hotel, siendo sus activos del orden de los \$15.577.727.687,31”* y iv) señalaron que para el otorgamiento del certificado de desarrollo turístico debía cumplirse los requisitos de que trata el artículo 4º del Decreto ley 2272 de 1974 –fls. 1 a 5, c.4-.

Requeridos para que emitieran su dictamen en el sentido de si el Hotel Belfort Medellín *“...tiene importancia para el desarrollo turístico de su ciudad y, por esa vía, del país”*, los peritos señalaron que a partir de su experiencia profesional, *“las observaciones directas en las visitas al mencionado establecimiento Hotelero, las diferentes publicaciones de Periódicos y Revistas especializadas durante los diferentes años donde se afirma de las calidades del Hotel, se puede afirmar que es uno de las obras (sic) modernas de Hotelería que se hayan realizado en la*

*ciudad. Actualmente es considerado como uno de los mejores en su género dentro de la ciudad de Medellín dada su ubicación, belleza, calidad de servicios y seguridad, contribuyendo como un polo de desarrollo al sector turístico de la ciudad y por lo tanto del país” –fls. 55 y 56, c.4-.*

Empero, nada dijeron los peritos en punto a i) la factibilidad financiera del proyecto, ii) la determinación del valor real de la inversión, iii) la importancia del proyecto para el desarrollo turístico del país conforme con los criterios establecidos en el Decreto 1361 de 1976, esto es teniendo en cuenta la generación de divisas y de empleo, la promoción turística nacional e internacional, la capacidad hotelera de la región y sus rendimientos, la contribución al desarrollo regional, la ubicación geográfica del proyecto dentro de un Recurso Turístico Nacional, el origen de los fondos de la inversión y la clase y categoría del establecimiento y iv) el porcentaje de la inversión, conforme con el cual debía otorgarse el certificado de desarrollo turístico, establecido a partir de los criterios señalados.

A la Sala no le asiste duda en cuanto a que, aunado a la terminación de las obras de construcción y dotación con la aprobación previa de los planos arquitectónicos y al inicio de operaciones del establecimiento, acreditadas en el proceso, los requisitos sobre los cuales los peritos omitieron pronunciarse resultaban determinantes para establecer si se tenía el derecho a acceder al otorgamiento del beneficio.

En efecto, la normatividad vigente hasta 1995 exigía para el efecto un estudio de factibilidad económica del proyecto, determinante en tanto se trata de inversiones que para ser retribuidas debían mantenerse en operación durante los veinte años siguientes al contrato que debía celebrarse. Condiciones de operación identificadas como esenciales para el otorgamiento del beneficio fiscal, si se considera que precisamente este deber constituía la principal obligación del inversionista beneficiario, como parte del contrato exigido.

También resultaba esencial al otorgamiento del beneficio la verificación y determinación del valor real de las inversiones, con sujeción a las reglas del acuerdo n.º 017 de 1977, en tanto constitutivo de la base de cálculo del beneficio.

Conforme con las disposiciones de este último reglamento, para la determinación del valor real de las inversiones, debía establecerse i) que las obras se ejecutaron de acuerdo con los planos arquitectónicos aprobados por la Corporación Nacional de Turismo; ii) el precio del terreno atendiendo al mayor valor entre el avalúo catastral y el declarado con el impuesto de renta; iii) los costos de la construcción y la dotación, a partir del examen de los balances consolidados y las declaraciones de renta *“desde el año que se otorgue la correspondiente licencia de construcción y/o iniciación de las obras, hasta el año en que se termine la inversión y/o inicie la operación del establecimiento así como cualesquiera otros registros de contabilidad”* y iv) los gastos capitalizables de preinversión incurridos durante el mismo periodo –arts. 8º a 15-. Al efecto los peritos se limitaron a señalar el valor de los activos al 31 de diciembre de 2000, desprovisto de cualquier consideración sobre los exámenes y verificaciones exigidas en estas normas.

Y, sin duda, uno de los elementos más significativos para el otorgamiento del beneficio, lo constituía la importancia del proyecto para el desarrollo turístico del país, al punto que, como se ha señalado, se trataba del interés que retribuía el Estado con el certificado de desarrollo turístico; de ahí que los artículos 17 y 18 del Decreto 1361 de 1976 señalaban los criterios objetivos con los que debía valorarse esos efectos y establecerse el porcentaje, en proporción a los impactos generados por el proyecto para el crecimiento del sector.

De conformidad con las disposiciones del artículo 6º del acuerdo n.º 017 de 1977, los impactos del proyecto y el porcentaje de la inversión determinante del monto del beneficio a otorgar debían evaluarse con sujeción a los criterios señalados en el artículo 18 del citado Decreto 1361. En ese orden, las cifras allegadas al proceso sobre la capacidad del hotel y los puestos de trabajo creados, desprovistas de la evaluación de su impacto en el sector turístico no le permiten a la Sala concluir sobre la importancia del proyecto para el desarrollo del país, si se considera, además, que debían evaluarse en su conjunto todos los criterios señalados en las citadas normas.

Siendo así, en tanto no se acreditó i) la factibilidad económica del proyecto; ii) que las obras se ejecutaron con sujeción a los planos aprobados por la Corporación Nacional de Turismo; iii) el valor real de las inversiones con sujeción al ordenamiento; iv) que el proyecto tenía una señalada una importancia para el

desarrollo del sector turístico del país y v) el porcentaje de la inversión sobre el que debía calcularse el certificado de desarrollo turístico en proporción a los impactos del proyecto, no es posible concluir que a la actora le asistía una expectativa legítima a obtener el beneficio y asimismo que haya visto truncado su derecho al otorgamiento.

### **2.4.3 La confianza legítima de la actora no fue defraudada**

Establecido como está que a la demandante no le asistía la expectativa legítima de obtener el beneficio, si se considera que no se acreditó el cumplimiento de los requisitos, resta por analizar lo que tiene que ver con las razones de la *causa petendi* conforme con las cuales la recurrente estaría amparada por la confianza legítima, fundada en situaciones que le habrían permitido creer que el solo hecho de iniciar las inversiones con la aprobación del proyecto arquitectónico, la hacía merecedora del certificado de desarrollo turístico, sin más requisitos.

Cuestión que tiene que ver con la postura individual del administrado y el comportamiento de la autoridad, en cuanto orientados a construir en el sujeto la creencia dimensionada en sus condiciones particulares y concretas, aunque aparentes, en una realidad equívoca respaldada en acciones u omisiones fácilmente verificables.

Obran en el expediente elementos probatorios que ofrecen certeza a la Sala en cuanto a la ausencia de condiciones que le habrían permitido a la actora albergar la confianza de que sería acreedora al certificado de desarrollo turístico por el solo hecho de haber acometido las inversiones con la aprobación del proyecto arquitectónico, sin el cumplimiento de los demás requisitos.

En efecto, establecido está que la Sociedad Protel S.A. actuó a lo largo de la ejecución del proyecto como operador hotelero, pues así se señaló en las actas de los órganos del fideicomiso atrás señaladas y lo afirmó en la demanda y que en tal calidad seleccionó a la actora para encargarle las gestiones relacionadas con el diseño, la promoción, venta de derechos fiduciarios, construcción, dotación del establecimiento y con el trámite de la solicitud del otorgamiento del beneficio.

Actividades que de suyo implican un conocimiento especializado de los aspectos técnicos, económicos y jurídicos del negocio.

Asimismo, está acreditado que la fideicomitente y la actora actuaron con el pleno conocimiento de que para obtener el certificado de desarrollo turístico, además de la ejecución de las inversiones con la aprobación previa del proyecto arquitectónico por parte de la Corporación Nacional de Turismo, debían realizar otras gestiones ante esa entidad, incluidos los trámites durante la etapa de operación del proyecto.

Así quedó consignado en la cláusula decimoséptima del anexo 1 del contrato de fiducia suscrito entre la Sociedad Protel S.A. y la actora:

*DECIMA SÉPTIMA: Los FIDEICOMITENTES INICIALES empezarán las gestiones ante la Corporación Nacional de Turismo para la obtención del certificado de desarrollo turístico poniendo todo su empeño en que tratar de obtenerlo. En la medida en que su obtención definitiva implica realizar trámites durante la etapa de operación, estos serán responsabilidad de los FIDEICOMITENTES POSTERIORES; el Comité Fiduciario continuará las gestiones tendientes a su consecución –fl. 31, c.2-.*

Aunado a lo anterior, la Corporación Nacional de Turismo al aprobar los planos arquitectónicos del proyecto dejó consignado en la resolución n.º 099 de 1994 expedida con ese objeto, que se trataba de un requisito “a fin de solicitar los beneficios de los Certificados de Desarrollo Turístico, para el establecimiento hotelero denominado HOTEL BELFORT” –fl. 55, c.2-. Y no se acreditó en el expediente conducta o actuación de la administración de la cual pueda inferirse inequívocamente el otorgamiento del beneficio sin más requisitos.

Así las cosas, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia recurrida, empero, por las razones que se han expuesto.

## **2.5 Conclusión**

En cuanto el actor no acreditó que con la expedición de la Ley 223 de 1995, derogatoria de las normas rectoras del certificado de desarrollo turístico, se le haya vulnerado la expectativa legítima fundada en el hecho de haber cumplido

todos los requisitos exigidos para el otorgamiento o la confianza legítima respaldada en conductas o actuaciones de la autoridad que le permitieran creer en que obtendría el beneficio sin el lleno de las condiciones objetivas, habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia.

No se condenará en costas por no aparecer causadas.

### **III. DECISIÓN**

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

#### **FALLA:**

**CONFIRMAR** la sentencia proferida por la Sección Tercera de la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 18 de febrero de 2004, por las razones expuestas en la parte motiva.

En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**DANILO ROJAS BETANCOURTH**  
Presidente de la Subsección

**STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO**  
Magistrada

**RAMIRO PAZOS GUERRERO**  
Magistrado