

**ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / REVISIÓN EVENTUAL EN ACCIÓN DE GRUPO / AUSENCIA DE DEFECTO POR DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE – Se aplicó la posición jurisprudencial sobre la materia / SENTENCIA QUE DECLARA LA NULIDAD DE UN ACTO ADMINISTRATIVO GENERAL – Efectos / NULIDAD DE ACTO ADMINISTRATIVO DE CARÁCTER GENERAL – No afecta acto de contenido particular / RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA PREVIA – Obligatoriedad / DAÑO ANTIJURÍDICO – Se debe acreditar / AUSENCIA DE DEFECTOS MATERIAL O SUSTANTIVO Y POR VIOLACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN**

[E]s preciso colegir que la Sala Especial de Decisión núm. 2 consideró que resultaba procedente la revisión eventual de la sentencia de 22 de noviembre de 2017 proferida por el Tribunal, ante la divergencia con la jurisprudencia de esta Corporación, debido a que en la mencionada sentencia se omitió el estudio de dos aspectos relevantes para el caso, como lo son, la necesidad de que los demandantes hubieran reclamado previamente a la administración tributaria la devolución de lo pagado indebidamente y la prueba del daño antijurídico, omisión esta que iba en contravía de la jurisprudencia de la Sección Tercera, que la providencia objeto de tutela consolidó, entre otras, la sentencia de 10 de mayo de 2017, en la que se sostuvo que “en lo atinente a la demostración del primer elemento de la responsabilidad, esto es, la ocurrencia de un daño antijurídico, la Sala estima que no se encuentra acreditado en el proceso, toda vez que dicho carácter no depende per se del pago realizado por la entidad demandante y la declaración de inexequibilidad”. Asimismo, precisó que dicha postura fue ratificada en la sentencia de 4 de diciembre de 2018, proferida por la Sala Cuarta Especial de Decisión, por lo que se echaba de menos el análisis probatorio que debió realizar el Tribunal para determinar si los accionantes habían acreditado el sufrimiento de un quebranto patrimonial que no tenían la obligación de soportar, habida cuenta que, contrario a lo afirmado por los tutelantes, el daño antijurídico debe probarse y no surge automáticamente de la declaratoria de ilegalidad de un tributo. Sostuvo que el Tribunal también debió advertir que la acción de grupo no era la vía procedente para obtener el reintegro de las sumas pagadas por los miembros del grupo, toda vez que le correspondía a cada contribuyente adelantar el trámite administrativo para reclamar la devolución de lo pagado y obtener un pronunciamiento de la administración que, en caso de ser adverso a sus pretensiones, era susceptible del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. Conforme con lo expuesto en precedencia, para la Sala, la autoridad judicial accionada no incurrió en el desconocimiento del precedente alegado y, por el contrario, al advertir que la sentencia objeto de revisión no se ajustaba a los criterios que se han ratificado como jurisprudencia aplicable, consolidó la posición jurisprudencial (...) Para la Sala cabe precisar que la naturaleza de la revisión eventual es lograr que se apliquen las mismas directrices en casos que compartan iguales supuestos fácticos y jurídicos, por lo que dicho mecanismo procede cuando la providencia, cuya revisión se pretende, difiere del alcance interpretativo que el Consejo de Estado le ha dado a un punto de derecho, siempre que este haya sido fijado en una sentencia de unificación o en la jurisprudencia reiterada de la misma Corporación, pues, se repite, lo que interesa a este mecanismo es lograr la igualdad material en la solución de los casos. (...) De acuerdo con lo expuesto, la Sala no comparte las inconformidades planteadas por los actores en el escrito de tutela, en razón a que la autoridad judicial accionada no incurrió en el desconocimiento del precedente judicial alegado, pues conforme se expuso en líneas anteriores, la Sala Especial de Decisión núm. 2 lo que hizo, precisamente, fue reiterar una postura y consolidar la posición jurisprudencial de la Corporación frente a la procedencia de la acción de grupo para solicitar la devolución de

tributos indebidamente pagados y la necesaria acreditación del daño antijurídico cuando se trata de deprecar los perjuicios causados por un acto administrativo declarado nulo.

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre los efectos de las sentencias que declaran la nulidad de un acto administrativo de contenido general ver Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sala 4.<sup>a</sup> Especial de Decisión. Bogotá D.C., 4 de diciembre de 2018. Radicación: 66001-33-31-002-2007-00107-01

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 86 / ESTATUTO TRIBUTARIO – ARTÍCULO 850 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 272 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 273

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCIÓN PRIMERA**

**Consejera ponente: NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN**

Bogotá, D.C., dos (2) de octubre de dos mil veinte (2020)

**Referencia: Acción de tutela**

**Radicación número: 11001-03-15-000-2020-03424-00 (AC)**

**Actor: RICARDO GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ y NÉSTOR OSWALDO PINTO IZAQUITA**

**Demandado: CONSEJO DE ESTADO - SALA ESPECIAL DE DECISIÓN NÚMERO 2**

#### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

La Sala procede a decidir la acción de tutela instaurada por los actores contra la sentencia de 3 de diciembre de 2019, proferida por la Sala Especial de Decisión número 2 de la Sala Plena del Consejo de Estado<sup>1</sup>.

## **I – ANTECEDENTES**

### **I.1.- La acción**

---

<sup>1</sup> En adelante Sala Especial de Decisión núm. 2.

Los señores **RICARDO GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ** y **NÉSTOR OSWALDO PINTO IZAQUITA**, actuando a través de apoderado judicial, en ejercicio de la acción de tutela prevista en el artículo 86 de la Constitución Política, solicitaron la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y al acceso a la administración de justicia, en conexidad con los principios de la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal, la seguridad jurídica y la economía procesal, los cuales consideran vulnerados por la Sala Especial de Decisión núm. 2, al proferir la sentencia de 3 de diciembre de 2019, al resolver la solicitud de revisión eventual presentada dentro de la acción de grupo identificada con el número único de radicación 66001-33-33-004-2012-00105-01.

## **I.2.- Hechos**

Afirmaron que mediante el Acuerdo núm. 55 de 21 de agosto de 2001 (Modificado por los acuerdos núms. 31 de 23 de agosto de 2004 y 074 de 20 de agosto de 2006), el Concejo Municipal de Pereira creó la llamada sobretasa deportiva dirigida a todas las personas naturales y jurídicas que celebraron contratos con dicho municipio o entidades descentralizadas del orden municipal, que consistía en el cobro correspondiente al 2% y 3% del valor del contrato.

Indicaron que contra los anteriores actos administrativos fue presentada una demanda de nulidad, proceso identificado con el número único de radicación 66001-23-31-000-2007-00112-01, la cual le correspondió en

primera instancia al Tribunal Administrativo de Risaralda<sup>2</sup> que, mediante sentencia de 27 de junio de 2008, declaró la nulidad de los mismos por ilegalidad, decisión que fue confirmada en segunda instancia por la Sección Primera del Consejo de Estado, a través del fallo de 9 de febrero de 2012.

Manifestaron que debido a la declaratoria de nulidad de los mencionados acuerdos municipales, junto con un grupo considerable de personas naturales y jurídicas, presentaron demanda de acción de grupo contra el Instituto Municipal de Recreación y Deporte de Pereira<sup>3</sup> y el Municipio de Pereira<sup>4</sup>, con el fin de reclamar el daño antijurídico producido al cobrarles la llamada “sobretasa para el deporte y la recreación”.

Señalaron que la anterior acción de grupo le correspondió en primera instancia al Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Pereira que, mediante providencia de 15 de septiembre de 2015, denegó las súplicas de la demanda, razón por la que interpusieron recurso de apelación, el cual fue resuelto por el Tribunal a través de sentencia de 22 de noviembre de 2017, por medio de la cual revocó la decisión del *a quo* y, en su lugar, accedió a las pretensiones y ordenó lo siguiente:

*“[...] **1.1 DECLÁRASE** administrativamente responsables al municipio de Pereira por los daños sufridos por el accionante y demás integrantes del Grupo que efectuaron pago de la sobretasa deportiva, prevista en el Acuerdo 055 del 21 de agosto de 2001.*

***1.2** Como consecuencia de la declaración anterior, **CONDÉNASE** al municipio de Pereira a pagar, por concepto de perjuicios materiales en favor del actor, la suma de*

---

<sup>2</sup> En adelante el Tribunal.

<sup>3</sup> En adelante INDER Pereira.

<sup>4</sup> En adelante el Municipio.

*\$20.327.025; suma que deberá poner a disposición del Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos según la parte motiva de la providencia.*

**1.3. CONDÉNASE** al municipio de Pereira a pagar, por concepto de perjuicios materiales en favor de los demás integrantes del grupo que se acogieran al fallo, la suma de cuarenta mil millones de pesos (\$40.000.000.000), suma que deberá ponerse a disposición del Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, según la parte motiva de la providencia.

**1.4** La suma será entregada al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia y será administrada por el Defensor del Pueblo.

**1.5 NIEGASE** las demás pretensiones de la demanda.

**1.6 ORDÉNASE** la publicación del extracto de esta sentencia en un diario de amplia circulación nacional, dentro del mes siguiente a la notificación del auto de estarse a lo resuelto en esta sentencia, que profiera el Juzgado de instancia.

**1.7 CONDÉNASE** en costas al municipio de Pereira.

**1.8 FIJÁSE** como honorarios en favor del abogado [...] el 10% de la indemnización que obtenga cada uno de los miembros del grupo que no haya sido representado judicialmente [...].”

Sostuvieron que contra la decisión de 22 de noviembre de 2017, el Municipio interpuso de manera simultánea acción de tutela y solicitud de revisión eventual. La acción de tutela se declaró improcedente, en primera y segunda instancia, por las Secciones Primera y Segunda del Consejo de Estado, respectivamente; y la solicitud de revisión eventual fue concedida por el Tribunal mediante auto de 16 de enero de 2018, contra el cual interpusieron recurso de reposición, resuelto a través de proveído de 23 de febrero de ese mismo año, de manera confirmatoria.

Adujeron que a través de auto de 30 de mayo de 2019, confirmado mediante proveído de 1o. de agosto de ese mismo año<sup>5</sup>, la Sección Segunda del Consejo de Estado seleccionó para revisión eventual la sentencia de segunda instancia de 22 de noviembre de 2017, proferida dentro de la citada acción de grupo, decisiones contra las cuales promovieron acción de tutela radicada bajo el núm. 2019-05019-01, la cual fue declarada improcedente en primera y segunda instancia por las Subsecciones "C" y "A" de la Sección Tercera del Consejo de Estado, respectivamente.

Precisaron que, finalmente, la solicitud de revisión eventual fue decidida mediante sentencia de 3 de diciembre de 2019, proferida por la Sala Especial de Decisión núm. 2 que, en la parte resolutive, dispuso lo siguiente:

**"[...] PRIMERO. DECLARAR PRÓSPERA LA SOLICITUD DE REVISIÓN EVENTUAL** presentada por el municipio de Pereira contra la sentencia del 22 de noviembre de 2017 proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda. En consecuencia, **DECLARAR** que dicha sentencia no se ajustó a los parámetros jurisprudenciales sentados por esta Corporación y, por lo tanto, **INFIRMARLA.**

**SEGUNDO. CONSOLIDAR** la posición jurisprudencial atinente a la acción de grupo en cuanto a: (i) la necesaria acreditación del daño antijurídico cuando se trata de deprecar los perjuicios por el acto declarado nulo, por cuanto la declaratoria de nulidad del acto general no afecta per se la legalidad de los actos administrativos particulares y concretos expedidos con fundamento en ese acto general (actos derivados), en tanto gozan de todos los atributos propios del acto administrativo, entre ellos, están cobijados por la presunción de legalidad; que la vocación resarcitoria en la acción de grupo obedece a la acreditación debida de un daño antijurídico, es decir, aquel que

---

<sup>5</sup> Al resolver el recurso de reposición interpuesto por los actores contra el proveído de 30 de mayo de 2019.

*no tenía la obligación de padecer o soportar y que le es imputable material y jurídicamente a la administración; que para que el daño antijurídico sea indemnizable patrimonialmente en los casos en que tenga su causa directa en el acto administrativo declarado nulo, independientemente de la irregularidad declarada mediante la sentencia de nulidad, debe demostrarse precisamente que sí fue antijurídico, porque legalmente no estaba en el deber de soportarlo y el nexo de causalidad; que conforme al artículo 90 constitucional solo es indemnizable el daño antijurídico, todo daño es indemnizable. Debe quedar demostrado entonces que esa antijuridicidad se deriva de haber padecido una lesión antijurídica, que no puede confundirse con el perjuicio que es el valorativo o lo cuantificable del daño; (ii) que en caso de que el interesado (devolución de tributos indebidamente pagados) solicite a la entidad recaudadora el resarcimiento por vía administrativa porque así lo impone la regulación o se deriva de la relación jurídica y la decisión administrativa no le sea favorable, para efectos de reclamar el resarcimiento del perjuicio causado por el daño antijurídico, deberá acudir a la acción de nulidad y el establecimiento del derecho en el que cuestionará la decisión y puede solicitar los perjuicios causados por el acto administrativo demandado, siempre que haya padecido un daño antijurídico; (iii) la vía indemnizatoria directa cuando se está frente a la nulidad del acto general, debe analizarse cuidadosamente según las circunstancias de cada caso, pues la acción de grupo no puede constituir mecanismo judicial adecuado, si el interesado legalmente tenía la carga de agotar un trámite previo ante la entidad o de generar una decisión administrativa particular, aunado a la demostrativa de haber padecido un daño, pero no cualquiera, sino aquel de alcance y estirpe antijurídico.*

**TERCERO. CONFIRMAR** la sentencia proferida el 15 de septiembre de 2015 por el Juzgado Cuarto Administrativo de Pereira que denegó las pretensiones de la acción de grupo de la referencia.

**CUARTO. NEGAR** la solicitud de aclaración y complementación presentada el 14 de agosto de 2019 respecto del auto del 1 de agosto de 2019, dictado por la Sección Segunda de la Corporación, por carencia de objeto.

**QUINTO.** En firme esta providencia, remitir el expediente al Tribunal de origen, para lo de su cargo [...].”

### **I.3. Fundamentos de la solicitud**

A juicio de los actores, la autoridad judicial accionada incurrió en desconocimiento del precedente judicial al fundamentar su decisión en la sentencia de 4 de diciembre de 2018, proferida por la Sala Especial de Decisión núm. 4 del Consejo de Estado y desconocer las sendas sentencias proferidas por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, en las que se ha indicado que la acción de grupo es un mecanismo idóneo para solicitar la reparación de perjuicios por parte del Estado, cuando la fuente del daño es un acto administrativo de carácter general declarado nulo por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, obviándose la exigencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en aplicación del principio de economía procesal.

Aseguraron que también se desconoció el precedente jurisprudencial establecido frente al daño antijurídico, causados por las fallas en el servicio o la antijuridicidad por la nulidad del acto jurídico general, así como el que establece la dirección de los efectos *ex tuc* o *ex nunc* de la declaratoria de nulidad de dichos actos.

Pusieron de presente que la Sala Especial de Decisión núm. 2 incurrió en defecto material o sustantivo, toda vez que al proferir la sentencia que definió la revisión eventual, objeto de controversia, aplicó de forma equivocada la Constitución Nacional, la Ley 472 de 5 de agosto de 1998<sup>6</sup> y la jurisprudencia sobre las situaciones que rodearon los hechos, pruebas y fallos que se estudiaron.

---

<sup>6</sup> "Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones".

Por último, señalaron que la autoridad judicial accionada incurrió en violación directa de la Constitución al desconocer lo dispuesto en el artículo 88 Constitucional que en forma categórica indica "*También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares*", por lo que, a su juicio, se excluye toda condición de promover, previamente, acciones particulares para luego incoar la acción de grupo.

#### **I.4. Pretensiones**

Los actores solicitaron que se amparen sus derechos fundamentales invocados como violados, en los siguientes términos:

**"[...] 1. DECLARAR que la Sala Especial de Decisión No. 2 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en la providencia del tres (3) de diciembre de dos mil diecinueve (2019), donde dictó Sentencia sobre solicitud de **revisión eventual (1285)** sobre fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Risaralda en la Acción de Grupo tramitada con el radicado 66001-33-33-004-2012-00105-01 (P-0478-2017), donde es demandado el Municipio de Pereira, ha violado al señor RICARDO GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ y los demás miembros del grupo de demandantes, los derechos fundamentales al **debido proceso, al libre acceso a la Administración de Justicia y a la igualdad ante la Ley; a la vez que, desconoció los principios del derecho a la prevalencia del derecho sustancial sobre el derecho procesal, la seguridad jurídica y la economía procesal**; dado, que declaró prospera la revisión eventual y ordenó infirmar la sentencia de segunda instancia del 22 de noviembre de 2017, la cual fue solicitada por el Municipio de Pereira y la Sala emitió providencia **materializándose los defectos especiales de violación directa de la Constitución Política, desconocimiento del precedente jurisprudencial constitucional y contencioso administrativo, y el defecto material o sustantivo.****

**2.** Como consecuencia de la anterior declaración se proceda a:

**2.1. CONCEDER** a los actores el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso, la obstaculización al libre acceso a la administración de justicia y a la igualdad ante la ley; así como, reconocimiento a los principios del derecho a la prevalencia del derecho sustancial sobre el derecho procesal, la seguridad jurídica y la economía procesal.

**2.2.** Se **DECRETE** dejar sin efecto la providencia proferida por la SALA ESPECIAL DE DECISIÓN No. 2 DE LA SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CONSEJO DE ESTADO, del tres (3) de diciembre del dos mil diecinueve (2019) y notificada el treinta y uno (31) de enero de dos mil veinte (2020) dentro de la solicitud de revisión eventual 1285.

**2.3.** Se **ORDENE** según corresponda, proferir providencia de reemplazo de la sentencia de tres (3) de diciembre del dos mil diecinueve (2019), donde se declare impróspera la revisión eventual contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda del día 22 de noviembre de 2017, donde concedió las súplicas en la acción de grupo tramitada con el radicado 66001-33-33-004-2012-00105-01 (P-0478-2017).

**2.4.** Se **ORDENE** la devolución del expediente al despacho de origen para lo de su competencia [...].”

## **I.5. Defensa**

**I.5.1.** El **Municipio** solicitó que se declare improcedente la acción de tutela de la referencia, toda vez que, a su juicio, la sentencia de 3 de diciembre de 2019, aquí cuestionada, no incurrió en el desconocimiento judicial alegado por los actores, pues las providencias que se alegan desconocidas tienen que ver con asuntos de reparación directa y acciones de grupos con supuestos fácticos y jurídicos distintos al presente caso; y, además, tampoco se evidencia una argumentación

razonable que justifique el estudio mediante la presente acción constitucional.

Afirmó que en el caso *sub lite* no se acredita la configuración de ninguna de las causales enlistadas como supuestos del defecto material o sustantivo, pues, por el contrario, la providencia cuestionada se fundamentó en un alto acervo argumentativo de las razones de unificación jurisprudencial.

Señaló que la autoridad judicial accionada al decidir la revisión eventual no incurrió en el desconocimiento del precedente judicial alegado, toda vez que, precisamente, dada la variedad de criterios interpretativos ratificó una postura jurisprudencial y a la vez consolidó la misma.

Resaltó que lo que se advierte del escrito de tutela es que los actores, más allá de presentar cuestionamientos frente a la sentencia que resolvió la revisión eventual, buscan controvertir por esta vía la sentencia de 4 de diciembre de 2018.

Frente al desconocimiento del daño antijurídico, sostuvo que los actores alegaron como desconocidas las sentencias de 16 de febrero de 2007, en la cual se resaltó la existencia de dos posturas respecto al mecanismo para el reintegro de tributos con ocasión de actos administrativos de carácter general anulados por la jurisdicción; y la de 6 de marzo de 2008, mediante la cual se estimó que la fuente del daño que se reclama son los actos administrativos mediante los cuales se

liquidó el impuesto de alumbrado público a los usuarios del servicio de energía eléctrica.

Al respecto, precisó que no le asiste razón a los accionantes debido a que en ambas decisiones se reseña la procedencia de la acción de reparación directa y la acción de grupo, siempre y cuando no mediara acto administrativo de carácter particular susceptible de ser cuestionado en sede jurisdiccional, contrario a lo ocurrido en el caso de la revisión eventual objeto de estudio, en la que se estableció que lo que se estaba controvirtiendo era la liquidación de la sobretasa al deporte practicada sobre cada contrato, razón por la que se debe exigir la revisión de legalidad del acto administrativo particular y concreto, como bien lo concluyó la autoridad judicial cuestionada.

Respecto al desconocimiento jurisprudencial sobre el cobro ilegal de impuestos a través de la acción de grupo, indicó que los accionantes alegaron como desconocidas las providencias de 23 de febrero de 2012 y 11 de junio de 2014, de las cuales, a su juicio, se puede advertir que existían diversas posturas que precisamente fueron objeto de unificación jurisprudencial en la sentencia cuestionada, en la que se consolidaron temas como el plazo previsto en el estatuto tributario y el trámite de pago de lo no debido, entre otros.

Aseguró que de la jurisprudencia constitucional traída a colación por los accionantes no puede deprecarse un desconocimiento del precedente judicial, toda vez que se trata de asuntos de carácter particular sin

vocación de unificación jurisprudencial; y que, además, no guardan identidad fáctica y jurídica con el caso concreto.

Por último, señaló que fueron varias las oportunidades en las que los actores cuestionaron la procedencia del mecanismo de revisión eventual ante el Tribunal Contencioso Administrativo y el Consejo de Estado, habiéndose agotado todos los recursos ordinarios que dispone el ordenamiento jurídico, por lo que, en su sentir, lo aquí pretendido es convertir la acción de tutela en una tercera instancia para discutir asuntos ya resueltos.

**1.5.2. El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Pereira, el Tribunal, la Sala Especial de Decisión núm. 2 y la Sección Segunda del Consejo de Estado,** pese a ser notificados en debida forma guardaron silencio.

## **II.- CONSIDERACIONES DE LA SALA**

### **Competencia**

La Sala es competente para conocer del presente asunto, de conformidad con lo previsto en el artículo 1º del Decreto 1983 de 30 de noviembre de 2017 y en virtud del artículo 2º del Acuerdo número 377 de 11 de diciembre de 2018 de la Sala Plena del Consejo de Estado, que regula la distribución de las acciones de tutela entre las Secciones; y del artículo 13 del Acuerdo 80 de 12 de marzo de 2019 de la misma Sala, que asigna a esta Sección el conocimiento de las acciones de tutela.

## Cuestión previa

En escrito presentado el 29 de septiembre de 2020, se advierte que el señor Consejero **HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ** se declara impedido para actuar dentro del proceso de la referencia, por cuanto en su calidad de miembro de la Sala Especial de Decisión núm. 2 suscribió la sentencia de 3 de diciembre de 2019, que resolvió una solicitud de revisión eventual presentada dentro de la acción de grupo identificada con el número único de radicación 66001-33-33-004-2012-00105-01, objeto de la presente tutela, por lo que considera que se encuentra incurso en la causal prevista en el numeral 6 del artículo 56 del Código de Procedimiento Penal, el cual prevé:

“[...] Causales de impedimento.

Son causales de impedimento:

6. Que **el funcionario** haya dictado la providencia de cuya revisión se trata, **o hubiere participado dentro del proceso**, o sea cónyuge o compañero o compañera permanente o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, del funcionario que dictó la providencia a revisar [...]”.  
(Resaltado fuera del texto original).

A juicio de la Sala, los hechos que soportan el impedimento manifestado por el Consejero **HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ**, configuran la causal alegada, como quiera que el citado magistrado suscribió la sentencia objeto de la presente solicitud de amparo.

Por esta razón, la Sala declarará fundado el impedimento manifestado por el citado consejero, como en efecto se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

Resuelto lo anterior, la Sala procede a examinar el asunto que ahora ocupa su atención.

### **La acción de tutela contra providencias judiciales**

Un primer aspecto que interesa resaltar, es que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de 31 de julio de 2012 (Expediente nro. 2009-01328, Actora: Nery Germania Álvarez Bello, Consejera ponente doctora María Elizabeth García González), en un asunto que fue asumido por importancia jurídica y con miras a unificar la jurisprudencia, consideró que es procedente, cuando se esté en presencia de la violación de derechos constitucionales fundamentales, debiéndose observar al efecto los parámetros fijados hasta el momento jurisprudencialmente.

En sesión de 23 de agosto de 2012, la Sección Primera adoptó como parámetros jurisprudenciales a seguir, los señalados en la sentencia C-590 de 8 de junio de 2005, proferida por la Corte Constitucional, sin perjuicio de otros pronunciamientos que esta Corporación o aquella elaboren sobre el tema, lo cual fue reiterado en la sentencia de unificación de 5 de agosto de 2014, de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, con ponencia del Consejero Jorge Octavio Ramírez Ramírez (Expediente nro. 2012-02201-01).

En la mencionada sentencia la Corte Constitucional señaló los requisitos generales y especiales para la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial, así:

“Los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales son los siguientes:

a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Como ya se mencionó, el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones<sup>[4]</sup>. En consecuencia, el juez de tutela debe indicar con toda claridad y de forma expresa porqué la cuestión que entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes.

b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable<sup>[5]</sup>. De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.

c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración<sup>[6]</sup>. De lo contrario, esto es, de permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.

d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos

fundamentales de la parte actora<sup>[7]</sup>. No obstante, de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C-591-05, si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio.

e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible<sup>[8]</sup>. Esta exigencia es comprensible pues, sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos.

f. Que no se trate de sentencias de tutela<sup>[9]</sup>. Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación, proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas.

... Ahora, además de los requisitos generales mencionados, para que proceda una acción de tutela contra una sentencia judicial es necesario acreditar la existencia de requisitos o causales especiales de procedibilidad, las que deben quedar plenamente demostradas. En este sentido, como lo ha señalado la Corte, para que proceda una tutela contra una sentencia se requiere que se presente, al menos, uno de los vicios o defectos que adelante se explican.

a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales<sup>[10]</sup> o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

f. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

g. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

**h. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado<sup>[11]</sup>.**

i. Violación directa de la Constitución.” (Negrillas fuera del texto)

En el presente caso, se advierte que los actores pretenden que se deje sin efecto la **sentencia de 3 de diciembre de 2019**, proferida por la Sala Especial de Decisión núm. 2, al resolver la solicitud de revisión eventual presentada dentro de la acción de grupo identificada con el número único de radicación 66001-33-33-004-2012-00105-01.

A la citada providencia se le atribuye la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y al acceso a la administración de justicia, en conexidad con los principios de la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal, la seguridad jurídica y la economía procesal, habida cuenta que, a juicio de los actores, la Sala Especial de Decisión núm. 2 incurrió en los defectos material o

sustantivo, violación directa de la Constitución y en desconocimiento del precedente jurisprudencial, al desconocer las sendas sentencias proferidas por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional en las que se ha sostenido que la acción de grupo es un mecanismo idóneo para solicitar la reparación de perjuicios por parte del Estado, cuando la fuente del daño es un acto administrativo de carácter general declarado nulo por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Es del caso advertir que pese a que los actores indicaron que la sentencia cuestionada incurrió en los defectos material o sustantivo, violación directa de la Constitución y desconocimiento del precedente judicial, lo cierto es que sus argumentos se dirigen únicamente a fundamentar un presunto defecto por desconocimiento del precedente jurisprudencial, por lo que el estudio se dirigirá a determinar su configuración, en caso de que el amparo solicitado supere el estudio de los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencia judicial.

De acuerdo con los parámetros planteados en el acápite anterior, la Sala examinará el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, según la jurisprudencia trazada por la Corte Constitucional, acogida por la Sala Plena de esta Corporación.

En el caso bajo estudio se observa que se cumple con el requisito de la relevancia constitucional, por cuanto los actores plantean con suficiente

carga argumentativa las razones por las cuales, en su criterio, la autoridad judicial accionada vulneró sus derechos fundamentales; contra las decisiones cuestionadas no proceden recursos distintos al que es objeto de estudio en el presente asunto; la sentencia de 3 de diciembre de 2019, aquí cuestionada, fue notificada el 31 de enero de 2020 y la acción de tutela de la referencia se promovió el 30 de julio del año en curso, es decir, en un plazo razonable<sup>7</sup>; y la solicitud identifica los hechos y derechos que se estiman lesionados.

Verificado lo anterior, corresponde a la Sala examinar si la autoridad judicial accionada incurrió en el defecto por desconocimiento del precedente judicial alegado por los actores.

### **Desconocimiento del precedente como causal específica de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales**

De acuerdo con lo establecido en los artículos 228 y 230 de la Constitución Política, el poder judicial es autónomo e independiente y los jueces en sus providencias solo están sometidos al imperio de la Ley. Esta regla general de independencia y autonomía no es absoluta, ya que encuentra sus límites en la realización de otros valores constitucionales, según lo ha definido la Jurisprudencia constitucional.

En efecto, en la sentencia T-267 de 2013, la Corte Constitucional puntualizó:

---

<sup>7</sup> Así lo determinó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia de unificación de 5 de agosto de 2014 (Expediente nro. 2012-02201, Consejero ponente: doctor Jorge Octavio Ramírez Ramírez).

*"Es así como, en materia de decisiones judiciales, se destaca el respeto por el principio de igualdad (artículo 13 de la Carta), que supone no solamente la igualdad ante la ley sino también de trato por parte de las autoridades y concretamente igualdad en la interpretación y aplicación de la ley por las autoridades judiciales, garantizándose de esta forma la seguridad jurídica y con ella la certeza de la comunidad respecto a la forma en la que se van a decidir los casos iguales. Como resultado de lo anterior, surge como límite a la autonomía e independencia de los Jueces el respeto por el precedente<sup>8</sup>".*

De la misma forma, en la sentencia C-590 de 2005, la Corte Constitucional precisó que el desconocimiento del precedente constituye una causal de procedibilidad de la acción de tutela cuando la decisión judicial afecta derechos fundamentales de las partes. En especial, respecto del precedente vertical, la Jurisprudencia de esa Corporación ha sido enfática en sostener que el Juez no sólo está vinculado por el artículo 13 de la Carta, que impone la igualdad de trato jurídico en la aplicación de la ley, sino también que su autonomía se encuentra limitada por la eficacia de los derechos fundamentales y, en particular, del debido proceso judicial<sup>9</sup>. Dicha obligación, según la Corte, tiene fundamento en las siguientes razones:

*"i) el principio de igualdad que es vinculante a todas las autoridades e, incluso, a algunos particulares, exige que supuestos fácticos iguales se resuelvan de la misma manera y, por consiguiente, con la misma consecuencia jurídica; ii) el principio de cosa juzgada otorga a los destinatarios de las decisiones jurídicas seguridad jurídica y previsibilidad de la interpretación, pues si bien es cierto el derecho no es una ciencia exacta, sí debe existir certeza razonable sobre la decisión; iii) La autonomía judicial no puede desconocer la naturaleza reglada de la decisión judicial, pues sólo la interpretación armónica de esos dos conceptos garantiza la eficacia del Estado de Derecho; iv)*

---

<sup>8</sup> Ver, entre otras, sentencias C-836 de 2001, T-1130 de 2003, T-698 de 2004, T-731 de 2006, T-571 de 2007, T-808 de 2007, T-766 de 2008, T-014 de 2009 y T-100 de 2010, de la Corte Constitucional.

<sup>9</sup> Sentencia T-766 de 2008. Magistrado ponente: doctor Marco Gerardo Monroy Cabra.

*Los principios de buena fe y confianza legítima imponen a la Administración un grado de seguridad y consistencia en las decisiones, pues existen expectativas legítimas con protección jurídica; y iv) por razones de racionalidad del sistema jurídico, porque es necesario un mínimo de coherencia a su interior.”<sup>10</sup>*

No obstante lo anterior, la jurisprudencia constitucional también ha admitido la posibilidad de que un juez se aparte de su propio precedente o del precedente de su superior jerárquico, **siempre y cuando se sustenten debidamente las razones de su posición** (principio de razón suficiente)<sup>11</sup>.

Descendiendo al caso concreto, la Sala advierte que frente al defecto por desconocimiento del precedente, los actores afirmaron que la autoridad judicial accionada desconoció las sendas sentencias proferidas por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional en las que se ha indicado que la acción de grupo es un mecanismo idóneo para solicitar la reparación de perjuicios por parte del Estado, cuando la fuente del daño es un acto administrativo de carácter general declarado nulo por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, obviándose la exigencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en aplicación del principio de economía procesal.

Agregaron que también se desconoció el precedente jurisprudencial establecido frente al daño antijurídico, causados por las fallas en el servicio o la antijuridicidad por la nulidad del acto jurídico general, así

---

<sup>10</sup> *Ídem.*

<sup>11</sup> Ver sentencia T-292 de 2006.

como el que establece la dirección de los efectos *ex tunc* o *ex nunc* de la declaratoria de nulidad de dichos actos.

De la lectura de la sentencia de 3 de diciembre de 2019, aquí cuestionada, se extrae que la Sala Especial de Decisión núm. 2 fundamentó su decisión de la siguiente manera:

*"[...] 116. Esta Sala anuncia desde ya que la revisión de la sentencia del Tribunal Administrativo de Risaralda tiene vocación de prosperidad teniendo en cuenta que existe divergencia con la jurisprudencia de la Corporación, como pasa a explicarse.*

*117. Sea lo primero advertir que la pretensión de los demandantes mediante el ejercicio de la acción de grupo fue "reintegrar a los miembros del grupo el monto total del dinero que antijurídicamente tuvieron que cancelar por concepto de la sobretasa del deporte", con los debidos intereses y actualización. El daño lo hicieron consistir en que "las personas se vieron obligadas a pagar al municipio el costo de la sobretasa y se vieron menoscabados en su patrimonio al tener que desprenderse de una suma de dinero para pagar un tributo ilegal que hoy carece de legitimidad". Y sobre la antijuridicidad señalaron: "la antijuridicidad del cobro se derivó y evidenció cuando se decretó la Nulidad Total de los actos administrativos que sirvieron de base para el recaudo de tal tributo". Por lo anterior, consideraron que el municipio de Pereira debía "proceder a la devolución de los dineros recaudados conforme a las pretensiones que se plantean en esta demanda". Los perjuicios fueron estimados como la "proyección del recaudo entre la fecha de creación del impuesto y la declaratoria de nulidad".*

*118. Como se observa, la pretensión de la demanda es simplemente el reintegro de los dineros pagados a título de sobretasa deportiva en cada uno de los contratos que se suscribieron con el ente municipal o con las entidades descentralizadas del mismo orden. Es decir, la solicitud de la demanda fue la devolución de tributos que no se debían. Ello pone en evidencia, el primer desacierto de los demandantes frente a una de las reglas sentadas por el Consejo de Estado cuando se precisó que "no es jurídicamente posible reclamar indemnización por el presunto daño antijurídico ante la declaratoria de nulidad del acto general cuando existe regulación legalmente expresa que le impone al afectado reclamar por solicitud expresa la devolución de la suma que pagó y que luego*

se estableció que tal imposición carecía de sustento legal, y **hacerlo dentro de la oportunidad legal**" (Subraya la Sala). En este caso, los demandantes no acudieron al procedimiento legal establecido para solicitar ante la administración tributaria la devolución de los tributos pagados indebidamente, con sus intereses y actualización, sino que acudieron a la acción de grupo con esa pretensión.

119. Adicionalmente, la carga argumentativa de la demanda sobre el daño y su antijuridicidad reposa exclusivamente en el pago del tributo y en la declaratoria de nulidad de los actos administrativos que crearon la sobretasa, que se prueba con la relación que las entidades recaudadoras efectuaron de los pagos por concepto del tributo, lo cual no corresponde a lo que se ha considerado sobre que "el pago, en cuanto acto jurídico que extingue válidamente las obligaciones, per se no constituye daño; se trata del efecto propio de las obligaciones contraídas por el deudor. Razón por la que el pago no da cuenta por sí mismo del daño. Por su parte, la declaración de inexecutable [o de nulidad] desdice de la legalidad o legitimidad de la actuación estatal [...], empero, no acredita per se el daño antijurídico, esto es, la disminución o afectación patrimonial, cierta y particular que el administrado no debe soportar" (Cfr. 88).

120. Estos dos aspectos de la demanda fueron el eje central desarrollado en la sentencia del Tribunal, el que, basado en los efectos de la sentencia de nulidad del acto general, aplicados de forma *Ex Tunc* a los miembros del grupo demandante, se limitó a concluir que en este caso los pagos de los tributos, efectuados en virtud de los acuerdos declarados ilegales, causaban el daño antijurídico que debía ser indemnizado.

121. El Tribunal dejó de lado el estudio de dos aspectos medulares que era imperioso efectuar en la presente acción de grupo, el primero: la necesidad que los demandantes hubieran reclamado previamente a la administración tributaria la devolución o reintegro de lo indebidamente pagado; y, segundo: la prueba del daño antijurídico. Esta omisión contradice la jurisprudencia que la Sala, mediante este pronunciamiento, consolida, y es que como lo señaló la Sección Tercera, entre otras, en sentencia del 10 de mayo de 2017 "en lo atinente a la demostración del primer elemento de la responsabilidad, esto es, la ocurrencia de un daño antijurídico, la Sala estima que no se encuentra acreditado en el proceso, toda vez dicho carácter no depende, per se, del pago realizado por la entidad demandante y de la declaración de inexecutable" (Cfr. 86).

122. Y es que como se dejó sentado en el acápite de conclusiones y en la jurisprudencia que fue confirmada por sentencia del 4 de diciembre de 2018, proferida por la Sala 4 Especial de Decisión, "La declaratoria de nulidad del acto general

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

123. Ciertamente, el Tribunal centró su análisis en torno a que se estaba pretendiendo la indemnización de un **daño generado por un acto administrativo que fue anulado por violación del ordenamiento jurídico**; que las condiciones uniformes estaban dadas porque el grupo fue conformado por aquellas personas que pagaron la sobretasa al deporte, en cumplimiento del Acuerdo 31 de 2004 y los que lo modificaron, siendo esta la causa originaria del daño.

124. Para esta Sala, el Tribunal no podía limitar el análisis de la responsabilidad resarcitoria a partir de los efectos de la sentencia de nulidad de los acuerdos que establecieron el tributo, pues siendo el daño antijurídico el elemento esencial para la prosperidad de la acción, implicaba un análisis individual en cada caso, es decir, de tipo subjetivo; sin embargo, se apartó del contexto jurisprudencial descrito y adoptó la decisión con aplicación de un título de orden objetivo indirecto, consistente en que anulado el acto general se generaba inmediata y automática la responsabilidad del municipio de indemnizar al grupo demandante.

125. La trascendencia de contar en el proceso con la demostración de la antijuridicidad del daño, ha sido un derrotero constante de la jurisprudencia de la Sección Tercera de la Corporación en casos de reparación directa, aplicable a la acción de grupo.

126. Así mismo, la Sala Plena de la Corporación en las sentencias del 13 y 21 de marzo de 2018, citadas en el acápite anterior, definió que la causa de reparación directa de quienes habían pagado la TESA, en los eventos en que se reclamara la devolución de esos dineros, ante la declaratoria de inexecutable de la norma fundamento de su causación declarada por la Corte Constitucional, se centró para el análisis de los efectos indemnizatorios y resarcitorios –carácter común que contiene la acción de grupo- en lo **antijurídico del daño**, como se lee a continuación:

“16. Aunque es cierto que, como lo pusieron de presente varias de las **decisiones judiciales proferidas en el marco de los denominados casos TESA, el ordenamiento jurídico consagra una vía procesal para solicitar la devolución de lo pagado en exceso y lo indebidamente pagado por concepto de obligaciones aduaneras o tributarias -artículos 850 a**

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

16.1. En efecto, al margen de la coincidencia material que puede darse sobre lo perseguido en uno y otro caso, **lo cierto es que en el marco de la presente acción de reparación directa lo que se pretende no es, en estricto sentido, la devolución del impuesto que se considera pagado indebidamente, sino la indemnización de un supuesto daño antijurídico que, aunque se hace consistir en dicho pago, no se imputa a la entidad que lo recaudó, esto es, a la DIAN, que es aquélla ante quien habría podido hacer la reclamación tendiente a obtener su devolución, sino a la Nación-Congreso de la República, persona jurídica diferente<sup>12</sup> cuya declaratoria de responsabilidad bien puede perseguirse a través de la acción de reparación directa, al margen de su vocación de prosperidad.**

16.2. En este sentido vale la pena recordar que, como lo indicó la Corte Constitucional al examinar la exequibilidad del artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, la interpretación de esta norma que es compatible con el artículo 90 superior es la que ha sido adoptada por el Consejo de Estado, a saber, aquélla según la cual "dentro de los supuestos de procedencia de la acción de reparación directa se encuentran los hechos u omisiones imputables al Legislador"<sup>13</sup>, de modo que, si estimaba que el daño cuya reparación pretendía era imputable a este último, la sociedad actora estaba perfectamente legitimada para hacer valer dicha pretensión a través de la acción de reparación directa, medio de control que, como su nombre lo indica, puede incoarse sin necesidad de provocar el pronunciamiento previo de la administración.

16.3. Es **necesario insistir en que, en observancia del principio de decisión previa, los particulares, en el marco de sus relaciones con el Estado, tienen el deber de acudir a la vía administrativa consagrada**

---

<sup>12</sup> Se recuerda que, de conformidad con el artículo 1° del Decreto 1071 de 1999, la DIAN es una entidad del orden nacional con personería jurídica: "La Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, estará organizada como una unidad administrativa especial del orden nacional de carácter eminentemente técnico y especializado, con personería jurídica, autonomía administrativa y presupuestal y con patrimonio propio, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público".

<sup>13</sup> Sentencia C-038 de 2006, op. cit.

**específicamente para obtener el reconocimiento de los derechos o prestaciones de los cuales se reputan titulares o beneficiarios**, de modo que, si no lo hacen, la demanda que presenten ante la jurisdicción carecerá de aptitud sustantiva para ser tramitada, pues en estos casos el ordenamiento jurídico otorga a la administración el privilegio o la potestad de pronunciarse sobre el asunto antes de ser objeto de censura en un proceso judicial. Al respecto se ha dicho:

*'(...) ante la ausencia de pronunciamiento de la entidad administrativa, se impone el respeto por el privilegio de la decisión previa, según el cual, por regla general, la administración pública, a diferencia de los particulares, no puede ser llevada a juicio contencioso si previamente no se le ha solicitado por el administrado un pronunciamiento sobre la pretensión que se propone someter al juez. Así, la reclamación previa, que se opone al derecho de citación directa que tienen los demandantes en los procesos civiles, constituye un privilegio por cuanto le permite a la autoridad reconsiderar la decisión que se impugna; cuestión que también puede resultar ventajosa para el administrado, ya que es posible que mediante su gestión convenza a la administración y evite así un pleito<sup>14,15</sup>*

16.4. No obstante, **el objeto del mecanismo consagrado por el Estatuto Tributario para la devolución de tributos se circunscribe al análisis sobre si los mismos eran debidos o no o si fueron pagados en exceso o no, asunto que, aunque puede tener puntos de encuentro con el objeto litigioso planteado en la acción de reparación directa, no coincide plenamente con él, en tanto que, como se explicó en el acápite anterior, esta última concierne un juicio de responsabilidad en el que debe analizarse además de la existencia de un daño antijurídico, su imputabilidad a la entidad demandada, de allí que no puede afirmarse que lo pretendido por la sociedad actora en la presente demanda de reparación directa, a saber, la declaratoria de responsabilidad de la Nación-Congreso de la República por la supuesta causación del daño antijurídico consistente en el pago de la TESA, hubiera podido ser analizada, en los mismos términos, en el procedimiento administrativo establecido para obtener que la DIAN devolviera lo cancelado por ese concepto o en la eventual acción**

---

<sup>14</sup> [2] BETANCUR JARAMILLO, Carlos, *Derecho Procesal Administrativo*, Señal Editora, Quinta edición, Medellín, 2000, página 170.

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

**de nulidad y restablecimiento del derecho al que el agotamiento de aquél habría dado lugar.**

16.5. Ahora bien, lo dicho hasta aquí no es óbice para que en el análisis de la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador, el juez de la reparación directa tenga en cuenta la existencia de este mecanismo administrativo, pues bien podría ocurrir que en un caso en particular se encuentre que su ejercicio permitía revertir efectivamente el daño cuya reparación se pretende<sup>16</sup>, hipótesis en la cual, estando abierta la posibilidad de acudir con éxito a dicha vía, el daño invocado no podría tenerse por cierto, o teniéndosele por tal, **el mismo sería imputable no al hecho del legislador sino al de la misma víctima quien, a falta de haberlo agotado, determinó la perennidad de aquél..."**

128. De las pretensiones de la demanda, de sus argumentos y de las pruebas que obran en el plenario, surge para esa Sala la determinación que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar.

129. En efecto, partiendo del hecho que la pretensión de la demanda de la presente acción es el reintegro de las sumas pagadas por los miembros del grupo, el juez debió advertir que esta acción no era la vía procedente para ese petitum, sino que correspondía a cada contribuyente adelantar el trámite administrativo previo de rogación o reclamación de la devolución de lo pagado indebidamente y obtener un pronunciamiento administrativo que, en caso de ser adverso, era pasible de acción de nulidad y restablecimiento del derecho. La procedencia de la acción no depende de la denominación que le dé el administrado a su demanda o que so pretexto de acudir a una acción expedita, como es esta acción de grupo, señale como pretensión la devolución de impuesto pagado indebidamente como único perjuicio indemnizable, cuando está dicho que el pago de un impuesto declarado ilegal no es per se un daño.

130. Y no es que se considere que no pueda interponerse una acción de grupo para obtener la reparación de un daño antijurídico. Lo que se considera es que ese daño antijurídico no lo constituye el simple pago de un tributo que luego ha sido declarado ilegal y cuya devolución se pretende. El daño antijurídico debe probarse, pues este no surge automáticamente

---

<sup>16</sup> Circunstancia que no siempre se presenta pues en los casos en los que no hay razones para considerar que el pago fue indebido o en exceso y, sin embargo, se alega que constituyó un daño antijurídico, el mecanismo administrativo no tendría la virtualidad de permitir su reversión -piénsese en la hipótesis en la que se demande la responsabilidad del Estado por daño especial o en aquella en la que, dados los efectos hacia futuro de la sentencia de inexecutable y lo consolidado de la situación de los demandantes, en los términos de la jurisprudencia de las Secciones Primera y Cuarta, tanto la vía administrativa como la eventual acción de nulidad y restablecimiento del derecho que le sucedería estarían avocadas al fracaso y, en consecuencia, serían inanes-.

*de la declaratoria de ilegalidad del tributo como lo aduce la demanda, ni tal declaratoria puede sustentar irreflexivamente la responsabilidad patrimonial del Estado. La imputación hecha por los miembros del grupo implica un juicio de carácter objetivo frente a la responsabilidad del Estado por la sola ilegalidad de su actuación.*

*131. En el presente caso, como se ha señalado, los actores de la acción de grupo enfocan la antijuridicidad bajo la hipótesis de un actuar ilegal de la administración y no en un padecimiento de un daño que no estaban en la obligación de soportar, lo cual es suficiente para desestimar las pretensiones de la demanda, sin embargo, la Sala advierte que el tributo mientras estuvo vigente tuvo su destinación específica invirtiéndose en beneficio de la comunidad de la ciudad en temas de deporte y recreación, que redundarían en beneficio de toda la comunidad Pereirana, luego no se trata de una ventaja arbitraria o injustificada del municipio. Entonces, el pago del tributo no constituye per se un daño para los demandantes, ni menos puede considerarse antijurídico, máxime cuando en el expediente no hay pruebas diferentes a las que demuestran que el tributo se pagó y que el municipio y las entidades descentralizadas lo recaudaron por virtud de los contratos que celebraron durante su vigencia. El detrimento patrimonial aducido por el grupo demandante se fundamenta solo en el pago del tributo al momento de celebrar el contrato, pero, para la Sala, este pago se ve revertido en la posibilidad que tiene el contratista de prestar su servicio o suministrar un bien a la administración y que se trasladaría finalmente al precio del contrato.*

*132. Pero estas razones que ahora esgrime la Sala no fueron siquiera invocadas en la demanda, ni son desvirtuadas en los recursos de apelación que se presentaron contra el fallo de primera instancia<sup>17</sup>, cuando señalan que el pago del tributo era una formalidad necesaria e indispensable para celebrar el contrato y que no pertenecía al arbitrio de los contratantes pagarla o no, argumento que no es ajeno al tema tributario donde no cabe la posibilidad de no pagar un tributo al cual se está obligado, por así disponerlo el artículo 95 de la Constitución Política, que ordena como "deber de la persona y del ciudadano: 95. Contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad".*

*133. Como corolario de lo anterior, la Sala encuentra que no es posible imputar responsabilidad al municipio de Pereira en el presente asunto, comoquiera que no se probó la configuración de un daño antijurídico para los demandantes con la vigencia de la sobretasa, motivo por el cual no tienen prosperidad las pretensiones de la presente acción de grupo, debiéndose en*

---

<sup>17</sup> Folios 3032 y ss. del expediente.

*consecuencia confirmar la decisión de primera instancia que así lo decidió.*

*134. Como cuestión adicional la Sala negará la solicitud de aclaración presentada por el apoderado de algunos de los miembros del grupo<sup>18</sup>, frente al auto dictado por la Sección Segunda de la Corporación que resolvió unos recursos de reposición contra el auto que seleccionó el proceso para revisión eventual frente a la negativa de ordenar el envío del expediente para el cumplimiento de la sentencia, teniendo en cuenta que con la decisión que aquí se toma carece de objeto la pretensión aclaratoria [...]”.*

De lo transcrito en líneas anteriores, es preciso colegir que la Sala Especial de Decisión núm. 2 consideró que resultaba procedente la revisión eventual de la sentencia de 22 de noviembre de 2017 proferida por el Tribunal, ante la divergencia con la jurisprudencia de esta Corporación, debido a que en la mencionada sentencia se omitió el estudio de dos aspectos relevantes para el caso, como lo son, la necesidad de que los demandantes hubieran reclamado previamente a la administración tributaria la devolución de lo pagado indebidamente y la prueba del daño antijurídico, omisión esta que iba en contravía de la jurisprudencia de la Sección Tercera, que la providencia objeto de tutela consolidó, entre otras, la sentencia de 10 de mayo de 2017, en la que se sostuvo que *“en lo atinente a la demostración del primer elemento de la responsabilidad, esto es, la ocurrencia de un daño antijurídico, la Sala estima que no se encuentra acreditado en el proceso, toda vez que dicho carácter no depende per se del pago realizado por la entidad demandante y la declaración de inexecutable”*.

Asimismo, precisó que dicha postura fue ratificada en la sentencia de 4

---

<sup>18</sup> Folio 3619 y ss. del expediente.

de diciembre de 2018, proferida por la Sala Cuarta Especial de Decisión, por lo que se echaba de menos el análisis probatorio que debió realizar el Tribunal para determinar si los accionantes habían acreditado el sufrimiento de un quebranto patrimonial que no tenían la obligación de soportar, habida cuenta que, contrario a lo afirmado por los tutelantes, el daño antijurídico debe probarse y no surge automáticamente de la declaratoria de ilegalidad de un tributo.

Sostuvo que el Tribunal también debió advertir que la acción de grupo no era la vía procedente para obtener el reintegro de las sumas pagadas por los miembros del grupo, toda vez que le correspondía a cada contribuyente adelantar el trámite administrativo para reclamar la devolución de lo pagado y obtener un pronunciamiento de la administración que, en caso de ser adverso a sus pretensiones, era susceptible del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Conforme con lo expuesto en precedencia, para la Sala, la autoridad judicial accionada no incurrió en el desconocimiento del precedente alegado y, por el contrario, al advertir que la sentencia objeto de revisión no se ajustaba a los criterios que se han ratificado como jurisprudencia aplicable, consolidó la posición jurisprudencial atinente a la acción de grupo en relación con:

*"[...] (i) la necesaria acreditación del daño antijurídico cuando se trata de deprecar los perjuicios por el acto declarado nulo, por cuanto la declaratoria de nulidad del acto general no afecta per se la legalidad de los actos administrativos particulares y*

*concretos expedidos con fundamento en ese acto general (actos derivados), en tanto gozan de todos los atributos propios del acto administrativo, entre ellos, están cobijados por la presunción de legalidad; que la vocación resarcitoria en la acción de grupo obedece a la acreditación debida de un daño antijurídico, es decir, aquel que no tenía la obligación de padecer o soportar y que le es imputable material y jurídicamente a la administración; que para que el daño antijurídico sea indemnizable patrimonialmente en los casos en que tenga su causa directa en el acto administrativo declarado nulo, independientemente de la irregularidad declarada mediante la sentencia de nulidad, debe demostrarse precisamente que sí fue antijurídico, porque legalmente no estaba en el deber de soportarlo y el nexo de causalidad; que conforme al artículo 90 constitucional solo es indemnizable el daño antijurídico, todo daño es indemnizable. Debe quedar demostrado entonces que esa antijuridicidad se deriva de haber padecido una lesión antijurídica, que no puede confundirse con el perjuicio que es el valorativo o lo cuantificable del daño; (ii) que en caso de que el interesado (devolución de tributos indebidamente pagados) solicite a la entidad recaudadora el resarcimiento por vía administrativa porque así lo impone la regulación o se deriva de la relación jurídica y la decisión administrativa no le sea favorable, para efectos de reclamar el resarcimiento del perjuicio causado por el daño antijurídico, deberá acudir a la acción de nulidad y el establecimiento del derecho en el que cuestionará la decisión y puede solicitar los perjuicios causados por el acto administrativo demandado, siempre que haya padecido un daño antijurídico; (iii) la vía indemnizatoria directa cuando se está frente a la nulidad del acto general, debe analizarse cuidadosamente según las circunstancias de cada caso, pues la acción de grupo no puede constituir mecanismo judicial adecuado, si el interesado legalmente tenía la carga de agotar un trámite previo ante la entidad o de generar una decisión administrativa particular, aunado a la demostrativa de haber padecido un daño, pero no cualquiera, sino aquel de alcance y estirpe antijurídico [...]”.*

Para la Sala cabe precisar que la naturaleza de la revisión eventual es lograr que se apliquen las mismas directrices en casos que compartan iguales supuestos fácticos y jurídicos, por lo que dicho mecanismo procede cuando la providencia, cuya revisión se pretende, difiere del alcance interpretativo que el Consejo de Estado le ha dado a un punto de derecho, siempre que este haya sido fijado

en una sentencia de unificación o en la jurisprudencia reiterada de la misma Corporación, pues, se repite, lo que interesa a este mecanismo es lograr la igualdad material en la solución de los casos.

En efecto, frente a la finalidad y procedencia del mecanismo eventual de revisión, la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo–CPACA-, estableció lo siguiente:

**“ARTÍCULO 272. FINALIDAD DE LA REVISIÓN EVENTUAL EN LAS ACCIONES POPULARES Y DE GRUPO.** La finalidad de la revisión eventual establecida en el artículo [36A](#) de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de Administración de Justicia, adicionado por el artículo [11](#) de la Ley 1285 de 2009, es la de unificar la jurisprudencia en tratándose de los procesos promovidos para la protección de los derechos e intereses colectivos y la reparación de daños causados a un grupo y, en consecuencia, lograr la aplicación de la ley en condiciones iguales frente a la misma situación fáctica y jurídica.

**“ARTÍCULO 273. PROCEDENCIA.** La revisión eventual procederá, a petición de parte o del Ministerio Público, contra las sentencias o providencias que determinen la finalización o archivo de los procesos promovidos para la protección de los derechos e intereses colectivos y la reparación de daños causados a un grupo, proferidas por los Tribunales Administrativos, que no sean susceptibles del recurso de apelación ante el Consejo de Estado, en los siguientes casos:

1. Cuando la providencia objeto de la solicitud de revisión presente contradicciones o divergencias interpretativas, sobre el alcance de la ley aplicada entre tribunales.
2. Cuando la providencia objeto de la solicitud se oponga en los mismos términos a que se refiere el numeral anterior a una sentencia de unificación del Consejo de Estado o a jurisprudencia reiterada de esta Corporación.”

De acuerdo con lo expuesto, la Sala no comparte las inconformidades planteadas por los actores en el escrito de tutela, en razón a que la autoridad judicial accionada no incurrió en el desconocimiento del

precedente judicial alegado, pues conforme se expuso en líneas anteriores, la Sala Especial de Decisión núm. 2 lo que hizo, precisamente, fue reiterar una postura y consolidar la posición jurisprudencial de la Corporación frente a la procedencia de la acción de grupo para solicitar la devolución de tributos indebidamente pagados y la necesaria acreditación del daño antijurídico cuando se trata de deprecar los perjuicios causados por un acto administrativo declarado nulo.

Así las cosas, para la Sala la autoridad judicial accionada realizó un análisis juicioso de la normativa y la jurisprudencia aplicable al asunto, de tal suerte que lo que se advierte es la inconformidad de los accionantes con las razones de la providencia acusada, no así las falencias que alegan.

En este orden de ideas, al no haberse acreditado el defecto endilgado a la sentencia de 3 de diciembre de 2019, proferida por la Sala Especial de Decisión núm. 2, la Sala denegará el amparo solicitado por los accionantes, como en efecto se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

**En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,**

**F A L L A:**

**PRIMERO: DECLARAR** fundado el impedimento manifestado por el señor Consejero doctor **HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ**, para intervenir en el proceso de la referencia.

**SEGUNDO: DENEGAR** el amparo solicitado, por las razones expuestas en la parte motiva esta providencia.

**TERCERO: NOTIFICAR** a las partes por el medio más expedito y eficaz.

**CUARTO:** En caso de que esta providencia no sea impugnada y quede en firme, **REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

**QUINTO:** El contenido de la presente providencia, publíquese en la página web del Consejo de Estado.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, Y CÚMPLASE,**

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 2 de octubre de 2020.

**NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN**  
Presidenta

**OSWALDO GIRALDO LÓPEZ**

**ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS**