

SENTENCIA DE REEMPLAZO / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA - No condena

CUMPLIMIENTO DE FALLO DE TUTELA / SENTENCIA DE REEMPLAZO - Por orden de sentencia de tutela / SENTENCIA DE TUTELA - Alcance respecto de providencias judiciales / JUEZ DE TUTELA - No puede usurpar competencia del juez natural para decidir de fondo el caso en concreto

DAÑO DERIVADO DE LA FUNCIÓN LEGISLATIVA / DAÑO DERIVADO DE LA EXPEDICIÓN DE LEYES / HECHO DEL LEGISLADOR

SÍNTESIS DEL CASO: El Congreso de la Republica en ejercicio de su función legislativa, expidió la ley 633 del 29 de diciembre de 2000, en cuyo artículo 56 dispuso la creación de una tasa especial como contraprestación por el costo de los servicios aduaneros prestados por la DIAN, la sociedad demandante en base a este artículo, realizó los respectivos pagos, hasta que la Corte Constitucional en sentencia C - 992 de 2001 declaró dicho artículo como inexecutable, omitiendo estipular a dicha declaratoria el efecto de retroactividad, desconociendo un precedente de esa misma corporación en relación al efecto que se le debía dar a la declaratoria de inexecutable en estos casos, generando la no restitución de los dineros pagados por el concepto de dicha tasa que salieron del patrimonio de la sociedad demandante. La Subsección A Condenó en abstracto mediante sentencia, providencia que fue objeto de revisión a través de acción de tutela, de lo cual el Juez de tutela ordenó emitir sentencia de reemplazo al encontrar violaciones a derechos fundamentales.

FUENTE FORMAL: LEY 633 DE 2000

DAÑO CAUSADO POR EL HECHO DEL LEGISLADOR / COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN SEGUNDA INSTANCIA – En Razón a la cuantía. Valor de la pretensión mayor

Como la demanda se presentó el 30 de septiembre de 2003 y la pretensión mayor se estimó en la suma de \$723'748.898 por concepto de perjuicios materiales y ésta supera el monto exigido para que un proceso adelantado en ejercicio de la acción de reparación directa tuviera vocación de doble instancia para aquella época, esto es \$36'950.000, esta Corporación es competente para conocer del recurso interpuesto.

SENTENCIA DE REEMPLAZO - Por orden sentencia de tutela / SENTENCIA DE TUTELA - Alcance respecto de providencias judiciales / JUEZ DE TUTELA - No puede usurpar competencia del juez natural para decidir de fondo el caso en concreto

[S]o pretexto de amparar el derecho fundamental al debido proceso del Congreso de la República en el juicio de responsabilidad, el juez constitucional predeterminó la decisión que habrá de adoptarse en el presente caso, al asegurar que “no se encuentra acreditado el daño antijurídico” que es el primer elemento estructural de la responsabilidad patrimonial y que por ende resultaba imposible imputarlo a la demandada. (...) en esa sentencia de tutela, la Sección Quinta del Consejo de Estado afirmó la inexistencia del daño alegado en la acción de reparación directa, como base de una supuesta vulneración de derechos fundamentales, apreciación que, sin lugar a dudas, es del resorte exclusivo del juez natural de la responsabilidad estatal, de manera que dicha valoración menoscaba abiertamente los principios de autonomía e independencia judicial que le son consustanciales a

esta Sala, en el marco de su función de administrar justicia en el ámbito de la responsabilidad patrimonial del Estado. En este orden de ideas, resulta imperioso dejar sentado que las consideraciones expresadas por el juez constitucional en el presente asunto no deberían determinar el sentido de la decisión de fondo que habrá de adoptarse en cumplimiento de la sentencia de tutela, toda vez que, se reitera, con tales valoraciones se han usurpado abiertamente las competencias que le corresponden a la Sección Tercera como juez natural de la responsabilidad estatal en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, lo que no obsta para que la Subsección, en ejercicio de su autonomía e independencia, valore el caso concreto, sin perjuicio de que se compartan o no los criterios que sobre la responsabilidad aquí debatida fueron materia de pronunciamiento en sede de tutela

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR INEXEQUIBILIDAD DE UNA LEY / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Elementos. Presupuestos / DAÑO ANTIJURÍDICO / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL HECHO DEL LEGISLADOR / REPARACIÓN DIRECTA - Carga probatoria del demandante

Como las pretensiones de la demanda se fundamentan en la causación de un supuesto daño antijurídico derivado de haber efectuado dichos pagos en el período indicado y de haber sido declarado inexecutable ese tributo mediante la referida sentencia C-992 de 2001, resulta necesario verificar si esos pagos constituyen en sí mismos un daño antijurídico. (...) para que el daño antijurídico sea indemnizable requiere estar cabalmente estructurado; por tal motivo, se torna imprescindible acreditar los siguientes aspectos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama: i) que el daño es antijurídico, esto es, que la persona no tiene el deber jurídico de soportarlo, ii) que se lesiona un derecho, bien o interés protegido por el ordenamiento legal y iii) que el daño es cierto, es decir, que se puede apreciar material y jurídicamente y, por ende, no se limita a una mera conjetura. (...) el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil dispone que corresponde a la parte demandante probar los supuestos de hecho sobre los cuales fundamenta su pretensión de reparación, para lo cual, como ya se indicó, en primer lugar habrá de demostrarse la existencia del daño y su carácter de antijurídico.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTÍCULO 177

CREACIÓN DE LA UNA LEY DE CARÁCTER TRIBUTARIO / COSTO DE SERVICIOS ADUANEROS PRESTADOS POR LA DIAN - Tasa especial / LEY DECLARADA INEXECUIBLE

ANTI JURIDICIDAD DEL DAÑO / INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO / ESTRUCTURACIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO – Aspectos

[P]ara que el daño antijurídico sea indemnizable requiere estar cabalmente estructurado; por tal motivo, se torna imprescindible acreditar los siguientes aspectos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama: i) que el daño es antijurídico, esto es, que la persona no tiene el deber jurídico de soportarlo, ii) que se lesiona un derecho, bien o interés protegido por el ordenamiento legal y iii) que el daño es cierto, es decir, que se puede apreciar material y jurídicamente y, por ende, no se limita a una mera conjetura. Ahora, el daño es el primer elemento de la responsabilidad, como quiera que su existencia es requisito indispensable para que surja la obligación de reparar; así, corresponde al juez constatar ante todo que hay un daño, valorar si es o no

antijurídico y, una vez estructurado, analizar la posibilidad de imputación o no a la entidad demandada.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL HECHO DEL LEGISLADOR / DAÑO DERIVADO DE LA FUNCIÓN LEGISLATIVA / DAÑO DERIVADO DE LA EXPEDICIÓN DE LEYES / INEXISTENCIA DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / INEXISTENCIA DEL DAÑO / DAÑO ANTIJURÍDICO – No se acreditó / OMISIÓN DE PROBAR EL DAÑO CAUSADO / INCUMPLIMIENTO DE LA CARGA PROBATORIA

[C]orresponde a la parte demandante probar los supuestos de hecho sobre los cuales fundamenta su pretensión de reparación (...) si bien están demostrados los pagos que Dupont de Colombia realizó por concepto de la TESA entre enero y octubre de 2001, ello no constituye el daño antijurídico alegado, toda vez que dicho carácter no depende de esos pagos en sí mismos, ni de la declaración de inexequibilidad dispuesta por la Corte Constitucional respecto de los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000. Lo anterior, en virtud de que no se probó en el proceso que la sociedad demandante hubiera reclamado la devolución de las sumas que hoy considera pagadas sin fundamento jurídico, frente a lo cual debe destacarse que, como se ha dicho de forma reiterada por esta Sala, para ello existe un procedimiento establecido en la ley, cuando el contribuyente considere que ha realizado un pago de lo no debido. (...) la demandante debió tramitar ante la autoridad correspondiente la devolución del pago de lo no debido, exponiendo las razones que fundamentaban su solicitud, comoquiera que se trata del mecanismo establecido en nuestro ordenamiento jurídico para tal fin. (...) si la demandante hubiera reclamado la devolución de lo que pagó por concepto de la TESA y la autoridad correspondiente le hubiera negado su solicitud, dicha circunstancia hubiera configurado la certeza de la consolidación del daño alegado y la hubiera habilitado para estimar como no debidos los pagos realizados por tal concepto. (...) como el daño es la causa de la reparación y constituye el primer elemento o supuesto de la responsabilidad y en este caso –se reitera– no se probó, su ausencia torna innecesario el estudio de la imputación frente a la entidad demandada.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTÍCULO 177 / LEY 633 DE 2000 - ARTÍCULO 56 / LEY 633 DE 2000 - ARTÍCULO 57

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUB SECCIÓN A

Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

Bogotá D.C. veintiséis (26) de abril de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 25000-23-26-000-2003-02127-01(30212)R

Actor: DUPONT DE COLOMBIA S.A.

Demandado: NACIÓN – CONGRESO DE LA REPÚBLICA Y OTROS

Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

Mediante sentencia del 11 de junio de 2014, esta Subsección puso fin al proceso de la referencia; no obstante, la Sección Quinta de esta Corporación la dejó sin efectos con la sentencia de tutela del 3 de noviembre de 2017¹. Procede, entonces, esta Sala a resolver nuevamente el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 30 de diciembre de 2004, proferida por la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

I. ANTECEDENTES

1. El 30 de septiembre de 2003, Dupont de Colombia S.A., mediante apoderado judicial y en ejercicio de la acción de reparación directa, solicitó que se declarara la responsabilidad de la Nación – Congreso de la República y de la Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, por los perjuicios irrogados con la expedición de los artículos 56 y 57 de la ley 633 de 2000, infringiendo con ello la Constitución Política, tal y como lo señaló la Corte Constitucional al declarar inexecutable las normas mencionadas. De igual manera, hizo consistir el daño en el hecho de no haberse dispuesto en la sentencia de inexecutable la devolución de los dineros que fueron a parar al erario en virtud de las disposiciones eliminadas.

Como pretensiones de la demanda fueron formuladas las siguientes:

“PRIMERO.- Que se declare que **la Nación es responsable** de los perjuicios que sufrió la demandante como consecuencia: (i), (sic) de que el Congreso expidió los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000 infringiendo la Constitución Política; y (ii), (sic) de que la Corte Constitucional, al dictar su sentencia C- 992 de 2001, septiembre 19, notificada el 25 de octubre de 2001, al declarar inexecutable los

¹ **“PRIMERO: REVOCAR** el fallo de tutela de 15 de junio de 2017 por medio del cual el Consejo de Estado, Sección Cuarta declaró improcedente la acción de tutela para, en su lugar, **AMPARAR** el derecho fundamental al debido proceso de la Nación – Congreso de la República de acuerdo con las consideraciones expuestas en la presente providencia.

“SEGUNDO: En consecuencia, **DEJAR SIN EFECTOS** la sentencia de 11 de junio de 2014 proferida el (sic) el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección 'A' dentro del proceso de reparación directa número 25000-23-36 (sic)-000-2003-02127-01 iniciado por Dupont de Colombia S.A.

“TERCERO: ORDENAR al Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección 'A' que dentro los (sic) treinta (30) días siguientes a la notificación de este fallo, dicte una providencia de reemplazo de acuerdo con los lineamientos expuesto (sic) en esta sentencia”.

mismos dos artículos omitió disponer, dándole a su fallo efecto retroactivo, que se devolvieran los recursos que ingresaron a la Nación mientras estuvieron vigentes tales inconstitucionales disposiciones del legislador.

“**SEGUNDO.**- Declarado que la Nación es responsable del **daño** que causó con dicho acto del Congreso y dichas omisiones de la Corte Constitucional, daño que se concretó en que el patrimonio de la demandante se disminuyó al salir de él dichos recursos en la forma que aparece en los documentos que enumero en la sección VI – Anexos (sic) No. 3, **se condene** a la Nación a que, por intermedio del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y su entidad recaudadora que le está adscrita, la Dirección General de Impuestos Nacionales, DIAN:

“(i) Como indemnización por el daño, le **restituya, reintegre o devuelva** a la compañía demandante, ajustada por la inflación desde cuando presentó la última de las declaraciones de importación anunciadas en la Sección VI, Anexos (sic) No. 3, \$723'748.898 a que ascienden los recursos que egresaron desde el patrimonio de ella hacia las arcas de la Nación por concepto de la 'tasa especial' que creó (sic) las normas que el legislador expidió infringiendo la Constitución Política; y

“(ii) Como indemnización de lo que la demandante dejó de percibir al egresar de su patrimonio dichos recursos y por fuerza de los principios de justicia y equidad que también

en materia de tributos tienen que imperar según los Artículos 95 Numeral 9, y 363 de la Constitución Política, **se le ordene** que pague a la demandante, liquidada sobre \$723'748.898, desde la fecha de la última de las mencionadas declaraciones de importación hasta la de ejecutoria de la sentencia del proceso por iniciar con la presente demanda, la suma equivalente a los intereses sobre deudas por impuestos de que tratan los artículos 634 y 635 del Estatuto Tributario del Decreto 624 de 1989.

“(iii) Que se le condene en costas y agencias en derecho”² (negritas del original).

Como fundamento fáctico de las pretensiones, la parte actora adujo, en síntesis, lo siguiente:

a.- El Congreso de la República expidió la ley 633 de 29 de diciembre de 2000, en cuyo artículo 56 dispuso:

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

El artículo 57 de esa misma ley le asignó a la DIAN la función de control de la tasa especial creada en el artículo 56, creó el “fondo de servicios aduaneros”, señaló

² Folios 2 y 3 del cuaderno 1.

que su destinación sería la “financiación de los costos laborales y de capacitación de la DIAN”, entre otros, y dispuso la forma en que debía administrarse.

b.- Desde que entró en vigencia la norma aludida, la demandante pagó la tasa especial, incluyéndola en sus declaraciones de importación.

c.- La Corte Constitucional, en la sentencia C – 992 de 2001, decidió que los artículos 56 y 57 de la ley 633 de 2000 eran inexecutable. En esa decisión señaló que la naturaleza del emolumento creado por la ley no correspondía a una tasa, como se denominó, sino a un impuesto; sin embargo, la Corte omitió en el fallo disponer que los efectos de la declaración de inexecutable del artículo 56 se producirían desde la entrada en vigencia de éste, omisión que trascendió a que los perjudicados por la norma no pudieran obtener la restitución de los dineros que trasladaron al erario desde el día en que ésta entró en vigencia y hasta cuando se notificó la sentencia de la Corte.

d.- Tampoco explicó la Corte porqué no observó lo dicho por la misma Corporación en la decisión C – 149 de 1993, donde sentenció, en un caso similar, que cuando el legislador le da a un tributo una denominación distinta como la de bono, empréstito, inversión forzosa o tasa especial, siendo sustancial y materialmente un impuesto, debe sancionarse esa disposición retirándole todos sus efectos desde el día que entró en vigencia.

e.- A la declaración de inexecutable tiene que seguir la orden de restituir a los perjudicados lo que salió de su patrimonio por la aplicación de un acto inconstitucional (folios 3 a 9 del cuaderno 1).

Mediante memorial de 11 de marzo de 2004, el apoderado de la actora reformó la demanda, para incluir en el acápite de los hechos, en relación con la Nación – Rama judicial, lo siguiente:

“(i) Que al dictar la Corte Constitucional su sentencia C-992 de 2001, septiembre 19, notificada por edicto publicado el 25 de octubre de ese año, omitió dar la orden de restituir lo recaudado por la Nación al aplicar los artículos 56 y 57 de la ley 633 de 2000 que allí declaró inexecutable.

“(ii) Que con tal omisión infringió la jurisprudencia de su sentencia C-149 de 1993, en la que declaró inexecutable norma (sic) que dio otra denominación a lo que sustancialmente era un impuesto y como consecuencia, ordenó devolver lo recaudado por la Nación al aplicarla” (folio 39 del cuaderno 1).

2. La demanda fue admitida mediante auto del 29 de enero de 2004 y su reforma con el del 15 de abril del mismo año, providencias notificadas en debida forma a la parte demandada y al Ministerio Público (Folios 32, 56, 58 y 59 del cuaderno 1).

3. Las demandadas las contestaron oportunamente manifestando su oposición a la prosperidad de las pretensiones.

3.1. En relación con los hechos, la apoderada de la Nación - Rama Judicial - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial aceptó como ciertos los relativos a la expedición de la ley 633 de 2000, al contenido del artículo 56, a la obligatoriedad del pago de la tasa especial creada y a la existencia de la sentencia C- 992 de 2001. Los demás hechos los aceptó parcialmente y realizó salvedades; especialmente, señaló que la Corte, al adoptar la decisión de inexecutable, no dispuso que sus efectos fueran retroactivos y por esa razón debe dársele aplicación al artículo 45 de la ley 270 de 1996, pues *"las sentencias que profiere la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, tienen efectos hacia futuro a (sic) menos que la Corte resuelva lo contrario"*, razón por la cual no hay lugar a devolver el valor de las contribuciones efectuadas desde enero hasta octubre de 2001.

Propuso las excepciones de falta de competencia, cosa juzgada, inexistencia de causa para demandar y falta de legitimación por pasiva (folios 60 a 69 del cuaderno 1).

3.2. Por su parte, el apoderado de la Nación – Congreso de la República aceptó como ciertos los hechos relativos a la expedición de la ley 633 de 2000 y al contenido del artículo 56 de la misma. Respecto de los otros, dijo que se trata de una serie de consideraciones de la parte demandante frente al contenido de las sentencias C- 149 de 1993 y C- 992 de 2001 y recalcó que, en lo atinente a los efectos de la sentencia de inexecutable, se atiene al texto oficial de la sentencia C-992 del 19 de septiembre de 2001.

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación reclamada, buena fe y ausencia de culpa grave o dolo (folios 77 a 83 del cuaderno 1).

4. Mediante auto del 29 de julio de 2004, se abrió el proceso a pruebas y el 2 de septiembre del mismo año se corrió traslado para alegar de conclusión y rendir concepto (Folios 87, 88 y 90 del cuaderno 1).

5. Dentro del término para alegar de conclusión, el apoderado de la demandante solicitó al Tribunal acceder a las pretensiones de la demanda y consideró que la disposición constitucional del artículo 90 resultaba aplicable al caso, debido a que la expedición irregular de la ley 633 de 2000 y su posterior declaratoria de inexecuibilidad, por parte de Corte Constitucional, hacían que para su representada se configurara un daño antijurídico consistente en que pagó un tributo inconstitucional y, por esa vía, los dineros por ella trasladados al erario entre la entrada en vigencia de la mencionada ley y su declaración de inexecuibilidad debían retornar al patrimonio de la demandante, de conformidad con lo que la misma Corte dijo en la sentencia C -149 de 1993 (folios 91 a 96 del cuaderno 1).

Por su parte, el apoderado de la Nación – Congreso de la República solicitó al Tribunal negar las súplicas de la demanda, aduciendo que la inexecuibilidad de una ley sólo tiene tal carácter a partir de la notificación de la sentencia que así lo declara, salvo que la providencia misma indique otra cosa, lo que significa que, hasta antes de ser declarada inexecuible, se presume que la ley se aviene a los postulados constitucionales y, por ende, su cumplimiento no puede relacionarse con daños ocasionados por el Estado en cumplimiento de su función de expedir leyes (folios 97 a 101 del cuaderno 1).

El agente del Ministerio Público guardó silencio.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sala de descongestión negó las pretensiones de la demanda³. En esa oportunidad, sostuvo:

“Destaca la Sala en primer término que a la Corte Constitucional, le asiste la facultad constitucional y legal para determinar los efectos de sus fallos, por lo tanto al no haberse pronunciado de modo retroactivo en el Fallo C- 922 de 2001, actuó conforme a derecho, porque es juez (sic) de constitucionalidad quien analiza y decide cuándo ese fallo puede o no se (sic) retroactivo.

³ Folios 105 a 121 del cuaderno principal.

“Por lo tanto corresponde a las partes estarse a los (sic) resuelto por la Corte Constitucional en la citada sentencia C- 922 de 2001, no solamente, en lo referente al retiro del ordenamiento de los artículos 56 y 57 de la Ley, sino también en los efectos ex nunc o futuros que le otorgó o (sic) su decisión de inexecutable, lo cual implica que deja inmodificables la situaciones jurídicas consolidadas en el momento de la promulgación de la ley hasta la declaratoria de inconstitucionalidad, y lo más importante, pone de presente que los recaudos hechos tuvieron causa jurídica y que por lo tanto no se presenta el daño antijurídico alegado y aún menos que deba ser resarcido.

“Es claro para la Sala que mediante la presente acción se persigue la declaratoria de una falla en la función legislativa imputable a la Administración (sic), con ocasión de la expedición de una ley que fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, sin embargo considera esta Corporación que lo que se busca es que se desconozca la cosa juzgada constitucional, y se modifiquen los efectos no retroactivos de la sentencia C-922 de 2001, pretensión que se encuentra por fuera del alcance decisorio de esta Corporación.

“(…)

“Por otra parte, durante su permanencia en el ordenamiento, momento en el cual la entidad demandante Dupont de Colombia S.A. pagó la Tasa Especial por Servicios Aduaneros – TESA – los artículos 56 y 67 (sic) de la ley 633 de 2000, (sic) poseían sustento legal y presunción de constitucionalidad, por lo cual era obligatoria su observancia para todos sus destinatarios – autoridades y sujetos pasivos de la TESA -, y por ello otorgó suficiente sustento jurídico a los desembolsos que hubieren hecho los administrados, sin que pueda decirse que el Estado hubiere efectuado un cobro carente de respaldo jurídico, o en otras palabras, resultando beneficiario de pagos ilegítimos. Contrario sensu, su existencia fue absolutamente legítima ya que el pago del impuesto tenía fundamento en la Ley”⁴.

III. RECURSO DE APELACIÓN

En el término dispuesto por la ley, el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación contra la anterior providencia, en el que solicitó revocar la mencionada sentencia. Como motivos de inconformidad, señaló los siguientes⁵ (se transcribe tal y como aparece en el texto original):

“4.- Bajo el título *‘sobre la responsabilidad’*, en la página 13 de la sentencia, folio 117 del expediente, sostiene [alude al a quo] que al no disponer la Corte Constitucional el efecto retroactivo de su sentencia C – 922 de 2002, *‘actuó conforme a derecho’*.

“Se trata entonces de afirmación contraria a la sub – regla de la sentencia C – 149 de 1993, que la Corte ha debido acatar por el poder vinculante u obligatorio de toda sentencia suya de inconstitucionalidad en materia tributaria que violó por falta de aplicación dicha sentencia 922, dando lugar así a *‘perjuicio injustificado’* como acabo de resaltar en el numero anterior, a daño

⁴ Folio 118 del cuaderno principal.

⁵ Folios 123 a 135 del cuaderno principal.

antijurídico del que la Nación es responsable por fuerza del Artículo 90 de la Constitución Política, es obvio en tal materia, sin culpa grave o dolo.

"5.- Con señalar la infracción de la descrita sub - regla especial tributaria, por falta de aplicación, debida a la omisión de la sentencia C - 922 de 2002 al no ordenar devolución, para con apoyo en ella solicitar reparación del consiguiente daño antijurídico, es, razonablemente, acción claramente distinta de la de sostener que están vigentes los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000, afirmación con la que sí se estaría desconociendo la cosa juzgada constitucional.

"Como en ninguna forma y bajo ningún respecto la demanda de este proceso ha planteado que estos textos están vigentes, sin duda está respetando dicha cosa juzgada; en lógica, pues, no es dable compartir lo que en sentido contrario afirma la sentencia objeto de la presente apelación al comienzo de su página 14, folio 118 del expediente.

"Y en cuanto a la falla que allí se alude, de lo explicado en el numeral 1 anterior se extrae que sí se presentó, como lo declaró la sentencia C - 922 de 2001, acto de jurisdicción causante del daño antijurídico por no haber ordenado la devolución, contrariando la sub - regla de la sentencia C - 149 de 1993, dispéñese la reiteración.

"6.- En su página 15, folio 119 de expediente, la sentencia que comento vuelve sobre el tema anterior para presentar la conclusión de que *'no se puede tomar como regla general de derecho'* la de que cuando el legislador ejerce su función infringiendo la Constitución Política *'indefectiblemente resulta comprometida la responsabilidad del Estado y surge la obligación de reparar los daños producidos por la aplicación de la ley'*.

"Y ello es así, es conclusión con la que se tiene que estar de acuerdo: es preciso examinar caso por caso. Piénsese por ejemplo, el que en el plano intelectual, conceptual o de la lógica formal, presenté en el penúltimo aparte de la página 10 de la demanda integrada de este proceso, de ley que viole la prohibición del Artículo 11 de la Constitución Política: la sentencia de inexecutable no revivirá a quien haya sido víctima de aplicar esa hipotética ley. Entonces, con plena certidumbre hay que aceptar que la Nación tendría que reparar el antijurídico daño causado por este acto de legislación contra derecho.

"Precisamente la sentencia C - 149 de 1993 examinó el caso especial de textos legales tributarios que impusieron obligación de tal naturaleza infringiendo las normas de la Carta que allí examinó, disponiendo, con fuerza obligatoria de cosa juzgada constitucional según lo destaqué en el punto 2 anterior, y como precedente de casos en esta misma materia especial, que debe la misma Corte, para eficacia de su función, ordenar la restitución de lo ilegítimamente recaudado aplicando la inconstitucional norma, para no cohonestar un enriquecimiento ilegítimo del erario y para reparar el perjuicio patrimonial, el daño antijurídico así causado a particulares.

"De aquí se sigue que por no aplicar en su sentencia C - 992 de 2001, sobre tributo denominado por el legislador *'tasa'* siendo realmente *'impuesto'*, la sub - regla que la misma Corte había sentado en su sentencia C - 149 de 1993, sobre tributo denominado *'bono'* siendo realmente *'impuesto'*, y por no haber

presentado ninguna explicación de su omisión, se causó daño antijurídico en el patrimonio de los particulares que entregaron al erario recursos por ese concepto de tasa, sustancialmente impuesto.

"7.- En su página 16, folio 120 del expediente, la sentencia objeto de la apelación que ahora sustento sostiene que por las omisiones a que acabo de referirme, reiteración de las páginas 9 y 10 de la demanda, '*no se vulneró ningún derecho jurídicamente tutelado*', siendo así que con la disminución del patrimonio de los particulares al entregarle al erario los recursos ilegítimamente exigidos por las inconstitucionales normas anuladas por la sentencia C – 992 de 2001, se vulneró el derecho que garantiza o tutela el Artículo 58 de la Constitución Política, daño antijurídico por reparar como lo he demandado en este proceso"⁶.

IV. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA.

El recurso de apelación se concedió el 31 de enero de 2005 y se admitió, en esta Corporación, el 28 de julio siguiente (Folios 138 y 143 del cuaderno principal).

4.1. En el término del traslado común para presentar alegatos de conclusión, el apoderado de la demandante presentó escrito en el que, básicamente, elaboró una síntesis de la situación de hecho que dio origen al litigio, aludió -como lo hizo en la demanda- a la aplicación de la sentencia de inexecutable de la ley 633 de 2000 y reiteró lo dicho tanto en los alegatos de conclusión presentados en primera instancia como en el recurso de apelación contra la sentencia que negó las pretensiones (folios 167 a 186 del cuaderno principal).

4.2. Por su parte, el apoderado de la Nación - Congreso de la República solicitó confirmar el fallo apelado, al que calificó, en relación con los conceptos jurídicos que allí se esbozaron, como acertado y concluyó diciendo que la teoría según la cual la aplicación de una ley antes de ser declarada inexecutable genera automáticamente responsabilidad, conduciría a una permanente y voluminosa cadena de condenas contra el Estado y sería fuente de un descalabro al erario (folios 187 a 191 del cuaderno principal).

4.3. Las demás partes y el Ministerio Público guardaron silencio (folio 192 del cuaderno principal).

4.4. En sentencia del 11 de junio de 2014⁷, la Subsección A de la Sección Tercera de

⁶ Folios 130 a 133 del cuaderno principal.

⁷ Folios 254 a 271 del cuaderno principal

esta Corporación puso fin al proceso al declarar patrimonialmente responsable a la Nación – Congreso de la República por los perjuicios causados a Dupont de Colombia S.A., con ocasión de la expedición de los artículos 56 y 57 –declarados inexecutable- de la ley 633 de 2000 y lo condenó en abstracto a pagar los perjuicios materiales a la demandante, por cuanto dichas normas, que en su momento impusieron a la sociedad demandante la obligación del pago de la TESA, fueron expedidas desconociendo los postulados constitucionales relacionados con la imposición de tributos, situación que sirvió de fundamento a la Corte Constitucional para declarar la inconstitucionalidad de las mismas.

Dijo también dicha sentencia:

“En el presente asunto se encuentra probado que, con la expedición de la ley 633 de 2000, se causó un detrimento o menoscabo a la demandante, es decir, ésta percibió una lesión en su patrimonio, al haber trasladado unos dineros al erario a título de ‘tasa especial’, cuando en realidad se trató de un impuesto ilegítimo, ilegitimidad que valió para que la Corte Constitucional declarara la inexecutable de los artículo 56 y 57 de la aludida norma, por cuanto no resultaban acordes con la Constitución Política.

“De lo anterior emergió un daño⁸ que se hace consistir en el desprendimiento patrimonial injusto en el que incurrió la sociedad demandante, al hallarse obligada, por la fuerza impositiva de una ley de la República, a transferir al erario dineros que nunca debió haber entregado, porque la norma que así lo dispuso resultó ser inconstitucional desde el primer momento de su vigencia.

“(…)

“Si bien la declaratoria de inexecutable de la norma es, obviamente, posterior a su expedición y entrada en vigencia, lo cierto es que la inconstitucionalidad que ella entrañaba la afectaba desde su mismo origen, pues la contradicción respecto de la Carta fundamental estuvo allí desde su concepción, lo que implica, como argumento adicional, que cualquier daño originado en su aplicación tiene el carácter de antijurídico y, por lo tanto, es indemnizable.

“En relación con lo anterior, es preciso señalar que, según la sentencia C- 922 de 19 de septiembre de 2001, la inexecutable de la TESA se debió a que ese gravamen no tenía justificación en ningún servicio o beneficio que se le otorgara a los contribuyentes y fue de allí de donde se derivó la falla en el servicio, pues, en últimas, lo que se hizo por medio de los artículos 56 y 57 de la ley 633 de 2000

⁸ El Consejo de Estado ha definido el daño como otro de los elementos de la responsabilidad, es la lesión o pérdida causada por una conducta lícita o ilícita, que puede ser patrimonial o extrapatrimonial, y la cual no tiene por qué soportar el lesionado, conforme al artículo 90 de la Constitución Política (sentencia del 19 de mayo de 2005, expediente No. 15001-23-31-000-2001-01541-03, M.P.: María Elena Giraldo Gómez); “El daño, en su sentido natural y obvio, es un hecho, consistente en el detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia causado a alguien, en su persona, bienes, libertad, honor, afectos, creencias, etc.... y ...supone la destrucción o disminución de ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que goza un individuo”. Sentencia del 11 de noviembre de 1999, expediente No. 11.499, M.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

fue crear un tributo, con todas las características de un impuesto, bajo la denominación de tasa.

“Con los elementos esbozados se debe afirmar nuevamente en este fallo, como lo ha hecho en oportunidades anteriores esta Corporación, que el pago del gravamen efectuado por la sociedad contribuyente resultó antijurídico, pues, como se indicó, al haber sido declarada inconstitucional la norma no cabe duda que el Congreso incurrió en una falla en el servicio y causó un daño antijurídico a Dupont de Colombia S.A., la cual, como se infiere de algunos de los recibos de pago aportados con la demanda, canceló las sumas correspondientes a la TESA, desde enero de 2001 hasta octubre del mismo año, aún cuando ese gravamen era contrario a la Constitución, hecho que no puede avalarse, pues ello iría en contravía del principio de supremacía constitucional y cohonestaría la consolidación de situaciones contrarias a la Carta Fundamental”⁹.

4.5. Inconforme con la anterior decisión, la parte demandada interpuso demanda de tutela, con el fin de que se garantizara su derecho fundamental al debido proceso.

4.6. Mediante sentencia del 15 de junio de 2017, la Sección Cuarta del Consejo de Estado declaró improcedente la acción de tutela, providencia que fue recurrida el por la parte demandante.

4.7. En sentencia del 3 de noviembre de 2017, la Sección Quinta del Consejo de Estado revocó la anterior providencia para, en su lugar, dejar sin efectos la decisión del 11 de junio de 2014, proferida por la Subsección A de la Sección Tercera y ordenar a esta última dictar una sentencia de reemplazo, por considerar que no se encontraba acreditada la existencia del daño antijurídico, con lo que dicha providencia comporta un *“defecto por violación directa de la Constitución ... porque el juez ordinario desconoció los elementos indispensables que, de acuerdo con la Constitución Política artículo 90, deben verificarse previo a declarar la responsabilidad del Estado”*.

En consecuencia, procede la Sala a dictar “sentencia de reemplazo”, para decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 30 de diciembre de 2004, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sala de Descongestión, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

IV. CONSIDERACIONES:

⁹ Folios 266 a 268 del cuaderno principal.

Competencia

Como la demanda se presentó el 30 de septiembre de 2003 y la pretensión mayor se estimó en la suma de \$723'748.898 por concepto de perjuicios materiales y ésta supera el monto exigido para que un proceso adelantado en ejercicio de la acción de reparación directa tuviera vocación de doble instancia para aquella época, esto es \$36'950.000¹⁰, esta Corporación es competente para conocer del recurso interpuesto.

Consideración previa

Previo a dictar la sentencia de reemplazo correspondiente, resulta del caso hacer referencia a las consideraciones de la Sección Quinta de esta Corporación, plasmadas en la sentencia de tutela del 3 de noviembre de 2017.

Advierte la Sala que, so pretexto de amparar el derecho fundamental al debido proceso del Congreso de la República en el juicio de responsabilidad, el juez constitucional predeterminó la decisión que habrá de adoptarse en el presente caso, al asegurar que “no se encuentra acreditado el daño antijurídico” que es el primer elemento estructural de la responsabilidad patrimonial y que por ende resultaba imposible imputarlo a la demandada. Se transcribe a continuación lo dicho al respecto en esa sentencia:

“A juicio de la Sala, tal como lo expuso la parte actora ... **en el caso se configuró el defecto por violación directa de la Constitución alegado por el Congreso de la República (sic) porque el juez ordinario desconoció los elementos indispensables que, de acuerdo con la Constitución Política artículo 90, deben verificarse previo a declarar la responsabilidad del Estado.**

“Encuentra la Sección que el juez ordinario **concluyó automáticamente que el daño irrogado a la sociedad anónima Dupont de Colombia era antijurídico e imputable al Congreso de la República a título de falla en el servicio,** (sic) para el efecto, el único fundamento consistió en la declaratoria de inexecutable de las normas que establecían la tasa, es decir (sic) el daño antijurídico y la imputación tuvo (sic) ese único soporte.

“En tal sentido deben reiterarse los argumentos expuestos en el acápite 2.5.1 de esta providencia, en el que (sic) explicó que para que el Estado esté llamado a responder es inexorable que se compruebe del (sic) **daño antijurídico** ... (con

¹⁰ Decreto 597 de 1988.

todos sus elementos: personal, cierto y subsistente) y la **imputación** – fáctica y jurídica-.

“De esta manera, (sic) en la providencia acusada no se analizaron las cuestiones que hacían que la afectación patrimonial alegada por Dupont de Colombia S.A. fuera **antijurídica**, frente (sic) lo cual, (sic) destaca la Sección que la declaratoria de inexecutable de una ley no torna automáticamente antijurídico (sic) la afectación derivada de una suma de dinero. Para llegar a tal conclusión, esto es, que un daño causado por una norma es antijurídico deben (sic) mediar un análisis con el fin de establecer la existencia de una modificación o alteración fáctica o material respecto de un derecho, bien o interés legítimo que desde el punto de vista formal es antijurídico, ‘... es decir, no está en deber jurídico de soportar porque la normativa no le impone la carga’.

“De esta manera, independientemente de la declaración de executable o inexecutable de un precepto, lo que debe demostrarse para que se configure la responsabilidad del legislador es que este generó un daño antijurídico. En ese sentido, la decisión de la Corte Constitucional, en un proceso de responsabilidad por el hecho del legislador, es un elemento de prueba más que el juez debe valorar, pero no el fundamento único para determinar que se generó daño antijurídico.

“La Sala advierte que al revisar el proceso de reparación directa en el que se dictó la providencia censurada, bajo los parámetros anteriores, no se encuentra acreditado el daño antijurídico que se haya podido causar, derivado exclusivamente del pago del tributo que había sido creado por la norma declarada inconstitucional, como tampoco la posibilidad de atribuir el perjuicio alegado al Estado – Legislador, elementos sin los cuales no es posible deducir la responsabilidad.

“Con respecto al segundo elemento de la responsabilidad, en la sentencia censurada se omitió por completo el análisis sobre la **imputabilidad al legislador** del daño que se consideró ocasionado a la sociedad demandante, en atención a que este requisito se dedujo, como el anterior, de la simple declaratoria de inexecutable de la ley, concluyendo que en todos los eventos en que una ley sea retirada del ordenamiento por su inconformidad con la norma constitucional el Estado – Legislador es responsable” (negritas del original).

Así, en esa sentencia de tutela, la Sección Quinta del Consejo de Estado afirmó la inexistencia del daño alegado en la acción de reparación directa, como base de una supuesta vulneración de derechos fundamentales, apreciación que, sin lugar a dudas, es del resorte exclusivo del juez natural de la responsabilidad estatal, de manera que dicha valoración menoscaba abiertamente los principios de autonomía e independencia judicial que le son consustanciales a esta Sala, en el marco de su función de administrar justicia en el ámbito de la responsabilidad patrimonial del Estado.

En este orden de ideas, resulta imperioso dejar sentado que las consideraciones expresadas por el juez constitucional en el presente asunto no deberían determinar el sentido de la decisión de fondo que habrá de adoptarse en cumplimiento de la sentencia de tutela, toda vez que, se reitera, con tales valoraciones se han usurpado abiertamente las competencias que le corresponden a la Sección Tercera como juez natural de la responsabilidad estatal en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, lo que no obsta para que la Subsección, en ejercicio de su autonomía e independencia, valore el caso concreto, sin perjuicio de que se compartan o no los criterios que sobre la responsabilidad aquí debatida fueron materia de pronunciamiento en sede de tutela, tal como se ha dispuesto en reiteradas ocasiones por esta Sección¹¹.

El caso concreto

Persigue la parte demandante, con el recurso de apelación, la revocatoria de la sentencia proferida el 30 de diciembre de 2004, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y que, en su lugar, se declare la responsabilidad patrimonial de la Nación – Congreso de la República y Rama Judicial por los perjuicios causados, por una parte, como consecuencia de la expedición de la ley 633 de 2000 que, a la postre, fue declarada inexecutable en sus artículos 56 y 57, mediante sentencia C-922 de 2001 y, por otra, por la omisión de la Corte Constitucional al no darle efectos retroactivos a su decisión de inexecutable, desconociendo así el precedente creado en la sentencia C-149 de 1993, circunstancia que ha impedido que los dineros pagados al erario por concepto de la tasa especial de servicios aduaneros (TESA) retornen al patrimonio de Dupont de Colombia S.A.

El Tribunal de primera instancia negó las pretensiones, pues consideró que los pagos realizados entre enero y octubre de 2001 por Dupont de Colombia S.A., por concepto de la TESA, tenían el sustento legal contenido en los artículos 56 y 57 de la ley 633 de 2000, los cuales gozaban de presunción de constitucionalidad, por lo cual dichas normas eran de obligatorio cumplimiento para todos los sujetos pasivos de la misma y, por ello, no puede afirmarse que el Estado resultó beneficiado con pagos ilegítimos.

¹¹ Sentencias de la Sala Plena de la Sección Tercera del 27 de abril de 2017, radicado 28.846 y de la Subsección "A" de la Sección Tercera del 10 de mayo de 2017, radicados 26.689, 26.702 y 29.901.

También dijo que el hecho de que la Corte Constitucional no se haya pronunciado sobre la retroactividad del fallo C- 922 de 2001 no la hizo incurrir en ninguna falla del servicio, por cuanto estaba dentro de sus facultades legales y constitucionales determinar los efectos de sus fallos, por lo que actuó conforme a derecho.

Para acreditar los supuestos fácticos que sirven de fundamento a las pretensiones de la demanda, la parte actora aportó los siguientes documentos con valor probatorio:

a) Fotocopias de las declaraciones de importación presentadas por Dupont de Colombia S.A. ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales¹², entre los meses de enero y octubre de 2001. Allí se observa una casilla donde aparecen los valores declarados por concepto de "tasa especial" (folios 1 a 290 del cuaderno 2 y 291 a 578 del cuaderno 3).

b) Fotocopia auténtica de la parte resolutive de la sentencia C – 992 proferida dentro del expediente D - 3436 por la Corte Constitucional, donde se declara la inexecutable de los artículos 56 y 57 de la ley 633 de 2000 (folios 579 a 585 del cuaderno 4).

c) Fotocopia del edicto por medio del cual se notificó la sentencia C-992 de 2001, que declaró inexecutable los artículos 56 y 57 de la ley 633 de 2000, edicto que se fijó el 23 de octubre de 2001 y se desfijó el 25 de los mismos mes y año (fol. 586 a 593 C.4).

Con dichos documentos se encuentra acreditado que Dupont de Colombia realizó los pagos de la TESA entre enero y octubre de 2001.

¹² Sobre el particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha fijado su posición, en los siguientes términos: "En este caso, como en otros, el Tribunal admite el valor probatorio de aquellos documentos presentados oportunamente por las partes que no fueron controvertidos ni objetados, y cuya autenticidad no fue puesta en duda ... Llama la atención que en uno de los procesos el Consejo de Estado no valoró los resultados parciales de las investigaciones penales y disciplinarias en las que constaba la responsabilidad de los dos sargentos del Ejército Nacional, por considerar que la documentación fue remetida en copia simple. Si bien no correspondía a esta vía establecer responsabilidades individuales, al determinar la responsabilidad objetiva del Estado las autoridades jurisdiccionales deben tomar en cuenta todas las fuentes de información a su disposición. Por ende, las autoridades encargadas de estos procedimientos estaban llamadas no sólo a verificar las omisiones estatales, sino a determinar los alcances reales de la responsabilidad institucional del Estado" (Corte IDH, caso Manuel Cepeda vs. Colombia, sentencia del 26 de mayo de 2010).

Como las pretensiones de la demanda se fundamentan en la causación de un supuesto daño antijurídico derivado de haber efectuado dichos pagos en el período indicado y de haber sido declarado inexecutable ese tributo mediante la referida sentencia C-992 de 2001, resulta necesario verificar si esos pagos constituyen en sí mismos un daño antijurídico.

Pues bien, para que el daño antijurídico sea indemnizable requiere estar cabalmente estructurado; por tal motivo, se torna imprescindible acreditar los siguientes aspectos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama: i) que el daño es antijurídico, esto es, que la persona no tiene el deber jurídico de soportarlo, ii) que se lesiona un derecho, bien o interés protegido por el ordenamiento legal y iii) que el daño es cierto, es decir, que se puede apreciar material y jurídicamente y, por ende, no se limita a una mera conjetura.

Ahora, el daño es el primer elemento de la responsabilidad, como quiera que su existencia es requisito indispensable para que surja la obligación de reparar; así, corresponde al juez constatar ante todo que hay un daño, valorar si es o no antijurídico y, una vez estructurado, analizar la posibilidad de imputación o no a la entidad demandada.

Sobre el particular, resulta por demás dicente y claro el siguiente aparte doctrinal:

“El daño es, entonces, el primer elemento de la responsabilidad, y de no estar presente torna inoficioso el estudio de la misma, por más que exista una falla del servicio. La razón de ser de esta lógica es simple: si una persona no ha sido dañada no tiene porqué ser favorecida con una condena que no correspondería sino que iría a enriquecerla sin justa causa. El daño es la causa de la reparación y la reparación es la finalidad última de la responsabilidad civil. Estudiarlo en primer término es dar prevalencia a lo esencial en la figura de la responsabilidad”¹³.

En el mismo sentido, el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil dispone que corresponde a la parte demandante probar los supuestos de hecho sobre los cuales fundamenta su pretensión de reparación, para lo cual, como ya se indicó, en primer lugar habrá de demostrarse la existencia del daño y su carácter de antijurídico.

¹³ HENAO, Juan Carlos: “El Daño”, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pág. 37.

En este estado de cosas, encuentra la Sala que, si bien están demostrados los pagos que Dupont de Colombia realizó por concepto de la TESA entre enero y octubre de 2001, ello no constituye el daño antijurídico alegado, toda vez que dicho carácter no depende de esos pagos en sí mismos, ni de la declaración de inexecutable dispuesta por la Corte Constitucional respecto de los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000¹⁴.

Lo anterior, en virtud de que no se probó en el proceso que la sociedad demandante hubiera reclamado la devolución de las sumas que hoy considera pagadas sin fundamento jurídico, frente a lo cual debe destacarse que, como se ha dicho de forma reiterada por esta Sala¹⁵, para ello existe un procedimiento establecido en la ley, cuando el contribuyente considere que ha realizado un pago de lo no debido. En este sentido, el Estatuto Tributario contempla lo siguiente:

“Artículo 850. Devolución de saldos a favor. <Artículo modificado por el artículo 49 de la Ley 223 de 1995. El nuevo texto es el siguiente:> Los contribuyentes o responsables que liquiden saldos a favor en sus declaraciones tributarias podrán solicitar su devolución.

“La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales deberá devolver oportunamente a los contribuyentes, los pagos en exceso o de lo no debido, que éstos hayan efectuado por concepto de obligaciones tributarias y aduaneras, cualquiera que fuere el concepto del pago, siguiendo el mismo procedimiento que se aplica para las devoluciones de los saldos a favor (...)” (se destaca).

De modo que, en principio, la demandante debió tramitar ante la autoridad correspondiente la devolución del pago de lo no debido, exponiendo las razones que fundamentaban su solicitud, comoquiera que se trata del mecanismo establecido en nuestro ordenamiento jurídico para tal fin. En ese punto la autoridad administrativa hubiera podido analizar dicha situación y darle una respuesta respecto de la procedencia o no de la devolución, dependiendo de la interpretación que aquélla hiciera los efectos del fallo de inexecutable.

Sobre este punto específico, no existe la prueba de que Dupont de Colombia hubiera formulado alguna reclamación de reembolso de las sumas que pagó por

¹⁴ Este criterio fue expuesto por la Sala Plena de la Sección Tercera en sentencia del 27 de abril de 2017, proferida en el expediente 28.846, con ocasión de un caso similar al presente, en donde se reclamaba la declaración de responsabilidad patrimonial de la Nación-Congreso de la República, derivada de la inexecutable de los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000, mediante la cual se estableció la TESA.

¹⁵ Sentencias de la Sala Plena de la Sección Tercera del 27 de abril de 2017 (radicado 28.846) y de la Subsección “A” de la Sección Tercera del 10 de mayo de 2017 (radicados 26.689, 26.702 y 29.901).

concepto de la TESA ante la Dian, de lo cual puede interpretarse que renunció al derecho que tenía a tramitar dicha devolución.

Ante la declaración de inexecutable dispuesta por la sentencia C-992 de 2001, Dupont de Colombia todavía contaba con la posibilidad de acudir al mencionado procedimiento en el término de cinco años a partir del pago, aspecto que ha sido objeto de reiterados pronunciamientos de la Sección Cuarta de esta Corporación, en los siguientes términos:

“El término y procedimiento para presentar a la Administración Tributaria la devolución del pago en exceso o de lo no debido ya ha sido objeto de estudio por esta Corporación con una clara línea jurisprudencial sobre el tema, atendiendo lo dispuesto en el Decreto 1000 de 1997, ‘por el cual se reglamenta parcialmente el procedimiento de devoluciones y compensaciones y se dictan otras disposiciones’.

“Si bien el artículo 850 del Estatuto Tributario establece que la DIAN, o la Administración Tributaria Territorial, se agrega, debe devolver los pagos en exceso o de lo no debido que hayan efectuado los contribuyentes por concepto de obligaciones tributarias y aduaneras, cualquiera que fuere el concepto del pago, ‘siguiendo el mismo procedimiento que se aplica para las devoluciones de los saldos a favor’, para la solicitud de devolución de estos saldos no se aplica el término de dos años que la ley tributaria especial señala para ese procedimiento.

“Así, la jurisprudencia de esta Sección¹⁶ ha sido unánime en afirmar que si con la solicitud de devolución no se pretende establecer un mayor saldo a favor sino probar la inexistencia legal para realizar un pago, el trámite pertinente no es el previsto en los artículos 588 y 589 del Estatuto Tributario, que limitan la petición de devolución a dos años, sino que por expresa disposición de los artículos 11¹⁷ y 21¹⁸ del Decreto 1000 de 1997 las solicitudes de devolución o compensación por

¹⁶ Nota original de la providencia en cita: “Al respecto se pueden consultar las siguientes sentencias del Consejo de Estado, Sección Cuarta: 24 de Julio de 2008, Exp. 16816, C.P. Dra. María Inés Ortiz Barbosa.; 24 de Septiembre de 2008, Exp. 16163, C.P. Dra. María Inés Ortiz B.; 16 de Julio de 2009, Exp. 16655, C.P. Dra. Martha Teresa Briceño.; 6 de Agosto de 2009, Exp. 17403, C.P. Dr. William Giraldo Giraldo.; 13 de Agosto de 2009, Exp. 16569, C.P. Dra. Martha Teresa Briceño; 3 de Septiembre de 2009, Exp. 16347, C.P. Dr. Hugo Bastidas Bárcenas. ; 5 de Noviembre de 2009, Exp. 16591, C.P. Dr. Hugo Bastidas Bárcenas.; 11 de Noviembre de 2009, Exp. 16567, C.P. Dr. Hugo Bastidas Bárcenas.; 12 de Noviembre de 2004, Exp. 11604, C.P. Dr. Juan Ángel Palacio H.; 31 de Julio de 2009, Exp. 16577, C.P. Dr. Héctor J. Romero Díaz”.

¹⁷ Nota original de la providencia en cita: “Artículo 11. Término para solicitar la devolución por pagos en exceso. Las solicitudes de devolución o compensación por pagos en exceso, deberán presentarse dentro del término de prescripción de la acción ejecutiva, establecido en el artículo 2536 del Código Civil. ([Ver Fallo Consejo de Estado 18301 de 2012](#)).

Para el trámite de estas solicitudes, en los aspectos no regulados especialmente, se aplicará el mismo procedimiento establecido para la devolución de los saldos a favor liquidados en las declaraciones tributarias. En todo caso, el término para resolver la solicitud, será el establecido en el artículo 855 del Estatuto Tributario”.

¹⁸ Nota original de la providencia en cita: “Artículo 21. Término para solicitar y efectuar la devolución de pagos de lo no debido. Habrá lugar a la devolución o compensación de los pagos efectuados a favor de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales sin que exista causa legal para hacer exigible su cumplimiento, para lo cual deberá presentarse solicitud ante la Administración de Impuestos y Aduanas donde se efectuó el pago, dentro del término establecido en el artículo 11 del

pagos en exceso o de lo no debido deberán presentarse dentro del término de prescripción de la acción ejecutiva establecido en el artículo 2536 del Código Civil, esto es, en el término de cinco años, contados a partir del pago efectivo¹⁹ (subrayado del texto original).

De modo que, si la demandante hubiera reclamado la devolución de lo que pagó por concepto de la TESA y la autoridad correspondiente le hubiera negado su solicitud, dicha circunstancia hubiera configurado la certeza de la consolidación del daño alegado y la hubiera habilitado para estimar como no debidos los pagos realizados por tal concepto.

Por esta razón y por otras más, en un caso con identidad de supuestos fácticos, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación aseguró que no se encontraba acreditada la existencia de un daño personal y cierto, en los siguientes términos²⁰:

“En efecto, aunque está acreditado que la sociedad actora efectivamente liquidó y pagó la TESA en declaraciones de importación presentadas ante diferentes autoridades aduaneras -supra párr. 7.1-, bien podría indicarse, como se ha hecho en el marco de la discusión a la que han dado lugar los denominados casos TESA, que dicha circunstancia no es suficiente para tener por acreditada la existencia de un daño personal y cierto toda vez que: i) a cambio de dichos pagos, las importadoras sí habrían recibido contrapartidas como serían los servicios que pretendían ser retribuidos por la tasa cancelada²¹, a saber, los de carácter aduanero prestados por la DIAN²² y que, en los términos del salvamento de voto formulado a la sentencia C-992 de 2001, estaban definidos en el Estatuto Aduanero -supra párr. 7.3-²³; ii) la prueba de los pagos no demostraría por sí misma la afectación del patrimonio de quien los realizó dado que, por regla general, este tipo de erogaciones “constituyen costos de la

presente Decreto. La Administración para resolver la solicitud contará con el término establecido en el mismo artículo”.

¹⁹ Sentencia del 30 de septiembre del 2013 (expediente 20173).

²⁰ Sentencia del 13 de marzo de 2018 (expediente 28.769), providencia que el ponente no comparte pero acoge.

²¹ Nota original de la providencia en cita: “Así, por ejemplo, en las sentencias de la Subsección C de 24 de octubre de 2013, exp. 26690 y de 20 de octubre de 2014, exp. 29355, ambas con ponencia del consejero Jaime Orlando Santofimio Gamboa, se indicó que comoquiera que la sociedad demandante había cancelado la tasa ‘se deduce que el servicio era prestado en atención a lo expuesto en el artículo 56 de la ley 633 de 2000. Por lo tanto, se colige del pago de esta tasa que efectivamente se prestó el servicio por parte del Estado’”.

²² Nota original de la providencia en cita: “Se recuerda que el artículo 56 de la Ley 633 prescribía: ‘Créase una tasa especial como contraprestación por el costo de los servicios aduaneros prestados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales a los usuarios, que será equivalente al uno punto dos por ciento (1.2%) del valor FOB de los bienes objeto de importación’”.

²³ Nota original de la providencia en cita: “Sin embargo, comoquiera que antes de la existencia de la tasa y después de la declaratoria de su inexecutable, dichos servicios fueron prestados sin que los importadores se vieran en la obligación de pagar una contraprestación particular por ellos, no puede desconocerse que, al cancelar la TESA, la sociedad actora tuvo que efectuar erogaciones por unos servicios por los que, normalmente, no habría sufragado valor alguno”.

actividad económica que se trasladan" al consumidor final²⁴; iii) existiendo la posibilidad de obtener la devolución de lo pagado por concepto de la TESA a través de un mecanismo administrativo establecido exclusivamente para ello, la falta de prueba sobre su agotamiento infructuoso implicaría que el daño no fuera cierto²⁵; y iv) dado que, como ocurre con todas las normas de carácter tributario, el pago de la TESA no se causó única y exclusivamente por virtud de la ley que lo ordenó sino porque el contribuyente realizó la actuación constitutiva del supuesto de hecho previsto en la norma como generador del cobro, esto es, utilizó los servicios aduaneros en el marco de una actividad importadora en la que diligenció una declaración a través de la cual liquidó y pagó la TESA, el daño que este último pudo generar no fue causado directamente por la Nación-Congreso de la República²⁶".

Entonces, como el daño es la causa de la reparación y constituye el primer elemento o supuesto de la responsabilidad y en este caso –se reitera- no se probó,

²⁴ Nota original de la providencia en cita: "Cfr. aclaración de voto de la consejera Stella Conto Díaz del Castillo a la sentencia de reemplazo proferida por el pleno de la Sección Tercera en el expediente 28486. Este planteamiento cambiaría sustancialmente las reglas probatorias asumidas por la Corporación en materia de acreditación del daño pues, hasta ahora, ha sido indiscutido que la prueba de un pago, como el realizado en este caso, es suficiente para tener por acreditado que el mismo causó un detrimento patrimonial. Aunque no puede desconocerse la pertinencia de adentrarse en un estudio como el sugerido por esta tesis, estudio que implicaría redefinir lo que constituye un detrimento patrimonial y la forma de acreditarlo, en el estado actual de la jurisprudencia de la Corporación no podría admitirse, a la luz de una regla de la experiencia escuetamente formulada, que pese a haber realizado un pago, esto es, una erogación económica, un demandante no sufrió menoscabo patrimonial alguno porque, dada su naturaleza de intermediario comercial, tenía la posibilidad de trasladar dicho costo a los consumidores finales, razonamiento que conlleva a restringir ampliamente la posibilidad que tendrían todos los intermediarios comerciales de acudir con éxito a la acción de reparación directa y que, adicionalmente, los avoca a allegar una suerte de prueba diabólica pues tendrían que demostrar que no trasladaron dicho pago a sus clientes -negación indefinida que, en los términos de la normativa probatoria, no requiere prueba porque, justamente, la misma es de difícil consecución- y, adicionalmente, que el no traslado del mismo no se reflejó en una ventaja económica equivalente - pues en el escenario de libre competencia el asumir un costo que los demás competidores tendrían la posibilidad de trasladar a los clientes constituye, sin lugar a dudas, una estrategia comercial a través de la cual se persiguen y obtienen réditos económicos-".

²⁵ Nota original de la providencia en cita: "Cfr. sentencia proferida por el pleno de la Sección Tercera en el expediente 28486, C.P. Marta Nubia Velázquez Rico, tesis que supone que en el marco del proceso administrativo de devolución de tributos consagrado por el Estatuto Tributario y, sucesivamente, en el de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que se interpusiera contra el acto administrativo que le diera fin, la sociedad actora habría podido obtener la devolución efectiva del tributo, circunstancia que, como se ha puesto de presente en el debate planteado en torno a este caso y como lo muestran las decisiones adoptadas por esta Corporación en el marco de demandas de nulidad y restablecimiento del derecho interpuestas por estos hechos -al respecto pueden consultarse, entre muchas otras, las sentencias de la Sección Primera de 28 de mayo de 2009, exp. 2003-00806 y de 19 de mayo de 2014, exp. 2003-00037-, era cuando menos dudosa en los casos en los que los pagos se efectuaron antes de la expedición de la sentencia por la cual la Corte Constitucional declaró inexecutable las normas que consagraron la TESA".

²⁶ Nota original de la providencia en cita: "Argumento que, en realidad, no tiene que ver con la existencia efectiva de un daño sino con la imputabilidad del mismo. Lo anterior sin mencionar que, en un caso como el del *sub examine*, el hecho de que las normas legales que contemplaban la TESA no se aplicaran directamente sino cuando los importadores realizaban el supuesto de hecho por ella contemplado no significa que no sea ella quien imponga la carga pues quienes tenían por actividad comercial la importación de mercancías no podían sustraerse a la normativa que la regulaba y que, en este caso, incluía la liquidación y pago de una tasa, sin la cual no habrían podido obtener el levante de la mercancía, esto es, no habrían podido llevar a cabo su objeto económico. Tampoco podría afirmarse que, al realizar el recaudo de la TESA, fue la DIAN quien causó el supuesto daño antijurídico consistente en el pago de la misma pues en ese escenario la DIAN no hizo nada distinto a cumplir, en términos estrictos, lo ordenado en la ley, siendo esta la fuente directa de la obligación impuesta a los particulares".

su ausencia torna innecesario el estudio de la imputación frente a la entidad demandada.

Así las cosas, se impone confirmar el fallo de primera instancia, pero por las razones que vienen de exponerse.

Costas

No habrá lugar a condena en costas, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, de conformidad con las previsiones del artículo 171 del Código Contencioso Administrativo.

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

FALLA:

Primero: CONFÍRMASE la sentencia proferida el 30 de diciembre de 2004 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sala de Descongestión.

Segundo: Sin costas.

Tercero: Ejecutoriada esta providencia **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

MARÍA ADRIANA MARÍN

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA