



**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA-SUBSECCIÓN B**

Consejera Ponente: Stella Conto Díaz del Castillo

Bogotá D.C., veintiséis (26) de abril (04) de dos mil dieciocho (2018)

Radicación: 25000232600020030018201 (28.336)

Actor: Gas Natural Comprimido GNC S.A.

Demandado: Nación-Congreso de la República

Referencia: Reparación directa

Corresponde a la Sala resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, a través de apoderado, contra la sentencia del 26 de mayo de 2004 proferida por la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que accedió a las pretensiones.

I. ANTECEDENTES

Con la Ley 633 de 2000, artículos 56 y 57, el Congreso de la República creó “...una tasa especial como contraprestación por el costo de los servicios aduaneros prestados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales”, la que rigió desde el 15 enero de 2001 hasta el 19 de septiembre del mismo año, fecha en que la

Corte Constitucional declaró la inexecutable de esas normas. La actora procura la indemnización de los perjuicios ocasionados por el cobro de la tasa creada con la ley declarada inconstitucional.

1. Primera Instancia

1.1. Lo que se demanda

1.1.1. Pretensiones

Mediante demanda presentada el 13 de enero de 2003, Gas Natural Comprimido GNC S.A., a través de apoderada, en ejercicio de la acción de reparación directa demandó a la Nación-Congreso de la República, para que esa entidad sea declarada responsable y condenada a pagar los perjuicios sufridos con ocasión de la expedición y aplicación de los artículos 56 y 57, declarados inexecutable.

Pretende la demandante:

- 1. Que se declare responsable a la Nación, por el daño causado a Gas Natural Comprimido S.A., por la expedición y aplicación de unas normas abiertamente inexecutable, como son los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000, que crearon la obligación de liquidar y pagar la Tasa Especial por Servicios Aduaneros.*
- 2. Que se repare el daño causado a Gas Natural Comprimido GNC S.A., ordenando la devolución de lo que mi poderdante tuvo que pagar por la TESA en sus declaraciones de importación presentadas del 1 de enero al 25 de octubre de 2001, suma que equivale a ciento dos millones noventa y tres mil quinientos veintiséis (\$102.093.526).*
- 3. Que se ordene a la Nación a pagar los intereses correspondientes (sic).*

1.1.2. Fundamentos

La demandante apoyó sus pretensiones en los artículos 1°, 2°, 6°, 90 constitucionales, 127, 131, 132 y 149 del C.C.A., esgrimiendo las siguientes razones:

1.1.2.1. La Tasa Especial por los Servicios Aduaneros, creada por los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000, se aplicó desde el 15 de enero de 2001, conforme con lo establecido en la Resolución 29 del mismo mes y año, expedida por la DIAN.

1.1.2.2. Mediante la sentencia C-992 del 19 de septiembre de 2001, la Corte Constitucional declaró la inexecutable de los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000.

1.1.2.3. El Estado debe reparar el daño antijurídico causado por la actividad legislativa, consistente en las sumas que la actora tuvo que pagar por concepto del *“tributo ilegítimo”*, toda vez que a partir de la cláusula general del artículo 90 constitucional no resulta posible seguir reconociendo inmunidad a la expresión soberana injusta, como tradicionalmente se la sostuvo al amparo de los efectos generales de la ley.

1.1.2.4. La expedición de la ley por el Congreso de la República se comprende entre las acciones de la autoridad pública que comprometen la responsabilidad patrimonial del Estado, sin que a esos efectos sea necesario *“...que exista una acción ilícita o culposa”* y sin perjuicio de que *«...la expedición de las leyes inconstitucionales constituye un comportamiento culposo del congreso, que puede ser considerado como una falla del “servicio público de legislación” y que se complementa en todo caso con la configuración del daño antijurídico»*.

1.1.2.5. El hecho que la Corte Constitucional no haya ordenado la devolución del tributo cobrado con fundamento en la ley inconstitucional no exonera de responsabilidad y, asimismo, *“la inmunidad de opinión de los congresistas”*, de que trata el artículo 185 constitucional, no exime al Estado del deber de reparar el daño antijurídico.

1.1.2.6. La actora no está obligada a soportar *“...el perjuicio económico... efectivo, individualizado y evaluable económicamente...”* ocasionado por la ley inconstitucional, porque se trata de erogaciones i) no sujetas a los principios de legalidad, solidaridad e igualdad frente a las cargas públicas, ii) expropiatorias

del derecho de propiedad privada, iii) que no remuneran proporcionalmente la prestación de un servicio público y iv) que enriquecen al Estado sin justa causa.

1.1.2.7. El daño cuya reparación se pretende “...*fue consecuencia directa de la ley inconstitucional... expedida por el Congreso*”, razón por la que resulta enteramente imputable al Estado –fls. 7 a 19-.

1.2. Intervención pasiva

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

En su defensa adujo que, i) conforme con el régimen constitucional, solamente “...*es responsable de los perjuicios que supuestamente llegaren a sufrir las personas afectadas por las leyes...*” que ordenan la expropiación -art. 58-, que establecen monopolios -art. 336- o que se expiden con dolo o culpa grave de los congresistas - art. 90-; ii) «...*hasta la fecha no se tiene conocimiento de que la Nación haya sido condenada bajo el concepto de “responsabilidad por el hecho de las leyes”*», por el contrario, la jurisprudencia de esta Corporación y de la Corte Constitucional, así como la doctrina nacional, acogen “...*la tesis de la irresponsabilidad del Estado por el hecho de las leyes*” y iii) los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000 “...*no eran abiertamente inconstitucionales*”, como lo demuestran “...*el complejo análisis que debió realizarse para llegar a la conclusión de que se transgredió el artículo 338 de la Constitución Política*” y el voto disidente de la decisión.

Propuso las excepciones de “*inexistencia de la obligación reclamada*” y de “*buena fe y ausencia de culpa grave o dolo*” por parte de los congresistas –fls. 26 a 31-.

1.3. Alegatos de conclusión

1.3.1. Demandante

En esta oportunidad la actora, a través de apoderada, reiteró que, en cuanto autoridad pública, el Congreso de la República es responsable del daño causado por sus acciones, como el ocasionado con la expedición de la ley inconstitucional, toda vez que el artículo 90 superior centró la responsabilidad en la antijuridicidad del daño, esto es en el hecho que la víctima no debe soportar la pérdida y no en la irregularidad de la actuación estatal, sea esta la falla del servicio o la ruptura de las cargas públicas.

Concluyó que i) los artículos 58 y 336 constitucionales no exceptúan de la cláusula general del artículo 90 el daño antijurídico ocasionado por el legislador; ii) la Corte Constitucional no tiene la facultad de eximirse de responsabilidad por los efectos de su decisión o exonerar al Estado por los daños ocasionados con la ley declarada inexecutable, porque no es el juez competente para determinar “...si lo recaudado en virtud de una tasa inconstitucional causó un perjuicio patrimonial a los importadores, que debía ser indemnizado”; iii) las erogaciones no se realizaron por su mera liberalidad, “...porque si no hubiera pagado ese tributo inconstitucional, hubiera tenido que suspender sus importaciones, lo cual significaba suspender su actividad” y iv) la buena fe o la ausencia de culpa de los congresistas no exonera la responsabilidad directa que el artículo 90 constitucional le atribuye al Estado – fls 43 a 49-.

1.3.2. Demandada

En esta oportunidad la Nación-Congreso de la República, a través de apoderado, adujo que, i) en cuanto el artículo 90 constitucional “...no consagró una responsabilidad absolutamente objetiva... no pueden indemnizarse todos los daños que sufran los particulares, salvo que exista un título de imputación atribuible a determinada entidad estatal”, lo que no ocurre cuando el Estado ejerce la función soberana de expedir las leyes, porque en ese caso “...coloca a los ciudadanos en posición de soportar una carga pública que en sí misma no contiene un daño antijurídico. La generalidad de la ley no permite que se presente la especialidad del daño, condición indispensable para que este sea reparable por lo que, se reitera, los daños ocasionados por el legislador son cargas públicas que deben soportar todos aquellos a

los que se refiere la ley” y, ii) sin que la Corte Constitucional haya asignado efectos retroactivos a la sentencia de inexecutableidad, resulta imposible sostener la antijuridicidad del daño cuya reparación se pretende –fls. 50 y 51-.

1.4. Sentencia de primera instancia

La Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró la responsabilidad patrimonial de la demandada y la condenó a pagar a la actora la suma de \$121.265.189,23, por concepto de perjuicios materiales.

Como razón de su decisión, el *a quo* expuso que:

i) la declaración de inexecutableidad de la ley pone en evidencia una falla en la función legislativa, consistente en no cumplir los deberes constitucionales a los que se sujeta su ejercicio;

ii) “...la concreción del daño se determina con la sentencia de constitucionalidad proferida por la H. Corte Constitucional el día 19 de septiembre de 2001 dado que con esa sentencia se declara la inexecutableidad...” de los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000 y

iii) la expedición de la ley inconstitucional causó daño antijurídico a la actora, “al verse obligada a pagar una Tasa Especial por Servicios Aduaneros” –fls. 56 a 66-.

2. Segunda Instancia

2.1. Apelación

La demandada recurrió en apelación para que se revoque la sentencia y se nieguen a las pretensiones. Al efecto señala que en la decisión el *a quo*:

- i) entendió equivocadamente que la declaratoria de inexecutable de la ley genera automáticamente la obligación de “...pagar perjuicios a las personas que demuestren haberlos sufrido durante el lapso en que la norma estuvo vigente...”;
- ii) atribuyó efectos retroactivos a la sentencia C-992 de 2001, pasando por alto que, conforme con los artículos 214 constitucional, 45 de la Ley 270 de 1996 y los criterios sentados en las sentencias C-113 de 1993 y C-055 de 1996 de la Corte Constitucional, no le corresponde al juez de lo contencioso definir la responsabilidad patrimonial con fundamento en efectos retroactivos no decididos en la sentencia de inexecutable;
- iii) pasó por alto que la Constitución Política y la jurisprudencia de esta Corporación acogen la tesis de la irresponsabilidad del Estado por el hecho de las leyes, salvo en los casos de expropiación, constitución de monopolios y culpa grave o dolo de los congresistas, no acreditados en el *sub judice* y
- iv) resulta contrario al ordenamiento y un descalabro para el erario público que se tenga a la aplicación de la ley antes de ser declarada inexecutable como “...fuente de indemnización de perjuicios” –fls. 81 a 85-.

2.2. Alegatos finales

2.2.1. Recurrente

En esta oportunidad la recurrente, a través de apoderado, reiteró que i) la declaración de inexecutable de los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000 produce efectos hacia el futuro, toda vez que la Corte Constitucional no dispuso la retroactividad de su decisión y ii) la Constitución política limita la responsabilidad patrimonial por la expedición de la ley a los casos de expropiación, constitución de monopolios y culpa grave o dolo de los congresistas, no acreditadas en este proceso –fls. 90 a 91-.

2.2.2. Demandante

La actora, a través de apoderado, reiteró lo expuesto a lo largo del proceso. En síntesis, sostuvo que:

i) el hecho que la sentencia C-992 de 2001 produzca efectos hacia el futuro no incide en la reparación demandada, toda vez que se trata de una acción autónoma para decidir la responsabilidad por los daños antijurídicos causados y *“...la Corte no tiene la facultad de analizar el daño causado con la expedición de esa Ley a los importadores”*;

ii) la expedición de los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000 causó un daño cierto, singularizado y cuantificado, que la actora *“no estaba obligada a soportar”*, toda vez *“...la tasa no estaba retribuyendo ningún servicio prestado por el Estado, sin embargo su pago era indispensable para realizar la importación de bienes al país”*; los contribuyentes no están obligados a pagar tributos contrarios a la Constitución porque ello rompe la igualdad ante las cargas públicas y el Estado no puede enriquecerse injustamente, financiarse con, apropiarse o retener las tasas cobradas en virtud de la ley declarada inexecutable, toda vez que se trata del pago de lo no debido;

iii) los pagos por los que se reclama se efectuaron en cumplimiento de una ley abiertamente contraria a la Constitución y no por mera liberalidad de los contribuyentes, toda vez que se trataba de un requisito *“...para poder legalizar el trámite de sus importaciones”* y

iv) conforme con la intención expresa de la Asamblea Nacional Constituyente y la jurisprudencia de esta Corporación, resulta claro que el artículo 90 constitucional extendió la responsabilidad patrimonial del Estado a los daños antijurídicos causados en el ejercicio de la función legislativa –fls. 92 a 97-.

El Ministerio Público guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES

2.1 Competencia

Esta Corporación es competente para conocer del presente asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por la actora, en contra de la sentencia que negó las pretensiones, dado que la cuantía de la demanda alcanza la exigida en vigencia del Decreto 597 de 1988¹, para que un proceso adelantado en ejercicio de la acción de reparación directa sea conocido en segunda instancia.

2.2 Asunto que la Sala debe resolver

Corresponde a la Sala pronunciarse sobre el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por la Sala de Descongestión de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 26 mayo de 2004, para acceder a las pretensiones, en cuanto consideró que la inexecutableidad decidida en la sentencia C-992 de 2001 ofrece certeza sobre el daño antijurídico sufrido por la actora en este proceso y deja al descubierto la falla en la función legislativa causante del daño.

Lo anterior, porque la recurrente insiste en que i) no se acreditó el daño antijurídico, toda vez que los contribuyentes deben soportar los efectos de la ley antes de la declaración de inexecutableidad, además de que esta última no define el daño y la obligación de reparar y ii) el artículo 90 constitucional excluye de la responsabilidad patrimonial del Estado el ejercicio de la función legislativa.

Por su parte, la actora se opone a la prosperidad de la apelación con apoyo en que i) la reparación de los daños causados durante la vigencia de la ley declarada inexecutable debe resolverse autónomamente, dados los efectos hacia el futuro de la sentencia C-992 de 2001 y la falta de competencia de la Corte Constitucional para decidir sobre la responsabilidad patrimonial del Estado; ii) el pago de la tasa impuesta por los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000 causó

¹ El 13 de enero de 2003, cuando fue presentada la demanda, la cuantía para que la segunda instancia en un proceso iniciado en ejercicio de la acción de reparación directa sea de competencia de esta Corporación era de \$36.950.000,00 -artículos 129 y 132 del C.C.A. subrogados por el Decreto 597/88- y la mayor de las pretensiones de la demanda fue estimada por los actores en \$102.093.526.

un daño cierto, singularizado y cuantificado que la actora no debe soportar, en los términos del artículo 90 constitucional, porque no se trató de la remuneración de un servicio prestado; se pagó un tributo contrario a la Constitución que no puede obligar válidamente a los contribuyentes; se rompió la igualdad ante las cargas públicas y la no devolución de lo pagado enriquece injustamente al Estado, en cuanto le permite financiarse, apropiarse o retener el pago de lo no debido.

Se procederá, en consecuencia, al estudio de la responsabilidad de la entidad demandada, con fundamento en el ordenamiento, en particular en las normas constitucionales rectoras de la responsabilidad patrimonial del Estado y los elementos probatorios allegados al proceso, consistentes en las copias de las declaraciones de importación presentadas con pago por la actora ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y demás documentos aportados.

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

2.3.1 Evolución y características

Como ha tenido la oportunidad de reseñarlo la Sala², el daño y la responsabilidad que genera, esto es la obligación de reparar o indemnizar, son el resultado de una histórica, larga e inacabada evolución, marcada por las sucesivas transformaciones de la organización del poder, de la concepción de Estado y del reconocimiento del individuo como integrante de la comunidad colectiva y asimismo supeditado al interés general, de su identidad, su dignidad y del compromiso institucional para realizarlas.

Si se fija la atención en la evolución del concepto de daño es fácil advertir que la muerte violenta, el desconocimiento de la libertad, la destrucción o afectación de

² Cfr., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencias del 29 de julio de 2013, ponente Stella Conto Díaz del Castillo, radicación 25000233600019981597201 (27.228) y del 31 de agosto de 2015, ponente Ramiro Pazos Guerrero, radicación 25000232600019990007-01 (22637, acumulados).

las cosas sometidas al dominio privado, el abuso del poder, la defraudación de la confianza, figuran en la historia de la responsabilidad como haberes que dan derecho a la reparación, aunque no con la misma fuerza en todas las épocas y sociedades, dada la influencia de factores éticos, filosóficos, sociales y políticos en la estructuración de los elementos de la responsabilidad; en el marco, en todo caso, de proteger la vida y la libertad.

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

De ahí que cualquiera sea el ideario al que acuda la ciencia jurídica para estructurar la responsabilidad del Estado, no explica válidamente y con carácter absoluto, en las distintas épocas, sociedades y formas de organización política, el alcance de la protección que la autoridad debe al particular y de la obligación de repararlo, cuando quiera que, aun si trasgredir el límite del ejercicio del poder, afecta, destruye, desconoce, en fin, daña los intereses legítimos de los asociados.

Así, el daño entendido inicialmente como el hecho ilícito tipificado en la ley -XII Tablas-, se reformuló para llevarlo desde la lesión corporal causada en un cuerpo por otro cuerpo –*corpore corpori*-, como se lo entendió en el plebiscito propuesto por Aquilio, hasta la afectación de cualquier bien (*bonus*, o cosa que produce bienestar), corporal o incorporal, patrimonial o extrapatrimonial, con características de derecho subjetivo o de interés protegido, como vino a entenderse a partir del iusnaturalismo y la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, bien sea que se esté en presencia del derecho consolidado o ante la buena fe que da a la esperanza el carácter de expectativa y legítima para reclamar el derecho a quien de su parte nada le restaba para acceder a él y, asimismo, al que confió en la actuaciones del Estado, incluso al margen del ordenamiento.

Desde esta óptica, inicialmente la víctima debió cargar con pérdidas, lesiones o afectaciones consideradas como fatalidad del destino, obra del incontrolable azar, consecuencia del pecado o necesarias para la seguridad, bienestar o prosperidad del grupo, que hoy se tienen como daños que no deben ser soportados por el ofendido sino cargados al patrimonio del agresor.

Asimismo, es de vieja data que la autoridad se someta a límites en lo que toca con el gobierno de los asuntos públicos, respecto de la recta impartición de justicia y el ejercicio de la capacidad normativa o potestad para dictar normas generales, impersonales y abstractas son más recientes las reglas que obligan a los gobernantes a responder en su condición, ya sea directamente o en razón de la reparación previamente reconocida a la víctima.

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

En lo que toca con la responsabilidad por el daño causado en el ejercicio de la función de producir normas de carácter general, impersonal y abstracto, los antiguos límites vinieron dispuestos por la equidad y la protección de la confianza, como ocurrió en el Derecho romano, en el que se encuentra la responsabilidad imputada personalmente a los pretores que cesaban en sus funciones, por la expedición de edictos reprobados por la equidad y que defraudaban la confianza³, como sucedió con aquellos que desconocieron abiertamente las costumbres de los antepasados –*mores maiorum*- o la ley aprobada por el *populus romanorum*⁴.

³ Cfr., PETIT Eugene, Derecho Romano, Edit. Porrúa, 1996, pág., 46.

⁴ Célebre es el juicio contra el pretor peregrino Cayo Verres, llevado ante el tribunal presidido por el tribuno urbano Manio Acilio Glabrión, siendo agente del ministerio público acusador Marco Tulio Cicerón y defensor Hortensio, por causa de los edictos expedidos por el acusado que ocasionaron la recaudación de impuestos exorbitantes por la producción de trigo y la cancelación injusta de contratos de arrendamiento para la siembra del cereal, entre otros abusos que condujeron a la ruina a la Sociedad

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

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

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

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

Vectigal y los habitantes de Sicilia y que le valieron al tirano la condena en rebeldía y la obligación de reembolsar 40.000.000 de sestercios a los afectados, conforme con la sentencia del tribunal, proferida el 14 de agosto del año 70 a. C. Se destaca entre las acusaciones formuladas por Cicerón en el juicio y que valieron la condena en contra del pretor Verres -conocido por haber modificado en Roma los edictos de sus predecesores para quitarle al dueño de una cosa el derecho a recobrarla, para que los tutores y los parientes no estorbaran que sus pupilos se arruinaran, para fijar plazos muy corto para una obra, con el objeto de excluir a otros contratistas, sin obligar a su propio elegido a plazo alguno-, el hecho de haber establecido un edicto para la provincia romana de Sicilia, que obligaba a que “[c]uanto el recaudador hubiere mandado que le entregue el labrador a título de diezmo, otro tanto está obligado á darle el labrador”, dejando con ello sin efecto la decisión del senado romano de mantener vigente en esa provincia la Ley de Hierón, conforme con la cual los sicilianos no serían sometidos al pago de impuestos por la producción del trigo. Cfr., Acusación de Cicerón en el “Proceso a Verres”; traducción de Víctor Fernández Llera, págs. 120 a 132.

Si bien bajo este modelo al ejercicio del poder se le impone límites, de eso no se consigue el establecimiento de la obligación de reparar, aunque sí mudar el absolutismo político por el legal, en todo caso contrapuesto al Estado constitucional⁵ actual, en el que se profundiza en la eficacia de la protección de las garantías civiles, principalmente, a través de la responsabilidad patrimonial del Estado.

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

⁵ Cfr., FERRAJOLI, Luigi; *"Pasado y futuro del Estado de Derecho"*, en "Neoconstitucionalismo(s)", edición de Miguel Carbonell; Edit. Trotta; págs. 13 a 29 y VIGO, Luis Rodolfo; *"Del Estado de derecho legal al Estado de derecho Constitucional"* (2010), en *"Constitucionalización y Judicialización del Derecho"*, Pontificia Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibáñez; págs. 23 a 46.

legítimos, se dio paso a la responsabilidad del Estado por la prestación indebida o defectuosa y iii) con la introducción de los principios de dignidad humana, de solidaridad y equidad, en contraposición al individualismo e igualdad formal del ideario liberal, se admitió la responsabilidad del Estado sin falta, con el propósito de restablecer el equilibrio vulnerado, bien por obra de la administración o por la regulación de una determinada actividad económica, mediante la ley.

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

Resuelto este caso, la jurisprudencia ha reconocido la responsabilidad del Estado legislador cuando la ley impone cargas anormales, siempre que se cause un daño significativo y soportado por un número limitado de personas⁶.

Estos criterios los extendió la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés a la responsabilidad por la expedición de actos administrativos o reglamentos. Y, asimismo, con fundamento en la ruptura del equilibrio de las cargas públicas, ha

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

declarado la responsabilidad del Estado por la aprobación de tratados internacionales⁷.

Ahora bien, con el Estado constitucional se viene profundizando, según la doctrina, en i) una constitución rígida, esto es escrita, protegida contra la legislación ordinaria y cuyas normas solamente pueden ser modificadas o derogadas mediante procedimientos especiales de revisión constitucional; ii) la supremacía de la Constitución garantizada jurisdiccionalmente; iii) el carácter vinculante y de aplicación directa de las normas constitucionales; iv) la interpretación extensiva o “*sobreinterpretación*” de las normas y conforme, en cuanto de una parte, de la Constitución deben extraerse “...*innumerables normas implícitas, no expresas, idóneas para regular cualquier aspecto de la vida social y política*” y de otra, ninguna ley puede escapar al control del juez constitucional, con facultades para desentrañar las distintas interpretaciones posibles y declarar cuál es la preferible, en cuanto se adecúa o armoniza con la Carta y v) la posibilidad de que el juez controle la discrecionalidad política a partir del principio de razonabilidad y de la ponderación de los principios constitucionales⁸. Se comprende, entonces, por qué se ha arribado a la responsabilidad del Estado por la expedición de las leyes violatorias de los derechos y las normas constitucionales.

Cabe destacar, por ejemplo, que el Consejo Constitucional Francés, en ejercicio del control de constitucional previo, ha declarado la no conformidad de normas con la Constitución en tanto omiten incluir la reparación de los afectados y rompen, por esta razón, el equilibrio de las cargas públicas⁹. Rechazando así la ideología de épocas anteriores, conforme con la cual correspondía al legislador definir la procedencia de la reparación.

Por su parte, el Tribunal Supremo Español ha venido consolidando una línea jurisprudencial en materia de responsabilidad del Estado por la actividad del

⁷ Sentencias del 30 de marzo de 1966, Compañía General de Energía Radioeléctrica y del 29 de octubre de 1976, Ministro de Asuntos Exteriores/matrimonio Burgat.

⁸ Cfr., Riccardo Guastini, «La “Constitucionalización” del ordenamiento jurídico: El caso Italiano», en “Neoconstitucionalismo(s)”, Ob. cit., págs. 49 a 73; y VIGO, Luis Rodolfo; “Del Estado de derecho legal al Estado de derecho Constitucional” (2010), ob. cit, págs. 23 a 46.

⁹ Sentencia n.º 85-198 DC, del 13 de diciembre de 1985.

legislador, fundada en la violación del principio de la confianza legítima y en la expedición de leyes inconstitucionales. Conforme con el primero de estos criterios, se indemnizan los perjuicios ocasionados por la expedición de leyes constitucionales que suprimen estímulos a las inversiones privadas, establecen plazos apremiantes para la transición, imposibles de resistir e imponen un sacrificio patrimonial individual de derechos o intereses económicos legítimos¹⁰. Mientras que la responsabilidad del Estado legislador por la ley declarada inconstitucional se funda en el desconocimiento del deber de sometimiento al imperio de la Constitución y del mandato de la misma de reparar la lesión a bienes, derechos o intereses jurídicos protegidos¹¹.

También, la integración económica y regional ha llevado a que los tribunales supranacionales, invocando los principios de aplicación inmediata, de primacía¹² y como un mecanismo necesario para garantizar la plena eficacia de las normas comunitarias y los derechos que ellas reconocen, declaren directamente a favor de los particulares la responsabilidad de los Estados Miembros por falta del legislador, consistente en incumplir las obligaciones relacionadas con la adopción de las Directivas, aún en los casos en que el juez nacional ha desestimado la ruptura del equilibrio de las cargas públicas por la no “transposición” en el ordenamiento interno de la normatividad comunitaria¹³. Esta responsabilidad por el incumplimiento se viene estructurando en los casos en que concurren i) la no adopción o la transposición deficiente al derecho interno

¹⁰ Con las Sentencias del 5 de marzo de 1993, 24 de junio de 1994 y 16 de septiembre de 1997 el Tribunal Supremo Español ordenó la indemnización a las Empresas Pescanova, Pebsa y Alvamar, afectadas por la eliminación de los beneficios –cupos- establecidos por el Real Decreto 830 de 1985 dispuesta, para ser llevada a cabo en un periodo de 7 años, con el Tratado de Adhesión a la Comunidad Europea, adoptado el 12 de junio de 1985. Asimismo, en la Sentencia del 17 de febrero de 1998 se declaró la responsabilidad del Estado por la Ley del Parlamento Balear que prohibió la construcción en áreas rurales con la finalidad de protegerlas, en las cuales la administración había aprobado a sus propietarios planes de desarrollo urbanístico. Y, con las sentencias del 8 y 9 de octubre de 1998, se ordenó la indemnización a los afectados por una ley del parlamento autonómico que modificó sustancialmente el régimen tributario especial previsto para la industria petrolera.

¹¹ Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Sexta, Sentencias del 29 de febrero, 13 de junio, 15 de julio y 30 de septiembre de 2000, proferidas para resolver recursos interpuestos contra los acuerdos del Consejo de Ministros que negaron la indemnización por el cobro del gravamen complementario sobre la tasa fiscal del juego, establecido por el artículo 38.2.2 de la Ley 5/1990, declarado inconstitucional y nulo por la Sentencia 173 de 1996 del Tribunal Constitucional.

¹² Conforme con el artículo 25 de la Convención de Viena, el Estado Miembro no puede invocar su propia constitución para incumplir la normatividad comunitaria.

¹³ Cfr. Corte Europea de Derechos Humanos, Decisión del 16 de abril de 2002, Jacques Dangeville/Ministro de Presupuesto Francés; n.º 89PA02498 y 141043, por el incumplimiento de la Directiva Sexta de 1977 y Novena de 1978 por parte del Estado Francés.

de una directiva comunitaria que reconozca el otorgamiento de derechos individuales; ii) la vulneración manifiesta y grave de la facultad de apreciación en el cumplimiento de la Directiva y iii) el nexo de causalidad entre el incumplimiento de la obligación de adoptar internamente la norma comunitaria y el daño sufrido por el reclamante¹⁴.

2.3.2 En el ámbito nacional

La Constitución de 1886, fundada en la unidad nacional, radicó la soberanía en la Nación –art. 2º-; señaló que todos *“los poderes públicos son limitados”* –art. 57-; expresó el deber las autoridades de proteger a las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes y asegurar el respeto recíproco de los derechos naturales –art.19-; enunció los derechos de las personas; protegió los adquiridos con arreglo a la ley civil –art. 31-; estableció el deber de indemnizar, con arreglo a la ley, en los casos de expropiación por motivos de utilidad pública –arts. 31, 32 y 33-, de amnistías e indultos –art. 76- y también confirió a ley las facultades de determinar la responsabilidad de los funcionarios públicos y la forma de hacerla efectiva –arts. 51 y 62-, regular *“el servicio público”*, decretar las obras públicas y fomentar *“las empresas útiles ó benéficas dignas de estímulo y apoyo”* –art. 76-.

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

¹⁴ Tribunal de Justicia Europea, TJCE, Sentencias del 19 de noviembre de 1991, en el caso Francovich y otros vs. la República Italiana, por el incumplimiento de la Directiva 80/987.

Con la reforma constitucional de 1936 se atribuyó al Estado las funciones de asistencia pública¹⁵, intervención en la dirección y racionalización de la economía¹⁶ y función social a la propiedad¹⁷. Bajo el ideario de este modelo estatal se profundizó en el asistencialismo social y el paternalismo en el suministro de bienes y servicios, se monopolizó y reservó al Estado múltiples actividades económicas que se organizaron bajo el concepto de servicio público y se sentaron las bases del Estado social.

Asimismo, con la reforma de 1945, se constitucionalizó el proceso de formación del presupuesto nacional, el principio de planeación estatal de la economía nacional y de las obras públicas y se atribuyó facultades al legislador en la materia, profundizando la intervención del Estado en la economía¹⁸; en tanto que con el Acto legislativo n.º 1 de 1968 se ahondó en la descentralización y autonomía administrativas, así como en la planeación económica centralizada del Estado.

Coetáneamente, la responsabilidad del Estado, fundada por la jurisprudencia inicialmente en las disposiciones del Código Civil, se desarrolló al amparo de las normas constitucionales, de las corrientes de pensamiento que inspiraron el derecho administrativo, en especial, por la necesidad de dotar de eficacia los derechos civiles de rango constitucional y los deberes de cumplir los fines

¹⁵ Dispuso el Acto Legislativo n.º 1 de 1936: “[l]a asistencia pública es función del Estado. Se deberá prestar a quienes careciendo de medios de subsistencia y de derecho para exigirla de otras personas, estén físicamente incapacitados para trabajar. La ley determinará la forma como se preste la asistencia y los casos en que deba darla directamente el Estado”.

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

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

¹⁷ “...La propiedad es una función social que implica obligaciones” -art. 10, *ibídem*-.

¹⁸ Conforme con el Acto legislativo n.º 1 de 1945, por medio de las leyes el Congreso ejercerá las funciones de “...3. Dictar las disposiciones para la formación del Presupuesto Nacional; 4. Fijar los planes y programas a que debe someterse el fomento de la economía nacional, y los planes y programas de todas las obras públicas que hayan de emprenderse o continuarse (...)” -art. 7º-.

sociales del Estado, proteger a las personas en su vida, honra y bienes¹⁹ y el derecho universal a la igualdad frente a las cargas públicas, a través de la aplicación de las teorías de la falla del servicio, del daño especial y del riesgo excepcional, cuya génesis se le atribuye comúnmente al Derecho francés.

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

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

¹⁹ Conforme con el artículo 9º del Acto legislativo n.º 1 de 1936 –se destaca-, “[l]as autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.

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

Una de las más importantes justificaciones de la supremacía de la norma constitucional tiene que ver con su origen. La Constitución –como lo señala su Preámbulo–²⁰, es el resultado del ejercicio del poder soberano del pueblo, al que reserva con exclusividad la soberanía –art. 3º-. En todo caso, para que los derechos y demás intereses mantengan la eficacia que el mismo pueblo les reconoce, la Constitución los erigió en límites o restricciones al ejercicio del poder y dispuso el principio general de responsabilidad, con arreglo al cual el Estado debe responder patrimonialmente por el daño antijurídico que le sea imputable, por acción u omisión de cualquier autoridad pública, como efectivamente lo es el Congreso de la República.

Es precisamente bajo estas coordenadas constitucionales que el Estado social de derecho aparece como *“un modelo político organizado en un sistema de efectivas limitaciones al ejercicio del poder, en orden a garantizar la vigencia real y permanente de los derechos así como de los intereses, creencias y libertades de los asociados en todos los espacios y circunstancias, inclusive ante situaciones excepcionales”*²¹. De esta manera, se configura un complejo normativo con la Constitución en la cúspide que incluye –como la ha recordado la doctrina– *“el diseño de mecanismos eficaces de control en todas las instancias, acompañados de medidas de colaboración y responsabilidad institucionales que los aseguren real y efectivamente”*²².

²⁰ “El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente: CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA”.

²¹ ARAGÓN REYES, Manuel; “Constitución y control del poder”; Universidad Externado de Colombia, 1999, p.36.

²² Ibíd.

El sistema de restricciones al ejercicio del poder, al que se ha hecho mención se sustenta, pues, en el carácter normativo de la Constitución, propio del Estado constitucional –arts. 4º, 6º, 122, 237 y 241 entre otros–, postulado superior del que emanan los principios de i) jerarquía y unidad normativa; ii) legalidad y moralidad a los que están sometidas las autoridades públicas y iii) el control jurisdiccional de la actividad estatal, incluida la legislativa. En otras palabras, el principio de jerarquía normativa tiene que ver con el carácter vinculante, directo y prevalente de la Constitución, orientado a garantizar la unidad y la coherencia del sistema jurídico, como lo ha señalado la Corte Constitucional²³.

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

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

En efecto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, a través de la acción de reparación directa, declaró la responsabilidad patrimonial del Estado sin falla - daño especial- y ordenó la indemnización del daño antijurídico en un litigio fundado en las normas sobre inmunidad jurisdiccional del Tratado Internacional o Convención Viena aprobado por Colombia, cuya aplicación en el ámbito interno

²³ Cfr., “El ordenamiento jurídico colombiano supone una jerarquía normativa que emana de la propia Constitución. Si bien ella no contiene disposición expresa que determine dicho orden, de su articulado puede deducirse su existencia, así no siempre resulte sencilla esta tarea. En efecto, diversas disposiciones superiores se refieren a la sujeción de cierto rango de normas frente a otras. Así, para empezar el artículo 4º de la Carta a la letra expresa: ‘La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales’. Esta norma se ve reforzada por aquellas otras que establecen otros mecanismos de garantía de la supremacía constitucional, cuales son, principalmente, el artículo 241 superior que confía a la Corte Constitucional la guarda de la integridad y supremacía de la Carta y el numeral 3º del artículo 237, referente a la competencia del Consejo de Estado para conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuyo conocimiento no corresponda a la Corte Constitucional. Así las cosas, la supremacía de las normas constitucionales es indiscutible”, Corte Constitucional, Sentencia C-037 de 2000.

impidió a los actores demandar la responsabilidad civil contra el agente diplomático causante del accidente de tránsito en que falleció su familiar²⁴.

Se trató en ese caso de la reparación directa pedida por los actores “*como consecuencia del acto legislativo consistente en haber expedido, sancionado y promulgado la ley 6ª de 1.972, la cual aprobó la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, ley que estableció la inmunidad de jurisdicción diplomática*”, por cuya aplicación se les impidió accionar en contra del agente diplomático de los Estados Unidos para obtener la reparación por la muerte de su esposo y padre, con fundamento en el daño especial, esto es la responsabilidad por i) la ruptura de la igualdad de las cargas públicas, de que tratan los artículos 13, 95 y 363 constitucionales, con una actuación legítima del Estado; ii) que causa un daño cierto, concreto y particular que lesiona un interés protegido y iii) el nexo de causalidad entre la actuación estatal y el daño.

En esa oportunidad la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo dejó sentado que i) la antijuridicidad del daño sufrido por la víctima con la expedición de leyes es la que define la responsabilidad patrimonial y no la inconstitucionalidad o ilegalidad de la actuación estatal, porque a esos efectos no es necesaria –se destaca– *“la vulneración de mandatos superiores por cuanto la responsabilidad estatal se deriva independientemente de la licitud o ilicitud de la conducta de la administración, **pues la reparación deviene de la antijuridicidad del daño**”* y ii) que si bien la adopción del tratado internacional involucra la ratificación del Gobierno Nacional, la aprobación por el Congreso de la República y el control jurisdiccional de la Corte Constitucional, la responsabilidad en el caso concreto se originó por la aplicación de las normas generales sobre la inmunidad jurisdiccional de que gozan en el país los agentes diplomáticos.

A partir de entonces la Corporación ha definido la responsabilidad patrimonial del Estado por la expedición de la ley, incluyendo las leyes declaradas inconstitucionales, demandada en acción de reparación directa contra el Gobierno Nacional, en unos casos o directamente contra el Congreso de la República, con fundamento en el artículo 90 constitucional, sin sujeción a un

²⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 25 de agosto de 1998, Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros; expediente IJ-001.

único título de imputación, por cuanto la tipificación de la responsabilidad patrimonial por el hecho de la ley a partir de los tradicionales títulos de origen pretoriano, como el daño especial, limita injustificadamente la protección de los derechos, bienes y demás intereses y la cláusula general, de que tratan, entre otros, los artículos 2º, 83, 90 y 95 constitucionales²⁵.

Asimismo, conforme con la jurisprudencia unificada por la Sala de la Sección Tercera el título de imputación de responsabilidad al Estado debe estar en consonancia con la realidad probatoria, en cada caso concreto. Esto, porque, en cuanto el artículo 90 constitucional no privilegia un régimen especial de responsabilidad, los títulos o razones que permiten atribuir la responsabilidad al Estado son elementos argumentativos de la sentencia²⁶.

Recientemente, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo unificó la jurisprudencia en el sentido que la acción de reparación directa procede directamente contra el Congreso de la República para procurar la indemnización de los perjuicios ocasionados por la aplicación de la tasa creada por los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000, declarados inexecutable por la Corte Constitucional, sin que a esos fines sea necesario reclamar previamente ante la administración o sujetar la indemnización a la acción de nulidad y restablecimiento contra la decisión de no restituir lo recaudado.

Finalmente, es de anotar que la Corte Constitucional encontró ajustado a la Constitución Política el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, por considerar que conforme con sus disposiciones la acción de que se trata procede para demandar la reparación del daño ocasionado por el hecho del legislador²⁷.

Ahora, si bien es cierto que en la sentencia C-149 de 1993, la Corte Constitucional, al declarar la inconstitucionalidad de los artículos 16, 17 y 18 de

²⁵ Cfr., Sección Tercera, Subsección B, sentencias del 28 de septiembre de 2012, 250002326000199901795-01 (24630) y del 29 de julio de 2013, radicación 25000233600019981597201 (27.228), ponente Stella Conto Díaz del Castillo; sentencia del 31 de agosto de 2015, radicación 25000232600019990007-01 (22637, acumulados), ponente Ramiro Pazos Guerrero; Subsección C, sentencia del 14 de abril de 2013, radicación 44001-23-31-000-2002-00457-01 (28221), entre otras.

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 19 de abril de 2012, ponente Hernán Andrade Rincón, expediente 190012331000199900815 01 (21515).

²⁷ Corte Constitucional; sentencia C-038 de 2006, ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

la Ley 6ª de 1992, dispuso la devolución de los recursos fiscales percibidos ilegítimamente a título de inversión forzosa, para evitar un enriquecimiento ilícito y la vulneración de la buena fe, posteriormente señaló que las medidas adoptadas como consecuencia de la modulación de los efectos temporales de sus decisiones, si bien permiten resarcir algunos de los perjuicios ocasionados por las leyes inconstitucionales, no se enmarcan en el propósito de reparar los daños antijurídicos causados por fallas en la actividad legislativa, por no ser el juez competente en la materia²⁸.

2.4 El juicio de responsabilidad

2.4.1 De conformidad con el artículo 90 de la Constitución Política, para que el Estado sea declarado responsable patrimonialmente, es necesaria la acreditación de i) un daño antijurídico sufrido por la víctima, ii) causado por la acción o la omisión de la entidad pública demandada.

De donde, sin daño no hay responsabilidad y, asimismo, la ocurrencia del daño, desprovista de razones jurídicas para atribuírselo al Estado o de actuaciones que no lesionan derechos o intereses jurídicos, es insuficiente para imponer la obligación de reparar.

El primer y principal elemento sobre el que gravita la responsabilidad, el daño antijurídico, se entiende como la pérdida, afectación o menoscabo, cierto y particular, sufrido en los derechos, intereses, libertades y creencias, que una persona no debe soportar. Al punto que i) si no se configura el daño, nada se debe indemnizar; ii) lo mismo si se acredita que la pérdida, afectación o disminución sufridas son jurídicas y iii) establecido el daño antijurídico sufrido por la víctima, corresponde determinar a quién le resulta imputable, para conminarlo a indemnizar al perjudicado.

²⁸ Cfr., Sentencia C-038 de 2006, citada, entre otras.

En ese orden, la antijuridicidad del daño resulta del hecho que la víctima no deba soportarlo, al margen de la legalidad, ilegalidad, legitimidad, irregularidad, falla o antijuridicidad en la actuación estatal.

En efecto, las actas de la Asamblea Nacional Constituyente no dejan dudas acerca del desplazamiento del centro de gravedad desde la responsabilidad administrativa, fundada en los tradicionales títulos pretorianos con los que se determina el deber de indemnizar a partir de la actuación de la administración – falla del servicio, ruptura de la igualdad frente a las cargas públicas (daño especial), creación del riesgo excepcional (actividad peligrosa)- hacia la responsabilidad patrimonial, definida por el daño antijurídico –se destaca-:

*“(..) noción de falla en el servicio, que es la que actualmente prima entre nosotros, la falla en el servicio es toda, pues en términos muy generales, es toda conducta de la administración que sea contraria al cumplimiento de su obligación en los términos establecidos por la Constitución y por la ley, **lo que nosotros proponemos es que se desplace el centro de gravedad de la responsabilidad patrimonial del Estado, de la conducta antijurídica del ente público a la antijuridicidad del daño**, de manera que con esto se amplía muchísimo la responsabilidad y no queda cobijado solamente el ente público cuando su conducta ha dado lugar a que se causen unos daños, sino cuando le ha infringido alguno a un particular que no tenga porqué soportar ese daño”.*

2.4.2 Corresponde entonces a la Sala determinar, en primer lugar, si se acreditó el daño antijurídico cuya reparación se pretende en el *sub judice*.

La recurrente aduce que los pagos efectuados durante la vigencia de los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000 no constituyen un daño, mientras, la actora afirma su causación y funda la antijuridicidad en que se trata de erogaciones i) contrarias a la Constitución, como se decidió en la sentencia C-992 de 2001 de la Corte Constitucional, ii) que no remuneran la prestación de un servicio público y iii) que enriquecen al Estado sin justa causa o le permiten apropiarse indebidamente o afectar injustamente la propiedad privada.

Por su parte, el *a quo* consideró que con la declaración de inexequibilidad de los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000 se acreditó que los pagos efectuados constituyen un daño antijurídico para la actora.

Con los artículos 56 y 57 se dispuso la creación de una tasa para remunerar el servicio público de aduanas a cargo de la DIAN, destinada a recuperar los costos de las operaciones de comercio exterior –importaciones y exportaciones-, equivalente al 1.2% del valor FOB de los bienes importados, así: –se destaca:

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

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

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

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

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

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

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

La Corte Constitucional, mediante la sentencia C-992 del 19 de septiembre de 2001, notificada por edicto desfijado el 25 de octubre del mismo año, declaró la inexecutable de esas normas.

En aquella oportunidad el demandante adujo la violación del artículo 338 constitucional, fundada en que las disposiciones acusadas no determinaron el sistema y el método para definir el costo de los servicios prestados, los beneficios obtenidos y la forma de hacer el reparto.

La Corte Constitucional concluyó que las normas demandadas i) no contrarían la constitución por el hecho de no haber establecido el sistema y método para definir los costos y hacer el reparto, en cuanto la ley fijó directamente la tarifa; tampoco por el hecho de fijar esta última sobre una base *ad valorem*, acompañada con el principio de equidad tributaria, toda vez que no es de su esencia que la tasa se corresponda exactamente con los costos del servicios prestados y ii) son contrarias al artículo 338 constitucional, en tanto permiten que con la tasa se remuneren servicios distintos de los prestados a los contribuyentes, en razón de que se paga sobre el valor de las importaciones, empero, también se destina a cubrir los costos de los servicios de exportación y otros gastos administrativos de la DIAN.

Así concluyó la Corte Constitucional –se destaca–:

Tales disposiciones no resultan contrarias a la Constitución por el hecho de que no establecen el sistema y el método para definir los costos y la forma de hacer el reparto, en la medida en que la fijación de la tarifa no se defiere a las autoridades administrativas, sino que la propia ley la fija en el uno punto dos por ciento (1.2%) del valor FOB de los bienes objeto de importación.

Tampoco se encuentra contrario, per se, a la Carta el hecho de que para la fijación de la tarifa se tome una base ad valorem, porque ese puede ser un criterio válido de reparto que el legislador puede establecer en ejercicio de su potestad de configuración y siempre y cuando se respeten los principios de la equidad tributaria. En efecto, puede ocurrir que para la recuperación del costo global de un determinado servicio, se decida establecer una tasa cuya tarifa sea proporcional, o progresiva, en función de un valor que pueda vincularse al servicio al que corresponde la tasa.

*No obstante lo anterior, en la medida en que es consustancial a la idea de tasa su vinculación con el servicio que se presta al usuario, la tarifa debe también, necesariamente, estar asociada a tal servicio. **No quiere ello decir que deba existir una exacta correspondencia entre uno y otro**, porque, como se ha señalado, puede ocurrir, por ejemplo, que según un determinado criterio de distribución se imponga a algunos usuarios un gravamen en cuantía más que proporcional al servicio recibido y viceversa; en otros casos la tasa puede conducir a una recuperación apenas parcial del costo de los servicios prestados.*

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

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

2.4.3 Los elementos probatorios allegados al proceso, ofrecen certeza sobre los siguientes hechos:

2.4.3.1 La sociedad actora tiene como objeto principal “...distribuir y comercializar gas natural comprimido, construir, operar y mantener estaciones de servicio y talleres de gas natural comprimido, y en general realizar cualquier actividad que tenga como fin el desarrollo de gas natural comprimido como alternativa de combustible; prestar servicios técnicos, de asesoría y de interventoría de obras en los diferentes campos de la ingeniería...” –según consta en el certificación de existencia y representación legal, fls. 3 a 6-.

2.4.3.2 Entre los días 25 de enero y 22 de octubre de 2001, la actora requirió el servicio público de aduanas, necesario para la importación de bienes, mismo que fue prestado por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN, en la ciudad de Barranquilla y pagado por la actora.

De ello dan cuenta las declaraciones de importación, presentadas ante la DIAN por la actora, a través del agente de aduanas ACI Cargo SIA Ltda., con pagos por concepto de servicios aduaneros –TESA-, por la suma total de \$102.093.476,00 –fls. 3 a 48, cdn. anexo-.

2.4.3.3 Asimismo, las declaraciones de importación dan cuenta que se trató de los servicios aduaneros para la importación de kits de conversión del sistema de suministro de gasolina a gas natural comprimido, partes y otros elementos para uso de ese combustible en vehículos automotores; recipientes y aparatos para almacenamiento y suministro del mismo combustible cuya distribución, comercialización e instalación se comprende en el objeto social de la actora.

2.4.4 Valorados conjuntamente, los elementos probatorios allegados al proceso ofrecen certeza sobre el pago por parte de la actora de obligaciones generadas por la prestación del servicio de aduanas, empero, no acreditan que la actora haya sufrido una disminución patrimonial dañina. Esto, porque 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.

2.4.5 Por su parte, la declaración de inexecutable desdice de la legalidad o legitimidad de la actuación estatal, consistente en haber expedido los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000 con desconocimiento de la Ley fundamental, empero, no acredita *per se* el daño antijurídico, esto es, la disminución o afectación patrimonial, cierta y particular que el administrado no debe soportar.

2.4.6 Asimismo, no es dable el entendimiento en el sentido que por la declaratoria de inexecutable de los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000 haya desaparecido la fuente de las obligaciones pagadas por la actora, conforme con las declaraciones de importación allegadas, toda vez que, además de la prestación material del servicio que generó la contraprestación, acreditada en el *sub judice*, el ordenamiento impone el pago por la utilización de los servicios de aduanas a cargo del Estado.

En efecto, es propio de las obligaciones que su existencia se origina en dos fuentes, una inmediata o próxima, consistente en un hecho, acto o negocio jurídico, el enriquecimiento sin causa, el abuso del derecho y otra, mediata o remota, consistente en la ley que define los supuestos de hecho idóneos para crear la obligación²⁹.

Conforme con los artículos 150.19, 185.25, 365 y 368 constitucionales, el servicio de aduanas está a cargo del Estado, sin que se lo obligue a prestarlo gratuitamente; por el contrario, se trata de un servicio cuya prestación es onerosa, por disposición de la Ley fundamental.

En ese orden, en cuanto la autorización para prestar y cobrar el servicio de aduanas no proviene exclusivamente de los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000, no resulta posible desconocer la prestación material del servicio en favor de la actora efectuada por parte del Estado y la obligación de pagar que se origina en esa prestación, como se dispone en el ordenamiento constitucional, por el solo hecho de la declaración de inexequibilidad de las citadas disposiciones.

2.4.7 Ahora, pone de presente de la Sala que, si bien con la demanda se pretende la devolución de lo pagado por concepto de la tasa creada con la Ley 633 de 2000, no se trata propiamente de la restitución del pago de lo no debido, sino de la indemnización de los perjuicios ocasionados por la expedición de la ley.

Diferenciar entre esos aspectos resulta importante a efectos de la definición de la responsabilidad demandada, en cuanto la restitución de lo no debido y la indemnización del perjuicio ocasionado por la expedición de los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000 se fundan en hechos dañinos distintos y, asimismo, involucran centros de imputación de la responsabilidad diferentes para efectos presupuestales.

²⁹ Cfr., VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE, Álvaro; Derecho Civil, Tomo III, De las Obligaciones; Ed. Temis, Bogotá, 2010, págs. 47 y ss.

En todo caso, corresponde al actor decidir los supuestos y pretensiones que determinan la vía procesal adecuada, esto es, si la nulidad y restablecimiento del derecho, para cuestionar la validez y procurar la restitución del pago o la reparación directa, para pretender la indemnización de los perjuicios ocasionados con la expedición de la ley, como ocurre en el caso concreto. Sin que en ese caso la reparación directa se sujete a la reclamación previa de devolución de lo pagado ante la administración, como se decidió en sentencia de unificación.

En ese orden, de entenderse que las pretensiones efectivamente se orientan a obtener de la Nación, genéricamente considerada, la restitución del pago de lo no debido, como se aduce en la demanda con fundamento en el enriquecimiento sin causa, habrá de considerarse que i) lo acreditado tiene que ver con que los pagos efectuados por la actora, cuya devolución reclama, mantienen su fuente en la prestación del servicio de aduanas, autorizada por el ordenamiento constitucional a título oneroso y ii) en el *sub judice* no se acreditó que lo cobrado no se corresponda con los costos del servicio de aduanas prestado a la actora.

En efecto, la recurrente funda la pretensión de devolución en que lo pagado no es proporcional al servicio prestado y al efecto se apoya en lo decidido por la Corte Constitucional en la sentencia C-992 de 2001. Empero, la ratio de esa decisión corresponde a un juicio abstracto de constitucionalidad, como no puede ser de otra forma y así se dejó sentado, en cuanto la Corte precisó que la decisión no se funda en el conocimiento de los costos incluidos en la tasa, la determinación de una relación de equivalencia entre los costos y la tarifa, amén de que, como allí se afirmó, “...*los costos que se generan por los servicios aduaneros que se prestan a los contribuyentes de la tasa, ...comprenden, o pueden comprender, servicios que correspondan a exportaciones y porque en la financiación de los costos laborales y de capacitación de la DIAN, caben conceptos que nada tienen que ver con las importaciones, o incluso, con el comercio exterior*”.

Razones que, si bien son suficientes para decidir el juicio abstracto de constitucionalidad, como lo concluyó la Corte, nada permiten establecer sobre el daño cierto, concreto y particular que da lugar a la responsabilidad patrimonial demandada en el *sub judice*, esto es no acreditan que los pagos cuya devolución pretende la actora efectivamente no se correspondan con los servicios de aduanas prestados para la importación de bienes por ella adelantada.

2.4.8 En lo que toca con los argumentos relativos a la expropiación que la recurrente invoca como fundamento del daño, consistente en habérsela despojado de los bienes y beneficios por los pagos efectuados, entiende la Sala que se orientan a cuestionar que con los pagos efectuados por el servicio de aduanas se impuso a la actora unos costos y se la privó definitivamente de la oportunidad de recuperarlos y de obtener los beneficios por sus inversiones.

En términos generales, las tarifas y demás derechos de importación se consideran parte de los costos de importación, en cuanto estos incorporan el valor de compra y los costos incurridos para poner los bienes en el sitio de producción, incluidos los indirectos, como los gastos ocasionados por los servicios necesarios para la importación.

Empero, el hecho de que los servicios aduaneros de importación pagados por la actora hayan incrementado los costos de producción, hecho que no se acreditó en el proceso, no permite concluir *per se* la existencia de un daño, amén de que en el proceso no se demostró que por causa de la ley declarada inexecutable se haya privado a la actora de la recuperación de los costos de producción correspondientes a los pagos efectuados o de la obtención de los beneficios de sus inversiones.

En suma, comoquiera que no se acreditó el daño antijurídico invocado en la demanda, procede que se nieguen las pretensiones. En consecuencia, la Sala revocará la sentencia recurrida, por las razones hasta aquí expuestas.

No se condenará en costas por no aparecer causadas.

III. DECISIÓN

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

FALLA:

Primero. SE REVOCA la sentencia proferida por la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 26 de mayo de 2004.

Segundo. SE NIEGAN las pretensiones.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

Presidenta de la Subsección

RAMIRO PAZOS GUERRERO

Magistrado