

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de abril de dos mil veinte (2020)

o

Radicación número: **25000-23-26-000-2010-00305-01(46970)**

Demandante: **GRUNENTHAL COLOMBIANA S.A.**

Demandado: **MINISTERIO DE SALUD**

Referencia: **ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA**

Temas: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA-procedencia para reclamar la reparación de daños causados por un acto administrativo general declarado nulo / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ACTOS ADMINISTRATIVOS NULOS -Jurisprudencia de unificación- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ACTOS ADMINISTRATIVOS NULOS -Se debió solicitar la devolución de lo pagado y demandar los actos administrativos particulares proferidos -Principio del privilegio de lo previo.

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 28 de junio de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección C de Descongestión, en la que se negaron las pretensiones de la demanda.

I. SÍNTESIS DEL CASO

La sociedad demandante afirmó que las Resoluciones 2776 del 1º de noviembre de 2000 y 826 del 19 de mayo de 2003, proferidas por el Ministerio de la Protección Social [hoy de Salud], establecieron un tributo ilegal consistente en el pago del 20% del valor de los medicamentos y materias primas de control especial que fueran importados a Colombia. Agregó que los citados actos administrativos fueron anulados por la Sección Primera de esta Corporación, ya que trasgredieron el principio de reserva legislativa. En ese orden de ideas, solicitó que se declarara la responsabilidad patrimonial del Ministerio, toda vez que le irrogó un daño antijurídico que es imputable a la entidad demandada a título de falla del servicio, por la expedición irregular de las mencionadas resoluciones.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda

Mediante escrito del 14 de mayo de 2010 (F. 7 a 17 c. 1), la sociedad comercial Grunenthal Colombiana S.A., por intermedio de apoderado judicial (F. 1 y 2 c. 1), presentó demanda de reparación directa contra la Nación-Ministerio de la Protección Social [hoy de Salud], con el fin de que se accediera a las siguientes pretensiones:

1. Declaraciones y condenas:

1.1. Primera: que se declare que la Nación, Ministerio de la Protección Social es responsable de los perjuicios económicos causados a mi representada por la falla y falta en el servicio en la cual incurrió la demandada al proferir resoluciones ilegales que obligaron a mi representada al pago de una tasa por la importación de medicamentos y materias primas de control especial, lo que causó un agravio injustificado a Grunenthal Colombiana S.A.

1.2. Segunda: condenar, en consecuencia, (sic) a la Nación-Ministerio de la Protección Social, como reparación del daño ocasionado, a pagar a Grunenthal Colombiana S.A., o a quien represente legalmente sus derechos, los perjuicios de orden económico actuales y futuros, los cuales a la fecha de presentación de esta acción se estiman como mínimo en la suma de dos mil seiscientos setenta y cinco millones doscientos setenta mil novecientos sesenta y siete pesos (\$2.675'270.967).

1.3. Tercera: la condena respectiva debe ser actualizada de conformidad con lo previsto en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, aplicando en la liquidación la variación promedio mensual del índice de precios al consumidor, desde la fecha de ocurrencia de los hechos hasta la de ejecutoria del correspondiente fallo definitivo.

1.4. Cuarta: la parte demandada deberá dar cumplimiento a la condena contenida en la sentencia, en los términos de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo (F. 7 y 8 c. 1).

Los fundamentos fácticos de la demanda son, en síntesis, los siguientes:

El 1º de noviembre de 2000, el Ministerio de Salud profirió la Resolución 2776 – publicada en el Diario Oficial n.º 44.230 del 17 de noviembre de ese año– mediante la cual se estableció un costo de administración y vigilancia derivado de la importación de medicamentos y materias primas de control especial.

A través de la Resolución 826 del 19 de mayo de 2003, el Ministerio desarrolló y reglamentó la Resolución 2776 de 2000. El artículo 29 de aquella establecía: “La persona natural o jurídica que haya realizado la importación de materias primas de control especial o medicamentos que las contengan a través del Fondo

Nacional de Estupefacientes del Ministerio de la Protección Social y para efectos de la liquidación de costos sobre el valor CIF de la mercancía, deberá cumplir con lo establecido en la Resolución 02776 de noviembre 1º de 2000, expedida por el Ministerio de la Protección Social y presentar los siguientes documentos (...)”.

Las Resoluciones 2776 del 1º de noviembre de 2000 y 826 del 19 de mayo de 2003 fueron anuladas por la Sección Primera de esta Corporación, mediante sentencia del 24 de julio de 2008, exp. 11001-03-24-000-2003-00394-01, M.P. Camilo Arciniegas Andrade.

La sociedad demandante pagó a favor del Fondo Nacional de Estupefacientes la tasa del 20% sobre el valor CIF por la importación de medicamentos y materias primas de control especial, desde que entró en vigencia la Resolución 2776 hasta el 28 de mayo de 2009. Los valores pagados con fundamento en los actos administrativos ascendió a la suma de \$2.184'571.248.

Como fundamento jurídico de la demanda, la parte actora adujo que la declaratoria de nulidad de los citados actos administrativos ponía de manifiesto una falla del servicio imputable a la entidad demandada, toda vez que se profirieron contrariando lo establecido por el artículo 338 de la Constitución Política, que establecen la reserva de ley para la creación de tributos. Agregó que la acción procedente era la de reparación directa, dado que la expedición de los actos administrativos, posteriormente declarados nulos, constituyó un hecho de la Administración.

2. Trámite de primera instancia

Mediante proveído del 3 de junio de 2010, el Tribunal de primera instancia admitió la demanda y ordenó su notificación a la entidad demandada (F. 20 c.1).

El Ministerio de la Protección Social [hoy de Salud] contestó la demanda, para oponerse a sus pretensiones, para lo cual propuso las excepciones de caducidad y de inexistencia de la obligación (F. 23 a 31 c. 1).

Sostuvo que, de conformidad con la jurisprudencia de la Sección Cuarta de esta Corporación, las sentencias de nulidad de tributos producen efectos desde el

momento en que la decisión queda ejecutoriada, sin que se afecten las situaciones jurídicas consolidadas o los derechos reconocidos bajo el amparo de la disposición anulada. Agregó que los gastos de control y de vigilancia que pagó la sociedad demandante cobraron firmeza en razón a que no se controvertieron por la vía administrativa y tampoco por la jurisdiccional.

Manifestó que las personas que pagaron el tributo de control y gastos de vigilancia, y que consideraban que este era ilegal, tuvieron que excepcionar su ilegalidad e inconstitucionalidad desde el primer momento en que les fue exigido su pago por la Administración, puesto que, de no hacerlo, corrieron con las consecuencias de su inactividad.

Vencido el período probatorio dispuesto en providencia del 28 de abril de 2011 (F. 54 c. 1), el tribunal de primera instancia, mediante auto del 10 de noviembre del mismo año, corrió traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto (F. 68 c. 1).

La entidad demandada reiteró los argumentos expuestos en el escrito de contestación (F. 69 a 76 c. 1).

La parte actora sostuvo que, con independencia del objeto altruista o mezquino del recaudo, no había justificación para que el Estado vulnerara la Constitución Política y, por consiguiente, lesionara patrimonialmente a los ciudadanos. Adujo que no se persigue una devolución de las sumas pagadas por concepto de la tasa ilegalmente expedida, sino obtener un resarcimiento de los perjuicios ocasionados por un acto ilegal, conforme a lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política.

Precisó que en respeto de los principios de legalidad y de ejecutoriedad de los actos administrativos pagó cumplidamente la tasa mientras estuvo vigente, por lo que no pretende desconocer la garantía de la seguridad jurídica y de las situaciones jurídicas consolidadas; no obstante, pretende que le sean restablecidos sus derechos, en la medida en que padeció una pérdida económica derivada de un acto ilegítimo (F. 76 a 85 c. 1).

El Ministerio Público rindió concepto en el que solicitó que se accediera parcialmente a las súplicas de la demanda. Manifestó que los pagos que hubiere

efectuado la sociedad demandante en vigencia de las Resoluciones 2776 del 1º de noviembre de 2000 y 826 del 19 de mayo de 2003 eran situaciones jurídicas consolidadas, por lo que no podía ordenarse su devolución; por tanto, la entidad demandada solo estaría obligada a hacer la devolución de las sumas que eventualmente hubiera llegado a pagar la demandante con posterioridad a la ejecutoria de la sentencia anulatoria de la Sección Primera del Consejo de Estado (F. 86 a 93 c. 1).

3. Sentencia apelada

El 28 de junio de 2012, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección C de Descongestión negó las súplicas de la demanda (F. 96 a 103 c. ppal.).

El *a quo* indicó que esta Corporación reconoció que la acción de reparación directa era la procedente para solicitar el resarcimiento de los daños antijurídicos causados por un acto administrativo general que fuera declarado nulo, siempre y cuando entre aquel y este no hubiere mediado un acto de contenido particular y concreto que pudiera ser enjuiciado jurisdiccionalmente a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Teniendo en cuenta lo anterior, concluyó que los pagos efectuados por la sociedad demandante constituían situaciones jurídicas consolidadas, por cuanto no fueron controvertidos en sede administrativa ni jurisdiccional.

Precisó que la ley ha querido que las situaciones jurídicas particulares gocen de estabilidad y, por tanto, impide que queden en una incertidumbre indefinida. En esa perspectiva, la actora pudo pedir la revisión de las actuaciones administrativas particulares, alegando la trasgresión de normas superiores y, de esta forma, excluirlas del ámbito jurídico y obtener el restablecimiento del derecho afectado.

Concluyó su análisis en los siguientes términos: *“en este caso la anulación del acto no conduce, por sí misma a que el Estado deba indemnizar al particular perjudicado durante la vigencia del acto, ya que es la falta de impugnación del mismo a tiempo, lo que conduce a señalar que los perjuicios ocasionados en su vigencia no son objeto de indemnización, por constituir una situación jurídica consolidada”*.

4. Recurso de apelación y trámite de segunda instancia

Inconforme con la decisión, la parte demandante interpuso recurso de apelación que fue concedido mediante auto del 31 de enero de 2013 (F. 128 c. ppal.) y admitido por esta Corporación en providencia del 12 de julio del mismo año (F. 134 c. ppal.).

Como fundamentos de la impugnación se expusieron los que se resumen a continuación:

4.1. Resulta equivocado lo que se expresa en la sentencia apelada, en la que se supeditó la procedencia de la acción de reparación directa a que no existiera un acto administrativo de carácter particular y concreto entre la norma declarada nula y el daño irrogado al particular que, en virtud del principio de legalidad, tenía la obligación de cumplir la disposición.

4.2. Además, es errado sostener que la sociedad demandante debió abstenerse de cumplir con una obligación legal, más aún si su objeto social era precisamente la importación de medicamentos para su distribución a nivel nacional.

4.3. El daño que se le irrogó a la demandante no se generó por el cumplimiento de una disposición general, sino porque la misma fue declarada nula por parte del máximo tribunal de lo contencioso administrativo.

4.4. La demanda no tuvo por objeto la devolución de las sumas pagadas por la sociedad, por concepto de la tasa impuesta para la importación de medicamentos controlados, sino la reparación del daño antijurídico irrogado al advertir que el acto administrativo era nulo y, por tanto, contenía una falla del servicio.

Como consecuencia, a partir del momento en que se anularon los actos administrativos generales la sociedad demandante tuvo por configurados y acreditados los elementos de la responsabilidad extracontractual, en los términos del artículo 90 superior.

En auto del 9 de agosto de 2013, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para rendir concepto en esta instancia (F. 136 c. ppal.).

La demandada nuevamente reiteró los planteamientos y argumentos contenidos en el escrito de contestación de la demanda (F. 137 a 143 c. ppal.).

La actora alegó que, en el caso concreto, la entidad demandada no profirió actos de contenido particular y concreto para el cobro y ejecución de la tasa impuesta a la importación de medicamentos controlados; de allí que el daño provino directamente de la aplicación de los actos de contenido general que posteriormente fueron anulados por esta Corporación.

Además, agregó que no se puede hablar de situaciones jurídicas consolidadas, porque desde el año 2003 los actos administrativos fueron demandados en nulidad simple por el ciudadano Camilo Paniagua Hernández, de modo que la sociedad se limitó a cumplir con el contenido de los mismos, en virtud del principio de ejecutoriedad que les era propio.

Finalizó su intervención señalando que la sentencia impugnada constituía un llamado a la anarquía, puesto que hizo depender la procedencia de las pretensiones del hecho de que la sociedad demandante no se hubiera opuesto y negado al pago de la tasa, con independencia de los principios de presunción de legalidad y de ejecutoriedad de los actos administrativos (F. 155 a 161 c. ppal.).

El Ministerio Público guardó silencio (F. 164 c. ppal.).

Mediante memorial del 12 de septiembre de 2014, la parte actora allegó al proceso una copia de la sentencia proferida el 11 de junio de 2014, en el expediente 25000232600020030212701(30.212), oportunidad en la cual se declaró la responsabilidad del Congreso de la República por los daños irrogados a la sociedad Dupont de Colombia S.A., con la aprobación y aplicación de la Ley 633 de 2000 que fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional (F. 166 a 185 c. ppal.).

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia de la Sala

El artículo 624 del CGP –que modificó el artículo 40 de la Ley 153 de 1887– establece que los recursos interpuestos se regirán por la ley vigente al momento de

su presentación y la competencia se definirá de acuerdo con las reglas vigentes al momento de formulación de la demanda.

Como consecuencia, en el caso concreto la cuantía se establece bajo la vigencia del numeral 2 del artículo 20 del C.P.C. –antes de la modificación introducida por el artículo 3 de la Ley 1395 de 2010¹ y la competencia –por el factor objetivo– por la Ley 446 de 1998.

Teniendo en cuenta lo anterior, para que un proceso de reparación directa iniciado en el año 2010 tuviera apelación ante el Consejo de Estado, la cuantía debería ser equivalente o superior a 500 SMLMV² y dado que, en el caso concreto, la pretensión mayor individualmente considerada ascendió a \$2.675'270.967³, la Sala tiene competencia funcional para conocer del mismo.

2. Acción idónea y su ejercicio oportuno

La Sala reitera la jurisprudencia de unificación, contenida en la sentencia del 21 de marzo de 2018, oportunidad en la cual se admitió la procedencia de la acción de reparación directa para solicitar la indemnización de daños y perjuicios derivados de leyes declaradas inexecutable o actos administrativos generales declarados nulos. En efecto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo puntualizó en esa ocasión⁴:

14.1. En efecto, como se consideró en la sentencia de 13 de marzo de 2018 ya citada, al margen de la coincidencia material que puede darse sobre lo perseguido en uno y otro caso, lo cierto es que en el marco de la presente acción de reparación directa lo que se pretende no es, en estricto sentido, la devolución del impuesto que se considera pagado indebidamente o en exceso, sino la indemnización de un supuesto daño antijurídico que, aunque se hace consistir en dicho pago, no se imputa a la entidad que lo recaudó, esto es, a la DIAN, sino a la Nación-Congreso de la República, persona jurídica diferente cuya declaratoria de responsabilidad bien puede perseguirse a través de la acción de reparación directa, al margen de su vocación de prosperidad.

En ese orden, la acción de reparación directa sí es la idónea para solicitar la reparación de daños derivados de la aplicación de leyes declaradas inexecutable

¹ “La cuantía se determinará así: // (...) 2. Por el valor de la pretensión mayor, cuando en la demanda se acumulen varias pretensiones”.

² Equivalente a \$257'500.000, suma que resulta de multiplicar 500 por el salario mínimo mensual vigente de 2010, es decir, \$515.000,00.

³ Por concepto de perjuicios materiales.

⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de unificación del 21 de marzo de 2018, exp. 2003-00206-01(29352) (IJ), M.P. Danilo Rojas Betancourth.

y, por ende, *mutatis mutandis*, para casos de perjuicios derivados de la expedición de actos administrativos de contenido general y abstracto declarados nulos⁵.

Vale la pena precisar que, cuando la ejecución o aplicación de un acto administrativo general se da a través de una decisión particular, la causa directa del perjuicio no es el primero de los mencionados, sino el segundo que fue expedido a su amparo, frente al cual procede la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho para debatir la presunción de legalidad que lo caracteriza.

Por lo anterior, la reparación directa procede para solicitar la indemnización por el hecho de la expedición del acto administrativo general, cosa distinta es que tal situación carezca de la suficiencia para causar un daño. Así lo sostuvo la Subsección, en sentencia del 6 de febrero de 2020⁶:

Pues bien, la normativa que creó la tasa especial para el fortalecimiento administrativo de Arauca era de carácter general, impersonal y abstracta, sin que tuviera efectos en la situación particular de la sociedad demandante, porque no le impuso de manera directa el pago de una suma determinada.

(...)

De este modo, la Sala advierte que lo que causó el daño por el que se demanda no fue que la Asamblea de Arauca expidiera las ordenanzas analizadas, sino su aplicación por parte de la Secretaría de Hacienda, la cual determinaba si era un contrato en los que se debía pagar la tasa especial y establecía el monto respectivo, lo que quiere decir que los recibos correspondían a actos administrativos particulares de liquidación de impuestos.

Así las cosas, no se puede sostener que la reparación directa proceda frente a la aplicación o ejecución de un acto administrativo general anulado.

En el caso concreto, si bien la entidad que creó la tasa fue la misma que la recaudó, ello no implica que la reparación directa sea la vía idónea para los dos supuestos, pues la procedencia de la acción no depende de que coincidan tales calidades en

⁵ Sobre la admisibilidad de la acción de reparación directa para reclamar la reparación de daños derivados de la aplicación de actos generales que fueron declarados nulos, consultar: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, auto del 23 de febrero de 2012, exp. 24.655, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, exp. 51.534, M.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

una sola autoridad, sino de que el supuesto de la responsabilidad invocada sea el hecho de haber expedido la respectiva normativa.

Ahora, la caducidad es la sanción que consagra la ley por el ejercicio tardío del derecho de acción, esto es, la desatención de los plazos y términos definidos en el ordenamiento jurídico para la presentación oportuna de la correspondiente demanda. Además, se trata de un presupuesto procesal que puede ser declarado de oficio, inclusive.

Para casos como el analizado, la norma de caducidad aplicable es la contenida en el numeral 8 del artículo 136 del C.C.A., modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, según la cual la acción de reparación directa *“caducará al vencimiento del plazo de (2) años, contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa”*.

Sobre el momento a partir del cual debe contabilizarse el término de caducidad, la Sala, se ha pronunciado en los siguientes términos⁷:

Ahora bien, como el derecho a reclamar la reparación de los perjuicios sólo surge a partir del momento en que éstos se producen, es razonable considerar que el término de caducidad en los eventos de daños que se generan o manifiestan tiempo después de la ocurrencia del hecho, deberá contarse a partir de dicha existencia o manifestación fáctica, pues el daño es la primera condición para la procedencia de la acción reparatoria.

Para la solución de los casos difíciles como los de los daños que se agravan con el tiempo, o de aquellos que se producen sucesivamente, o de los que son el resultado de hechos sucesivos, el juez debe tener la máxima prudencia para definir el término de caducidad de la acción de tal manera que si bien dé aplicación a la norma legal, la cual está prevista como garantía de seguridad jurídica, no omita por razones formales la reparación de los daños que la merecen⁸.

Debe agregarse a lo anterior que, el hecho de que los efectos del daño se extiendan en el tiempo no puede evitar que el término de caducidad comience a correr, ya que en los casos en que los perjuicios tuvieran carácter permanente, la acción no caducaría jamás. Así lo indicó la Sala en sentencia del 18 de octubre de 2000:

‘Debe advertirse, por otra parte, que el término de caducidad empieza a correr a partir de la ocurrencia del hecho y no desde la cesación de sus efectos perjudiciales, como parecen entenderlo el a quo y la representante

⁷ Al respecto, consultar: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 7 de julio del 2005, exp. 14.691 y del 5 de septiembre del 2006, exp. 14.228, M.P. Alier Hernández Enríquez.

⁸ Cita del original. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 7 de septiembre de 2000, expediente 13.126, M.P. Ricardo Hoyos Duque.

del Ministerio Público. Así, el hecho de que los efectos del daño se extiendan indefinidamente después de su consolidación no puede evitar que el término de caducidad comience a correr. Si ello fuera así, en los casos en que los perjuicios tuvieran carácter permanente, la acción no caducaría jamás. Así lo advirtió esta Sala en sentencia del 26 de abril de 1984, en la que se expresó, además, que la acción nace cuando se inicia la producción del daño o cuando éste se actualiza o se concreta, y cesa cuando vence el término indicado en la ley, aunque todavía subsistan sus efectos⁹

En otros términos, la disposición analizada (artículo 136.8 del C.C.A.) establece que el cómputo de la caducidad empieza a correr en el momento en que el daño se materializa y no cuando se agotan sus efectos, es decir, que dicho término debe empezar a contarse a partir del día siguiente al hecho que le sirve de fundamento a la pretensión, esto es, la fecha en que acaece el suceso o fenómeno que genera el daño, de no ser así se confundiría aquél con las secuelas o efectos del mismo.

Cosa distinta es que la parte demandante solo haya tenido conocimiento del daño tiempo después de la ocurrencia del hecho, omisión u operación, pues en tales eventos, en aplicación del principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal (artículo 228 C.P.), el cómputo del plazo debe iniciar a partir de la fecha en que la persona tuvo conocimiento del daño. Una interpretación contraria supondría limitar injustificadamente el derecho de acción, y el supuesto lógico y filosófico de que lo desconocido solo existe para el sujeto cuando tiene la capacidad de representarlo mentalmente.

De otra parte, debe entenderse la caducidad como un fenómeno jurídico en virtud del cual el administrado pierde la facultad de accionar ante la jurisdicción, por no haber ejercido su derecho dentro del término que señala la ley. Esto ocurre cuando el plazo concedido por el legislador para formular una demanda vence sin que se haya hecho uso del derecho de acción. Dicho lapso está edificado sobre la conveniencia de señalar un plazo objetivo, invariable, para que quien considere ser titular de un derecho opte por accionar o no.

La facultad de accionar comienza con el término prefijado por la ley, y nada obsta para que se ejercite desde el primer día, pero perece definitivamente al caducar o terminar el plazo fijado por el legislador, momento en el que se torna improrrogable y, por ende, preclusivo.

⁹ Cita del original. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia 18 de octubre de 2000, exp. 12.228.

De modo que la acción de reparación directa radicada el 14 de mayo de 2010 fue presentada de forma oportuna, porque la sociedad demandante tuvo conocimiento del daño el 25 de agosto de 2008, con la ejecutoria de la sentencia proferida el 24 de julio anterior por la Sección Primera de esta Corporación, en el expediente 11001-03-24-000-2003-00394-00, que declaró la nulidad de las Resoluciones 2776 de 2000 y 826 de 2003, proferidas por el Ministerio de la Protección Social [hoy de Salud], según da cuenta la constancia expedida por la Secretaría de la Sección Primera (F. 22 vto. c. pruebas).

3. Legitimación en la causa

La sociedad Grunenthal Colombiana S.A. está legitimada en la causa por activa, por cuanto adujo ser damnificada con el daño, en razón a que pagó la tasa contenida en las Resoluciones 2776 de 2000 y 826 de 2003, proferidas por el Ministerio de la Protección Social [hoy de Salud], que, posteriormente, fueron anuladas por la Sección Primera de esta Corporación.

La Nación-Ministerio de Salud tiene interés en controvertir las pretensiones contenidas en la demanda y defender el interés objeto del proceso, por lo que está legitimado formalmente en la causa por pasiva, por ser la entidad pública que creó la tasa que luego fue declarada nula por esta Corporación.

4. Análisis del caso concreto

Problema jurídico: corresponde a la Sala determinar si existe un daño antijurídico que sea imputable a la entidad demandada, al haberse ejecutado los actos administrativos generales que establecieron la tasa a la importación de medicamentos y materias primas de control especial, y que, posteriormente, fueron anulados por esta Jurisdicción o si, por el contrario, no es procedente declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, por cuanto los pagos efectuados por la sociedad demandante constituyen situaciones jurídicas consolidadas que debieron ser cuestionadas oportunamente ante la Administración, es decir, si se debieron o no demandar los actos administrativos particulares y concretos de liquidación de dicha tasa ante la administración de justicia.

Como se indicó previamente, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo se ocupó de la temática objeto de análisis, para sostener:

15.3.3.1. En ese sentido basta recordar que la tesis de la antijuridicidad como contrariedad con las normas superiores también ata el juicio de responsabilidad del Estado por los daños causados por una ley declarada inconstitucional a la sentencia de inexequibilidad, al dar por sentado que esta última pondría en evidencia una falla del servicio que necesariamente causaría un daño antijurídico; razonamiento que, dicho sea de paso, sugiere que la declaratoria de inexequibilidad de una ley puede dar lugar a comprometer la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador de manera casi automática, en tanto no insiste en la necesidad de que se acredite cada uno de los elementos estructurantes del juicio de responsabilidad.

15.3.3.2. Teniendo claro entonces que, en todo caso, la decisión adoptada sobre la inexequibilidad de la ley o la nulidad del acto administrativo supuestamente causante de un daño es relevante en el análisis que debe adelantar el juez de la responsabilidad del Estado sobre la antijuridicidad de este último, la Sala considera que el criterio de antijuridicidad que mejor se acompasa con el ordenamiento jurídico es aquél que se funda en los efectos de la sentencia proferida en sede de legalidad y no en la constatación que ésta realizó sobre la contrariedad de la norma o acto con las normas superiores.

15.3.3.3. Lo anterior por cuanto, al estimar que los efectos del fallo de inexequibilidad de la Corte Constitucional no deben tener incidencia alguna a la hora de determinar la antijuridicidad de los daños causados por leyes inexequibles, la tesis de la antijuridicidad como incompatibilidad con la norma superior sugiere que, a pesar de existir un pronunciamiento expreso por parte de la autoridad que establece la interpretación de la Constitución aplicable erga omnes, la cual concierne no sólo a la decisión misma sino a sus efectos, el juez de lo contencioso administrativo podría realizar un juicio de conformidad paralelo y, en virtud del mismo, establecer que, sin importar lo considerado por la Corte, es incompatible con la Constitución el que los particulares deban soportar las cargas impuestas por una ley declarada inexequible. Lo anterior equivale a aceptar que, a pesar de existir un pronunciamiento por parte de la autoridad en la materia, subsistan en el ordenamiento dos interpretaciones sobre la obligatoriedad de una ley inconstitucional —la de la Corte Constitucional que mantuvo su vigencia entre su expedición y la declaratoria de inexequibilidad y la del juez de la responsabilidad del Estado que concluiría que las cargas por ella impuesta no son obligatorias—.

15.3.3.4. Por el contrario, al tener en cuenta tanto la declaratoria de inexequibilidad como los efectos de la misma a la hora de determinar la antijuridicidad de daños causados por normas declaradas inconstitucionales, el criterio de antijuridicidad que se funda en los efectos de la sentencia de inexequibilidad compatibiliza mejor las decisiones del juez de la responsabilidad con las de la autoridad judicial expresamente establecida para juzgar la constitucionalidad de la ley y, al hacerlo, garantiza la unidad del ordenamiento y la seguridad jurídica, principios cuya importancia no puede demeritarse.

15.5. Por todo lo expuesto la Sala concluye que la sociedad actora no demostró que al haber pagado la tasa especial aduanera consagrada por los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000 durante el tiempo en que estuvieron vigentes, sufrió un daño antijurídico en los términos del artículo 90 de la Constitución Política y, en consecuencia, hay lugar a confirmar el fallo de primera instancia, denegatorio de las pretensiones de la demanda.

En similar sentido, la Sala Plena de la Sección Tercera, al analizar la misma problemática, concluyó¹⁰:

En este orden de ideas, en lo atinente a la demostración del primer elemento de la responsabilidad, esto es, la ocurrencia de un daño antijurídico, la Sala estima que no se encuentra acreditado en el proceso, toda vez dicho carácter no depende, per se, del pago realizado por la entidad demandante y de la declaración de inexequibilidad dispuesta por la Corte Constitucional respecto de los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000.

Lo anterior, por cuanto no se acreditó en el proceso que la parte interesada hubiere reclamado la devolución de las sumas que hoy considera pagadas sin fundamento jurídico, frente a lo cual debe destacarse que para ello existe un procedimiento establecido en la ley, cuando el contribuyente considere que ha realizado un pago de lo no debido (...)

A la luz de lo anterior, es claro que la discusión sobre el deber jurídico de realizar los pagos tenía que ventilarse, inicialmente, en el marco del trámite de devolución del pago de lo no debido, comoquiera que se trata del mecanismo establecido en nuestro ordenamiento jurídico para tal fin, por cuanto la procedencia de la devolución debe estar precedida del análisis sobre las valoraciones jurídicas del caso que sean presentadas por la parte interesada en el reintegro, escenario en el cual la autoridad administrativa, entre otras cosas, puede analizar el aspecto atinente a los efectos en el tiempo del fallo de inexequibilidad [o de ilegalidad].

Ahora bien, en el texto de la demanda no se precisó -ni aparece probado en el expediente-, que la parte actora formulara alguna solicitud de devolución en razón de las sumas pagadas por concepto de la Tasa Especial de Servicios Aduaneros, particularidad de la que bien puede considerarse que la sociedad contribuyente, legitimada para reclamar la devolución, simplemente no tuvo interés en ello o que, a pesar de conocer la existencia de una circunstancia que la habilitaría para estimar como no debidos los pagos realizados por concepto de la mencionada Tasa, simplemente optó por renunciar al derecho que tenía para reclamar la devolución, de manera que no planteó la controversia relativa a la juridicidad de los pagos realizados durante la vigencia de las normas que posteriormente fueron declaradas inconstitucionales.

(...) La certeza sobre la consolidación del daño permitiría a la Sala efectuar el estudio de la responsabilidad y su fuente -la ley o el acto administrativo-, de lo cual se derivaría la correspondiente legitimación en la causa por pasiva.

A la luz de las anteriores consideraciones, debe precisar la Sala que en el presente caso no puede hablarse de la configuración de una posible ineptitud sustantiva de la demanda, pues la realidad procesal es que en el expediente no se encuentra acreditada la existencia o consolidación de un daño antijurídico, para los efectos del correspondiente análisis de su imputación en el marco del juicio de responsabilidad patrimonial del Estado, a la par que la existencia de un acto administrativo como fuente del daño es una hipótesis que no tiene ocurrencia en el presente asunto.

De modo que el Estatuto Tributario establece el procedimiento que se debe agotar para los casos en que se ha pagado un tributo en exceso o no debido, tal

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera-Sala Plena, sentencia del 27 de abril de 2017, exp. 28.846, M.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

como ocurre cuando se declara la inexequibilidad de la correspondiente ley o la nulidad del acto administrativo que contiene el correspondiente impuesto, tasa o contribución.

El artículo 850 del Estatuto Tributario, modificado por el artículo 49 de la Ley 223 de 1995, preceptúa: *“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 (...)”*.

De allí que correspondía a la sociedad demandante agotar el procedimiento administrativo establecido en la citada disposición, con la finalidad de provocar un pronunciamiento de la Administración. La decisión así adoptada estaría contenida en un acto administrativo de contenido particular y concreto y, por tanto, enjuiciable ante esta Jurisdicción, a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, como lo ha concluido la Sección Cuarta de esta Corporación:

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 Sección¹¹ 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

¹¹ Cita del original: “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”.

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 11¹² y 21¹³ del Decreto 1000 de 1997 las solicitudes de devolución o compensación por 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 efectivo.

De modo que existe un procedimiento administrativo aplicable a los eventos en que el administrado considera que ha pagado un tributo no debido, motivo por el cual este debe acudir ante la entidad pública encargada de recaudar el correspondiente impuesto, tasa o contribución para pedirle que le devuelva las sumas pagadas con fundamento en la ley declarada inexecutable o el acto administrativo anulado.

En caso contrario, como bien lo concluyó el *a quo*, se configuraría una situación jurídica consolidada que no admitiría discusión en sede de la acción de reparación directa, toda vez que en estos eventos el daño no tendría el carácter de cierto ni tampoco de persistente o latente, en cuanto el contribuyente al haber omitido el procedimiento establecido por el legislador habría convalidado el cobro efectuado por la Administración.

En otros términos, la sociedad demandante desconoció el principio del privilegio de lo previo, que determina que es necesario permitirle a la propia administración pública, antes de acudir al juez contencioso administrativo, que analice la situación jurídica y adopte las medidas correspondientes para, si es del caso, retrotraer las consecuencias nocivas de su actuación administrativa.

En esa perspectiva, la actora debió solicitar al Ministerio de Salud que le devolviera las sumas pagadas con fundamento en las Resoluciones 2776 del 1º de noviembre de 2000 y 826 del 19 de mayo de 2003, por configurarse un pago de lo no debido, al haberse anulado los actos administrativos generales que crearon la

¹² Cita del original: “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”.

¹³ Cita del original: “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 presente Decreto. La Administración para resolver la solicitud contará con el término establecido en el mismo artículo”.

correspondiente tasa, a través de la sentencia del 24 de julio de 2008, proferida por la Sección Primera de esta Corporación en el expediente 11001-03-24-000-2003-00394-00, M.P. Camilo Arciniegas Andrade (F. 3 a 22 c. pruebas).

Aunado a lo anterior, la jurisprudencia de esta Corporación ha precisado que los efectos de las sentencias que declaran la nulidad de actos administrativos de carácter general que contenían tributos tienen, por regla general, efectos *ex nunc*, es decir, hacia futuro, salvo que se module temporalmente la decisión. Al respecto, la Sección Cuarta ha indicado¹⁴:

La Sala ha precisado, que ‘las sentencias que declaran la nulidad de actos administrativos de carácter general tienen efectos ex nunc, es decir, hacia el futuro, porque si bien los actos administrativos de carácter general, con fundamento en el criterio orgánico y en sentido formal noson leyes, sí lo son con fundamento en el criterio material, porque, al igual que la ley, tales actos también mandan, prohíben o permiten’.

‘De manera que, cuando determinada situación jurídica aún no está consolidada, es claro que no se puede resolver con fundamento en normas declaradas inexecutable o nulas, pues, en ese evento, lo que ocurre es que, simplemente, el caso se resuelve con las normas que sean aplicables y que se encuentren vigentes. Por eso, no es que la sentencia se aplique de manera retroactiva a la situación jurídica no consolidada, sino que se aplica de manera inmediata en el sentido de dejar de aplicar la norma declarada nula’¹⁵.

Adicionalmente, esta Corporación¹⁶ ha considerado que en materia de devoluciones, las situaciones jurídicas no se consolidan mientras el término para solicitar la devolución no esté vencido y, por tanto, procede la solicitud de devolución.

Entonces, la sociedad demandante, una vez ejecutoriada la sentencia de la Sección Primera de esta Corporación, debió acudir dentro del término de prescripción de 5 años de que trata el artículo 2536 del Código Civil ante el Ministerio de Salud, para reclamar la devolución de las sumas indebidamente pagadas por concepto de la tasa de importación de medicamentos contenida en las Resoluciones 2776 de 2000 y 826 de 2003.

Lo anterior, con la finalidad de no permitir que se consolidaran las situaciones jurídicas derivadas del pago del correspondiente tributo, en cuanto el Estatuto Tributario establece un procedimiento idóneo para esos efectos.

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 2 de agosto de 2012, exp. 17.979, M.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

¹⁵ Cita del original. Sentencia de 31 de mayo de 2012, exp. 17824, M.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

¹⁶ Cita del original. Sentencia de marzo 5 de 2003, exp. 12248, M.P. María Inés Ortiz Barbosa.

En reciente oportunidad, la Sala analizó el punto para reiterar los argumentos expuestos en la sentencia proferida por la Sala Plena de la Corporación. En efecto, en sentencia del 6 de febrero de 2020, se precisó:

En este mismo sentido es oportuno precisar que, a juicio de la Sala, los análisis llevados a cabo en sede administrativa y judicial sobre si el pago de la TESA era debido o no, no agotan el estudio que debe adelantar el juez de la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador sobre si dicho pago es antijurídico o no pues, como se expuso en el acápite IV.2. de la sentencia de 13 de marzo de 2018, tratándose del daño supuestamente causado por una ley declarada inexecutable, la definición de su antijuridicidad supone la adopción de un criterio propio del juez de la reparación directa sobre lo que determina que, en el caso concreto, el pago de la tasa fuera una carga que el particular estuviera o no en la obligación jurídica de asumir: si el estar fundada en una norma vigente o, más bien, en una acorde con la Constitución Política.

Es de anotar que aunque materialmente dicho análisis puede resultar coincidente con el llevado a cabo por la DIAN y por los jueces de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, no se identifica con él, en tanto que el allí realizado está centrado en la legalidad de la actuación administrativa de recaudo del tributo, mientras el que debe emprender el juez de la responsabilidad supone que, tomándose en consideración la decisión adoptada en materia de inexecutable de la ley, se determine si las cargas impuestas por esta última son de aquéllas que el particular está en la obligación jurídica de asumir o no¹⁷.

Como consecuencia, la sociedad demandante no acreditó la existencia del daño antijurídico alegado en la demanda. En efecto, la supuesta lesión o afectación patrimonial que no se estaba en la obligación de soportar no quedó demostrada en el proceso. En este orden de ideas, en lo atinente a la demostración del primer elemento de la responsabilidad, esto es, la ocurrencia de un daño antijurídico, la Sala estima que no se encuentra acreditado en el proceso, toda vez dicho carácter no depende, *per se*, del pago realizado por la sociedad demandante y de la nulidad declarada por la Sección Primera de esta Corporación.

Lo anterior, por cuanto no se acreditó en el proceso que la parte interesada hubiere reclamado la devolución de las sumas que hoy considera pagadas sin fundamento jurídico.

En el caso concreto, la sociedad demandante pagó oportunamente sus obligaciones tributarias derivadas de los actos administrativos que posteriormente fueron anulados (F. 23 a 234 c. pruebas); sin embargo, omitió adelantar el procedimiento de devolución de pago de lo no debido, una vez ejecutoriado el fallo de la Sección Primera que declaró la nulidad de las

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 6 de febrero de 2020, exp. 51.534, M.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

Resoluciones 2776 de 2000 y 826 de 2003, proferidas por el Ministerio de la Protección Social [hoy Salud].

Hay que decir también que la sociedad demandante incumplió la carga que le imponía el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil que establecía que *“incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*, por cuanto, se insiste, no demostró la configuración del primer elemento de la responsabilidad, esto es, el daño, el que, tal y como lo estableció la jurisprudencia de la Sala Plena de esta Sección, no se prueba únicamente con las constancias de los pagos realizados al Ministerio de Salud y la declaratoria de nulidad —o inexequibilidad, en el caso de la TESA— de la norma que lo obligaba.

De otra parte, conviene aclarar que en otras oportunidades esta Subsección ha declarado probada la excepción de inepta demanda por indebida escogencia de la acción¹⁸, por considerar que los demandantes debieron ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos particulares por medio de los cuales se les negó la devolución del correspondiente tributo; sin embargo, en el caso concreto mal podría hablarse de una indebida escogencia de la acción, por cuanto, como se explicó, no existe prueba que acredite que la sociedad demandante le hubiere exigido al Ministerio de Salud la devolución de la tasa pagada con ocasión de lo establecido en las Resoluciones 2776 de 2000 y 826 de 2003, proferidas por el Ministerio de la Protección Social.

Dicho de otro modo, no existe un acto particular y concreto por medio del cual se le hubiera negado a Grunenthal S.A. el reintegro de las sumas de dinero pagadas a favor de la entidad beneficiaria de la tasa a la importación de medicamentos y materias primas de control especial, lo que es justamente la razón para que esta Sala considere que el daño alegado no se encuentra acreditado.

Así las cosas, la Sala confirmará la sentencia apelada porque, primero, los pagos efectuados por la sociedad demandante constituyen situaciones jurídicas consolidadas y, segundo, porque no se logró demostrar que el daño alegado gozara de los elementos de certeza y persistencia, precisamente al haber

¹⁸ Ver, entre otras, las siguientes providencias: sentencia del 26 de abril de 2017, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, expediente 41211; sentencia del 19 de julio de 2018, M.P. Marta Nubia Velásquez Rico, expediente 39298 y sentencia del 19 de marzo de 2020, M.P. María Adriana Marín, expediente 43732.

quedado cobijado por una situación definida y consolidada por el ordenamiento jurídico.

5. Condena en costas

El artículo 55 de la Ley 446 de 1998 –que modificó el artículo 170 del C.C.A.– indica que solo habrá lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado con temeridad o mala fe; dado que ninguna procedió de esa forma no habrá lugar a su imposición.

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

FALLA:

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia del 28 de junio de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección C en Descongestión.

SEGUNDO. Sin condena en costas.

TERCERO. Ejecutoriada esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen.

CUARTO: Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se suscribe en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el link <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/documentos/validador>.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE

MARÍA ADRIANA MARÍN

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Aclaración de voto