

# REPÚBLICA DE COLOMBIA



## CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN B

Bogotá DC, dos (2) de agosto de dos mil veinticuatro (2024).

**Consejero ponente:** FREDY IBARRA MARTÍNEZ  
**Radicación:** 25000-23-36-000-2015-03025-01 (67.324)  
**Demandantes:** AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO SA  
**Demandados:** NACIÓN - CONGRESO DE LA REPÚBLICA  
**Medio de control:** REPARACIÓN DIRECTA  
**Asunto:** APELACIÓN DE SENTENCIA - RESPONSABILIDAD POR EL HECHO DEL LEGISLADOR

*Síntesis del caso: la sociedad Aerovías del Continente Americano SA - AVIANCA canceló el valor de \$1.293.615.724 por concepto de tasa de vigilancia en virtud del artículo 89 de la Ley 1450 de 2011; la Corte Constitucional declaró inexecutable algunos apartes de la mencionada norma. La parte demandante reclama que se debe declarar la responsabilidad patrimonial extracontractual de la Nación - Congreso de la República porque pagó una suma de dinero con fundamento en una disposición que posteriormente fue declarada inconstitucional y, por tanto, que se le causó un daño antijurídico que debe ser reparado. La Sala confirma la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.*

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (índice 4 SAMAI) en contra de la sentencia proferida el 23 de enero de 2020 por la Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca (fls. 171 a 175 cdno. apelación) que dispuso:

**“PRIMERO: NEGAR** las pretensiones de la demanda.

**SEGUNDO: CONDENAR** a la parte demandante, a pagar a favor de la Nación - Congreso de la República, por agencias en derecho en esta instancia, la suma equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente (...).” (fl. 175 cdno. apelación - negrillas y mayúsculas fijas del texto original).

### I. ANTECEDENTES

#### 1. La demanda

Mediante escrito radicado el 18 de diciembre de 2015 (fl. 1 cdno. 1), la sociedad Aerovías del Continente Americano SA - AVIANCA, por intermedio de apoderado judicial promovió demanda en ejercicio del medio de control jurisdiccional de reparación directa consagrado en el artículo 140 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo CPACA en contra de la Nación - Congreso de la República (fls. 1 a 19 cdno. 1) con las siguientes súplicas:

*“1. Que se declare responsable a la Nación - Congreso de la República, por el daño causado a **AVIANCA**, por la expedición y aplicación del artículo 89 de la Ley 1450 de 2011 que amplió el cobro de la tasa de vigilancia a los nuevos vigilados por la Superintendencia de Puertos y Transporte, en abierta contravía del derecho constitucional a la igualdad.*

*2. Que se repare el daño causado a **AVIANCA**, ordenando la devolución de las sumas pagadas por concepto de tasa de vigilancia por el tiempo en que estuvo vigente y en la aplicación la tasa de vigilancia para los nuevos vigilados (años 2012, 2013 y 2014) en una suma de \$1.293.615.724.*

*3. Que se ordene a la Nación a pagar los intereses legales correspondientes en los términos preceptuados en el artículo 1617 del Código Civil, desde el momento del pago de la tasa por cada uno de los años y hasta la ejecutoria de la providencia que decida el caso concreto.” (fls. 1 y 2 cdno. 1 - negrillas y mayúsculas fijas del texto original).*

## 2. Hechos

Como fundamento fáctico de las pretensiones la parte actora expuso en el escrito contentivo de la demanda, en síntesis, lo siguiente:

1) El artículo 89 de la Ley 1450 de 2011 dispuso lo siguiente:

*“**Artículo 89.** Superintendencia de Puertos y Transporte. Amplíese el cobro de la tasa establecida en el artículo 27, numeral 2 de la Ley 1 de 1991, a la totalidad de los sujetos de vigilancia, inspección y control de la Superintendencia de Puertos y Transporte, para cubrir los costos y gastos que ocasionen su funcionamiento **y/o inversión**.*

*Aquellos sujetos de los cuales se le han ampliado el cobro de la tasa a la cual hace referencia el presente artículo, pagarán por tal concepto una tasa por la parte proporcional que les corresponda según sus ingresos brutos, en los costos anuales de funcionamiento y la inversión de la Superintendencia de Puertos y Transporte, la cual no podrá ser superior al 0,1% de los ingresos brutos de los vigilados.*

***PARÁGRAFO.** Facultase a la Superintendencia de Puertos y Transporte para que en un plazo de 15 meses expida la reglamentación de las características técnicas de los sistemas de seguridad documental que deberán implementar cada uno de los vigilados, para que se garantice la legitimidad de esos certificados y se proteja al usuario de la falsificación”.*

2) Los apartes resaltados de la norma antes transcrita fueron declarados inexecutable por la Corte Constitucional a través de la sentencia C-218 de 2015 por estimar que *“la inclusión de los gastos de inversión dentro de la base gravable de los nuevos vigilados genera una sobrecarga adicional para estos frente a los antiguos, al asociar el tributo no solo a la recuperación de los gastos en los cuales incurre la Superintendencia de Puertos y Transporte en la prestación del servicio, sino a la productividad y desarrollo de la entidad (gastos de inversión). Este trato diferencial que no tiene sustento alguno en la ley que consagra el tributo y en los antecedentes de la misma, vulnera el principio*

*de igualdad. Si bien las tasas pueden incluir aspectos diferenciadores en razón a la capacidad contributiva de los destinatarios del servicio, o a la frecuencia de uso del mismo, no es el caso del asunto objeto de estudio, pues el artículo 89 de la Ley 1450 de 2011 no establece una diferencia fundada en el principio de equidad, pues las diferencias entre los sujetos gravables no se abordan ni se mencionan en la ley. (...) Sobre la base de lo expuesto, las expresiones ‘y/o inversión’, así como la totalidad del inciso segundo de la disposición acusada, vulnera el principio de igualdad en materia tributaria, razón por la cual desconoce la Constitución Política y como consecuencia deberá ser sustraída del ordenamiento jurídico” (fl. 5 cdno. 1).*

3) Durante el periodo en que la referida tasa de vigilancia creada por el artículo 89 de la Ley 1450 de 2011 estuvo vigente, la Sociedad Aerovías del Continente Americano SA - AVIANCA canceló la suma de mil doscientos noventa y tres millones seiscientos quince mil setecientos veinticuatro pesos (\$1.293.615.724), valor que, a su juicio, constituye un daño antijurídico que debe ser reparado porque el pago se hizo con fundamento en la expedición de una norma que posteriormente fue declarada inexecutable (fls. 1 a 19 cdno. 1).

### **3. Contestación de la entidad demandada**

Por auto del 27 de julio de 2015, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A admitió la demanda y ordenó la notificación personal del representante legal de la entidad demandada (fl. 23 cdno. 1).

Mediante escrito radicado el 7 de septiembre de 2016, la Nación - Congreso de la República se opuso a las pretensiones de la actora (fls. 36 a 45 cdno. 1) por considerar que *i)* la norma acusada hizo parte del Plan Nacional de Desarrollo 2010 - 2014, de modo que las demandadas debieron ser la Presidencia de la República, el Consejo Nacional de Política Económica y Social, el Departamento Nacional de Planeación y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por ser las entidades que se encargaron de preparar y presentar el proyecto de ley; *ii)* la Superintendencia de Puertos y Transportes recaudó la tasa de vigilancia, en esa medida, tuvo injerencia sobre los hechos narrados en la demanda; *iii)* el pago realizado por la demandante se hizo en virtud de una norma que en su momento gozaba de legalidad, en ese sentido, debió reclamar su restitución ante la oficina recaudadora mediante la figura de “*devolución por el decaimiento de la norma*”; *iv)* la Corte Constitucional no definió los efectos retroactivos de la sentencia C-218 de 2015 ni ordenó la devolución de los aportes recaudados por la tasa de vigilancia, en consecuencia, la situación jurídica que existió durante la vigencia del artículo 89 de la Ley 1450 de 2011 fue legítima y, *v)* por regla

general, las sentencias que expide la Corte Constitucional en desarrollo del artículo 241 de la Constitución Política solo producen efectos hacia el futuro a menos que la propia corporación señale que son retroactivos, circunstancia que no ocurrió en este caso concreto.

#### **4. Sentencia de primera instancia**

La Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en providencia del 23 de enero de 2020 negó los requerimientos de la demanda (fls. 171 a 175 cdno. apelación); como argumentos de la decisión expuso que la Corte Constitucional no moduló los efectos de la sentencia C-218 de 2015 que declaró inexecutable algunos apartes del artículo 89 de la Ley 1450 de 2011, lo cual implica que los mismos son hacia el futuro, en esa medida, la vigencia y obligatoriedad de dicha norma permaneció incólume entre su expedición y la declaración de inconstitucionalidad<sup>1</sup>.

#### **5. Recurso de apelación**

El 13 de febrero de 2020, la parte actora interpuso recurso de apelación (fls. 184 a 199 cdno. apelación), las razones de inconformidad con el fallo de primera instancia se resumen así:

- 1) Se debe declarar la responsabilidad patrimonial extracontractual de la Nación - Congreso de la República en virtud del artículo 90 de la Constitución Política.
- 2) El Consejo de Estado en su jurisprudencia ha determinado que existe falla en el servicio cuando la potestad legislativa se ejerce en contravía de la Constitución Política y, en ese sentido, los particulares pueden reclamar la indemnización de perjuicios a través del medio de control de reparación directa.
- 3) En las sentencias con radicaciones números 28.221 y 27.720, ambos con ponencia de la Consejera de Estado Olga Mélida Valle de la Hoz, se consideró que la expedición de una norma que luego es declarada inexecutable constituye una falla en el servicio que genera un daño antijurídico.

---

<sup>1</sup> Como fundamento de su decisión tuvo en cuenta la sentencia proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el 13 de marzo de 2018, expediente 28.769 IJ, MP Danilo Rojas Bentancourth.

4) La jurisprudencia del Consejo de Estado también ha establecido que el hecho de que las sentencias de inexecuibilidad no modulen sus efectos, ello no implica que la falla del servicio por parte del legislador sea desvirtuada.

5) Hay lugar a revocar la condena en costas de primera instancia porque estas no fueron causadas ni probadas.

## **6. Actuación surtida en segunda instancia**

Por auto del 22 de septiembre de 2021 (índice 4 SAMAI) se admitió el recurso de apelación y el 7 de febrero de 2022 (índice 12 SAMAI) se corrió traslado a las partes para que presentaran los alegatos de conclusión por el término común de diez (10) días y, por el mismo lapso, al Ministerio Público para que emitiera concepto.

En dicha oportunidad procesal la parte actora y el Congreso de la República reiteraron los argumentos expuestos durante el transcurso del proceso (índice 16 y 17 SAMAI), mientras que el Ministerio Público guardó silencio.

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

Cumplidos los trámites propios del proceso, sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el asunto sometido a consideración con el siguiente derrotero: 1) objeto de la controversia y anuncio de la decisión, 2) análisis de la impugnación, 3) conclusión y, 4) condena en costas.

### **1. Objeto de la controversia y anuncio de la decisión**

Presentada la demanda de manera oportuna<sup>2</sup>, corresponde a la Sala determinar si en el presente caso la Nación - Congreso de la República es patrimonial y extracontractualmente responsable por la expedición del artículo 89 de la Ley 1450 de 2011 que fue declarado inexecutable en algunos de sus apartes por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-218 de 2015 y, como consecuencia de ello, si hay lugar a reparar los perjuicios reclamados por la parte actora.

---

<sup>2</sup> El daño alegado en la demanda se hizo evidente con la expedición de la sentencia C-218 de 2015 por la Corte Constitucional la cual fue notificada por edicto que fue fijado entre el 19 de mayo de 2015 y el 21 de mayo de 2015 (fl. 14 cdno. pruebas) y, en la medida que el medio de control de reparación directa se formuló el 18 de diciembre de 2015 (fl. 1 cdno. 1), se advierte que fue radicado en tiempo de conformidad con el literal i) numeral 2 del artículo 164 del CPACA. Es preciso señalar que la parte actora presentó solicitud de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría General de la Nación el 4 de diciembre de 2015 (fl. 41 cdno. pruebas), no obstante, el 10 de diciembre de 2015 dicha entidad resolvió declarar que el asunto de la referencia no era susceptible de conciliación por tratarse de una controversia que versa sobre un asunto tributario (fls 43 a 44 cdno. pruebas).

La sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda será confirmada, debido a que no se acreditó la existencia de un daño antijurídico atribuible a la parte demandada.

## **2. Análisis de la impugnación**

En los términos en que ha sido planteada la controversia, la sentencia apelada será confirmada por las razones que se exponen a continuación.

### **2.1. Generalidades de la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado por aplicación de la ley que luego es declarada inexecutable**

1) La responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado por aplicación de la ley que luego es declarada inexecutable corresponde a aquellos asuntos en los que durante el tiempo en el que una norma con fuerza de ley estuvo en vigencia tuvo aplicación a sus destinatarios pero, luego, como consecuencia de la activación o ejercicio de los distintos instrumentos o mecanismos preestablecidos por el ordenamiento jurídico del Estado es objeto de control de constitucionalidad, bien *por vía de acción* (numeral 4 del artículo 241 constitucional -antes numeral 2 del artículo 214) o a través del denominado *control automático posterior* (numeral 6 del artículo 214 y párrafo del artículo 215 de la Carta) y, como resultado de dicho control, la norma es declarada *inexecutable*, es decir, se declara por el juez competente contraria al ordenamiento constitucional y, por tanto, se retira del mundo jurídico con fuerza de cosa juzgada constitucional definitiva y con efectos *erga omnes*, vale decir, para todos y con carácter obligatorio<sup>3</sup>.

2) Es especialmente relevante advertir que, de conformidad con la regulación existente en nuestro medio, los fallos de control de constitucionalidad tienen, por regla general, efectos "*ex nunc*", huelga decir, únicamente "*hacia adelante*" o "*a futuro*", en otros términos, que ya no es posible mantener y aplicar la norma nunca más, salvo que el mismo órgano de control, en la propia decisión, disponga otra cosa, es decir, modular los efectos de la sentencia en el tiempo, como por ejemplo retrotraer los efectos del fallo hacia el pasado, o sea, otorgarle efectos "*ex tunc*", tal como lo prevé el artículo 42 de la Ley Estatutaria 270 de 1996, empero, como premisa normativa general se tiene que, por razones de seguridad jurídica, de estabilidad en la definición de las cosas, se parte de la base que lo realizado o ejecutado durante el tiempo en el que la norma

---

<sup>3</sup> Así lo consagra el artículo 48 de la Ley Estatutaria 270 de 1996, norma que a su vez fue declarada inexecutable en la sentencia C-037 de 1996.

estuvo vigente y con antelación a su retiro del ordenamiento jurídico por motivos de inconstitucionalidad, se valida y permanece incólume, es decir, que el órgano de control lo considera válido y por tanto las situaciones consolidadas durante ese tiempo se deben respetar y garantizar.

3) Puestas así las cosas se plantea lo siguiente: si la norma legal fue declarada inconstitucional y por lo tanto retirada del mundo jurídico por esa precisa causa, significa que ella siempre fue contraria a la Constitución, en consecuencia, si dicha norma impuso cargas y obligaciones a los ciudadanos su aplicación generó daños antijurídicos, precisamente por ser contrarias al ordenamiento jurídico superior y, por ende, si debe colegirse que se produjeron lesiones antijurídicas al patrimonio de las personas, pues, se trataría de afectaciones negativas a los bienes materiales o inmateriales de las personas “*que no estaban en el deber jurídico de soportar*”, es decir, que sufrieron un daño antijurídico y que por consiguiente debe ser objeto de indemnización por parte del Estado porque fue este quien profirió y aplicó la norma en cuestión.

4) La respuesta que ha dado la jurisprudencia nacional, como regla general, es desestimatoria de esa posibilidad de configuración de responsabilidad patrimonial extracontractual por ese motivo, pero, al propio tiempo, admite su viabilidad por excepción; no obstante, sobre este punto del debate deben precisarse los criterios de decisión judicial que sobre esa temática se han aplicado:

5) En principio, tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional como la del Consejo de Estado son partícipes de esa tesis de decisión judicial, así por ejemplo, en sentencia del 26 de septiembre de 2002 la Sección Tercera del Consejo de Estado, expediente 4458<sup>4</sup>, puso de presente que frente a tales situaciones jurídicamente no es factible aplicar en un caso concreto la denominada *excepción de inconstitucionalidad* con carácter retroactivo para sobre esa premisa predicar la causación de un daño antijurídico y, por esa vía, declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, porque se desconocerían los efectos “*ex nunc*” y “*erga omnes*” propios del fallo de constitucionalidad.

A lo cual igualmente debe agregarse que la determinación del alcance y los efectos de los fallos de constitucionalidad le corresponde establecerlos, por mandato constitucional y desarrollo legal, al respectivo órgano a quien le ha sido confiado el ejercicio de dicho control, por manera que sobre este punto debe resaltarse, por una

---

<sup>4</sup> MP Alier Hernández Enríquez.

parte, que el juez de la responsabilidad carece de competencia para hacerlo y, por otra, que retrotraer en un caso concreto los efectos de la decisión de inexecutable de la norma legal constituye una actuación no válida, porque se desconocerían los efectos *ex nunc* que el juez constitucional le otorgó a su decisión, los cuales no pueden ser cambiados ni modificados por el juez de la responsabilidad y, por lo tanto, se violaría el ordenamiento jurídico superior al cual está sometido el juez contencioso administrativo en su labor de administración de justicia según lo expresamente dispuesto en el artículo 230 constitucional, porque, si la decisión de inconstitucionalidad de la norma se retrotrae en el tiempo para aplicarla a situaciones consolidadas con antelación a la emisión y ejecutoria del fallo que declaró la inconstitucionalidad se trastocarían, indebidamente y sin competencia, los efectos en el tiempo de este, porque le haría producir efectos *ex tunc*; en otros términos, si el juez de constitucionalidad no moduló tales efectos significa, sencilla e inequívocamente, que validó o legitimó todo aquello que se ejecutó antes de su decisión.

6) Situación muy distinta acontece cuando el propio juez de control de constitucionalidad modula los efectos en el tiempo su decisión, en el sentido de determinar que serán “*ex tunc*”, es decir, hacia atrás, que se retrotraen al mismo momento de expedición de la norma, tanto como si nunca hubiese existido esta, evento el cual aquellos hechos producidos con antelación a la declaración de inexecutable de la norma legal no se validan ni legitiman, por el contrario, se revelan contrarios al ordenamiento jurídico y, por consiguiente, las afectaciones que por su aplicación hubiesen sufrido los ciudadanos resultan antijurídicas y, por ende, susceptibles de indemnización a cargo del Estado por el hecho de haber emitido y aplicado la norma.

En ese escenario, si el juez de constitucionalidad no dispone ni ordena dicha reparación, el camino queda totalmente despejado y allanado para solicitar dicha reparación ante el juez competente de la responsabilidad patrimonial del Estado, en nuestro caso el juez contencioso administrativo.

En ese sentido, pueden consultarse las siguientes sentencias de la Corte Constitucional:

a) C-479 de 13 de agosto de 1992<sup>5</sup>, mediante la cual se declaró inexecutable el Decreto-ley 1660 de 1991 que regulaba unas medidas de desvinculación laboral voluntaria de trabajadores con unas compensaciones económicas.

---

<sup>5</sup> MP José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero.



b) C-149 de 22 de abril de 1993<sup>6</sup>, a través de la cual declaró la inconstitucionalidad de los artículos 16, 17 y 18 de la Ley 6 de 1992 que habían creado una carga impositiva (impuesto) denominada Bonos para Desarrollo Social y Seguridad Interna (BDSI), coloquialmente llamados luego “bonos de guerra” por el hecho de que los recursos recaudados debían destinarse a financiar la asunción del conflicto armado interno. Como para la fecha de la expedición de la sentencia dicho tributo ya se había cobrado y pagado, en la propia providencia se ordenó al Ministerio de Hacienda y Crédito Público hacer las respectivas devoluciones en un término de seis meses a partir de la sentencia.

c) Sentencia C-293 de 5 de agosto de 2020<sup>7</sup>, declaró inexecutable los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 8 del Decreto Legislativo 568 de 2020, por el cual se creó un impuesto solidario para atender la emergencia desatada por la pandemia del COVID 19, como una de las medidas adoptadas dentro del estado de excepción de Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica dispuesto en el Decreto Legislativo 417 de 2020 en aplicación de lo previsto en el artículo 215 constitucional. Se modularon los efectos del fallo en el sentido de determinar que la decisión tenía efectos retroactivos y, en consecuencia, se ordenó que los dineros que los sujetos pasivos del impuesto ya habían cancelado se entenderían como abono al pago del impuesto de renta para la vigencia fiscal de 2020 y que debía liquidarse y pagarse en el año 2021.

7) Sin embargo, en pronunciamientos emitidos a partir del año 2002 el Consejo de Estado en unas ocasiones asumió un criterio de decisión judicial distinto sobre esta materia, tanto que luego, por importancia jurídica, el asunto fue considerado por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo:

Como consecuencia de la declaración de inexecutable de los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000<sup>8</sup>, que habían creado una carga tributaria consistente en una tasa especial de servicios aduaneros (TESA) para quienes desarrollaran actividades de importación y exportación de bienes y mercancías, varias empresas -particularmente del sector automotriz de la economía- que habían sido objeto del cobro y pago de dicho gravamen demandaron la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado luego de que se produjo la sentencia que retiró del ordenamiento jurídico tales normas por ser contrarias a la Constitución, por el hecho de que en vigencia de ellas pagaron esa tasa.

---

<sup>6</sup> MP José Gregorio Hernández Galindo.

<sup>7</sup> MP Gloria Setella Ortiz Delgado y Cristina Pardo Schlesinger.

<sup>8</sup> Sentencia C-992 de 2001 de la Corte Constitucional, MP Rodrigo Escobar Gil.

Con ocasión entonces de conocer y decidir en segunda instancia los procesos de reparación directa promovidos por esa causa, la Sección Tercera del Consejo de Estado profirió sentencias con diferentes sentidos y alcances, como se reseña a continuación:

a) A través de sentencia de 29 de enero de 2014 de la Subsección A<sup>9</sup>, revocó el fallo de primera instancia de la Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que había denegado las pretensiones de la demanda, para en su lugar atribuir responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado y condenar al Congreso de la República a indemnizar el daño reclamado por el hecho de haber expedido las normas que fueron declaradas inexecutable, sobre la base de considerar que el daño patrimonial irrogado era antijurídico porque el demandante no tenía el deber legal de padecer y que el título jurídico de imputación debía ser el de “*falla del servicio público*”, precisamente porque las normas que habían instituido el tributo -que la parte actora pagó en su momento- eran inconstitucionales, al punto que así lo declaró el órgano de control de constitucionalidad.

b) En sentencia de 26 de marzo de 2014 de la Subsección C<sup>10</sup>, se resolvió en segunda instancia un caso prácticamente igual al anterior desde el punto de vista fáctico, con la diferencia tan solo de la parte actora y de que el tribunal de primera instancia había accedido parcialmente a las súplicas de la demanda en cuanto declaró la responsabilidad patrimonial del Congreso de la República y lo condenó a pagar los perjuicios materiales causados. Prohijó la tesis expuesta en el caso antes referido, confirmó la declaración de responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado sobre la base de estructurar dicha responsabilidad en la “*falla del servicio público*”.

c) Mediante fallo del 20 de octubre de 2014 de la Subsección C<sup>11</sup>, la misma Sala de Decisión del caso inmediatamente anterior y con la misma composición personal de sus integrantes, denegó las súplicas de la demanda, con apoyo en argüir, fundamentalmente, que como los efectos en el tiempo del fallo de inconstitucionalidad de las normas legales en cuestión no fueron objeto de modulación tales efectos eran concreta y exclusivamente pro futuro, vale decir, apenas “*ex nunc*” y, que por lo tanto, jurídicamente no era posible predicar la existencia de una falla del servicio atribuible al legislador, por la sencilla pero suficiente razón de que la Corte Constitucional al no

---

<sup>9</sup> Expediente 2003-00173 (26.689), MP Mauricio Fajardo Gómez, actor Industria de Ejes y Transmisiones SA.

<sup>10</sup> Expediente 2003-0017501 (28.741), MP Enrique Gil Botero, actor Goodyear de Colombia SA, con salvamento de voto del magistrado Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

<sup>11</sup> Expediente 2003-00204 (29.355), MP Jaime Orlando Santofimio Gamboa, con salvamento de voto del magistrado Enrique Gil Botero y aclaración de voto de la magistrada Olga Mélida Valle de la Hoz, actor Epson Colombia Ltda.

variar en el tiempo los efectos generales de su decisión validó y legitimó lo realizado durante el tiempo en el que tales normas estuvieron vigentes, circunstancia por la cual obviamente no es factible predicar la existencia de una falla del servicio en el cobro del mencionado tributo, sin que en modo alguno el juez de la responsabilidad patrimonial pueda cambiar o modificar tal decisión ni sus efectos para luego concluir, indebidamente, que como las normas eran inconstitucionales el cobro y pago de la tasa aduanera constituyó un “daño antijurídico” e imputable al Congreso de la República a título de “falla del servicio”, por cuanto el juez contencioso administrativo no tiene jurisdicción para aquello ni el juez de la reparación competencia para hacerlo.

8) La situación antes descrita, problemática, por decir lo menos, dio lugar a posteriores pronunciamientos tanto de la Sección Cuarta del Consejo de Estado -en sede de acción de tutela- lo mismo que de la Sección Tercera y de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en los siguientes términos:

a) Sentencia de 7 de abril de 2014 de la Sección Cuarta<sup>12</sup>, mediante la cual en un proceso de acción de tutela dejó sin efectos la ya referida sentencia de 26 de marzo de 2014 proferida en su momento por la Subsección C de la Sección Tercera de esa misma corporación, que había declarado la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado en cabeza del Congreso de la República por la aplicación que se había alcanzado a hacer de los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000 a la empresa Goodyear de Colombia SA que, como ya se comentó, luego fueron declarados inexequibles. El razonamiento esgrimido para acceder a la petición de amparo del derecho constitucional fundamental del *debido proceso* y consecuentemente ordenar al juez de la reparación dictar una sentencia de reemplazo, en síntesis, fue el siguiente:

No es lógico que el órgano legislador deba responder patrimonialmente por los daños reclamados simplemente por el hecho de ser el órgano creador de la norma declarada inexequible pues, aún en la hipótesis de que se aceptara la existencia de un daño antijurídico, sería imputable a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) y no el legislador, porque fue aquella y no este último quien aplicó la ley; adicionalmente, que es especialmente relevante advertir que en los hechos del caso no es aceptable la tesis de la existencia de una falla del servicio por cuanto no es posible asimilar o equipar la tarea de creación de las normas jurídicas con la prestación de los servicios públicos, de donde resulta imposible sostener que por el hecho haber

---

<sup>12</sup> Expediente de acción de tutela 2014-02171, MP Martha Teresa Briceño de Valencia, actor Goodyear de Colombia SA.

sido expulsadas del ordenamiento jurídico las normas en cuestión se produjo un acto culposo generador de un daño, reprochable en materia de responsabilidad por un supuesto funcionamiento anormal del servicio, sumado al hecho de que el sujeto pasivo de la respectiva carga impositiva tenía la opción y el derecho de pedir la revisión de la declaración tributaria por pago de lo no debido, según lo previsto en el artículo 850 del Estatuto Tributario, para lo cual contaba con un plazo de cinco (5) años contados luego del pago de la obligación.

b) Sentencia de 31 de octubre de 2016 de la Subsección C de la Sección Cuarta<sup>13</sup>, dictada en reemplazo del fallo de 26 de marzo de 2014 que inicialmente esa Sala de Decisión había emitido en el respectivo proceso de reparación directa. En primer lugar, estimó que la demanda debió dirigirse contra la autoridad tributaria que cobró y recibió el pago del gravamen, es decir, la DIAN, y no contra el Congreso de la República y, en segundo término, concluyó que se acreditó el medio exceptivo de *ineptitud sustantiva de la demanda* porque la demandante del proceso ordinario incurrió en *indebida escogencia de la acción*, debido a que para el reintegro del pago por ella realizado contaba previamente con un procedimiento administrativo de devolución ante la misma DIAN de conformidad con lo reglado en el artículo 855 del Estatuto Tributario, el cual culmina con un acto administrativo pasible de control jurisdiccional en nulidad y restablecimiento del derecho, razón por la cual se inhibió de fallar el mérito del asunto objeto de la controversia.

c) Sentencia de 27 de abril de 2017 de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado<sup>14</sup>, fallo que en estricto rigor no fue de unificación jurisprudencial de la Sección<sup>15</sup> porque no se sentó ninguna regla explícita en tal sentido. En esta oportunidad el pleno de la Sección decidió un asunto similar a los anteriores, esto es, la reclamación de responsabilidad patrimonial por el hecho de la ley por aplicación de los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000 (tasa TESA) que fueron posteriormente declarados inexecutable. Mediante esta providencia se dictó sentencia de reemplazo en cumplimiento de lo ordenado por la Sección Cuarta de la misma Corporación, en sede de tutela, en un fallo de tutela del 26 de enero de 2017, que dejó sin efectos la sentencia inicialmente proferida en el proceso ordinario de reparación el 29 de abril de 2015 y amparó el derecho a la *“tutela judicial efectiva”* del Congreso de la República,

---

<sup>13</sup> Expediente 28.741, MP Guillermo Sánchez Luque (quien sucedió en el cargo al magistrado Enrique Gil Botero por vencimiento del periodo para el cual fue elegido y quien fungió como ponente de la sentencia original que se dejó sin efectos), actor Goodyear de Colombia SA.

<sup>14</sup> Expediente 28.486, MP Martha Nubia Velásquez Rico, actor Hyundai Colombia Automotriz SA.

<sup>15</sup> Las sentencias de unificación jurisprudencial, según lo previsto en los artículos 270 y 271 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) contenido en la Ley 1437 de 2011, son aquellas que profiere el Consejo de Estado por importancia jurídica o, trascendencia económica o social, o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia, precisar su alcance o resolver las divergencias en su interpretación y aplicación.

decisión de tutela que fue confirmada por la Sección Quinta del Consejo de Estado luego de la impugnación interpuesta por la sociedad Hyundai Colombia Automotriz SA.

En esta otra ocasión, la Sección Tercera determinó que la sociedad demandante - Hyundai Colombia Automotriz SA- no probó la antijuridicidad del daño ocasionado en virtud del menoscabo patrimonial sufrido por dicha sociedad como consecuencia del pago del tributo en mención mientras este estuvo vigente, toda vez que dicho carácter no depende, *per se*, del pago realizado por la entidad demandante y de la declaración de inexecutable adoptada por la Corte Constitucional respecto de los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000, pues, no se acreditó en el proceso de reparación directa que dicha empresa hubiese acudido primero a la administración en el trámite de la devolución del pago de lo no debido -según expresa previsión legal del artículo 850 del Estatuto Tributario-, sino que, por el contrario, hizo caso omiso de dicho mecanismo jurídico que tenía a su disposición o 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”* dentro de un término de cinco (5) años a partir del pago efectivo.

Con fundamento entonces en esas reflexiones, la Sala Plena de la Sección Tercera concluyó que en ese caso no se podía predicar de la existencia de un daño antijurídico como fundamento de la responsabilidad del Estado y, por consiguiente, negó las pretensiones alegadas por la parte demandante. Nótese que en esta ocasión, muy a diferencia de lo decidido en la antes citada sentencia de 31 de octubre de 2016 de la Subsección C, se falló el fondo del caso, aunque, se denegaron las súplicas de la parte actora, al paso que en la sentencia de 2016 la Sala de la Subsección C se inhibió de decidir el fondo de la controversia.

d) Sentencias de 13 y 21 de marzo de 2018 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo<sup>16</sup>, en las que por razones de *importancia jurídica* se decidieron dos distintos procesos en los que se demandaba la responsabilidad patrimonial extracontractual de la Nación - Congreso de la República con ocasión de las demandas de reparación directa interpuestas por las sociedades Mercedes Benz de Colombia SA y Glaxosmithkline Colombia SA por la expedición y aplicación a ellas de la Ley 633 de 2000 que creó la mencionada Tasa Especial por Servicios Aduaneros (TESA) - artículos 56 y 57-, normas que fueron posteriormente declaradas inexecutable por

---

<sup>16</sup> Expedientes separados números 28.769 y 29.352, respectivamente, MP Danilo Rojas Betancourth, fallados en la misma fecha pero en forma independiente, aunque, con una misma motivación e idéntica decisión para uno y otro casos.

parte de la Corte Constitucional en sentencia C-992 de 2001 por contrariar el artículo 338 del ordenamiento superior.

En ambas sentencias se adujo y decidió, de manera idéntica, que en el juicio de reparación directa el juez debe tener en cuenta tanto la declaratoria de inexecuibilidad 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 inexecuibilidad 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

Asimismo, en las mencionadas providencias se dispuso que cuando los fallos de control de constitucionalidad tienen efectos a futuro, los daños producidos por una ley declarada inexecutable no son antijurídicos.

Sobre esa argumentación se concluyó que, como las sociedades actoras no demostraron 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 estos estuvieron vigentes, sufrieron un daño antijurídico en los términos del artículo 90 de la Constitución Política, se imponía confirmar los fallos de primera instancia que habían denegado las pretensiones de las respectivas demandas de cada proceso.

## 2.2 Existencia del daño

1) En el presente caso, la demandante alega, en síntesis, que hay lugar a declarar la responsabilidad patrimonial extracontractual de la Nación - Congreso de la República en la medida que canceló por concepto de tasa de vigilancia la suma de mil doscientos noventa y tres millones seiscientos quince mil setecientos veinticuatro pesos (\$1.293.615.724) con fundamento en la expedición del artículo 89 de la Ley 1450 de 2011 que dispuso lo siguiente:

*“Artículo 89. Superintendencia de Puertos y Transporte. Amplíese el cobro de la tasa establecida en el artículo 27, numeral 2 de la Ley 1 de 1991, a la totalidad de los sujetos de vigilancia, inspección y control de la Superintendencia de Puertos y Transporte, para cubrir los costos y gastos que ocasionen su funcionamiento y/o inversión.*

*Aquellos sujetos de los cuales se le han ampliado el cobro de la tasa a la cual hace referencia el presente artículo, pagarán por tal concepto una tasa por la parte proporcional que les corresponda según sus ingresos brutos, en*

Expediente 25000-23-36-000-2015-03025-01 (67.324)  
Demandante: Aerovías del Continente Americano SA  
Reparación directa  
Apelación sentencia

*los costos anuales de funcionamiento y la inversión de la Superintendencia de Puertos y Transporte, la cual no podrá ser superior al 0,1% de los ingresos brutos de los vigilados.*

**PARÁGRAFO.** *Facultase a la Superintendencia de Puertos y Transporte para que en un plazo de 15 meses expida la reglamentación de las características técnicas de los sistemas de seguridad documental que deberán implementar cada uno de los vigilados, para que se garantice la legitimidad de esos certificados y se proteja al usuario de la falsificación”.*

2) La Corte Constitucional mediante la sentencia C-218 del 22 de abril de 2015 resolvió la demanda de inconstitucionalidad presentada en contra de la referida norma en los siguientes términos:

**“PRIMERO:** *Declarar **EXEQUIBLE**, por los cargos examinados en la presente sentencia, el inciso primero del artículo 89 de la Ley 1450 de 2011, “por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014”, salvo la expresión “y/o inversión”, que se declara en **INEXEQUIBLE**.*

**SEGUNDO:** *Declarar **INEXEQUIBLE**, el inciso segundo del artículo 89 de la Ley 1450 de 2011, el cual estipula ‘aquellos sujetos de los cuales se le han ampliado el cobro de la tasa a la cual hace referencia el presente artículo, pagará por tal concepto una tasa por la parte proporcional que les corresponda según sus ingresos brutos, en los costos anuales de funcionamiento y la inversión de la Superintendencia de Puertos y Transportes, la cual no podrá ser superior al 0,1% de los ingresos brutos de los vigilados’ (...)” (fls. 15 a 30 cdno. pruebas).*

3) De conformidad con el memorando en su momento expedido por la coordinadora financiera de la Superintendencia de Puertos y Transportes y sus anexos, la Sociedad Aerovías del Continente Americano SA - AVIANCA pagó por concepto de tasa de vigilancia las siguientes sumas de dinero: *i) ochocientos setenta y un millones novecientos cuatro mil pesos (\$871.904.000) por el año 2012; ii) doscientos veinticinco millones cuarenta y seis mil pesos (\$225.046.000) por el año 2013 y; iii) ciento noventa y seis millones seiscientos sesenta y cinco mil setecientos veinticuatro pesos (\$196.665.724) por el año 2014, para un total de mil doscientos noventa y tres millones seiscientos quince mil setecientos veinticuatro pesos (\$1.293.615.724) (fls. 117 a 135 cdno. 1).*

4) No obstante, la Sala evidencia que el daño alegado no es antijurídico por las razones que se expone a continuación:

a) Como se explicó previamente, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo determinó que en aquellos casos en los que se pretende que se declare la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado por hecho del legislador cuando una norma expedida ha sido declarada posteriormente inconstitucional, el juez

de la reparación directa debe tener en cuenta los efectos de la sentencia de inexecuibilidad.

En la referida sentencia del 13 de marzo de 2018<sup>17</sup> se dispuso lo siguiente:

*“(...) el invocado por la sociedad actora no es antijurídico a la luz del criterio de antijuridicidad que se estima necesario adoptar en los casos de daños causados por normas o actos administrativos que no superaron el juicio de legalidad, esto es, el que se funda en la validez y vigencia de la norma o acto y no en el vicio de inconstitucionalidad o ilegalidad que contenía. Este criterio se adopta con base en las siguientes consideraciones:*

*17.3.1. La que aquí se ha denominado tesis de la antijuridicidad como incompatibilidad con la norma superior se basa esencialmente en que ‘nadie está obligado a soportar las consecuencias adversas de una norma que nació a la vida jurídica contrariando la Constitución, pues ello sería desdibujar el principio de la supremacía constitucional’, argumento que, en principio, parece contundente en virtud de lo loable de la filosofía que lo inspira, esto es, la defensa de la Constitución y la necesidad de evitar a toda costa que los particulares se vean en la obligación de soportar cargas impuestas por normas incompatibles con aquella. No obstante, lo cierto es que, como lo ha considerado la misma Corte Constitucional<sup>18</sup> y como se desprende de lo consagrado en el artículo 45 de la Ley 270 de 1996, el ordenamiento jurídico admite que mantener la vigencia temporal de una ley declarada inexecutable no es incompatible con dicha supremacía.*

*17.3.1.1. En ese sentido vale la pena recordar lo considerado por la misma Corte Constitucional -guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución, según el artículo 261 de esta última-, respecto de su potestad de modular los efectos de sus fallos de inexecuibilidad<sup>19</sup>:*

*‘Esta modulación de los efectos temporales de los fallos es no sólo una práctica usual de los tribunales constitucionales sino que es una necesidad que deriva de su función específica de garantizar la supremacía de la Constitución y, al mismo tiempo, respetar otros principios y valores igualmente constitucionales, en especial, la libertad de configuración del Legislador, el principio democrático, la certeza jurídica y la conservación del derecho ordinario. Así, los tribunales constitucionales deben, de un lado, asegurar que la Constitución tenga una plena eficacia normativa y, por ende, deben promover la realización de los valores de justicia material contenidos en la Carta, puesto que la Constitución es no sólo una norma de suprema jerarquía sino además un orden de valores que pretende ser realizado (CP arts 2º y 4º). Por ello los tribunales constitucionales deben expulsar las normas de inferior jerarquía que desconozcan la Carta. Sin embargo, de otro lado, las normas constitucionales son por esencia abiertas y admiten múltiples desarrollos, los cuáles deben ser adoptados, en general, con base en el principio democrático, esto es, por la alternancia de las distintas mayorías que se suceden en la vida social y política y que, por los medios definidos por la Carta, adoptan en forma libre decisiones políticas y legislativas. Esto explica entonces que la interpretación constitucional busque también maximizar el respeto por el pluralismo y por la libertad política del Legislador en la configuración de las regulaciones de la vida en la sociedad.*

<sup>17</sup> Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 13 de marzo de 2018, expediente 28.769 IJ, MP Danilo Rojas Betancourth.

<sup>18</sup> Sentencia C-113 de 1993, op. cit.

<sup>19</sup> Sentencia C-221 de 29 de abril de 1997, MP. Alejandro Martínez Caballero.



*En tales circunstancias, el carácter abierto de las normas constitucionales, pero su indudable fuerza normativa, esto es que la Constitución debe ser aplicada, tiene como consecuencia metodológica que el tribunal constitucional pueda recurrir a diversos tipos de decisiones. Así, a veces el tribunal puede constatar que una disposición legal es contraria a la Carta, por lo cual no puede declararla constitucional sin matiz; sin embargo, una ponderación de los principios anteriormente mencionados, puede llevar al juez constitucional a la convicción de que la expulsión pura y simple de esa disposición del ordenamiento puede conducir a una situación legal que es peor, desde el punto de vista de los valores constitucionales, ya sea por los vacíos que se pueden generar, ya sea porque la propia decisión del juez constitucional vulnera la libertad de configuración del Congreso. Se explica así la aparente paradoja de que la Corte constate la inconstitucionalidad material de una norma pero decida mantener su vigencia, ya que en estos casos resulta todavía más inconstitucional la expulsión de la disposición acusada del ordenamiento por los graves efectos que ella acarrea sobre otros principios constitucionales.*

*Como vemos, las fórmulas de constitucionalidad temporal -o lo que es lo mismo, las declaraciones de inconstitucionalidad [diferida- surgen entonces como un compromiso, dadas ciertas circunstancias fácticas y normativas, entre la fuerza normativa de la Constitución y el principio de libertad política del Legislador, por lo cual son perfectamente admisibles en el ordenamiento constitucional colombiano. Esta modulación de los efectos temporales de los fallos encuentra sustento no sólo en la función específica de la Corte sino, además, en el tenor literal de la propia Constitución<sup>20</sup>. En efecto, la Carta no ha establecido que la Corte esté atrapada en el dilema de mantener en forma permanente una norma en el ordenamiento (declaración de constitucionalidad) o retirarla en su integridad (sentencia de inexecutable), puesto que simplemente ha establecido que a la Corte compete decidir sobre la constitucionalidad de los actos normativos sujetos a su control (CP 241). Por consiguiente, al decidir sobre la constitucionalidad de tales disposiciones, la Corte debe adoptar la modalidad de sentencia que mejor le permita asegurar la guarda de la integridad y supremacía de la Carta, dentro del mayor respeto por la libertad de configuración del legislativo y la búsqueda del mayor equilibrio entre la seguridad jurídica y la realización efectiva de los valores y derechos contenidos en la Constitución’.*

**17.3.1.2. En estos términos resulta claro que el mismo ordenamiento jurídico prevé que normas declaradas inconstitucionales sean, temporalmente, de obligatorio cumplimiento para los particulares, sin que ello implique menoscabo del principio de supremacía de la Constitución pues, en realidad, es un efecto de la realización de principios y valores constitucionales. Así pues, no le asiste razón a la tesis de la antijuridicidad como incompatibilidad con la norma superior cuando señala que hay una incoherencia lógica entre admitir que la declaratoria de inexecutable hace desaparecer la norma del ordenamiento y, al mismo tiempo, consolida las situaciones causadas con anterioridad pues, en realidad, lo que significa la declaratoria de inexecutable con efectos hacia futuro es que si bien la norma tenía un vicio de inconstitucionalidad, es constitucional mantener su vigencia -y, por ende, su obligatoriedad- entre su expedición y dicha declaratoria, de donde se deriva que durante ese período existía la obligación jurídica de asumir las cargas por ella impuesta<sup>21</sup>(...).**

<sup>20</sup> [22] Ver, entre otras, las sentencias C-113/93 y C-109/95.

<sup>21</sup> Lo cual excluye el que se aplique la excepción de inconstitucionalidad de la norma respecto de situaciones acaecidas con anterioridad a la declaratoria de inexecutable pues, como lo sostuvo la Sección Tercera en la sentencia de 26 de noviembre de 2002, exp. 20945, antes citada, “la decisión sobre los efectos de un fallo de constitucionalidad (...) también tiene efectos de cosa juzgada erga omnes, de manera que no están facultadas las autoridades de la República para aplicar la excepción de inconstitucionalidad respecto de una norma determinada, cuando la misma ha sido declarada inexecutable por la Corte y el fallo respectivo tiene efectos hacia el futuro”.

**17.3.2.2. Al respecto es importante señalar que las mismas razones que llevan a que nuestro ordenamiento jurídico haya establecido como regla el que las declaratorias de inconstitucionalidad tengan efectos hacia el futuro y solo excepcionalmente hacia el pasado, sugieren que la definición de la antijuridicidad de un daño causado por una ley declarada inexecutable sea ligada a los efectos fijados para dicha declaratoria y no a la constatación de su inconformidad con la Constitución. Efectivamente, si la fijación de los efectos hacia futuro o diferidos busca garantizar la seguridad jurídica, esto es, la estabilidad de las relaciones jurídicas que se fundaron y regularon por el cuerpo normativo entonces vigente -circunstancia que, se reitera, no vulnera el principio de supremacía de la Constitución sino que, al contrario, lo garantiza, tal como lo ha considerado la misma Corte Constitucional-, no hay razones para que la protección de dicha seguridad jurídica se circunscriba a la cuestión de la vigencia de la norma y deje de lado aquella relativa a las cargas por ella impuestas (...).** (negrillas por fuera del texto original).

En el mencionado pronunciamiento del 21 de marzo de 2018<sup>22</sup>, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo concluyó lo siguiente:

**“15.3.3.2. Teniendo claro entonces que, en todo caso, la decisión adoptada sobre la inexecutable 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.**

**(...)al tener en cuenta tanto la declaratoria de inexecutable 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 inexecutable 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.”** (negrillas por fuera del texto original).

b) En ese contexto, es preciso advertir que el fallo de control de constitucionalidad C-218 de 2015 mediante el cual se declaró la inexecutable del artículo 89 de la Ley 1450 de 2011 tiene efectos *ex nunc*, es decir, únicamente “a futuro” en la medida que la Corte Constitucional en la decisión no moduló los efectos de la sentencia en el tiempo<sup>23</sup>, en ese sentido, en consideración al criterio unificado los pagos efectuados por la sociedad Aerovías del Continente Americano SA por concepto de tasa de

<sup>22</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 21 de marzo de 2018, expediente 29.352 IJ, MP Danilo Rojas Betancourth.

<sup>23</sup> El artículo 45 de la Ley 270 de 1996 establece lo siguiente: “Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario”.

vigilancia durante el lapso en que dicha norma estuvo vigente no constituyen un daño antijurídico.

### 3. Conclusión

Se confirmará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda porque no se acreditó la existencia de un daño antijurídico.

### 4. Condena en costas

De conformidad con el artículo 188 del CPACA<sup>24</sup> y el numeral 1 del artículo 365 del CGP<sup>25</sup> se condenará en costas de esta instancia a la parte demandante, las cuales deberán incluir las agencias en derecho que se hubieren causado.

Por otro lado, frente a la condena en costas de primera instancia se procederá a confirmar la decisión del *a quo* en la medida que la demandante fue la parte vencida en el proceso de la referencia y, además, está acreditado igualmente que el apoderado judicial de la demandante concurrió de forma activa.

Por lo tanto, las costas procesales deberán ser liquidadas de manera concentrada por la Secretaría del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, según dispone el artículo 366 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, el **CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### F A L L A :

**1º) Confírmase** la sentencia proferida el 23 de enero de 2020 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A que negó las pretensiones de la demanda.

---

<sup>24</sup> Artículo 188: “Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”.

<sup>25</sup> Artículo 365: “En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: (...).  
1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código (...).”

*Expediente 25000-23-36-000-2015-03025-01 (67.324)*  
*Demandante: Aerovías del Continente Americano SA*  
*Reparación directa*  
*Apelación sentencia*

**2°) Condénase** en costas de segunda instancia a la parte actora, **tásense** de manera concentrada por el tribunal de primera instancia.

**3°) Ejecutoriada** esta providencia, por secretaría **devuélvase** el expediente al tribunal de origen, previas las correspondientes constancias secretariales de rigor.

#### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**ALBERTO MONTAÑA PLATA**  
**Presidente de la Subsección**  
**Magistrado**

**FREDY IBARRA MARTÍNEZ**  
**Magistrado**

**Aclara voto**  
**MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ**  
**Magistrado**

Constancia. La presente providencia fue firmada electrónicamente por los magistrados de la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado en la plataforma SAMAI, en consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta de conformidad con los artículos 1 y 2 de la Ley 2213 de 2022.



Radicación: 25000-23-36-000-2015-03025-01 (67324)  
Demandante: Aerovías del Continente Americano – Avianca S.A.

**CONSEJO DE ESTADO**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**  
**SECCIÓN TERCERA**  
**SUBSECCIÓN B**

**Consejero ponente: Fredy Ibarra Martínez**

Bogotá, D.C., dos (2) de agosto de dos mil veinticuatro (2024)

**Referencia:** Acción de reparación directa  
**Radicación:** 25000-23-36-000-2015-03025-01 (67324)  
**Demandante:** Aerovías del Continente Americano – Avianca S.A.  
**Demandado:** Nación – Congreso de la República

**Tema:** Acción de reparación directa por el pago de una tasa de vigilancia que posteriormente fue declarada inexecutable. La sentencia debió declarar la indebida escogencia de la acción e inhibirse de fallar de fondo porque la demandante no agotó el procedimiento administrativo previsto en el Estatuto Tributario.

**Aclaración de voto del magistrado Martín Bermúdez Muñoz**

---

AVIANCA demandó a la Nación - Congreso de la República porque pagó una suma por tasa de vigilancia, basada en una ley que luego fue declarada inconstitucional. La mayoría de la Sala decidió negar las pretensiones porque Avianca no demostró el daño antijurídico, pues no agotó el procedimiento administrativo para solicitar la devolución de los pagos por tasa de vigilancia, lo cual era necesario para acreditar la certeza del daño.

1.- Aclaro mi voto porque no estoy de acuerdo con que en la sentencia se haya abordado el fondo del asunto. La Sala debió inhibirse de fallar de fondo porque en este caso está probada la indebida escogencia de la acción. La misma sentencia reconoció que la accionante no agotó el procedimiento de reclamación previsto en el artículo 850 del Estatuto Tributario. Dado que no se siguió este procedimiento, Avianca no podía recurrir a la acción de reparación directa. La norma dispone:

*"Devolución de pagos en exceso y lo no debido. La administración tributaria deberá devolver oportunamente a los contribuyentes, responsables, agentes retenedores y demás declarantes, los pagos en exceso o de lo no debido, que éstos hayan efectuado por concepto de obligaciones tributarias, aduaneras y cambiarias, cualquiera que fuere el concepto del pago, siguiendo el mismo procedimiento que se aplica para las devoluciones de los saldos a favor.*

*Parágrafo 1. Para efectos de la devolución de los pagos en exceso o de lo no debido, la administración tributaria deberá verificar la procedencia del saldo, dentro de los términos y condiciones establecidos en el reglamento.*

*(...)*

*Parágrafo 3. Los contribuyentes podrán solicitar la compensación de los saldos a favor y de los pagos en exceso o de lo no debido, con las deudas líquidas exigibles por impuestos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, cualquiera que sea*



---

Radicación: 25000-23-36-000-2015-03025-01 (67324)  
Demandante: Aerovías del Continente Americano – Avianca S.A.

*la de los impuestos a compensar, sin importar la vigencia fiscal en la cual se originaron las obligaciones a cargo y las deudas objeto de la solicitud de compensación".*

2.- Así las cosas, el artículo 850 del Estatuto Tributario prevé un procedimiento para reclamar la devolución de lo pagado en exceso y otorga a la Administración la competencia para decidir directamente sobre esa reclamación. En consecuencia, Avianca debió promover una acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto administrativo que resolviera su petición, razón por la cual la acción de reparación directa no era procedente en este caso.

Fecha *ut supra*,

*Firmado electrónicamente*  
**MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ**  
**Magistrado**