

13001-33-33-007-2018-00243-01

Cartagena de Indias D. T. y C., quince (15) de mayo de dos mil veinte (2020)

Medio de control	ACCIÓN DE GRUPO
Radicado	13001-33-33-007-2018-00243-01
Accionante	BLAS PANTOJA ROBLES Y OTROS
Accionada	DEPARTAMENTO DE BOLIVAR
Tema	COBRO ESTAMPILLA PRO HOSPITAL UNIVERSITARIO
Magistrado Ponente	JOSE RAFAEL GUERRERO LEAL

Procede la Sala Fija No. 01 del Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia¹ de primera instancia proferida el trece (13) de diciembre de dos mil dieciocho (2018) por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I.- ANTECEDENTES

1. La demanda.²

1.1 Hechos relevantes planteados por el accionante.

Se determinaron como fundamentos fácticos de la demanda los que se relatan a continuación:

- Mediante Ordenanza No. 011 del 19 de agosto de 2006 expedida por la Asamblea de Bolívar, se reguló el tributo denominado estampilla Pro Universitario, según lo señalaban los artículos 49 a 54 de esta preceptiva.
- A través de providencia del 24 de junio de 2011, el Tribunal Administrativo de Bolívar, declaró la nulidad de los artículos 50 a 54 de la Ordenanza No. 011 del 19 de agosto de 2006, decisión que fue confirmada por el Consejo de Estado mediante providencia del 06 de marzo de 2014.

¹ Folio371-378 Cdr. 2

² Folios 13-40 c 1

13001-33-33-007-2018-00243-01

- El grupo demandante pagó la estampilla Pro Hospital Universitario mientras estuvo vigente, lo cual les causó un perjuicio que solicitan sea reparado.

1.2 Las pretensiones de la demanda³

Se plantearon por la parte demandante así:

Solicitan que se declare responsable al Departamento de Bolívar por los perjuicios causados con la expedición de los artículos 50 a 54 de la Ordenanza 011 del 2006, que fueron declarados nulos, por lo cobrado a las personas que eran sujetos pasivos del impuesto.

Se condene al Departamento de Bolívar a indemnizar los perjuicios causados al grupo por lo pagado por concepto de estampilla Pro Hospital Universitario según lo que resulte probado, de manera indexada, junto con los intereses de mora.

Se condene en costas a la parte pasiva.

1.3 Fundamentos de Derecho.

Aduce la parte demandante que se presentó una falla del servicio por parte de la autoridad administrativa cuando ejerció la potestad normativa de manera contraria a la constitución y la ley.

Señala que lo anterior les ocasionó un daño antijurídico a los demandantes, cuando con la expedición de los artículos 50 a 54 de la Ordenanza 011 de 2006 expedida por la Asamblea departamental, dio lugar a que los particulares realizaran el pago de la obligación tributaria, lo cual no estaban obligados a soportar, dada la ilegalidad de los preceptos normativos en que se fundó, razón por la cual fueron declarados nulos.

2. Contestación de la demanda.⁴

- **Departamento de Bolívar.**

³ Fls 20-21

⁴ Fol 466-478 c 3

13001-33-33-007-2018-00243-01

La entidad demandada contestó la demanda *oponiéndose a las pretensiones, considerando que estas carecen de motivaciones jurídicas o fácticas para lograr una sentencia favorable.*

3. Sentencia de Primera instancia.

Mediante sentencia No. AG 2018 264 de fecha 13 de diciembre de 2018, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, se resolvió negar las pretensiones de la demanda, considerando que si bien, la Ordenanza No. 011 del 19 de agosto de 2006 que soportaba el cobro del tributo “Estampilla Pro Hospital Universitario” a favor del Departamento de Bolívar, fue un acto administrativo extraído del mundo jurídico por encontrarse viciado de nulidad, el recaudo del impuesto en el periodo de tiempo que estuvieron vigentes los artículos contemplados en la ordenanza mencionada, no se convierte de manera automática en ilegal, como consecuencia de la declaratoria de nulidad del mismo.

El a quo argumenta que, con base en jurisprudencia emitida por el Consejo de Estado, se extrae con claridad que en los casos en los cuales se declara la nulidad de actos administrativos de carácter general, los efectos de estos son retroactivos, en el entendido que vuelven las cosas al estado anterior, afectándose únicamente las situaciones que no se hubiesen consolidado.

Siendo así las cosas, el Juez considera que el cobro de los impuestos, tasas y contribuciones que se hubiesen cobrado a favor del demandado con anterioridad a la ejecutoria de la sentencia de fecha 24 de junio de 2011, fueron situaciones jurídicas consolidadas, por tratarse del cobro de impuestos que en su momento correspondían al Departamento de Bolívar, recaudos que se realizaron en virtud de un acto administrativo vigente, por lo que se concluye que el recaudo de los mismos no fueron realizados de manera ilegal.

Igualmente, es evidente que lo pagado por los contribuyentes al Departamento de Bolívar les generó un daño, dicho daño no puede definirse como antijurídico, toda vez que el recaudo se consolidó en virtud de lo definido por la ordenanza, la cual se encontraba vigente y gozaba de presunción de legalidad.

13001-33-33-007-2018-00243-01

4. Recurso de Apelación.⁵

El apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia proferida el día 13 de diciembre de 2018 por el Juez Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, en la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

En el escrito de apelación, el demandante sustenta su inconformidad con dos supuestos: en el primero de ello, objeta que el juez de primera instancia haya determinado la configuración de una situación jurídica consolidada cuando a los actores nunca se les notificó de manera personal que eran sujetos objetos de recaudo, por lo que nunca se consolidó una situación jurídica particular.

Su segundo reparo lo sustenta en que el a quo para resolver el caso en estudio, desconoció la Sentencia de Unificación proferida por el H. Consejo de Estado, el 13 de marzo del 2018 que concluyó que el juez de la legalidad de los actos administrativos no tiene la misma potestad respecto de los efectos de su declaratoria, como en los juicios de constitucionalidad, por lo que la desaparición de la norma, abre camino para la reparación de los mismos.

Así las cosas, en el presente asunto, el tema de discusión radica en la declaratoria de ilegalidad de una ordenanza y no en una declaratoria de exequibilidad, por lo que el A quo no podía dejar de considerar la decisión proferida en el juicio de legalidad de la Ordenanza No. 011 de 2006 expedida por la Asamblea del Departamento de Bolívar que creó la Estampilla Pro Universitario y declarada nula posteriormente.

Considera el apelante que en dicho análisis se soporta la procedencia de la acción de grupo para reclamar los perjuicios causados por el recaudo efectuado durante la vigencia de la ordenanza. Agrega que daño se encuentra acreditado con el certificado expedido por el Departamento de Bolívar en donde se detalla de manera pormenorizada lo pagado por todas las personas jurídicas y naturales que fueron sujetos objeto del pago de la estampilla.

⁵ Folios 386-398 Cdr. 3

13001-33-33-007-2018-00243-01

5. Tramite de Primera Instancia

Mediante auto de fecha 22 de abril de 2016 se admitió demanda⁶ por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena. Mediante auto de fecha 19 de mayo de 2016 se fijó fecha⁷ para la celebración de la audiencia especial de pacto de cumplimiento.

A través de auto de fecha 19 de septiembre de 2016⁸ se decretaron pruebas por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena.

El día 22 de septiembre de 2016 la parte demandante presentó escrito de apelación⁹ contra el auto que se abstuvo de decretar algunas pruebas solicitadas en el escrito de demanda.

Mediante auto de fecha 18 de octubre de 2016¹⁰ el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena concedió recurso de apelación en el efecto devolutivo.

Por medio de auto de fecha 12 de abril de 2018¹¹ se declaró cerrado el periodo probatorio y se corrió traslado a las partes por el término de 5 días para presentar sus alegatos de conclusión.

A través de sentencia proferida el día 13 de diciembre de 2018¹², el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena resolvió negar las pretensiones de la demanda. El día 18 de diciembre de 2018 la parte demandante presentó recurso de apelación¹³ contra la sentencia aludida.

Mediante auto de fecha 25 de enero de 2019¹⁴, el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena concedió el recurso de apelación en el efecto suspensivo y remitió el proceso al Tribunal Administrativo de Bolívar.

⁶ Folios 143-146 Cdr. 1

⁷ Folio 173 Cdr. 1

⁸ Folio 176-179 Cdr. 1

⁹ Folios 187-193 Cdr. 1

¹⁰ Folios 288-289 Cdr. 2

¹¹ Folio 336 Cdr. 2

¹² Folios 371-378 Cdr. 2

¹³ Folios 386-393 Cdr. 2

¹⁴ Folio 399 Cdr. 2

13001-33-33-007-2018-00243-01

6. Alegaciones

Ninguna de las partes presentó alegatos de conclusión.

7. Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público no emitió concepto alguno.

II. CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia se ejerció el control de legalidad ordenado por el artículo 207 CPACA. Por ello y como en esta instancia no se observan vicios que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede a resolver la alzada.

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA, el Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

2. ASUNTO DE FONDO

2.1. Problema jurídico

La Sala encuentra que el problema jurídico que debe resolverse se concreta en el siguiente cuestionamiento:

¿Es dable declarar la responsabilidad administrativa del Departamento de Bolívar con ocasión de la declaratoria de nulidad de los artículos 50, 51, 52, 53 y 54 de la Ordenanza 011 del 2006, que regulaba los elementos del tributo denominado “Estampilla Pro Hospital Universitario” y, en consecuencia, si es procedente ordenar la indemnización de los perjuicios causados a las personas naturales y jurídicas que pagaron el tributo durante su vigencia?

13001-33-33-007-2018-00243-01

3 TESIS DE LA SALA

La Sala de Decisión confirmara la sentencia de primera instancia porque los demandantes no lograron acreditar la existencia efectiva de un daño antijurídico.

A la anterior conclusión se llega teniendo en cuenta el siguiente marco normativo y jurisprudencial:

4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

4.1 Consideraciones previas.

Con la presente acción de grupo los integrantes del mismo pretenden obtener la indemnización de los perjuicios sufridos por el incumplimiento de los deberes constitucionales y legales que deben soportar las actuaciones de las autoridades públicas.

El fundamento para lograr esa indemnización se sustenta en el artículo 90 de la Constitución Política que establece que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En ese sentido, como bien lo encuadró el juez de primera instancia, al demandarse la responsabilidad administrativa con ocasión a la consecuencia jurídica de la nulidad de unos artículos de la ordenanza 011 del 2006, expedida por la Asamblea Departamental de Bolívar, se debe analizar la situación planteada bajo el título de imputación de responsabilidad por el hecho del legislador.

4.2 La responsabilidad del Estado por el hecho del legislador.

A partir de 1991 queda claro que la cláusula general de responsabilidad consagrada en el artículo 90 de la Constitución Política permitía exigir reparación por los daños antijurídicos causados no sólo por quienes ejercen funciones administrativas y jurisdiccionales, sino también por quienes cumplen funciones legislativas.

En sentencia C-038 de 2006, la Corte Constitucional, aunque dio por sentada la posibilidad de comprometer la responsabilidad del Estado por el hecho

13001-33-33-007-2018-00243-01

del legislador insistió fuertemente en que el fundamento de esta responsabilidad *“estriba en la noción de daño antijurídico (...) y no en la actividad ilícita del legislador, entendida como tal las actuaciones contrarias a la Constitución”*.

Ahora bien, de acuerdo con las providencias que han sido proferidas sobre el particular, existen tres eventos en los que se ha admitido la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador: cuando se configura i) el rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas; ii) la defraudación del principio de confianza legítima de los particulares, y iii) la desaparición de la ley como consecuencia de una sentencia de inexecuibilidad¹⁵.

Desde la óptica de este último evento, el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 13 de marzo del 2018 y reiterada en la del 21 del mismo mes y año¹⁶, concluyó que en la Corporación en torno a la definición de la antijuridicidad de los daños ocasionados por normas de carácter general, impersonal y abstracto –leyes o actos administrativos- desaparecidos del ordenamiento por orden judicial –declaratoria de inexecuibilidad o nulidad- existen dos tesis jurisprudenciales enfrentadas:

Una tesis tradicional, que podría denominarse **la antijuridicidad como ausencia de soporte normativo válido y vigente**, sostiene que un daño es jurídico si está sustentado en una norma vigente en el ordenamiento, de manera tal que si la declaratoria de inexecuibilidad –aunque sería válido también para la declaratoria de nulidad de un acto administrativo- dejó vigente la norma entre su expedición y el momento en que se produce la declaratoria, los daños por ella causados durante ese período tendrían fundamento jurídico y, por consiguiente, los particulares estarían en la obligación de soportarlos.

Por el contrario, si la norma fue extraída del ordenamiento desde su expedición, desapareció con ella el fundamento jurídico de la obligación

¹⁵ También aplicable a la declaratoria nulidad de un acto general y abstracto conforme la sentencia del Consejo De Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, CP. DANILO ROJAS BETANCOURTH, trece (13) de marzo de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 25000-23-26-000-2003-00208-01 (28769) (IJ) Actor: MERCEDES BENZ COLOMBIA S.A. Demandado: NACIÓN-CONGRESO DE LA REPÚBLICA.

¹⁶ Ibidem y Consejo De Estado Sala Plena de Lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH. veintiuno (21) de marzo de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 25000-23-26-000-2003-00206-01 (29352) (IJ) Actor: GLAXOSMITHKLINE COLOMBIA S.A. Demandado: NACIÓN-CONGRESO DE LA REPÚBLICA

13001-33-33-007-2018-00243-01

impuesta a los particulares quienes, por lo tanto, no tendrían el deber de asumirlo.

La otra Tesis es la denominada la **antijuridicidad como incompatibilidad con la norma superior**, señala que cuando una norma general, impersonal y abstracta impone una carga a un particular, esta última es jurídica si y solo si, dicha norma es conforme a las superiores, en el caso de la ley, si se ajusta a la Constitución.

Es por ello que, al ponerse en evidencia la contrariedad con la Constitución, la declaratoria de inexecutable, independientemente de sus efectos, pondría de manifiesto la antijuridicidad de las cargas impuestas por la ley respecto de la cual se dio la declaratoria; de hecho, no sería indispensable la declaratoria formal de inexecutable, pues bastaría con apoyarse en la excepción de inconstitucionalidad de la ley para considerar que las cargas por ella impuestas son antijurídicas y, por ende, susceptibles de ser indemnizadas por la vía de la acción de reparación directa.

Este último razonamiento también sería válido para los actos administrativos declarados nulos o para aquellos respecto de los cuales se considere pertinente la aplicación de la excepción de ilegalidad-. Así pues, las obligaciones impuestas por normas encontradas contrarias al ordenamiento serían antijurídicas desde el momento mismo en que fueron fijadas, esto es, desde la expedición de dichas normas.

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, una vez analizados los pros y los contras de cada una de las tesis aludidas, concluyó que el estudio que debe adelantar el juez de la responsabilidad del Estado, acerca de la antijuridicidad del daño causado por la nulidad de un acto administrativo es aquel que se sustenta 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 superiores¹⁷, esto es; la tesis tradicional.

¹⁷ Lo anterior por cuanto, al estimar que los efectos del fallo de inexecutable de la Corte Constitucional no deben tener incidencia alguna a la hora de determinar la antijuridicidad de los daños causados por leyes inexecutables, 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 inexecutable. 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

13001-33-33-007-2018-00243-01

De otro lado, valga la pena poner de presente que en dichas sentencias se abordó lo relacionado con el “pago” que realizaron los demandantes en cumplimiento de la norma declarada inexecutable durante el tiempo que estuvo vigente – el impuesto TESA-, para concluir que los dineros cancelados en virtud de una norma declarada nula no conllevan a que se genere un daño antijurídico susceptible de ser reparado administrativamente.

Para la esa Sala, en los casos de daños causados “**por normas o actos administrativos**” **que no superaron el juicio de legalidad**, con la sola circunstancia del pago realizado durante la vigencia de la norma, no se configura el primer elemento del juicio de responsabilidad consagrado en el artículo 90 de la Constitución Política.

Para concluir lo anterior, esa Corporación hizo las siguientes precisiones, que esta Judicatura estima necesario transcribir para mejor comprensión del criterio fijado en la sentencia:

1. *La declaratoria de inexecutable con efectos hacia futuro significa 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.*
2. *Ante la imposibilidad de controlar a priori toda la producción normativa, el juicio de compatibilidad, a posteriori, debe compadecerse de los efectos causados por la norma, de modo que la decisión que se adopta sobre la constitucionalidad de la norma lleva implícita una decisión sobre la constitucionalidad de sus efectos.*
3. *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 sólo 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.*
4. *En el análisis de la antijuridicidad de un daño supuestamente causado por una **norma o acto administrativo declarado inexecutable o nulo**, el juez de la responsabilidad del Estado no podría dejar de considerar la decisión proferida en el juicio de legalidad de dicha norma o acto, al margen de la posición que adopte en relación con lo que en ese pronunciamiento sería determinante para establecer dicha antijuridicidad.*

expedición y la declaratoria de inexecutable y la del juez de la responsabilidad del Estado que concluiría que las cargas por ella impuesta no son obligatorias-. Ibidem. Sentencia Consejo de Estado del 13 de marzo del 2018.

13001-33-33-007-2018-00243-01

Ahora bien, de acuerdo con lo anterior y por la pertinencia del asunto, se encuentra necesario hacer referencia a apartes del acápite IV.2 de la sentencia del 13 de marzo de 2018, reiterada en la sentencia del 21 de marzo de 2018 [Exp. 29.352], en lo que concierne al estudio de la antijuridicidad del daño supuestamente causado por una norma o acto declarado nulo. La Sala Plena es esa oportunidad explicó:

“(…)

15.1.1. En otros términos, una decisión de **inexequibilidad** o de **nulidad** adoptada en sede de legalidad no podría considerarse como suficiente para fundar la responsabilidad del Estado por la expedición de la **norma o acto declarado inexequible o nulo**, pues en sede de reparación directa siempre será necesario verificar cada uno de los elementos estructurantes del juicio de responsabilidad: la existencia efectiva de un daño antijurídico y su imputabilidad a la demandada, análisis este último dentro del cual bien pueden operar causales eximentes de responsabilidad.

15.2. Sin embargo, no puede perderse de vista que, en materia de responsabilidad del Estado, el estudio de la antijuridicidad del daño supuestamente causado por una norma o acto no puede adelantarse al margen del análisis sobre la legalidad de estos últimos. En estos casos el análisis de juridicidad o antijuridicidad del daño se edifica a partir del de legalidad o ilegalidad de la norma o acto que impone la carga (15.2.1), aunque no se identifica plenamente con él (15.2.2).

(…)”.

Conforme con lo expuesto, resulta claro que la declaratoria de nulidad, no puede ser considerado, en sí mismo un daño antijurídico, que conlleve a la declaratoria de responsabilidad administrativa por las cargas que impuso durante el tiempo que permaneció vigente, es necesario, entonces, que el juez de la reparación directa, como ordinariamente ocurre, verifique los elementos que componen el juicio de responsabilidad, esto es, la existencia efectiva de un daño antijurídico y su imputabilidad.

Finalmente, con la sentencia de unificación se aclara que a pesar que en principio *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*, no es menos cierto que como lo ha considerado la misma Corte Constitucional¹⁸ 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

¹⁸ Sentencia C-113 de 1993, *op. cit.*

13001-33-33-007-2018-00243-01

ley declarada inexecutable no es incompatible con dicha supremacía.

Para sustentar dicha afirmación el Consejo de Estado manifestó que 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 impuesta¹⁹.

Es en esta perspectiva que se considera que las situaciones consolidadas buscan garantizar la seguridad jurídica y de esta manera, mantener la estabilidad de las relaciones legales que se fundaron y que se regularon mientras el cuerpo normativo estuvo vigente.

A fin de brindar una mayor claridad sobre los efectos de la sentencia que declara la nulidad de un acto administrativo general, se pasa a analizar las tesis que se han planteado en el Consejo de Estado en relación con este tema.

4.2.1 De los efectos «ex nunc» y «ex tunc» en una sentencia que declara la nulidad de un acto administrativo general.

El máximo Órgano de lo Contencioso Administrativo, frente a los efectos de una sentencia que declara la nulidad de un acto administrativo general, ha desarrollado cuatro tesis:

La primera que aboga por los efectos hacia el pasado de la sentencia de nulidad, los llamados efectos «ex tunc», **ii)** la segunda, que consideran que dicha decisión sólo afecta al porvenir, pues sólo puede predicarse hacia el

¹⁹ 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”.

13001-33-33-007-2018-00243-01

futuro, es decir, sus efectos son «ex nunc», **iii)** la tercera que considera que las anteriores son complementarias en el sentido de que el fallo de nulidad de un acto de carácter general no afecta situaciones consolidadas, esto quiere decir, que sus efectos son «ex nunc», pero sí afecta las no consolidadas, lo que significa que en este caso sus efectos son «ex tunc», por ello la sentencia de nulidad en relación con estos últimos actos produce efectos retroactivos, y **(iv)** la modulación de los efectos de la sentencia.

De las anteriores posturas, en la actualidad, se encuentra vigente la tercera tesis, es por ello que resolviendo un caso similar a la controversia en estudio, se consideró que en estos tipos de debates, se debe establecer que aquellos hechos o actos que acontecieron en el tiempo que el acto administrativo de carácter general subsistió en la vida jurídica, los actos administrativos particulares expedidos con fundamento en un acto general anulado, subsisten por sí mismos con todos sus atributos²⁰ sin que se vean afectados por la anulación del acto en que se sustentaron, pues no existe la figura de la «nulidad consecucional o por consecuencia» o «nulidad ex officio».

En razón de lo anterior, cuando se anula un acto general es necesario que los efectos que se produjeron, sean demandados en sus propias acciones jurisdiccionales si la pretensión del interesado es que también desaparezcan del orden jurídico. En defensa de esta última posición, el Consejo de Estado desarrollo las subreglas que se analizarán en el siguiente acápite.

4.2.2 De la acción de grupo y el medio de control adecuado para reclamar sumas de dinero pagadas como tributos derivados de un acto administrativo que posteriormente fue declarado nulo.

En sentencia del 1 de octubre del 2019, MP William Hernández Gómez²¹, se hizo un recuento normativo y jurisprudencial de la acción de grupo como mecanismo para obtener indemnización de los daños causados a un grupo.

En relación al sub judice, en la sentencia se concluyó, que respecto al daño antijurídico en materia tributaria, el cual se debe entender como aquel que

²⁰ En dicha sentencia se expresó que se entendiera como atributos los de: validez, presunción de legalidad, publicidad, ejecutividad, ejecutoriedad, obligatoriedad y estabilidad. Ver: C-1436 de 2000, T-475 de 1992; Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Bogotá, D.C., 15 de diciembre de 2017. Radicación número: 25000-23-24-000-2009-00152-01

²¹ Sala Plena de lo Contencioso Administrativo - Sala Diecinueve Especial de Decisión, Radicación número: 66001-23-33-003-2012-00007-01 Actor: Departamento de Risaralda Referencia: Mecanismo Eventual de Revisión en Acción de Grupo.

13001-33-33-007-2018-00243-01

el administrado o sujeto pasivo del tributo no está obligado a soportar ante la carencia de justificación legal o de derecho, devenida de la declaratoria de nulidad judicial del acto general que le dio génesis; el artículo 850 del Estatuto Tributario²² señala que la DIAN debe devolver los pagos en exceso o de lo no debido que hayan efectuado los contribuyentes por concepto de obligaciones tributarias, cualquiera que fuere el concepto del pago siguiendo el mismo procedimiento que se aplica para las devoluciones de los saldos a favor.

Dicho trámite, pone en evidencia la necesidad de efectuar una reclamación previa, bajo esos parámetros, ante la administración tributaria²³. Norma aplicable por la Administración Tributaria Territorial en virtud de lo dispuesto por el artículo 59 de la Ley 788 de 2002²⁴.

Luego entonces, por tratarse de materia tributaria, le asiste la posibilidad al afectado de acudir ante la administración para obtener el reembolso de lo pagado para ello, existen procedimientos que están previstos en el Decreto 1000 de 1997 y su Decreto derogatorio 2277 de 2012 y demás normas concordantes²⁵, aplicables por los entes territoriales por unificación del procedimiento tributario²⁶.

Así pues, el titular de un determinado derecho le asiste la carga de ejercitar las reclamaciones previas ante las entidades para obtener un efecto a favor suyo.

No obstante, aun tratándose de un pago que en su inicio no fue indebido y que queda su ilegalidad al descubierto con la decisión del juez de la nulidad, la carga del contribuyente no se desnaturaliza ni desaparece,

²² «ARTICULO 850. DEVOLUCIÓN DE SALDOS A FAVOR. <Artículo modificado por el artículo 49 de la Ley 223 de 1995. El nuevo texto es el siguiente:> Los contribuyentes o responsables que liquiden saldos a favor en sus declaraciones tributarias podrán solicitar su devolución. La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales deberá devolver oportunamente a los contribuyentes, los pagos en exceso o de lo no debido, que éstos hayan efectuado por concepto de obligaciones tributarias y aduaneras, cualquiera que fuere el concepto del pago, siguiendo el mismo procedimiento que se aplica para las devoluciones de los saldos a favor. [...]»

²³ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sala 4.ª Especial de Decisión. Bogotá D.C., 4 de diciembre de 2018. Radicación: 66001-33-31-002-2007-00107-01. Demandantes: Contribuir Empresarial C.T.A. Y otras. Demandados: Ministerio de la Protección Social y Otros.

²⁴ Ver Ley 788 de 2002. «ARTÍCULO 59. PROCEDIMIENTO TRIBUTARIO TERRITORIAL. Los departamentos y municipios aplicarán los procedimientos establecidos en el Estatuto Tributario Nacional, para la administración, determinación, discusión, cobro, devoluciones, régimen sancionatorio incluida su imposición, a los impuestos por ellos administrados. Así mismo aplicarán el procedimiento administrativo de cobro a las multas, derechos y demás recursos territoriales. El monto de las sanciones y el término de la aplicación de los procedimientos anteriores, podrán disminuirse y simplificarse acorde con la naturaleza de sus tributos, y teniendo en cuenta la proporcionalidad de estas respecto del monto de los impuestos.»

²⁵ Ibidem

²⁶ Ver Ley 788 de 2002

13001-33-33-007-2018-00243-01

precisamente porque responde a los deberes y derechos surgidos de la relación jurídica fiscal. Ello ratifica el tener que acudir en rogación o reclamación administrativa para solicitar el reembolso del dinero pagado por concepto de contribución.

Sin embargo y tal como quedó establecido en la sentencia de unificación del 13 de marzo del 2018, lo anterior no impide que se pueda acudir directamente a la acción de reparación directa o de grupo para generar los efectos del acto declarado nulo, sin embargo, se deberá demostrar la configuración del daño antijurídico, pues de no hacerlo, no podría obtenerse la devolución pretendida.

5. EL CASO CONCRETO

5.1 Hechos relevantes probados.

- Petición remitida al Gobernador de Bolívar de fecha 23 de septiembre del 2015 por el cual se solicita información del total del dinero recaudado por el Departamento de Bolívar por concepto del impuesto de estampilla Pro Hospital Universitario. (fol. 41)
- Oficio expedido por el Departamento de Bolívar negando la información solicitada (fol. 42 al 44)
- Certificación de recaudo de rentas departamentales número 003/2015, firmado por el jefe de grupo de recaudos y atención al contribuyente de la dirección de ingresos de la gobernación de Bolívar, en donde que entre el año 2006 y octubre del 2015, se recaudaron un monto de \$33.880.518 por concepto de estampilla Pro Hospital Universitario (fol. 48)
- Copia de la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar de fecha 24 de junio de 2011 dentro del proceso de nulidad simple con radicación 13001-2331-003-2008-00381-01 junto con la copia del edicto de notificación. (fol. 56 al 77)
- Copia de la sentencia de segunda instancia proferida por el Consejo de Estado – sección Cuarta de fecha 6 de marzo del 2014, dentro del proceso de nulidad simple con radicación 13001-2331-003-2008-00381-01 y la copia del edicto de notificación. (fol. 78 al 102)
- Recibo de servicio de gas del mes de noviembre del 2015 en donde se demuestra el cobro de la estampilla Pro Hospital Universitario. (fol. 103)

13001-33-33-007-2018-00243-01

5.2 Del análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.

Para los demandantes el daño cuya indemnización se pretende, se fundamenta en el pago de un tributo que se generó por un acto administrativo que fue anulado por violación del ordenamiento jurídico.

Como soporte de sus pretensiones, los actores aportan las sentencias por las cuales se declara la nulidad de la precitada ordenanza y un certificado expedido por el Departamento de Bolívar en donde consta el monto total recaudado por concepto de la estampilla Pro Hospital Universitario²⁷.

También se observa que, una vez agotado el periodo probatorio ante el a quo, se pudo obtener la relación de todas las personas que cancelaron la estampilla retenidas por la empresa Surtigas, Claro y Tigo. Igualmente, una relación de todo lo recaudado por el Departamento de Bolívar²⁸.

Por lo que se pasa a analizar si con las pruebas precitadas, se configura los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado por el hecho del legislador como arriba se analizó:

5.2.1 El Daño Antijurídico.

Sea lo primero recordar, que todo juicio de responsabilidad estatal debe imputarse a partir del daño. Para que el daño pueda ser resarcido se requiere que *“(i) exista una conducta que constituya una infracción a la norma que tutela un derecho o un interés legítimo y (ii) los efectos dañosos antijurídicos que se concretan y transmiten en el ámbito patrimonial o extrapatrimonial de la víctima que no tiene obligación de soportarlo.”* ²⁹

De manera que uno de los aspectos para establecer que el daño es antijurídico es la constatación de la afectación o vulneración de un derecho o de un interés legítimo.

En ese sentido a pesar que la ordenanza 011 del 2006, no supero el juicio de legalidad, la Sala, como juez de la responsabilidad debe analizar lo

²⁷ Fol. 48

²⁸ Fol. 305 al 307, 320 al 324.

²⁹ C. de E., Sección Tercera, sentencia del 9/05/14, rad. 24078 y 33685

13001-33-33-007-2018-00243-01

decidido por el juez de la legalidad a fin de establecer la antijuricidad del daño cuya reparación se reclama.

Al respecto observa esta Judicatura que la Ley 645 del 2001, autorizó a las Asambleas Departamentales para que en los territorios en donde existiera hospitales universitarios, se emitiera una estampilla Pro-Hospitales Universitarios.

El dinero recaudado en la precitada estampilla, se destinaria para la inversión y el mantenimiento de los hospitales, los laboratorios y el personal especializado de los mismos.

Con la Ordenanza 011 del 2006 expedida por la Asamblea Departamental de Bolívar, se ejecuta dicha facultad, sin embargo, en la expedición de la estampilla se desconoció que la misma se debía circunscribir a gravar actividades y operaciones que implique la realización de actos en los que intervengan funcionarios departamentales y municipales³⁰ e incurrió en la violación del numeral 5 del artículo 71 del Decreto Ley 222 de 1986; por determinar gravámenes que recaen sobre objetos o industrias gravados por la Ley, como es el impuesto de industria y comercio.

Así las cosas, para esta Judicatura, del recuento factico y jurídico analizado no se configura el primer elemento del juicio de responsabilidad consagrado en el artículo 90 de la Constitución Política. En efecto, aunque está acreditado el pago de estampilla Pro Hospital Universitario, dichas circunstancias no son suficientes para tener por acreditada la existencia de un daño personal y cierto, toda vez que:

1. No hay daño antijuridico porque la anulación del acto general no conlleva a la nulidad de los actos administrativos particulares o concretos expedidos con base en ese acto general anulado, ya que es indispensable que sean demandados en sus propias acciones jurisdiccionales si la pretensión del interesado es que también desaparezcan del orden jurídico.
2. Analizado el expediente, se aprecia que la parte actora omitió su deber de constituir la decisión previa de la administración conforme a las normas fiscales que así lo determinan, mecanismo que no exige la acreditación del daño antijuridico para viabilizar la devolución de lo

³⁰ Artículo 5 de la ley 645 de 2001 en concordancia con la C - 227 de 2002.

13001-33-33-007-2018-00243-01

pagado.

3. La simple imputación realizada por los demandantes, cuando afirman que la nulidad de la Ordenanza 011 de 2006 expedida por la asamblea de Bolívar, produjo una carga económica que no debían soportar; no es suficiente para que, por vía de reparación, se decrete la responsabilidad estatal porque en dicha sede, es indispensable que se demuestre un daño cierto, real y serio que alcance la naturaleza de antijurídico. Requisitos que se omitieron en el plenario.

Finalmente, conforme a la postura vista por la Sección Cuarta del Consejo de Estado³¹, las situaciones jurídicas consolidadas antes de la declaratoria de nulidad del acto enjuiciado, se mantienen vigentes excepto aquellos eventos en los que no se encuentre resueltos las situaciones particulares en sede administrativa y judicial, es decir, que para el caso concreto, los pagos que se sustentaron en el recaudo enjuiciado, por seguridad jurídica, mantiene su legalidad, porque no se encontraban siendo objeto de reclamación administrativa ni judicial.

Lo anterior, en respeto, además, de la unidad del ordenamiento, principios cuya importancia no puede demeritarse. En consecuencia, se deberá confirmar sentencia proferida por el juzgado Séptimo Administrativo de Cartagena mediante providencia del 1 de agosto del 2018.

5. Condena en Costas

De conformidad con lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicado por remisión del artículo 188 del CPACA, se dispone condenar en costas a la parte “a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación”, y de conformidad con el numeral 8 del mismo artículo, según el cual solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron.

Así las cosas, se condenará al pago de las costas a la Parte Demandante, las cuales serán liquidadas por el Juez de primera instancia de acuerdo con lo señalado en el artículo 366 del CGP.

³¹ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sala 4.ª Especial de Decisión. Bogotá D.C., 4 de diciembre de 2018. Radicación: 66001-33-31-002-2007-00107-01. Demandantes: Contribuir Empresarial C.T.A. Y otras. Demandados: Ministerio de la Protección Social y Otros.

13001-33-33-007-2018-00243-01

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el juzgado Séptimo Administrativo de Cartagena mediante providencia del 1 de agosto del 2018, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Condenar en Costas a la Parte Demandante, en los términos de los artículos 365 y 366 del CGP las cuales serán liquidadas por el juez de primera instancia.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de la presente providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

JOSE RAFAEL GUERRERO LEAL

LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS

Elaboró LPGR