

PRUEBA DE EXISTENCIA DE ACTOS ADMINISTRATIVOS - Extendible a la existencia de documentos oficiales / TEXTO DE SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD NO APORTADA AL PROCESO - Una vez aprobada y notificada, todos los ciudadanos y autoridades públicas, tienen la posibilidad de acceder a su contenido / TEXTO DE SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD NO APORTADA AL PROCESO - Goza de pleno valor probatorio por encontrarse publicada en la Gaceta de la Corte Constitucional, en el sistema de relatoría de esa Corporación Judicial y en su plataforma web

La entidad demandada también solicitó se revocara la sentencia de primera instancia, toda vez que la accionante no demostró la existencia de la sentencia C-992 de 2001, que declaró inexecutable los artículos 56 y 57 de la ley 633 de 2000. Al respecto, se advierte que aunque es cierto que el texto de la misma no fue aportado al proceso, ello no es razón para negar las pretensiones de la demanda, pues una vez aprobada y notificada, todos los ciudadanos y autoridades públicas, tienen la posibilidad de acceder a su contenido, comoquiera que no sólo es publicada en la Gaceta de la Corte Constitucional, como lo prescribe el artículo 18 del Decreto 2067 de 1991, sino que además, la sentencia es publicada en el sistema de relatoría de esa Corporación Judicial y en su plataforma web, a la que pueden acceder todos los ciudadanos, conforme a lo establecido por el artículo 47 de la ley 270 de 1996-LEAJ, que en su inciso segundo prescribe que “la Corte Constitucional dispondrá de un sistema de consulta sistematizada de la jurisprudencia a la cual tendrán acceso todas las personas”. En consecuencia, bajo ninguna circunstancia puede afirmarse que no hay prueba de la existencia de la sentencia de inexecutable, cuando la misma puede ser consultada por todos los ciudadanos en cualquier momento, una afirmación en ese sentido sería privilegiar las ritualidades sobre el derecho sustancial y desconocer la realidad, que no es otra diferente al hecho de que el fallo existe y al mismo pueden acceder todos los funcionarios públicos. En ese orden de ideas en casos como el sub iudice, en los que el fallo de inconstitucionalidad se alega como la prueba de la falla en el servicio, no es necesario aportar el texto físico de la sentencia, pues tanto las partes como el Juez pueden consultarla en la base de datos de la entidad sin ninguna restricción o exclusión. Esta conclusión guarda coherencia con lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 166 de la Ley 1437 de 2011-CPACA - según el cual “se podrá indicar que el acto demandado se encuentra en el sitio web de la respectiva entidad para todos los fines legales”. Si bien, la norma hace alusión a la prueba de la existencia de los actos administrativos, puede aplicarse al caso concreto, pues de la misma se infiere que el fin del legislador con la expedición del nuevo código y concretamente con el texto del dispositivo citado, no es otro que flexibilizar la prueba de ciertos hechos y aprovechar y hacer un uso óptimo de las tecnologías de la información, de modo tal que si un acto o norma se encuentra disponible en la página web de la entidad, nada obsta para que así se informe en la demanda y se exima al accionante de aportarla en medio físico, razonamiento que también tiene cabida en los eventos donde deba probarse la existencia de un fallo proferido por cualquiera de las Altas Cortes, toda vez que todas ellas disponen de una base de datos digital a la que puede accederse con facilidad. En consecuencia, no cabe duda que la ausencia del cuerpo de la sentencia C-992 de 2001 en el proceso, no es motivo para negar las pretensiones y abstenerse de abordar el estudio de fondo del asunto, por lo que en este punto tampoco son de recibo los argumentos esgrimidos por la impugnante.

FUENTE FORMAL: LEY 633 DE 2000 - ARTICULO 56 / LEY 633 DE 2000 - ARTICULO 57 / DECRETO 2067 DE 1991 / LEY 270 DE 1996 - ARTICULO 47 / LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 166 NUMERAL 1

RESPONSABILIDAD POR EL HECHO DEL LEGISLADOR - Se hace alusión a la ley en sentido estricto y material

Cuando se habla de responsabilidad por el “hecho del legislador”, no se hace alusión únicamente a la ley en sentido estricto, sino también en sentido material. Es decir, que caben en este escenario no sólo las leyes expedidas por el Congreso, sino también todas aquellas normas que se caracterizan a su vez por ser generales, impersonales y abstractas, como los actos administrativos, decretos - ley, decretos expedidos por el presidente en el marco de facultadas extraordinarias, resoluciones, ordenanzas, entre otros, comoquiera que es de la función reguladora del Estado como tal, de la que puede derivarse el daño antijurídico, sin importar su grado.

RESPONSABILIDAD POR EL HECHO DEL LEGISLADOR - Primacía de la Constitución / CONSTITUCION POLITICA - Constituyente primario / LEGISLADOR - Constituyente derivado

Nos encontramos frente a una colisión entre dos principios del derecho: seguridad jurídica de un lado y supremacía de la Constitución del otro. Ante este problema, conforme se concluye de varias sentencias del Tribunal Supremo Español y algún sector de la doctrina, ha prevalecido la supremacía de la Constitución para declarar la responsabilidad del legislador por la expedición de normas contrarias a ella, lo que es apenas lógico si se tiene en cuenta que el momento histórico en el que se encuentra el derecho occidental desde hace ya más de medio siglo, no deja lugar a dudas de la superioridad de la Carta Política sobre las demás normas del ordenamiento jurídico y además el que todos los poderes públicos están obligados a acatarla y someterse a ella, regla que no contempla excepción frente a ningún órgano, ni siquiera el legislativo. (...) el argumento que propende por la inmunidad del legislador como representante de la voluntad del pueblo, cae por su propio peso y no pasa de ser una mera falacia argumentativa o error de razonamiento, pues se insiste, no puede perderse de vista que el legislador es el constituyente derivado y conforme a los más elementales principios del derecho constitucional, jamás podrá remplazar ni suplir al constituyente primario, quien plasma su voluntad en la Constitución. De este modo, aceptar sin más, que se no deriven perjuicios a partir una norma que ha sido declarada inconstitucional equivaldría a decir que la voluntad del constituyente primario carece de valor.

RESPONSABILIDAD POR EL HECHO DEL LEGISLADOR - Primacía de la Constitución. Jurisprudencia del Tribunal Supremo Español / PODER LEGISLATIVO - Sometido a la Constitución / LEYES CONTRARIAS A LA CONSTITUCION - Conducta antijurídica que impone una indemnización / SENTENCIAS DE CONSTITUCIONALIDAD - Efectos ex nunc y ex tunc / OBLIGACION DEL LEGISLADOR AL EXPEDIR UNA LEY - Manifestación expresa de indemnizar a los particulares por los perjuicios que se ocasionen con la expedición / PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURIDICA - Primacía de la Constitución / SENTENCIAS DE INCONSTITUCIONALIDAD - Efectos

Para el caso que nos atañe resulta de gran valía la sentencia del Tribunal Supremo Español del 11 de octubre de 1991, que aunque no declaró patrimonialmente responsable al Estado español, hizo alusión a la supremacía de la constitución como justificación para atribuir responsabilidad al Estado legislador; y las sentencias del 29 de febrero, 13 de junio y 15 de julio del 2000 en las que luego de que el Tribunal Constitucional Español declarara inconstitucionales varias leyes que establecían una serie de tributos, se condenó al Estado a indemnizar los

perjuicios ocasionados a los sujetos pasivos del gravamen, por la aplicación de las normas declaradas inconstitucionales. (...) Son dos los aspectos a destacar del fallo que se viene de citar: i) en primer lugar, el poder legislativo también debe someterse a la Constitución; y ii) en consecuencia, las leyes contrarias a la Constitución constituyen un desconocimiento de ese deber, lo que torna la conducta en antijurídica y por ende, la hace fuente de indemnización. Posteriormente, en la sentencia del 29 de febrero del 2000, el mismo Tribunal razonó en torno a los efectos ex nunc y ex tunc de las sentencias de inconstitucionalidad: (...) El caso resuelto en esta sentencia, tiene como singularidad el hecho de que antes de que el particular demandara la responsabilidad del legislador por la ley que creó un tributo, gravamen complementario sobre la tasa fiscal que gravaba los juegos de azar, había solicitado la rectificación de las liquidaciones y además interpuesto reclamación económica administrativa ante el Tribunal Económico - Administrativo, peticiones que fueron desestimadas, por lo que el Estado alegó dentro del proceso de responsabilidad patrimonial, la existencia de cosa juzgada. Sin embargo, son de gran utilidad los argumentos esgrimidos por el TS para rechazar la excepción, ya que distinguió claramente entre los efectos de la sentencia de inexecutable que pretende dejar en firme las actuaciones anteriores y además, advirtiendo que los mismos no son óbice para reconocer la existencia de un perjuicio y reiteró que la antijuridicidad del daño deviene de la misma declaratoria de inconstitucionalidad. En la sentencia del 13 de junio del 2000, el Tribunal Supremo reiteró lo expuesto en la del 29 de febrero de ese año (...) se hizo alusión a la obligación del legislador de manifestar en la misma ley, su voluntad de indemnizar a los particulares por los perjuicios que le ocasione por la expedición en la ley, señalando que tratándose de aquellas declaradas inexecutable, tal requisito no era necesario, de un lado porque la sola declaratoria de inconstitucionalidad traía ínsito el deber de indemnizar y del otro, porque al legislador no le era posible prever que posteriormente tendría que indemnizar a los destinatarios de la ley. Y a continuación hizo una precisión en relación con la sentencia anterior, en el sentido de que no es necesario que para acceder a la reparación, el particular haya impugnado primero los actos por los que se ejecutó la ley declarada inexecutable, sino que puede acudir directamente a la jurisdicción para solicitar el resarcimiento de los perjuicios: (...) Se destaca de este pronunciamiento, la forma como resuelve la colisión entre el principio de seguridad jurídica y el de la supremacía de la Constitución, dándole prevalencia a este último: (...) en este fallo se hizo más clara la diferenciación entre los efectos ex nunc de la sentencia, que implican dejar en firme las situaciones jurídicas consolidadas y el deber de reparar el daño que radica en cabeza, no del ejecutor de la ley, sino de su autor, manifestando que “el resarcimiento de los daños causados por la aplicación de la ley inconstitucional no equivale a la devolución de los ingresos realizados, la cual puede corresponder a un ente diferente”. (...) en la sentencia del 15 de julio de 2000 además de iterar lo expuesto en las anteriores, al referirse a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad, señaló: (...) En el fallo traído a colación, el TS señaló que ante el silencio del Tribunal Constitucional, frente a los efectos de la sentencia de inexecutable, correspondía fijarlos al juez administrativo y además indicó con vehemencia que frente a la firmeza de las situaciones jurídicas derivadas de la ejecución de la ley, el particular no tenía otra opción que acudir ante la jurisdicción contenciosa administrativa, para demandar la reparación del daño causado con la ley. **NOTA DE RELATORIA:** Reiteración de jurisprudencia internacional, consultar Tribunal Supremo Español, sentencias de 11 de octubre de 1991, 29 de febrero, 13 de junio y 15 de julio de 2000

RESPONSABILIDAD POR EL HECHO DEL LEGISLADOR - Títulos de imputación aplicables. Daño especial y falla en el servicio. Reiteración jurisprudencial

No empece a la notoria disparidad de criterios, ha sido posible distinguir dos títulos de imputación en aquellos eventos en los que se ha declarado la responsabilidad del Estado en esta materia: i) daño especial y ii) falla en el servicio, siendo este último - tal como sucedió en España, el que ha encontrado mayores problemas en su aplicación. (...) Con fundamento en los pronunciamientos traídos a colación, que proveen una visión general de la forma como se ha tratado el tema en la doctrina, el derecho comparado y nuestra jurisprudencia contencioso administrativa, se tiene que el Estado podría responder por los daños causados en el ejercicio de su competencia reguladora, bien sea cuando éstos se deriven de la expedición de una norma ajustada al ordenamiento superior, siempre y cuando quien lo padece no tenía en principio por qué sufrirlos; o todo lo contrario, cuando se origine en una disposición que es declarada nula o inexecutable según el caso, advirtiendo que en el primer evento, el daño será imputable a título de daño especial y en el segundo, de falla en el servicio. Como bien puede verse y ya se puso de manifiesto ab initio, no han sido uniformes los pronunciamientos en torno al tema, especialmente cuando del régimen de falla se trata, pues ningún tropiezo se ha presentado - al menos en Colombia - en relación a declarar la responsabilidad a título de daño especial. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre reiteración jurisprudencial en relación con los títulos de imputación aplicables cuando se estudia la responsabilidad por el hecho del legislador, consultar sentencias: 18 de octubre de 1990, exp. 5396; 26 de septiembre de 2002, exp. 20945; 12 de junio de 2003, rad. AG 25001-23-27-000-2002-00014-01; 16 de agosto de 2007, exp. 23245; 24 de abril de 2013, exps. 28221 y 27720; 29 de enero de 2014, exp. 26689 y de 26 de febrero de 2014, exp. 29177; en el mismo sentido auto de 15 de mayo de 2003, exp. 23245 y pronunciamientos de Sala Plena del Consejo de Estado, sentencias de 25 de agosto de 1998, exp. IJ 001 y de 8 de septiembre de 1998, exp. IJ-002

RESPONSABILIDAD POR EL HECHO DEL LEGISLADOR - Aplicación del título de imputación de falla del servicio. Leyes en sentido estricto y en sentido material

Cuando se está frente a leyes en sentido estricto, es decir aquellas expedidas por el Congreso, la jurisdicción contencioso administrativa ha sido mucho más temerosa al momento de dar por acreditada la existencia de una falla en el servicio, mientras que tratándose de leyes en sentido material, como es el caso de los actos administrativos declarados nulos, no han sido mayores los reparos u objeciones al respecto, diferenciación que carece de sentido, lógica y sindéresis, pues como se explicó en acápites precedentes, todos son actos expedidos por el Estado en ejercicio de su función reguladora y se caracterizan por ser generales, impersonales y abstractos. (...) no hay razón alguna para distinguir entre los daños producidos por una norma u otra, ya que en ninguno de los dos supuestos se estaría atentando contra la institución de la cosa juzgada, lo que ocurre es que en el caso de los daños derivados del reglamento o acto administrativo que ha sido declarado nulo, quien está llamado a reparar el daño es por regla general el mismo sujeto que lo expidió; mientras que en el caso de las leyes declaradas inexecutables, el llamado a responder patrimonialmente es el legislador, pese a no haber ejecutado la norma, justamente por ser el creador del precepto inconstitucional. De allí se sigue como conclusión que el factor de imputación no está constituido por la ejecución de la norma inconstitucional, sino por su creación y expedición. Sostener lo contrario sería permanecer en el sistema conceptual que

exigía únicamente la existencia del nexo causal directo para atribuir el daño, que ya ha sido ampliamente superado.

RESPONSABILIDAD POR EL HECHO DE LEGISLADOR - Materia tributaria. La entidad que tiene la obligación de responder es la que crea la ley no la que recauda el tributo

Cuando se trata de leyes que versan sobre aspectos tributarios, por medio de las cuales se establecen impuestos o tasas y posteriormente son declaradas inexequibles, pues prima facie tiende a pensarse que el llamado a resarcir el daño, no es el autor de la ley, sino quien recaudó el tributo, conclusión que está alejada de la realidad, comoquiera que aquel que recauda el pago no es más que un agente del Estado que obra de buena fe y se encarga de hacer cumplir la ley. Esta conclusión tiene su fundamento en el hecho de que no fue el recaudador del impuesto o tasa, quien creó la ley contraria a la Constitución, hecho que constituye la falla en el servicio y por lo tanto, en modo alguno puede imputársele el daño derivado de esa falla, pues de ser así se estaría confundiendo la reparación con la restitución, advirtiendo que la primera siempre estará a cargo de aquel a quien le sea imputable el daño. Es así como la misma Corte Constitucional, en sentencia C-038 de 2006, en la que se pronunció sobre la exequibilidad del artículo 86 del decreto 01 de 1984 -C.C.A.-, señaló que la responsabilidad patrimonial del Estado derivada de los hechos del legislador, se encuentra expresamente contemplada en el artículo 90 de la Constitución y aclaró que aunque en ella se consagran varios supuestos en los que la actuación del legislador da lugar a la respectiva reparación de quienes puedan verse perjudicados con la misma, ello no excluye la posibilidad de imputar el daño por otros eventos derivados de la misma actividad reguladora del Estado. (...) 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, que constituye la piedra angular de nuestro ordenamiento jurídico. No cabe duda que la expedición de una norma con tales características y que luego es declarada inexequible, constituye per se una falla en el servicio que puede generar un daño antijurídico y ello se dice, por cuanto los ciudadanos - y es apenas lógico-, esperan legítimamente, con base en el principio de confianza legítima, que el legislador expida normas que se ajusten al texto constitucional. **NOTA DE RELATORIA:** Consultar Corte Constitucional, sentencia C-038 de 2006

EFFECTOS DE LAS SENTENCIAS DE CONSTITUCIONALIDAD - Hacia el futuro. Principio de seguridad jurídica / DAÑO IMPUTABLE - A quien creó la ley y no a quien la ejecutó / LEY CONTRARIA A LA CONSTITUCION POLITICA - Configuración de un daño antijurídico indemnizable

La Corte Constitucional se basó en el principio de seguridad jurídica para justificar el hecho de que las sentencias de constitucionalidad sólo puedan tener efectos hacia el futuro. Sobre el particular, considera la Sala que pese a ser ello cierto, no obsta para que pueda accederse a la reparación del perjuicio, toda vez que una cosa es la intangibilidad de las situaciones jurídicas consolidadas antes de la declaratoria de inconstitucionalidad y otra muy diferente, es el deber que tiene el legislador de reparar el daño que ha causado con su actuación; se trata de situaciones jurídicas autónomas e independientes entre sí. De ello se sigue una consecuencia lógica, y es que el daño no es imputable a quien ejecutó la ley, sino a quien la creó. (...) aunque la declaratoria de nulidad de un acto administrativo, sólo tenga efectos hacia el futuro, no es un obstáculo para solicitar la reparación de los daños ocasionados con el mismo: (...) si bien la declaratoria de inexequibilidad de la norma es posterior a su expedición, desde un comienzo

devino en inconstitucional, comoquiera que la contradicción frente a la Carta Política siempre estuvo presente, por lo tanto cualquier daño originado en su aplicación tiene el carácter de antijurídico, y por lo tanto es indemnizable. En modo alguno puede señalarse que el juez contencioso administrativo carece de jurisdicción para juzgar los actos del legislador y que al condenarlo a reparar el daño se está supliendo su voluntad y por lo tanto usurpando sus funciones, pues el operador judicial simplemente se limita a verificar los presupuestos de responsabilidad del artículo 90, esto es, la existencia de un daño antijurídico y la imputación del mismo y en ningún momento ejerce un control sobre la constitucionalidad del precepto. (...) los daños provenientes del hecho de la ley – bien por omisión legislativa, por la ley exequible o constitucional, y por la ley declarada inexecutable, con independencia de los efectos del fallo del tribunal constitucional– son de naturaleza antijurídica y, consecuentemente, reparables de manera integral a la luz del artículo 16 de la ley 446 de 1998.

EFFECTOS DE LA SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD - No son equiparables con los elementos de la responsabilidad

No son equiparables los efectos de la sentencia de inexecutableidad con los elementos de la responsabilidad. En otros términos, la Corte Constitucional al retirar del ordenamiento jurídico una disposición no determina si procede o no la reparación de un daño, por la sencilla pero potísima razón de que no encontramos frente a una situación o alteración negativa a un estado de cosas favorables que, a la luz del artículo 90 de la Carta Política, la persona no estaba en la obligación jurídica de soportar. En efecto, no es el fallo de la Corte Constitucional lo que determina la existencia o no del daño antijurídico, sino el conocimiento del mismo, aunado a la acreditación de una falla del servicio. De modo que, la antijuricidad en estos casos no pende de la decisión proferida por el respectivo tribunal constitucional, puesto que desde la misma expedición de la norma la persona no se encuentra en el deber jurídico de soportar el daño irrogado, con independencia de que tenga que cumplir con las exigencias del precepto ya que mientras sobre el mismo no recaiga un pronunciamiento de judicial gozará de la presunción de constitucionalidad y, por lo tanto, será aplicable. No se diga que en estas situaciones la persona desconoce el daño porque muy seguramente habrá adelantado todas las gestiones y actuaciones –administrativas y judiciales– tendientes a que no le sea aplicado ese ordenamiento. Lo que ocurre es que cuando el tribunal constitucional retira la norma del ordenamiento jurídico la persona tiene conocimiento de la antijuricidad y de la falla del servicio legislativo, circunstancia por la que, desde ese momento, podrá demandar la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado por la vía de la reparación directa, para que sea reparado de manera integral el daño irrogado.

DAÑO - Noción. Definición. Concepto

Sin duda, el daño constituye el primer elemento o supuesto de la responsabilidad, cuya inexistencia, o falta de prueba, hace inocuo el estudio de la imputación frente a la entidad demandada; esto es, ante la ausencia de daño se torna estéril cualquier otro análisis, comoquiera que es el umbral mismo de la responsabilidad extracontractual del Estado. El daño se refiere a aquel evento en el cual se causa un detrimento o menoscabo, es decir, cuando se lesionan los intereses de una persona en cualquiera de sus órbitas, es “la ofensa o lesión de un derecho o de un bien jurídico cualquiera” aunque algunos autores han considerado que esta concepción debe incluir también la “amenaza o puesta en peligro del interés”, con lo cual se amplía su concepción a la “función preventiva” del mismo.

DAÑO ANTIJURIDICO - Noción. Definición. Concepto / ANTIJURICIDAD DEL DAÑO - Plano formal y material / ANTIJURICIDAD DEL DAÑO - No solo cuando se vulnera una norma jurídica sino aquel que atenta contra un bien jurídicamente tutelado

Con la aproximación al concepto de daño, es pertinente señalar, que la constatación de éste no es suficiente para que se proceda a su indemnización; en efecto, el daño debe ser cualificado para que sea relevante en el mundo jurídico, por ello la Constitución Política en el artículo 90 señala que “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”. La antijuridicidad se refiere a aquello que no se tiene la obligación de padecer, al evento que es “contrario a derecho”, “es la contradicción entre la conducta del sujeto y el ordenamiento jurídico aprehendido en su totalidad”, ello se refiere a que se desconozca cualquier disposición normativa del compendio normativo, sin importar la materia o la rama del derecho que se vulnera, puesto que la transgresión a cualquiera de ellas, genera la antijuridicidad del daño. En ese orden, la antijuridicidad puede ser estudiada en el plano formal y en el material: el primero de ellos se evidencia con la simple constatación de la vulneración a una norma jurídica, y el segundo se refiere a la lesión que se produce con esa vulneración, en los derechos de un tercero, aspectos que deben estar presentes para que el daño sea indemnizable. Sin embargo, es preciso señalar que no sólo es antijurídico el daño cuando se vulnera una norma jurídica, sino también aquel que atenta contra un bien jurídicamente protegido. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre noción de daño antijurídico, consultar Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996. Consejo de Estado, sentencias de: 13 de julio de 1993, exp. 8163; 8 de mayo de 1995, exp. 8118; 11 de noviembre de 1999, exp. 11499; 5 de diciembre de 2005, exp. 12158; 6 de junio de 2007, exp. 14640

DAÑO ANTIJURIDICO INDEMNIZABLE - Requisitos

El daño antijurídico, a efectos de que sea indemnizable, requiere que esté cabalmente estructurado, por tal motivo, es imprescindible que se acrediten los siguientes aspectos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama: i) debe ser antijurídico, esto es, que la persona no tenga el deber jurídico de soportarlo; ii) que se lesione un derecho, bien o interés protegido legalmente por el ordenamiento; iii) que sea cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente; por ende, no puede limitarse a una mera conjetura. Así las cosas, se puede establecer que las hipótesis que no cumplan con esos parámetros, conformaran un daño opuesto, esto es, justo o jurídicamente permitido.

CLAUSULA GENERAL DE RESPONSABILIDAD - Configuración del daño antijurídico. Requisitos

El daño antijurídico es el principal elemento sobre el cual se estructura la responsabilidad patrimonial de la administración pública, a la luz del artículo 90 de la Carta Política, entidad jurídica que requiere para su configuración de dos ingredientes: i) uno material o sustancial, que representa el núcleo interior y que consiste en el hecho o fenómeno físico o material (v.gr. la desaparición de una persona, la muerte, la lesión, etc.) y ii) otro formal que proviene de la norma jurídica, en nuestro caso de la disposición constitucional mencionada. (...) sólo habrá daño antijurídico cuando se verifique una modificación o alteración negativa fáctica o material respecto de un derecho, bien o interés legítimo que es personal y cierto frente a la persona que lo reclama, y que desde el punto de vista formal es

antijurídico, es decir no está en la obligación de soportar porque la normativa no le impone esa carga.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 90

DAÑO ANTIJURIDICO - Elementos estructurales

La constitucionalidad o inconstitucionalidad –es decir, los efectos, la vigencia o la validez de las normas– no son elementos estructurales de la noción de daño antijurídico. Lo que determina la antijuricidad del daño es lo siguiente: i) que esa alteración o afectación negativa a un estado de cosas favorable sea injusta, esto es, que lesione un interés jurídicamente tutelado, lícito y legítimo, y ii) que el ordenamiento jurídico en su conjunto –principios, valores y reglas según la clasificación de Robert Alexy– no le impongan a la persona el deber jurídico de soportarlo. Una posición contraria, no permitiría que se demandara en reparación directa al Estado por la expedición de una ley que, a criterio del demandante es inconstitucional, y de la cual se deprecia la formulación de la excepción de inconstitucionalidad por parte del Juez de lo Contencioso Administrativo, toda vez que la Corte Constitucional, en este hipotético escenario, no se habría pronunciado sobre la validez misma.

DAÑO ANTIJURIDICO - Ejemplos concretos

Ejemplos concretos de daños antijurídicos cuya existencia ha encontrado acreditada esta Corporación con independencia del comportamiento de la administración pública o de las decisiones emanadas de otras corporaciones judiciales son los siguientes: i) el escenario de la privación injusta de la libertad, en la que se ha sostenido que la privación de la libertad –física o jurídica– constituye una lesión antijurídica que la persona no está en la obligación de soportar, con independencia de las decisiones penales adoptadas en el proceso criminal, ii) la responsabilidad del Estado por actos administrativos legales, en los que se ha sostenido sin ambages que existe daño antijurídico porque con independencia de que el interés particular tenga que ceder frente al general, ello no puede constituir una patente de corso para irrogar daños, máxime si éstos se derivan del rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas, iii) los escenarios de responsabilidad hospitalaria por actos extramédicos, en los que con independencia de los estándares fijados en las normas que regulan la materia (v.gr. códigos de ética médica, leyes sobre el control de enfermedades nosocomiales, etc.) la jurisprudencia ha establecido que los daños producidos son de naturaleza o estirpe antijurídica porque el paciente no está en la obligación de padecerlos, iv) los supuestos de error jurisdiccional, en los que con independencia al debate doctrinal sobre la posibilidad del juez de la reparación de remover o modificar los efectos de la cosa juzgada, siempre se ha entendido que los daños derivados de providencias judiciales son de naturaleza antijurídica, etc. En esa línea de pensamiento, el error conceptual a la hora de analizar la antijuricidad o no del daño se produce cuando se vincula su existencia a las disposiciones o decisiones emanadas de otro ámbito normativo distinto al contenido en el artículo 90 de la Constitución Política, cuyo contenido y alcance corresponde definir única y exclusivamente al Juez de lo Contencioso Administrativo.

RESPONSABILIDAD POR EL HECHO DEL LEGISLADOR - Daño antijurídico causado por una norma declarada inexecutable, que durante su vigencia causó una lesión, impone su reparación a título de falla del servicio

La afectación de la validez de las normas atienden a dos circunstancias que no se relacionan o interfieren con la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado: i) el resurgimiento de la vigencia de las normas derogadas por el ordenamiento inexecutable o ilegal, y ii) la protección de situaciones jurídicas consolidadas. (...) los efectos –en el tiempo– de las decisiones de inexecutable y de nulidad tienen como finalidad los dos aspectos antes mencionados, es decir: la identificación de si es viable hablar de normas que recobran vigencia en virtud de la norma (ley o acto administrativo) nula o inconstitucional, y la protección de situaciones jurídicas consolidadas a favor de personas que han obrado de buena fe, bajo el amparo de los principios de confianza legítima y seguridad jurídica. (...) el tribunal constitucional declaró la inexecutable de la TESA, al encontrar que el cobro de ese gravamen no tenía justificación en ningún servicio o beneficio que se le otorgara a los contribuyentes y es de allí de donde se deriva la falla en el servicio, pues en últimas, lo que se hizo por medio de los artículos 56 y 57 de la ley 633 de 2000, fue crear un gravamen con todas las características del impuesto, en el que se impone al ciudadano la obligación de pagar una suma de dinero sin contraprestación alguna y nominarlo como tasa. De la lectura cuidadosa de la sentencia C-922 de 2001, se colige que no era necesario demostrar la falta de prestación del servicio cobrado por la imposición de la TESA, pues se insiste que fue justamente por ello que se declararon inexecutable los artículos 56 y 57 de la ley 633 de 2000, por imponer una tasa que no equivalía a ningún beneficio y que en últimas se trataba de un impuesto. (...) al haber sido declarada inconstitucional la norma, no cabe duda que el Congreso incurrió en una falla en el servicio y causó un daño antijurídico a la sociedad Goodyear S.A., quien como se infiere de los recibos de pago aportados con la demanda, canceló las sumas correspondientes a la TESA, durante 9 meses -31 de enero al 31 de octubre de 2001-, aún cuando ese gravamen era contrario a la Constitución, hecho que como ya se explicó ampliamente no puede avalarse, pues ello iría en contravía del principio de supremacía constitucional y sería tolerar la consolidación de situaciones abiertamente inconstitucionales. En este punto, cabe reiterar que el llamado a responder es el Congreso y no la DIAN, comoquiera que aunque fue esta última entidad la encargada de recaudar y controlar el tributo, sólo actuó como un agente del Estado en ese sentido y fue el legislador como creador de la norma, el que dio origen a ese recaudo y por ende sólo a él le es imputable el daño antijurídico sufrido por la compañía actora

NOTA DE RELATORIA: Con aclaración de voto de la doctora Olga Mélida Valle de De la Hoz y salvamento de voto del doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá D.C., veintiséis (26) de marzo de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 25000-23-26-000-2003-00175-01(28741)

Actor: GOODYEAR DE COLOMBIA S.A.

Demandado: CONGRESO DE LA REPUBLICA

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la Nación - Congreso de la República, contra la sentencia del 27 de julio de 2004 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sala de Descongestión, en la que se decidió lo siguiente:

“PRIMERO: DECLÁRENSE no probadas las excepciones de BUENA FE Y AUSENCIA DE CULPA GRAVE O DOLO y la INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN RECLAMADA. Propuestas por la parte demandad.

“SEGUNDO: DECLÁRASE a la NACIÓN - CONGRESO DE LA REPÚBLICA, patrimonialmente responsable de los perjuicios ocasionados a la parte demandante, de conformidad con la parte motiva de la sentencia.

“TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración, CONDÉNESE a la NACIÓN - CONGRESO DE LA REPÚBLICA, a pagar por concepto de perjuicios materiales la suma de dinero de NOVECIENTOS NOVENTA Y CINCO MILLONES NOVECIENTOS DOCE MIL CINCUENTA Y SIETE PESOS CON TREINTA Y CINCO CENTAVOS (\$995.912.057,35) [...]”

I. ANTECEDENTES

1. En escrito presentado el 10 de enero de 2003, la sociedad Goodyear de Colombia S.A., actuando por conducto de apoderado judicial, solicitó que se declarara patrimonialmente responsable a la Nación - Congreso de la República-, “por la expedición y aplicación de unas normas abiertamente inexecutable, como son los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000, que crearon la obligación de liquidar y pagar la Tasa Especial por Servicios Aduaneros [TESA].”¹ (fl. 5, cdno. 1)

¹ Si bien, la ley 633 de 2000, fue expedida el 29 de diciembre del 2000, los artículos 56 y 57 de la misma, que crearon la Tasa Especial por Servicios Aduaneros, fueron declarados inexecutable mediante la sentencia C-922 del 29 de agosto de 2001, que según la certificación de la Secretaría General de la Corte Constitucional (fl. 1, cdno. No. 2), cobró ejecutoria el 25 de octubre de 2001, por lo que el término para presentar la demanda comenzaba a contarse a partir del día siguiente a esa fecha y vencía el 26 de octubre de 2003, por lo que la demanda fue presentada en el término previsto en el artículo 136-8 del C.C.A.

En consecuencia, solicitó la devolución de las sumas pagadas en sus declaraciones de importación por concepto de la TESA, entre el 1 de enero y el 25 de octubre de 2001, que estimaron en \$831.931.000.

2. Como fundamento de las pretensiones expuso los siguientes hechos:

2.1. El Congreso de la República promulgó la ley 633 del 29 de diciembre del 2000², que en su artículo 56, creó una Tasa por Servicios Aduaneros, en los siguientes términos:

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

Según el artículo 57 de la mencionada ley, el recaudo y administración de la tasa estaba a cargo de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN - y conforme a la Resolución 29 de enero de 2001, comenzó a recaudarse a partir de esa fecha.

2.2. Mediante sentencia C-992 del 19 de septiembre de 2001, - que fue notificada por edicto el 25 de octubre del mismo año-, la Corte Constitucional declaró inexecutable, entre otros, los artículos 56 y 57 de la ley 633 de 2000.

2.3. Mientras las normas mencionadas estuvieron vigentes, la sociedad demandante tuvo que pagar la suma de \$831.931.000, correspondiente al 1.2% sobre el valor FOB de los bienes objeto de importación, tributo que según afirman era ilegítimo.

2.4. Señala que la declaratoria de inconstitucionalidad de las normas, confirman que el tributo “nunca tuvo fundamento constitucional y que hubo una falla en el servicio legislativo, porque el Congreso no cumplió con los requisitos constitucionales para la creación de este tipo de gravámenes” (fl. 13, cdno. No. 1). Añadió que era previsible para el Congreso que si el Estado recaudaba un tributo ilegítimo, tendría que restituir esas sumas a los contribuyentes y pese a que la Corte no se pronunció en ese sentido, éstos tienen la vía de la reparación directa

² Por la cual se expide normas en materia tributaria, se dictan disposiciones sobre el tratamiento a los fondos obligatorios para la vivienda de interés social y se introducen normas para fortalecer las finanzas de la Rama Judicial.

para solicitar la indemnización de ese daño antijurídico, ya que de no ser así, se presentaría un enriquecimiento sin causa.

3. La demanda fue admitida en auto del 27 de febrero de 2003 y se notificó en debida forma a la entidad demandada y al Ministerio Público.

4. Al contestar, el Congreso de la República opugró las pretensiones y adujo los siguientes argumentos:

Señaló que en nuestra legislación contenciosa administrativa, “se presenta el principio tradicional de que hay una falta de responsabilidad del Estado por hacer las leyes” y en consecuencia, por regla general, los sacrificios que se impongan a los individuos en virtud de una ley, no podrán ser indemnizados, a menos que la misma ley así lo ordene. A su vez, manifestó que no es posible que el Juez declare patrimonialmente responsable al legislador, sin afectar su voluntad.

De otro lado, adujo que el único evento en que puede declararse patrimonialmente responsable al Estado por su actividad como legislador, es cuando se presenta un desequilibrio frente a las cargas públicas, constitutivo de un daño especial, que a su modo de ver no se configuró en el caso *sub examine*, comoquiera que la ley que fue declarada inexecutable y que creó la TESA, se expidió con el fin de preservar el interés general, por lo que la obligación de pagar ese tributo era una carga “normal y común” (fl. 35, cdno. No. 1).

Respecto a la declaratoria de inexecutable de los artículos 56 y 57 de la ley 633 de 2000, señaló:

“Por último hay que decir que si bien los artículos 56 y 57 de la ley 633 de 2000 fueron declarados inexecutables, no puede afirmarse que tales normas eran abiertamente inexecutables, ya que el planteamiento hecho por la Corte Constitucional en la parte pertinente de su sentencia C-992 de septiembre 19 de 2001 evidencia claramente el complejo análisis que debió realizarse para llegar a la conclusión de que se transgredió el artículo 388 de la Constitución Política. Confirma lo anterior el salvamento de voto que en forma muy precisa realizó el magistrado MARGO GERARDO MONROY CABRA, concretamente con relación al artículo 56 de la ley 663 de 2000.” (fl. 35, cdno. No. 1)

Finalmente propuso las excepciones de “inexistencia de la obligación reclamada” y “buena fe de culpa grave o dolo” y destacó en esta última, que la declaratoria de inexecuibilidad no se formuló con efectos retroactivos y por ende, mientras los artículos 56 y 57 de la ley 663 de 2000 estuvieron vigentes, el pago de la TESA fue obligatorio y legítimo.

5. En proveído del 11 de septiembre de 2003 se decretaron las pruebas y el 4 de diciembre del mismo año, el tribunal les corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de fondo y rendir concepto, respectivamente, oportunidad en la que se pronunciaron en los siguientes términos:

5.1. La parte demandante manifestó que la tesis de la irresponsabilidad de la rama legislativa no tiene sustento en nuestro ordenamiento jurídico, en virtud de la cláusula de responsabilidad patrimonial consagrada en el artículo 90 de la Carta, que incluye a todas las autoridades públicas y advirtió que el Congreso se encuentra en esa categoría y como tal puede causar daños antijurídicos con su actividad.

De otro lado, adujo que el daño sufrido es antijurídico por las siguientes razones: i) el importador no estaba obligado a pagar una tasa que no estaba retribuyendo ningún servicio al Estado; ii) pese a que el ciudadano tiene el deber de contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado, no está obligado a pagar tributos contrarios a la Constitución; iii) el principio de igualdad frente a las cargas públicas se rompe cuando algunos deben pagar tributos inconstitucionales; y iv) el Estado se estaría enriqueciendo injustificadamente si no devuelve a los ciudadanos la tasa que recaudó violando los preceptos constitucionales.

Manifestó también que el hecho de que la Corte Constitucional al declarar inexecuibles los artículos 56 y 57 de la ley 633 del 2000, no hubiera ordenado la devolución de las sumas recaudadas, no exime al Estado de responder por el daño antijurídico causado.

Finalmente, se refirió a la excepción de “buena fe” formulada por la entidad demandada, y señaló que “el elemento subjetivo de la antijuridicidad de la conducta del legislador que invoca el demandante como excepción, no es requisito para que se configure la responsabilidad patrimonial estatal” (fl. 57, cdno. No. 1),

pues una es la responsabilidad patrimonial del Estado y otra la personal que se predica del servidor público.

5.2. El Congreso de la República reiteró íntegramente los argumentos expuestos al contestar la demanda, según los cuales por regla general el legislador no responde por los daños que cause con su actividad y en aras de preservar el interés general, la sociedad demandada tenía el deber de pagar el tributo establecido en la Ley 633 de 2000, mientras el mismo estuvo vigente.

5.3. El Ministerio Público guardó silencio.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El *a - quo* en providencia del 27 de julio de 2004, declaró no probadas las excepciones de “buena fe y a ausencia de culpa grave o dolo” y de “inexistencia de la obligación reclamada” y declaró al Congreso de la República patrimonialmente responsable de los perjuicios ocasionados a la sociedad actora, y en consecuencia condenó a esa entidad al pago de las sumas por ella canceladas, por concepto de la TESA.

Consideró que cuando una ley es declarada inexecutable por la Corte Constitucional, se está reconociendo la existencia “de una falla en la función legislativa” y concluyó que “la declaratoria de inconstitucionalidad de una Ley, proferida por la Corte Constitucional, revela que el Congreso no cumplió o se apartó de sus deberes Constitucionales y legales al expedir la Ley.” En relación al caso concreto, expuso:

“Estima la Sala que en el presente asunto, al ser declarada la inconstitucionalidad de los artículos 56 y 57 de la ley 633 de 2000 por la Corte Constitucional se hizo evidente la falla del servicio sufrido por el actor como consecuencia de la expedición de la misma, pues la H. Corte Constitucional consideró que la tasa creada, a pesar de corresponder a la prestación de servicios aduaneros, no estableció la forma en que se vinculaba a la utilización del servicio, pues se relacionó únicamente al valor del bien importado, perdiéndose de esta manera la diferencia existente entre la tasa y el impuesto, al hacer que dicha tasa se asimilara a un impuesto sobre las importaciones, razón por la cual su destinación especial era contraria a la Constitución.

“Además, en la medida en que el destino de los recaudos no se restringió a la recuperación del costo del servicio, sino que se extendió a cubrir la financiación de los costos laborales y de la capacitación de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.” (fl. 92, cdno. ppal.)

III. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

1. El Congreso de la República impugnó la sentencia, con base en los siguientes argumentos.

1.1. La sociedad demandante no acreditó como correspondía la existencia de la sentencia de la Corte Constitucional que declaró inexecutable los artículos 56 y 57 de la ley 633 de 2000, es decir, en copia auténtica y con la respectiva constancia de ejecutoria. Así mismo, tampoco demostró el daño alegado.

1.2. Con fundamento en los principios de soberanía popular y la prevalencia del interés general sobre el particular, el Estado no está llamado a responder por los daños que cause como legislador, regla que únicamente se exceptúa cuando el mismo legislador o la Corte Constitucional así lo determinen, para lo cual es necesario que esa Corporación le confiera expresamente, efectos retroactivos al fallo que declara una inconstitucional una norma.

Bajo la lógica anterior, disiente de la afirmación del *a quo*, según la cual la mera declaración de inconstitucionalidad, entraña una falla en el servicio, pues ello sería desconocer los efectos en el tiempo que la Corte libremente le otorga a sus fallos de inexecutable. Además, sostuvo, con base en el artículo 45 de la ley 270 de 1996 –LEAJ-, que el recaudo realizado por la DIAN con anterioridad a la ejecutoria de la sentencia C-992 de 2001, fue legítimo, toda vez que durante ese período la ley fue constitucional, “ya que el vicio declarado a la ley, sólo tiene vigencia a partir de la firmeza del fallo de inconstitucionalidad”, por lo que el daño no deviene en antijurídico y a su modo de ver, considerar lo contrario sería otorgarle efectos retroactivos a la sentencia, cuando los mismos no fueron contemplados por la Corte. Al respecto, destacó:

“En conclusión y para terminar este aparte de la defensa, LA NACIÓN CONGRESO DE LA REPÚBLICA no debe ser condenada a reparar ningún daño en razón a que la vigencia hacia el futuro dada por la honorable Corte Constitucional a la sentencia C-992 de 2001 en su punto Décimo Quinto de la parte resolutive, confirió validez constitucional al pago de la contribución hecha por FORD

MOTOR DE COLOMBIA S.A., con anterioridad al 26 de octubre de 2001.” (fl. 102, cdno. ppal.)

2. El recurso se concedió el 18 de agosto de 2004 y se admitió el 16 de noviembre de la misma anualidad, y luego de ello se corrió traslado a las partes para alegar y al Ministerio Público para emitir concepto, respectivamente, etapa en la que se pronunciaron esa entidad y la parte actora, en los siguientes términos:

2.1. La parte demandante señaló que el fallo de primer grado, “está reconociendo y dando aplicación a la cláusula de responsabilidad consagrada en el Artículo 90 de la Constitución Política”, conforme a la cual “el Estado legislador debe responder en el ejercicio de su función legislativa”.

En relación a la falta de prueba sobre la existencia de la sentencia que declaró la inconstitucionalidad de los artículos 56 y 57 de la ley 633 de 2000, así como del daño, adujo que no le asiste la razón a la apelante, por cuanto en ambos casos se trata de documentos públicos y además, el Tribunal tenía pleno conocimiento, tanto de la ley como del fallo que la declaró inexecutable. En cuanto a las declaraciones de importación, manifestó que pese a haber sido aportadas en copia simple, pueden valorarse conforme al artículo 252 del CPC, según el cual los documentos públicos se presumen auténticos mientras no se compruebe lo contrario mediante la tacha de falsedad.

Por último iteró los argumentos expuestos a lo largo de todo el proceso, alusivos a la responsabilidad del legislador y la antijuridicidad del daño, consistente en el pago de la TESA, con fundamento en una ley que fue declarada inconstitucional.

2.2. El Ministerio Público solicitó se revocara la sentencia de primera instancia. Señaló que con fundamento en la cláusula consagrada en el artículo 90 de la Carta y la teoría del daño especial, nada impide que el Congreso de la República sea sujeto pasivo de la acción de reparación directa, por los daños causados en el ejercicio de su función creadora de leyes. En ese orden de ideas, en relación al caso concreto, señaló que el daño se materializó cuando la Tasa Especial por Servicios Aduaneros, fue declarada inconstitucional, ya que mientras estuvo vigente la ley 633 de 2000, era una obligación legal pagar la TESA, por lo que el perjuicio, consistente en el pago de la misma, debe indemnizarse, pero con base

en la teoría del daño especial, toda vez que se originó en una actividad legítima del Estado, como lo es la creación de tributos.

Sin embargo, considera el delegado del Ministerio Público, que la parte demandante no acreditó el daño, es decir los pagos de la TESA, por cuanto las declaraciones de importación fueron aportados en copia simple y en consecuencia no pueden ser valoradas conforme al artículo 254 del CPC.

Por último, adujo que de haberse probado el daño y de haber sido posible que prosperaran las pretensiones, debió convocarse al proceso al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y a la DIAN, con el fin de integrar en debida forma el litis consorcio necesario, comoquiera que la sanción de la ley y el recaudo de la tasa, correspondió a esas entidades y por lo tanto se verían afectadas con el resultado del proceso.

2.3. El Congreso de la República guardó silencio.

IV. CONSIDERACIONES

1. La Sala es competente para conocer del asunto en segunda instancia, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 27 de julio de 2004, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, pues la pretensión mayor, individualmente considerada-, supera la cuantía necesaria para que un proceso iniciado en 2003 tuviera esa vocación³.

2. Previo a abordar el fondo del asunto, deben hacerse las siguientes precisiones:

2.1. Con la presentación de la demanda, se aportaron en copia simple, certificación expedida por la Secretaría General de la Corte Constitucional sobre la ejecutoria de la sentencia C-992 de 2001 (fl. 1, cdno. No. 2), así como de los recibos oficiales del pago de los tributos de importación, en los que se incluía la TESA (fls. 3 y ss., cdno. 2), los cuales podrán ser valorados conforme a la posición

³ De acuerdo con la demanda, el valor de la pretensión mayor ascendía a \$831.931.000, suma que excedía para el año en que fue presentada – 10 de enero de 2003- la establecida en el numeral 10° del artículo 132 del Decreto 01 de 1984, subrogado por el artículo 40 de la ley 446 de 1998.

jurisprudencial adoptada en sentencia de unificación del 28 de agosto de 2013, en la que se concluyó lo siguiente:

“En esa perspectiva, constituye una realidad insoslayable que el moderno derecho procesal parte de bases de confianza e igualdad de armas⁴, en las que los aspectos formales no pueden estar dirigidos a enervar la efectividad del derecho material, sino que deben ser requisitos que garanticen la búsqueda de la certeza en el caso concreto y, por lo tanto, impidan que el juez adopte decisiones denegatorias de pretensiones por exceso ritual manifiesto⁵. Así las cosas, se debe abogar por un derecho procesal dinámico, en el que las partes asuman sus responsabilidades a partir de un escenario serio en el que se defiendan los intereses subjetivos que se debaten al interior del litigio, sin que el operador judicial promueva rigorismos formales que entorpezcan la aplicación del mismo⁶.

“Ahora bien, todo cambio o unificación de jurisprudencia genera una aplicación de la nueva hermenéutica adoptada, razón por la cual el posible argumento referente a la modificación de la línea jurisprudencial que sobre la materia ha sostenido esta Sección y, de manera concreta, una de sus Subsecciones, no puede constituir razón suficiente para mantener la vigencia de una tesis que no consulta los postulados constitucionales y los lineamientos procesales modernos. Una de las finalidades principales del orden jurídico o normativo reside en la efectividad de los derechos y las garantías de los sujetos procesales, por lo tanto, una postura excesivamente formal deslegitima los fines esenciales del derecho procesal o adjetivo, máxime si las partes han guardado silencio a lo largo de la actuación, lo que ha permitido convalidar su postura frente a los documentos que reposan en el plenario en copia simple.

⁴ Sobre el citado principio de derecho procesal, la Corte Constitucional ha puntualizado: “Con el principio de igualdad de armas, se quiere indicar que en el marco del proceso penal, las partes enfrentadas, esto es, la Fiscalía y la defensa, deben estar en posibilidad de acudir ante el juez con las mismas herramientas de persuasión, los mismos elementos de convicción, sin privilegios ni desventajas, a fin de convencerlo de sus pretensiones procesales. Este constituye una de las características fundamentales de los sistemas penales de tendencia acusatoria, pues la estructura de los mismos, contrario a lo que ocurre con los modelos de corte inquisitivo, es adversarial, lo que significa que en el escenario del proceso penal, los actores son contendores que se enfrentan ante un juez imparcial en un debate al que ambos deben entrar con las mismas herramientas de ataque y protección.” Corte Constitucional, sentencia C-536 de 2008, M.P. Jaime Araujo Rentería.

⁵ En relación con el concepto de “exceso ritual manifiesto”, se pueden consultar las sentencias de la Corte Constitucional T-264 de 2009 y T-599 de 2009.

⁶ Sobre el particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha fijado su posición, en los siguientes términos: “En este caso, como en otros, el Tribunal admite el valor probatorio de aquellos documentos presentados oportunamente por las partes que no fueron controvertidos ni objetados, y cuya autenticidad no fue puesta en duda...Llama la atención que en uno de los procesos el Consejo de Estado no valoró los resultados parciales de las investigaciones penales y disciplinarias en las que constaba la responsabilidad de los dos sargentos del Ejército Nacional, por considerar que la documentación fue remitida en copia simple¹⁹⁷. Si bien no correspondía a esta vía establecer responsabilidades individuales, al determinar la responsabilidad objetiva del Estado las autoridades jurisdiccionales deben tomar en cuenta todas las fuentes de información a su disposición. Por ende, las autoridades encargadas de estos procedimientos estaban llamadas no sólo a verificar las omisiones estatales, sino a determinar los alcances reales de la responsabilidad institucional del Estado.” Corte IDH, caso Manuel Cepeda vs. Colombia, sentencia del 26 de mayo de 2010.

“Y, si bien, la Corte Constitucional en reciente sentencia del 17 de abril de 2013 consideró que la exigencia de copias auténticas deviene razonable en los términos establecidos en el artículo 254 del C.P.C.⁷, lo cierto es que en criterio de esta Sección, esa hermenéutica no es compartida por las siguientes razones: i) en ella no se analizó la problemática a la luz de los principios constitucionales de buena fe, lealtad y confianza, ii) ni se estudió el contenido y alcance del artículo 11 de la ley 446 de 1998 (en relación con documentos emanados de las partes), así como tampoco el artículo 11 de la ley 1395 de 2010, iii) se echa de menos un análisis sobre el nuevo paradigma procesal contenido en las leyes 1437 de 2011 (CPACA) y 1564 de 2012 (CGP), en las cuales se eliminan o suprimen esas exigencias formales, iii) no se examinó la jurisprudencia de las demás Altas Cortes, esto es, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, iv) la sentencia de unificación de la Corte Constitucional aborda la problemática desde un razonamiento exiguo que no permite abrir el debate sobre el tópic analizado, y v) el simple argumento de reiterar la posición de la sentencia C-023 de 1998, no es válido porque en esa decisión no se estudiaron las modificaciones y cambios de cosmovisión introducidos por el legislador con las leyes 446, 1395, 1437 y 1564, antes mencionadas.

“De otra parte, resulta pertinente destacar que la posibilidad de valorar la documentación que, encontrándose en copia simple ha obrado en el proceso - y por consiguiente se ha surtido el principio de contradicción, no supone modificar las exigencias probatorias respecto del instrumento idóneo para probar ciertos hechos. En otros términos, la posibilidad de que el juez valore las copias simples que reposan en el expediente no quiere significar que se releve a las partes del cumplimiento de las solemnidades que el legislador establece o determina para la prueba de específicos hechos o circunstancias (v.gr. la constancia de ejecutoria de una providencia judicial para su cumplimiento).

“Así las cosas, si se desea acreditar el parentesco, la prueba idónea será el respectivo registro civil de nacimiento o de matrimonio según lo determina el Decreto 1260 de 1970 (*prueba ad solemnitatem*), o la escritura pública de venta, cuando se busque la acreditación del título jurídico de transferencia del dominio de un bien inmueble (*prueba ad sustanciam actus*)⁸.

⁷ Corte Constitucional, sentencia SU 226 de 2013, M.P. Alexei Julio Estrada. En la providencia se sostuvo, entre otros apartes, lo siguiente: “Para la Sala, la exigencia de certificaciones en original, tratándose de documentos públicos en asuntos contencioso administrativos, resulta razonable, pues permite que el juez de instancia, al realizar la debida valoración del material probatorio obrante en el expediente, pueda, por medio de un análisis cuidadoso de los elementos de juicio puestos en su conocimiento, otorgarles, de ser posible, el valor probatorio que estos ameritan, para efectos de una decisión razonable, justa y equitativa, acorde con los principios y valores constitucionales.”

⁸ “Las pruebas formales tienen y cumplen una función eminentemente procesal: llevarle al juez el convencimiento sobre determinados hechos. Las pruebas **ad solemnitatem** o **ad sustanciam actus**, además, de cumplir la finalidad que cumplen las pruebas indicadas, son requisitos de existencia y validez de determinados actos de derecho material. Un escrito en donde consta que alguien debe \$20.000,00 no sólo sirve para demostrar lo indicado, sino además, para que el acto pueda existir (la compraventa de inmuebles).” PARRA Quijano, Jairo “Manual de derecho probatorio”, Ed. Librería del Profesional, 17ª edición, Bogotá, 2009, pág. 172.

“De modo que, si la ley establece un requisito –bien sea formal o sustancial– para la prueba de un determinado hecho, acto o negocio jurídico, el juez no puede eximir a las partes del cumplimiento del mismo; cosa distinta es si el respectivo documento (v.gr. el registro civil, la escritura de venta, el certificado de matrícula inmobiliaria, el contrato, etc.) ha obrado en el expediente en copia simple, puesto que no sería lógico desconocer el valor probatorio del mismo si las partes a lo largo de la actuación no lo han tachado de falso.

“Entonces, la formalidad o solemnidad vinculantes en el tema y el objeto de la prueba se mantienen incólumes, sin que se pretenda desconocer en esta ocasión su carácter obligatorio en virtud de la respectiva exigencia legal. La unificación consiste, por lo tanto, en la valoración de las copias simples que han integrado el proceso y, en consecuencia, se ha surtido el principio de contradicción y defensa de los sujetos procesales ya que pudieron tacharlas de falsas o controvertir su contenido.”⁹

De acuerdo con lo anterior, no es de recibo el argumento aducido por el Congreso de la República en el recurso de apelación, según el cual no se demostró la existencia del daño sufrido por la sociedad Goodyear S.A., toda vez que los recibos del pago de la TESA, fueron allegados en copia simple, pues como se señaló en la sentencia de unificación, esa clase de documentos gozan de pleno mérito probatorio.

2.2. La entidad demandada también solicitó se revocara la sentencia de primera instancia, toda vez que la accionante no demostró la existencia de la sentencia C-992 de 2001, que declaró inexecutable los artículos 56 y 57 de la ley 633 de 2000. Al respecto, se advierte que aunque es cierto que el texto de la misma no fue aportado al proceso, ello no es razón para negar las pretensiones de la demanda, pues una vez aprobada y notificada, todos los ciudadanos y autoridades públicas, tienen la posibilidad de acceder a su contenido, comoquiera que no sólo es publicada en la Gaceta de la Corte Constitucional, como lo prescribe el artículo 18 del Decreto 2067 de 1991, sino que además, la sentencia es publicada en el sistema de relatoría de esa Corporación Judicial y en su plataforma web, a la que pueden acceder todos los ciudadanos, conforme a lo establecido por el artículo 47 de la ley 270 de 1996-LEAJ, que en su inciso segundo prescribe que “la Corte Constitucional dispondrá de un sistema de consulta sistematizada de la jurisprudencia a la cual tendrán acceso todas las personas”.

⁹ Sentencia del 28 de agosto de 2013. No. Interno 25.022. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

En consecuencia, bajo ninguna circunstancia puede afirmarse que no hay prueba de la existencia de la sentencia de inexecutable, cuando la misma puede ser consultada por todos los ciudadanos en cualquier momento, una afirmación en ese sentido sería privilegiar las ritualidades sobre el derecho sustancial y desconocer la realidad, que no es otra diferente al hecho de que el fallo existe y al mismo pueden acceder todos los funcionarios públicos. En ese orden de ideas en casos como el *sub judice*, en los que el fallo de inconstitucionalidad se alega como la prueba de la falla en el servicio, no es necesario aportar el texto físico de la sentencia, pues tanto las partes como el Juez pueden consultarla en la base de datos de la entidad sin ninguna restricción o exclusión.

Esta conclusión guarda coherencia con lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 166 de la Ley 1437 de 2011-CPACA - según el cual “se podrá indicar que el acto demandado se encuentra en el sitio web de la respectiva entidad para todos los fines legales”. Si bien, la norma hace alusión a la prueba de la existencia de los actos administrativos, puede aplicarse al caso concreto, pues de la misma se infiere que el fin del legislador con la expedición del nuevo código y concretamente con el texto del dispositivo citado, no es otro que flexibilizar la prueba de ciertos hechos y aprovechar y hacer un uso óptimo de las tecnologías de la información, de modo tal que si un acto o norma se encuentra disponible en la página web de la entidad, nada obsta para que así se informe en la demanda y se exima al accionante de aportarla en medio físico, razonamiento que también tiene cabida en los eventos donde deba probarse la existencia de un fallo proferido por cualquiera de las Altas Cortes, toda vez que todas ellas disponen de una base de datos digital a la que puede accederse con facilidad.

En consecuencia, no cabe duda que la ausencia del cuerpo de la sentencia C-992 de 2001 en el proceso, no es motivo para negar las pretensiones y abstenerse de abordar el estudio de fondo del asunto, por lo que en este punto tampoco son de recibo los argumentos esgrimidos por la impugnante.

Por demás, cabe advertir que en sus alegaciones de primera instancia, el Congreso de la República, manifestó expresamente que en el proceso se recaudaron las pruebas conducentes para probar el pago de la TESA y en consecuencia, el debate se circunscribía aspectos de derecho, relacionados con la responsabilidad del Estado por los daños causados en el ejercicio de su función

hacedora de leyes¹⁰. Así las cosas, no tiene sentido que en primera instancia, la demandada no haya formulado ningún argumento relacionado con la prueba del daño y la existencia de la sentencia de inexecutable, sino todo lo contrario, que haya aceptado la suficiencia probatoria que reinaba en el proceso sobre esos dos temas, y posteriormente al verse vencida, aduzca tales argumentos para obtener la revocatoria del fallo. Dicha conducta riñe con los principios de lealtad y buena fe procesal.

2.3. Finalmente, en relación con la afirmación del Ministerio Público, según la cual la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN - y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, debieron ser vinculadas al proceso, toda vez que podrían verse afectadas con el resultado del proceso, la Sala advierte que como se verá más adelante, este aserto carece de fundamento, comoquiera que debe distinguirse entre quien expide la ley y el encargado de ejecutarla, siendo el primero el llamado a responder patrimonialmente por los daños que cause cuando sea declarada inconstitucional, idea que será ampliada en los acápites subsiguientes.

3. Del acervo probatorio, se destacan los siguientes medios de convicción:

3.1. Certificación expedida el 16 de abril de 2002 por la Secretaría General de la Corte Constitucional, según la cual la sentencia C-992 de 2001-, que declaró inexecutable los artículos 56 y 57 de la ley 633 de 2000-, se notificó por edicto que se fijó el 23 de octubre de esa anualidad y se desfijó el día 25 del mismo mes y año (fl. 1, cdno. No. 2).

3.2. Recibos oficiales del pago realizado por concepto de tributos aduaneros, entre el 31 de enero y el 31 de octubre de 2001, en los que aparece discriminada la Tasa Especial por Servicios Aduaneros (fls. 2 y ss., cdno. No. 2).

¹⁰ "Dentro del proceso sólo se recolectaron pruebas conducentes para probar lo que la parte actora pagó debido a la obligación consagrada en la ley 633 del 2000.

"Es por eso que este proceso se somete más que todo a la discusión sobre puntos de derecho sobre si es la actora o el Congreso quien tiene la razón en cuanto a la llamada responsabilidad del Estado por el 'hecho de las leyes'." (fl. 58, cdno. No. 1).

3.3. Por último, pese a que no fue aportada con la demanda, al consultar en el sistema de información de la Corte Constitucional, puede constatarse que mediante sentencia C-992 del 19 de septiembre de 2001, esa Corporación declaró inexecutable los artículos 56 Y 57 de la ley 633 de 2000.¹¹

4. En el caso *sub judice*, pretende la demandante que se declare patrimonialmente responsable al Congreso de la República, por los daños derivados de la expedición de los artículos 56 y 57 de la ley 633 de 2000, en virtud de los cuales se creó y reguló la Tasa Especial por Servicios Aduaneros - TESA - y que posteriormente fueron declarados inexecutable mediante la sentencia C-992 del 19 de septiembre de 2001.

En el anterior orden de ideas, nos encontramos ante el típico escenario de la denominada responsabilidad patrimonial “por el hecho del legislador”, que en nuestra jurisprudencia contenciosa y constitucional ha recibido un tratamiento disímil y poco uniforme, razón por la que en los siguientes acápites, la Sala abordará de manera amplia y detallada el tratamiento que ha recibido el tema tanto en la doctrina y en el derecho comparado - especialmente en España - como en nuestro ordenamiento jurídico. Para tal efecto se tendrán en consideración los planteamientos y la orientación jurisprudencial recientemente expuestos por esta Subsección en sentencia del 26 de febrero de 2014, con ponencia de quien funge como tal actualmente en este proveído.¹²

4.1. Responsabilidad patrimonial del Estado - Legislador.

Sea lo primero señalar que cuando se habla de responsabilidad por el “hecho del legislador”, no se hace alusión únicamente a la ley en sentido estricto, sino también en sentido material. Es decir, que caben en este escenario no sólo las leyes expedidas por el Congreso, sino también todas aquellas normas que se caracterizan a su vez por ser generales, impersonales y abstractas, como los actos administrativos, decretos - ley, decretos expedidos por el presidente en el marco de facultadas extraordinarias, resoluciones, ordenanzas, entre otros, comoquiera que es de la función reguladora del Estado como tal, de la que puede

¹¹<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/queryARchi.idq?CiMaxRecordsPerPage=100&TemplateName=queryArchi&CiSort=rank%5Bd%5D&relatoria=%2Frelatoria&CiScope=%2F&CiRestriction=C-992-01>

¹² Expediente No. 29.177.

derivarse el daño antijurídico, sin importar su grado. Al respecto, el profesor Luis Felipe Botero Aristizábal, en su obra Responsabilidad Patrimonial del Legislador, señala:

“Se impone entonces hablar de responsabilidad del Estado por daños en el ejercicio de su competencia normativa, como género que abarque los casos de responsabilidad del Estado por la competencia que tiene de proferir normas generales, impersonales y abstractas, así como normas concretas, sea que las mismas sean válidas o no. Siendo ello así, esto es, que la responsabilidad del Estado por la expedición de normas debe aceptarse independientemente de quien la profiera, se podría evitar en nuestro sistema jurídico una serie de contradicciones difícilmente explicables, como cuando un decreto presidencial con las características de ser una norma general, impersonal y abstracta es anulada, (siempre con efectos retroactivos) lo que da paso a la respectiva reparación que dicha norma causó desde el mismo momento en que entró a regir, mientras que si la misma norma es expedida por el Congreso y es declarada inexecutable (por regla general sin efectos retroactivos salvo que la sentencia de constitucionalidad diga lo contrario) no habría lugar a la reparación de los daños causados por ésta.”¹³

En un comienzo, tanto la jurisprudencia como la doctrina se mostraron temerosas a aceptar la existencia de responsabilidad del Estado por la actividad legislativa, siendo principalmente dos las objeciones que se expusieron:

De un lado, se abogaba por una inmunidad legislativa con fundamento en el hecho de que el poder legislativo representa al pueblo y por lo tanto, encarna su voluntad, razón por la que su actividad no puede ser el origen de daños antijurídicos y tampoco puede incurrir en falla en el servicio:

“Las consideraciones que han llevado a esta negación se han basado fundamentalmente en el carácter del Parlamento como soberano y en la sacralidad de los productos legislativos que del mismo emanan en cuanto representación de la voluntad popular: en

¹³ Botero, L. F. (2007). Responsabilidad patrimonial del legislador. 1era. Ed. Legis, Bogotá. pp. 159,160. Sobre el tema también se destaca en la misma obra:

“Ante todas estas circunstancias, resulta altamente controvertible, desde el punto de vista jurídico, conferirle a la ley un estatuto especial frente al resto de normas del ordenamiento, lo mismo que a su emisor respecto del resto de órganos del Estado. Si ello es así, el tratamiento diferencial –por no decir privilegiado–, que en materia de responsabilidad tiene la ley sería completamente injustificado y contrario al mismo ordenamiento. No existe una regla inconstitucional que inmunice al Congreso de ser controlado judicialmente o por el mismo pueblo. Todo lo contrario, diversas normas se han encargado de especificar los controles que sobre ella recaen: la excepción de inconstitucionalidad, la responsabilidad patrimonial del Estado, la acción de inconstitucionalidad, el referendo derogatorio y el referendo aprobatorio.” (p. 158).

efecto, la aplicación al Legislador de los principios que inspiran el instituto de la responsabilidad de la Administración que construye la obligación indemnizatoria en el requisito de la antijuridicidad se enfrenta en estos casos como primera dificultad a la de anudar la culpabilidad al Legislador en cuanto poder del Estado, o la de proclamar la ilegitimidad de la Ley causante de los daños, juicios en cualquier caso vedado a los órganos jurisdiccionales ordinarios.”¹⁴

No obstante, el anterior argumento pierde fuerza si se tiene en cuenta que a partir de la corriente que surge con posterioridad a la segunda guerra mundial, se desacralizó al legislador, dándole primacía a la Constitución sobre las demás normas del ordenamiento jurídico, lo cual es lógico, pues no puede olvidarse que conforme a los más elementales principios del derecho constitucional, el parlamento es tan solo el constituyente derivado, mientras que la Carta Política encarna la voluntad del constituyente primario, quien es en últimas, el verdadero soberano. Al respecto son más que elocuentes las palabras del profesor chileno

Enrique Barros Bourie, cuando señala que “[...] Bajo el principio de la soberanía política del legislador, resulta inimaginable la responsabilidad del Estado por actos de legislación. Sin embargo, ese principio está en colisión con el de la supremacía del derecho, característico del constitucionalismo y del estado de derecho [...]”¹⁵

Por otra parte, se sostenía que el carácter de generalidad que precede a la ley impedía que ésta generara un perjuicio individualmente considerado, “tarea que resulta especialmente ardua cuando ésta es causada por una norma que presenta como característica intrínseca el rasgo de la generalidad en su dimensión subjetiva”,¹⁶ lo cual hoy día carece de sentido, puesto que pese a su generalidad, la ley una vez ejecutada está llamada a producir efectos individuales. Cosa diferente es que esos efectos pueden extenderse a un gran número de personas, como es el evento de aquellas que crean tributos.

De otro lado, quienes avalan el hecho de que el Estado en su función creadora de normas puede generar daños antijurídicos que deben ser indemnizados, invocan

¹⁴ Alonso, G., M. 2009. La responsabilidad patrimonial del Estado legislador, en La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública, Tomo I. Tirant lo Blanch, Valencia. Pp. 470 y 471.

¹⁵ Barros B., E. 2006. Tratado de responsabilidad extracontractual. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile. P. 520.

¹⁶ Alonso, G., M. 2009. La responsabilidad patrimonial del Estado legislador, en La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública, Tomo I. Tirant lo Blanch, Valencia. P. 471.

como fundamentos, el principio de confianza legítima y la supremacía de la Constitución sobre las demás normas, como eje del ordenamiento jurídico.

Fue así como en España, país donde el tema ha tenido mayor desarrollo doctrinal y jurisprudencial, se aceptó primero la responsabilidad por el hecho de la ley que no había sido objeto de ningún reparo constitucional. En este supuesto, la antijuridicidad del daño no se apoyaría en la ilegitimidad de la ley, sino “en la ruptura de la confianza legítima que la norma origina, en el quebranto que la misma efectúa de la seguridad jurídica o de la incertidumbre que muestran los particulares hacia el mantenimiento, al menos durante un período de tiempo razonable, de una determinada situación jurídica.”¹⁷ Es lo que en nuestro ordenamiento jurídico constituye un típico caso de daño especial, que como se verá más adelante ha tenido acogida en varias sentencias, sin mayores dificultades.

Sin embargo, hay quienes como el profesor García de Enterría, niegan que el legislador con su actividad pueda ocasionar daños antijurídicos. En primer lugar, señala que no puede inferirse del texto del artículo 9.3 de la Constitución Española¹⁸, que ésta haya consagrado la responsabilidad *patrimonial* de los poderes públicos y en consecuencia del legislativo, pues a su modo de ver,

¹⁷ *Ibidem*, p. 480. Se destaca en este supuesto, la sentencia del Tribunal Supremo, del 5 de marzo de 1993, en la que se ordenó al Estado Español, indemnizar los perjuicios causados a la empresa PESCANOVA S.A., con el Tratado de Adhesión a la Comunidad Económica Europea, que dispuso en su artículo 168, la eliminación durante 7 años, del sistema de cupos exentos de aranceles, concedido, por el Reino de España. En esa ocasión, ese cuerpo colegiado razonó de la siguiente manera:

“[...] y si esto es así, si los particulares acomodaron su actividad a la política de fomento plasmada en las disposiciones más arriba reseñadas y si el propio gobierno español, con las necesarias autorizaciones, promovió y dio lugar al Tratado de Adhesión suscrito por el Reino de España, en el que resultaron eliminados, aunque fuera progresivamente, los cupos exentos de arancel, que, según parece, era el mayor beneficio para las empresas pesqueras españolas, es visto cómo y cual anticipábamos al inicio de ésta motivación, deviene procedente la indemnización cuestionada, habida cuenta, en primer lugar, la existencia de derechos o al menos intereses patrimoniales legítimos, cuyo sacrificio particular se impuso por las determinaciones que hemos relatado, sin que las respectivas sociedades tengan el deber jurídico de soportarlo, y además porque concurren cuantos requisitos exige nuestro ordenamiento para dar lugar a la responsabilidad patrimonial del Estado, [...]”

¹⁸ El artículo 9.3. de la C.E., prescribe:

3. Garantías Jurídicas. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

cuando la norma alude a que la Constitución garantiza *la responsabilidad de los poderes públicos*, no se refiere al ámbito patrimonial, sino al político, es decir, “al principio sobre el que se constituyó desde sus orígenes mismos el sistema democrático según el cual todos y cada uno de los titulares de cualquier poder público son meros fiduciarios del pueblo [...] a quien, por tanto, deben ‘dar cuenta’ de su ejercicio.”¹⁹ Además, considera que los Jueces y Tribunales Contencioso Administrativos carecen de jurisdicción para declarar responsabilidad patrimonial del legislador, comoquiera que la orden de indemnizar por las posibles consecuencias económicas derivadas de una ley, implican una intervención directa en el ejercicio del poder legislativo. Al efecto, considera que las sentencias de condena sustituyen la voluntad del legislador, quien si no consagró en el cuerpo de la ley la posibilidad de indemnizar, imposibilita al Juez para hacerlo, en palabras suyas, “no resulta simplemente posible, en elementales términos jurídicos, que un juez (ni ordinario ni con jurisdicción de constitucionalidad, pero sobre todo el primero), pueda condenar al pago de indemnizaciones al Estado legislador sin poner gravemente en cuestión las bases mismas del Estado democrático.”²⁰

Ahora bien, en el contexto colombiano, estas dos objeciones carecen de fundamento, toda vez que el artículo 90 de nuestra Carta Política es claro al señalar que “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos

¹⁹ GARCÍA, E & FERNÁNDEZ, R. (2008). Curso de Derecho Administrativo, Tomo II. Temis – Palestra. 2008. P. 399. En el mismo sentido, señaló García de Enterría en su obra La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el derecho español:

“Mi opinión es radicalmente diferente: el principio de la responsabilidad de los poderes públicos formulado por nuestra Constitución no pretende resolver ningún problema técnico de responsabilidad patrimonial y menos aún el formidable tema de la responsabilidad patrimonial, del Legislador (ello no se compadece con el hecho de su fácil y apenas notada introducción en su texto), sino que es una alusión inequívoca (aunque lo cierto es que apenas si he visto que otros dos iuspublicistas, administrativista, por cierto, sustenten esta tesis), al principio de que todos los poderes públicos ejercitan un poder que no les es propio, sino que pertenece al pueblo, razón por la cual como ejercientes de un poder de otro deben ‘dar cuenta’ a éste de su gestión y ‘responder’ de la objetividad misma.” (La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el derecho español. 2da. Ed. 2007. Thomson Civitas. P. 91.)

²⁰ Ibidem, p. 123. Cabe advertir que las reflexiones que en torno a este punto hace García de Enterría se basan en el artículo 106 de la C.E., según el cual “Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican” y “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.” Para él, dado que el texto se refiere únicamente al funcionamiento de los “servicios públicos”, la jurisdicción contencioso administrativa está vedada para conocer de las actuaciones desplegadas por el legislador, en tanto su actividad no puede enmarcarse dentro del concepto de “servicio público”. Así mismo, según la norma, los tribunales sólo podrían conocer de las posibles violaciones a la Ley en que incurra la Administración, excluyendo las violaciones de la Carta Política.

que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”, texto normativo que como bien puede advertirse no hace ninguna exclusión ni contempla excepción alguna, por lo que se entiende que ningún órgano del Estado, bien sea que haga parte del poder ejecutivo, legislativo o judicial, está exento de responder patrimonialmente, de allí que es claro que el juez administrativo sí tiene competencia para conocer de los procesos en los que se discuta la responsabilidad del legislador por haber causado un daño con su actividad.

Es el caso de las leyes declaradas inconstitucionales el que ha encontrado mayores tropiezos, anteponiéndose como uno de los principales obstáculos, el hecho de que los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad son en su mayoría ex nunc, es decir, rigen hacia el futuro, con el fin de preservar instituciones como la cosa juzgada y principios como la seguridad jurídica. Al respecto ha razonado el autor:

“c) Y, en fin, conviene detenerse un momento sobre la vía argumental con que el Tribunal Supremo afirma discutir los criterios del Tribunal Constitucional a propósito de los efectos de la cosa juzgada, intocables ante las Sentencias del Tribunal Constitucional, como declaran de manera expresa el art - 161.1ª) de la Constitución y el artículo 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

“Como vimos, la doctrina del Tribunal Supremo es que no afecta a la intangibilidad de la fuerza de cosa juzgada el hecho de que se reconozca a quien la Sentencia firme declaró la obligación de pagar el tributo de que se trata el reconocimiento de que dispone, no obstante, de una acción de responsabilidad contra el Estado como autor de la Ley que la sentencia firme aplicó, acción de la que resultaría la obligación del Estado de devolver el importe íntegro de lo pagado por el citado tributo, actualizado y con intereses. Parece bastante evidente que esa afirmación no es compatible con el principio de inmutabilidad de la cosa juzgada que proclaman, a la par, la Constitución y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional como un límite infranqueable a los efectos producidos por una Sentencia que declara la inconstitucionalidad de una Ley [...] [...]”

“Es evidente que no puede entenderse que se respete la cosa juzgada de un primer proceso que decidió que la Administración tenía derecho a percibir una determinada deuda tributaria cuando se dicta una segunda sentencia que dice exactamente lo contrario: que el contribuyente tiene derecho a que se le devuelva el importe íntegro de lo pagado, más actualización e intereses. No es válido el argumento utilizado por el Tribunal Supremo de que la acción de responsabilidad no ha surgido sino posteriormente, como consecuencia de la anulación por inconstitucional de la Ley con la

que se había decidido el primero proceso; porque es justamente eso lo que dicen los arts. 161 de la Constitución y 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que la sentencia constitucional anulatoria de la Ley no puede ser un título válido para dejar sin efecto sentencias firmes ya dictadas en el momento en que esa anulación se produce.”²¹

En consecuencia, para García de Enterría “el único supuesto legítimo de una verdadera responsabilidad por actos legislativos es cuando éstos desconocen o infringen normas superiores de los ordenamientos comunitarios o internacionales dotados del principio de primacía normativa y, por tanto, con capacidad reactiva o neutralizadora de la norma inferior que puede hacer valer el mismo juez.”²² Sin embargo, no se comprende como el hecho de infringir una norma del ordenamiento comunitario sí puede generar responsabilidad y no pueda predicarse lo mismo de la infracción a la Constitución, máxima cuando ambas tienen una jerarquía superior a la de la ley.

Nos encontramos frente a una colisión entre dos principios del derecho: seguridad jurídica de un lado y supremacía de la Constitución del otro. Ante este problema, conforme se concluye de varias sentencias del Tribunal Supremo Español y algún sector de la doctrina, ha prevalecido la supremacía de la Constitución para declarar la responsabilidad del legislador por la expedición de normas contrarias a ella, lo que es apenas lógico si se tiene en cuenta que el momento histórico en el que se encuentra el derecho occidental desde hace ya más de medio siglo, no deja lugar a dudas de la superioridad de la Carta Política sobre las demás normas del ordenamiento jurídico y además el que todos los poderes públicos están obligados a acatarla y someterse a ella, regla que no contempla excepción frente a ningún órgano, ni siquiera el legislativo. Sobre el particular, manifiesta Colautti:

“Pero para que exista Estado de Derecho no es suficiente que haya subordinación a las reglas. Es necesario que el derecho al cual los gobernantes están subordinados tenga un contenido determinado.

“Si avanzamos un paso más, podemos advertir que para que se realice el Estado de Derecho es insuficiente que los órganos del Estado no puedan actuar *contrariamente* al derecho, es necesario que *deban* actuar *de acuerdo* con el derecho. De esto se desprende que el legislador tiene también acotada su esfera de actuación pues ella debe conformarse a las normas superiores, es decir a la Constitución. El presupuesto se halla, por tanto, en el principio que

²¹ La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el derecho español. 2da. Ed. 2007. Thomson Civitas. Pp. 250 y 251.)

²² *Ibidem*, p. 233.

intuyó Rosseau de la distinción - que desde luego estaba ausente en los absolutismos monárquicos - entre poder constituyente y poderes constituidos. De aquí la relevancia que tiene para el sistema la existencia de procedimientos de control y especialmente de control de constitucionalidad [...]"²³

Analizado lo anterior, se tiene que el argumento que propende por la inmunidad del legislador como representante de la voluntad del pueblo, cae por su propio peso y no pasa de ser una mera falacia argumentativa o error de razonamiento, pues se insiste, no puede perderse de vista que el legislador es el constituyente derivado y conforme a los más elementales principios del derecho constitucional, jamás podrá remplazar ni suplir al constituyente primario, quien plasma su voluntad en la Constitución. De este modo, aceptar sin más, que se no deriven perjuicios a partir una norma que ha sido declarada inconstitucional equivaldría a decir que la voluntad del constituyente primario carece de valor.

Ahora bien, para el caso que nos atañe resulta de gran valía la sentencia del Tribunal Supremo Español del 11 de octubre de 1991, que aunque no declaró patrimonialmente responsable al Estado español, hizo alusión a la supremacía de la constitución como justificación para atribuir responsabilidad al Estado legislador; y las sentencias del 29 de febrero, 13 de junio y 15 de julio del 2000 en las que luego de que el Tribunal Constitucional Español declarara inconstitucionales varias leyes que establecían una serie de tributos, se condenó al Estado a indemnizar los perjuicios ocasionados a los sujetos pasivos del gravamen, por la aplicación de las normas declaradas inconstitucionales.

En el primero de los fallos señalados el TS discurrió de la siguiente manera:

“Ciertamente, el Poder Legislativo no está exento de sometimiento a la Constitución y sus actos -Leyes - quedan bajo el imperio de tal Norma Suprema. En los casos donde la Ley vulnere la Constitución, evidentemente el Poder Legislativo habrá conculcado su obligación de sometimiento, y la antijuridicidad que ello supone traerá consigo la obligación de indemnizar. Por tanto, la responsabilidad del Estado-legislador puede tener, asimismo, su segundo origen en la inconstitucionalidad de la Ley. Precisamente así se desprende, también, de las sentencias citadas, en cuanto rechazaron la inconstitucionalidad de aquellas Leyes que anticipaban la jubilación. (Negrillas de la Sala).

²³ Colautti, C. (2003). Responsabilidad del Estado. Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires. Pp. 143- 144.

“En el primer caso (derivada del principio de indemnización expropiatoria), se trata de una actividad lícita que, sin dejar de serlo, comporta la obligación de resarcir el daño que esa actividad lícita hubiere causado; **en el segundo (derivada de la inconstitucionalidad de la Ley), se trata de la responsabilidad nacida de una actividad antijurídica²⁴ del Poder Legislativo.**”
(Negrillas de la Sala)

Son dos los aspectos a destacar del fallo que se viene de citar: i) en primer lugar, el poder legislativo también debe someterse a la Constitución; y ii) en consecuencia, las leyes contrarias a la Constitución constituyen un desconocimiento de ese deber, lo que torna la conducta en antijurídica y por ende, la hace fuente de indemnización.

Posteriormente, en la sentencia del 29 de febrero del 2000, el mismo Tribunal razonó en torno a los efectos *ex nunc* y *ex tunc* de las sentencias de inconstitucionalidad:

“QUINTO. - Ciertamente, se ha mantenido que la invalidación de una norma legal por adolecer de algún vicio de inconstitucionalidad no comporta por sí misma la extinción de todas las situaciones jurídicas creadas a su amparo, ni tampoco demanda necesariamente la reparación de las desventajas patrimoniales ocasionadas bajo su vigencia. Para ello se ha recordado que los fallos de inconstitucionalidad tienen normalmente eficacia prospectiva o ‘*ex nunc*’ - los efectos de la Ley inconstitucional no vienen definidos por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional ‘que deja a este Tribunal la tarea de precisar su alcance en cada caso’ [sentencia del Tribunal Constitucional 45/1989, fundamento jurídico 11]-

“Ello nos da pie para resolver la excepción opuesta por el abogado del Estado, en el sentido de que el recurso es inadmisibile por existencia de cosa juzgada material, pues la entidad recurrente había impugnado en su día las liquidaciones tributarias y, previo agotamiento de la vía económico - administrativa, interpuso recurso contencioso - administrativo que fue desestimado por la sentencia de la Sala de lo Contencioso - Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) el 30 de julio de 1994, sentencia que devino firme al inadmitirse la casación y desestimarse la queja contra dicha inadmisión.

“El Tribunal Constitucional en Pleno, en sentencia de 2 de octubre de 1997, número 159/1997, considera, ciertamente, que la declaración de inconstitucionalidad que se contiene en la sentencia del Tribunal Constitucional 173/1996, que declaró inconstitucional y nulo el

²⁴ Cabe advertir que en este caso la expresión antijuridicidad alude a su connotación tradicional, es decir, no se refiere al hecho de que el particular no se encuentra en la obligación de soportar el daño sufrido, sino a al juicio de reproche que se le hace a conducta del legislador, al expedir una ley contraria a la Constitución.

artículo 38.2.2. de la Ley 5/1990, de 29 de junio, no permite, según el Tribunal, revisar un proceso fenecido mediante sentencia judicial con fuerza de cosa juzgada en el que, como sucede en el presente caso, antes de dictarse aquella decisión se ha aplicado una ley declarada inconstitucional. No estando en juego la reducción de una pena o de una sanción, o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad, que son los supuestos exclusivamente exceptuados por el art. 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, la posterior declaración de inconstitucionalidad del precepto no puede tener consecuencia sobre los procesos terminados mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada (sentencias del Tribunal Constitucional 45/1989, 55/1994).²⁵

“SEXTO. - Esta Sala considera, sin embargo, que la acción de responsabilidad ejercitada es ajena al ámbito de la cosa juzgada derivada de la sentencia. El resarcimiento del perjuicio causado por el poder legislativo no implica dejar sin efecto la confirmación de la autoliquidación practicada, que sigue manteniendo todos sus efectos, sino el reconocimiento de que ha existido un perjuicio individualizado, concreto y claramente identificable, producido por el abono de unas cantidades que resultaron ser indebidas por estar fundado aquél en la directa aplicación por los órganos administrativos encargados de la gestión tributaria de una disposición legal de carácter inconstitucional no consentida por la interesada. Sobre este elemento de antijuridicidad en que consiste el título de imputación de la responsabilidad patrimonial no puede existir la menor duda, dado que el Tribunal Constitucional declaró la nulidad del precepto en que dicha liquidación tributaria se apoyó. (Negrillas de la Sala)

“La sentencia firme dictada, al no corregir el perjuicio causado por el precepto inconstitucional mediante el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad a la que acudieron otros tribunales, consolidó la actuación administrativa impugnada, que en ningún momento fue consentida por la entidad interesada, la cual agotó todos los recursos de que dispuso. Con ello se impidió la devolución de lo indebidamente ingresado consiguiente a la anulación de la actuación viciada. Esta devolución se produjo, en cambio, en otros supuestos idénticos resueltos por otros órganos jurisdiccionales que creyeron oportuno plantear la cuestión. La firmeza de la sentencia, así ganada, no legitimó el perjuicio padecido por la recurrente, directamente ocasionado por la disposición legal e indirectamente por la aplicación administrativa de la norma inconstitucional. Es precisamente dicha sentencia, de sentido contrario a la pronunciada por los tribunales que plantearon la cuestión de inconstitucionalidad

²⁵ El artículo 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que regula los efectos de las sentencias de inexecutable, señala que “Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las Leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad”, lo que explica en parte, la reticencia de un sector de la doctrina y la jurisprudencia españolas, para aceptar la responsabilidad del legislador por la expedición de normas declaradas inexecutable.

y la vieron estimada, la que pone de manifiesto que el perjuicio causado quedó consolidado, al no ser posible la neutralización de los efectos del acto administrativo fundado en la ley inconstitucional mediante la anulación del mismo en la vía contencioso - administrativa, no obstante la constancia de la sociedad interesada en mantener la impugnación contra el acto que consideraba inconstitucional.”

El caso resuelto en esta sentencia, tiene como singularidad el hecho de que antes de que el particular demandara la responsabilidad del legislador por la ley que creó un tributo, gravamen complementario sobre la tasa fiscal que gravaba los juegos de azar, había solicitado la rectificación de las liquidaciones y además interpuesto reclamación económica administrativa ante el Tribunal Económico - Administrativo, peticiones que fueron desestimadas, por lo que el Estado alegó dentro del proceso de responsabilidad patrimonial, la existencia de cosa juzgada. Sin embargo, son de gran utilidad los argumentos esgrimidos por el TS para rechazar la excepción, ya que distinguió claramente entre los efectos de la sentencia de inexecutable que pretende dejar en firme las actuaciones anteriores y además, advirtiendo que los mismos no son óbice para reconocer la existencia de un perjuicio y reiteró que la antijuridicidad del daño deviene de la misma declaratoria de inconstitucionalidad.

En la sentencia del 13 de junio del 2000, el Tribunal Supremo reiteró lo expuesto en la del 29 de febrero de ese año y además, añadió:

“CUARTO. - La Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común ha venido a consagrar expresamente la responsabilidad de la Administración por actos legislativos estableciendo el artículo 139.3 que ‘Las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar; cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que especifican dichos actos.’ Responde sin duda esta normación a la consideración de la responsabilidad del Estado legislador como un supuesto excepcional vinculado al respeto a la soberanía inherente al poder legislativo.

“Se ha mantenido que si la ley no contiene declaración alguna sobre dicha responsabilidad, los tribunales pueden indagar la voluntad tácita de legislador (‘ratio legis’) para poder así definir si procede declarar la obligación de indemnizar. No debemos solucionar aquí esta cuestión, que reconduce a la teoría de la interpretación tácita la ausencia de previsión expresa legal del deber de indemnizar. No es necesario que lo hagamos, no sólo porque la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento

Administrativo Común es posterior a los hechos que motivan la reclamación objeto de este proceso, sino también porque, **por definición, la ley declarada inconstitucional encierra en sí misma, como consecuencia de la vinculación más fuerte de la Constitución, el mandato de reparar los daños y perjuicios concretos y singulares que su aplicación pueda haber originado, el cual no podía ser establecido 'a priori' en su texto.** Existe, en efecto, una notable tendencia en la doctrina y en el derecho comparado a admitir que, declarada inconstitucional una ley, puede generar un pronunciamiento de reconocimiento de responsabilidad patrimonial cuando aquella ocasione privación o lesión de bienes, derechos o intereses jurídicos protegibles. (Negrillas de la Sala).
[...]

En este caso, se hizo alusión a la obligación del legislador de manifestar en la misma ley, su voluntad de indemnizar a los particulares por los perjuicios que le ocasione por la expedición en la ley, señalando que tratándose de aquellas declaradas inexecutable, tal requisito no era necesario, de un lado porque la sola declaratoria de inconstitucionalidad traía ínsito el deber de indemnizar y del otro, porque al legislador no le era posible prever que posteriormente tendría que indemnizar a los destinatarios de la ley. Y a continuación hizo una precisión en relación con la sentencia anterior, en el sentido de que no es necesario que para acceder a la reparación, el particular haya impugnado primero los actos por los que se ejecutó la ley declarada inexecutable, sino que puede acudir directamente a la jurisdicción para solicitar el resarcimiento de los perjuicios:

“SÉPTIMO. - Esta Sala estima, sin embargo, en la sentencia que sirve de precedente a ésta, que la acción de responsabilidad ejercitada es ajena al ámbito de la cosa juzgada derivada de la sentencia, pues la sentencia firme dictada, al no corregir el perjuicio causado por el precepto inconstitucional mediante el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad a la que acudieron otros tribunales, consolidó la actuación administrativa impugnada.

“En el caso examinado no hubo siquiera sentencia firme, pues los recurrentes consintieron las autoliquidaciones que presentaron siguiendo el mandato de la ley vigente, luego declarada inconstitucional, y cuando se puso de manifiesto el perjuicio causado, mediante la declaración de inconstitucionalidad de la ley, hicieron uso de la oportuna acción de responsabilidad ante el Consejo de Ministros.

“En el caso examinado, por las mismas razones que en aquella sentencia se tuvieron en consideración, la acción de responsabilidad ejercitada es ajena a la firmeza del acto administrativo.

“OCTAVO. - Podría sostenerse que las partes recurrentes están obligadas a soportar el perjuicio padecido por no haber en su momento recurrido las autoliquidaciones en vía administrativa. De prosperar esta tesis, el daño causado no sería antijurídico, pues, como se expresa hoy el artículo 141.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.

“Esta Sala, sin embargo, estima que **no puede considerarse una carga exigible al particular con el fin de eximirse de soportar los efectos de la inconstitucionalidad de una ley la de recurrir un acto adecuado a la misma fundado en que ésta es inconstitucional. La Ley, en efecto, goza de una presunción de constitucionalidad, y por consiguiente, dota de presunción de legitimidad a la actuación administrativa realizada a su amparo.** Por otra parte, los particulares no son titulares de la acción de inconstitucionalidad de ley, sino que únicamente pueden solicitar del Tribunal que plantee la cuestión de inconstitucionalidad con ocasión, entre otros supuestos, de la impugnación de una actuación administrativa. Es sólo el tribunal el que tiene facultades para plantear ‘de oficio o a instancia de parte’ al Tribunal Constitucional las dudas sobre la constitucionalidad de la ley relevante para el fallo (artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) -
Negrillas de la Sala

[...]

Se destaca de este pronunciamiento, la forma como resuelve la colisión entre el principio de seguridad jurídica y el de la supremacía de la Constitución, dándole prevalencia a este último:

“**Tampoco, puede, finalmente, anudarse la existencia de un supuesto deber de soportar los daños y perjuicios padecidos por la aplicación de la ley declarada inconstitucional al principio de seguridad jurídica.** Este principio, en efecto, tal como infiere de la doctrina del Tribunal Constitucional, que lo aplica al ámbito tributario en relación con la devolución de los ingresos de esta naturaleza realizados al amparo de una ley declarada inconstitucional (v. gr., sentencia 45/1989) afecta el ingreso tributario en sí mismo, al acto administrativo en cuya virtud éste ha tenido lugar y a la Administración que lo ha percibido dentro de un sistema tributario que se rige por un principio de equilibrio entre ingresos y gastos. **Sin embargo, dicho principio no puede extraerse de este contexto, para acudir a exonerar al Estado por los daños y perjuicios originados por su actuación legislativa.** En efecto, dicha actuación es ajena y de naturaleza distinta a la actividad administrativa tributaria sobre la que aquel principio se proyecta en su formulación por el Tribunal Constitucional. **El resarcimiento de los daños causados por la aplicación de la ley inconstitucional**

no equivale a la devolución de los ingresos realizados, la cual puede corresponder a un ente diferente. El estado, en su vertiente de legislador responsable de los perjuicios causados a los particulares, es un ente ajeno a la Administración concreta a quien corresponde la gestión tributaria amparada en la ley declarada inconstitucional, y mientras la Administración responsable será siempre en este caso la Administración del Estado, la Administración gestora en el ámbito tributario puede haber sido la autonómica, como en el caso examinado, u otra de distinto carácter.” (Negrillas de la Sala).

Como bien puede verse, en este fallo se hizo más clara la diferenciación entre los efectos ex nunc de la sentencia, que implican dejar en firme las situaciones jurídicas consolidadas y el deber de reparar el daño que radica en cabeza, no del ejecutor de la ley, sino de su autor, manifestando que “el resarcimiento de los daños causados por la aplicación de la ley inconstitucional no equivale a la devolución de los ingresos realizados, la cual puede corresponder a un ente diferente”.

Finalmente, en la sentencia del 15 de julio de 2000 además de iterar lo expuesto en las anteriores, al referirse a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad, señaló:

“La interpretación del artículo 40.1 de la Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional, conduce, a nuestro parecer, a una conclusión distinta, al excepcionarse en él expresa y exclusivamente la eficacia retroactiva de las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad de actos o normas con rango de ley respecto de los procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada, salvo los casos de penas o sanciones, de manera que la consecuencia lógica es que en los demás supuestos cabe la revisión.

“En nuestra opinión, cuando la propia sentencia del Tribunal Constitucional no contenga pronunciamiento alguno al respecto, corresponde a los jueces y tribunales, ante quienes se suscite tal cuestión, decidir definitivamente acerca de la eficacia retroactiva de las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad en aplicación de las leyes y los principios generales del derecho interpretados a la luz de la jurisprudencia, de manera que, **a falta de norma legal expresa que lo determine y sin un pronunciamiento concreto en la sentencia de declaratoria de la inconstitucionalidad, han de ser los jueces y tribunales quienes, en el ejercicio pleno de su jurisdicción, resolverán sobre la eficacia ‘ex tunc’ o ‘ex nunc’ de tales sentencias declaratorias de inconstitucionalidad.** (Negrillas de la Sala)

[...]

“CUARTO. - En nuestro sistema legal, quienes han tenido que satisfacer el gravamen complementario, impuesto por el precepto declarado inconstitucional, después de haber impugnado en vía administrativa y sede jurisdiccional dicho gravamen obteniendo sentencia firme que lo declara conforme a derecho, **no tienen otra alternativa, en virtud de lo dispuesto por el artículo 40.1 de la Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional, que ejercitar como en este caso ha procedido la entidad demandante, una acción por responsabilidad patrimonial, desviada del acto legislador, dentro del plazo fijado por la ley** (Negrillas de la Sala)

[...]

“Sin embargo, en los supuestos en que no exista el vallador de la cosa juzgada, cabe instar en cualquier momento la revisión del acto nulo de pleno derecho, en virtud de la declaración de inconstitucionalidad de la norma en que se basaba [...] sin perjuicio de que, como en el procesado terminado con nuestra sentencia de 13 de junio de 2000 (recurso 567/1998), el interesado promueva directamente la acción de responsabilidad patrimonial, derivada de actos del legislador, dentro del plazo legalmente establecido.”

En el fallo traído a colación, el TS señaló que ante el silencio del Tribunal Constitucional, frente a los efectos de la sentencia de inexecuibilidad, correspondía fijarlos al juez administrativo y además indicó con vehemencia que frente a la firmeza de las situaciones jurídicas derivadas de la ejecución de la ley, el particular no tenía otra opción que acudir ante la jurisdicción contenciosa administrativa, para demandar la reparación del daño causado con la ley.

Ahora bien, reseñados los rasgos generales del tratamiento que se le ha dado al tema en el derecho foráneo, conviene destacar la forma como nuestra jurisprudencia lo ha hecho, para así trazar un panorama general en torno al mismo.

4.1.2. Tratamiento del tema en la jurisprudencia contenciosa administrativa.

No empecé a la notoria disparidad de criterios, ha sido posible distinguir dos títulos de imputación en aquellos eventos en los que se ha declarado la responsabilidad del Estado en esta materia: i) daño especial y ii) falla en el servicio, siendo este

último - tal como sucedió en España, el que ha encontrado mayores problemas en su aplicación.

En el primer evento en el que el Consejo de Estado se pronunció sobre el tema, se demandó en acción de reparación directa, al departamento del Valle del Cauca por los perjuicios ocasionados con la expedición de la Ordenanza No. 025 del 2 de diciembre de 1981 y el decreto No. 0623 del 30 de marzo de 1982, en cuya virtud se creó el impuesto de consumo a licores extranjeros, y que posteriormente fueron anulados por la jurisdicción contencioso administrativa. En esa oportunidad, la Corporación, en sentencia del 18 de octubre de 1990, negó las pretensiones de la demanda, al concluir con fundamento en la jurisprudencia y la doctrina francesas, que la responsabilidad del legislador sólo procedía cuando él mismo lo autorizara en la respectiva ley:

"[...]Es verdad que el Consejo de Estado Francés en ciertas hipótesis excepcionales ha admitido la responsabilidad por el hecho de la ley, como ocurrió en el caso citado por el Profesor Rivero (ley 14 de enero de 1.983), *Sté des produits laitiers "La Fleurette"* Gr. Ar. p 244), pero ello ocurrió dentro del marco conceptual, que él destaca en su obra, así:

"a) La solución reposa en la INTERPRETACION DE LA VOLUNTAD DEL LEGISLADOR: el juez deduce, de su silencio, teniendo en cuenta las circunstancias, un consentimiento a la indemnización".

"b) La responsabilidad se basa en el principio de la igualdad de todos ante las cargas públicas - la ley impone, un pequeño número de particulares, identificables a pesar de la generalidad de los términos empleados, un perjuicio especial, en interés general. En el caso *La Fleurette*, la ley, en un conjunto de medidas destinadas a proteger la producción lechera amenazada por una caída de precios, prohibió la fabricación de productos susceptibles de reemplazar la leche para ciertos usos, lo cual no alcanzaba de hecho sino a un número reducido de empresas".

"c) El interés general en nombre de cual el sacrificio es impuesto se confunde con el interés colectivo de una categoría social o económica (en la sentencia *La Fleurette*, los productores de leche): Se acuerda una ventaja a unos imponiendo una carga a otros. Si la medida adoptada beneficia al conjunto de la colectividad, el juez duda, en principio, en indemnizar".

"d) Finalmente la actividad sacrificada no debe ser ni ilícita, ni inmoral, ni peligrosa para la colectividad

Esta jurisprudencia, muy notable en teoría, no tuvo durante mucho tiempo sino un alcance práctico muy limitado: no recibió, después de la sentencia *La Fleurette*, sino una sola aplicación (.E. 21 de enero de 1.944 *Caucheteux et Desmont*, Rec., p. 22). Luego el Consejo de

Estado afirmo el principio (10. de diciembre de 1.961, Lacombe, D., 1.962, p. - 89): lo aplicó en beneficio de un propietario que, habiendo obtenido un fallo de expulsión contra un inquilino cuyo hijo servía en Argelia, no había podido obtener la ejecución, por haber prohibido el legislador en ese tiempo tales expulsiones, imponiendo así a los propietarios cuyos inquilinos o miembros de su familia habían sido movilizados a Argelia, una carga especial, grave y excepcional (25 de enero de 1.963, Bovero, JCP, 1.963, No. 13.326, y la nota del decano Vedel). Algunos han visto en esta decisión ' una ampliación de la jurisprudencia anterior, y una admisión más franca de la responsabilidad del legislador. Pero la cuestión, desde entonces, no se ha planteado de nuevo al juez, lo que no permite confirmar esta interpretación optimista.

"Las soluciones que se acaban de analizar han sido recientemente trasladadas de la ley al tratado internacional: el Estado ha sido condenado a indemnizar a la víctima por un perjuicio grave y especial debido a una convención internacional.(C.E.,30 de marzo de 1.966, p. 381; 29 de octubre de 1.976, Burgat, A.J., 1.977, p. 56).".

En el sub - lite la interpretación de la voluntad del legislador no permite inferir que éste, teniendo en cuenta las circunstancias, tuviera la decisión de que se indemniza a los posibles damnificados con los efectos jurídicos producidos por la Ordenanza No. 025 de 2 de diciembre de 1.981 y el Decreto 0623 de 30 de marzo - de 1.982. Por lo demás, no se aprecia cuál podría ser el interés general de la comunidad en que se incrementara la oferta de licores en el departamento. Por el contrario, la conciencia ciudadana suele quejarse del estado cantinero, que nada hace para frenar la producción distribución y consumo de bebidas embriagantes. Por ello, en el caso en comento, bien puede concluirse que la normatividad, que a la postre resultó violatoria de la Constitución y la Ley, beneficiaba a el conjunto de la colectividad, por razones que no es necesario enumerar, pues fluyen con fuerza de convicción.

Los casos citados por Rivero, en que la jurisprudencia francesa ha aceptado excepcionalmente la responsabilidad por el hecho de las leyes, permiten concluir que, dentro de circunstancias distintas a las que se recogen dentro del presente proceso, bien podría abrirse paso, por la vía jurisprudencias, este nuevo frente de responsabilidad del estado legislador.

D) Para darle fuerza de convicción al proveído, La Sala desea destacar la filosofía que Georges Vedel expone en su Obra Derecho Administrativo como obstáculo para que la responsabilidad derivada de las leyes sea de recibo, a saber:

"En primer lugar, hay que excluir totalmente la falta como posible fundamento de la responsabilidad del Estado legislador, porque, por definición, en tal sistema, la ley no puede incurrir en falta, puesto que la norma jurídica se halla al margen de toda crítica directa o indirecta". (Negrillas de la Sala)

"Solo quedan, pues, como fundamentos posibles de la responsabilidad del Estado - legislador, **el riesgo o la igualdad ante las cargas públicas**. Pero, incluso en este terreno la responsabilidad del legislador tiene otro rasgo irreduciblemente específico: **en principio, corresponde al propio legislador apreciar si debe concederse reparación a los individuos que hayan sufrido un perjuicio como consecuencia de la ley; solo podrá, pues, concederse la reparación en virtud de disposiciones de la misma ley o, al menos con el tácito asentimiento del legislador**. Si este niega expresa o tácitamente todo derecho a reparación, el juez, obligado por la supremacía de la ley, debe inclinarse". (Negrillas de la Sala)

"Es, pues, un error ver en la responsabilidad derivada de las leyes un supuesto más de responsabilidad del Estado entre otros. Se trata de un régimen jurídico que se diferencia radicalmente, a pesar de algunas similitudes técnicas, del que preside la reparación de los daños causados por la acción administrativa del Estado. **En primer lugar, la actividad dañosa (la ley) queda fuera de toda crítica y no pueden alegarse contra ella ni la falta ni la violación del Derecho**. Además, **el autor del daño (el legislador) decide él mismo, expresa o tácitamente, si el daño debe o no ser reparado, y el juez, que no se hallaría vinculado por tal decisión si hubiese sido adoptada por una autoridad administrativa, está irrevocablemente vinculado por esta decisión del legislador**". (Negrillas de la Sala)

"Es decir, que la expresión "responsabilidad derivada de las leyes" tiene un sentido original; habría que hablar preferiblemente de un **régimen de reparación aceptado por el legislador**". (Subrayas de la Sala). (Biblioteca Aguilar, pag. 341)".

"La Sala reitera, pues, que dentro de la filosofía jurídica que se deja expuesta, es posible que, en una situación bien distinta a la que se registra en el presente proceso se abra paso un régimen de responsabilidad, que dé lugar a la indemnización de perjuicios por la actividad del Estado - Legislador, pero dentro del temperamento que se deja estudiado."²⁶

Son varios los aspectos a destacar del fallo que se viene de citar. En primer lugar, señala que son dos los conceptos en los que se fundamenta la responsabilidad del Estado - legislador: el riesgo o la igualdad ante las cargas públicas, excluyendo de manera categórica cualquier responsabilidad por falla en el servicio y señalando vehementemente que el legislador no puede incurrir en tal, en tanto la ley está exenta de toda crítica. A su vez, destaca que aún cuando concurra alguno de los dos supuestos en los que podría hablarse de responsabilidad del legislador, es él mismo quien decide de manera expresa o tácita si habrá lugar a la reparación del daño que cause con su actividad, decisión que vincula al juez administrativo.

²⁶ Sección Tercera. Sentencia del 18 de octubre de 1990. Expediente No. 5396. C.P. Julio César Uribe Acosta.

No cabe duda que esta postura a la luz de los principios consagrados en la Constitución y en especial de lo dispuesto en su artículo 90, carece de todo sentido hoy día, pues como se verá más adelante con mayor detalle, el legislador sí puede incurrir en falla en el servicio y si bien, existen ciertos casos en los que es la misma norma la que consagra el deber de reparar, como son las hipótesis de los artículos 58²⁷, 336²⁸ y 365²⁹ de la Carta Política, ello no obsta para que a través de las acciones ordinarias pueda obtenerse la indemnización de los perjuicios derivados de la expedición de una ley, aún cuando no haya sido autorizado por ella, máxime cuando a la luz de los más elementales principios de la responsabilidad, no tiene sentido que sea el mismo causante del daño, quien decida a su arbitrio si debe resarcir o no el perjuicio, pues tal prerrogativa situaría al administrado en una situación de franca desventaja.

En pronunciamiento del 25 de agosto de 1998, la Sección Tercera del Consejo de Estado dejó ver con más claridad la posibilidad de imputar responsabilidad al Estado a título de daño especial por la actividad legislativa, como consecuencia de

²⁷ ARTICULO 58. <Artículo modificado por el artículo 1o. del Acto Legislativo 1 de 1999. El nuevo texto es el siguiente:> Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica.

El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad.

Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa - administrativa, incluso respecto del precio.

²⁸ ARTICULO 336. Ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley.

La ley que establezca un monopolio no podrá aplicarse antes de que hayan sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de ella deban quedar privados del ejercicio de una actividad económica lícita.

²⁹ ARTICULO 365. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. **Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.**

la suscripción de un tratado internacional que confería inmunidad jurisdiccional a los agentes diplomáticos y que le impidió la accionante, demandar a un ciudadano norteamericano que trabajaba en la embajada de los Estados Unidos, a fin de que le resarciera los perjuicios ocasionados por la muerte de su cónyuge. En esa ocasión, la Corporación condenó a la Nación, en cabeza de los Ministerios del Interior³⁰ y de Relaciones exteriores por los hechos señalados, aclarando que no se debatía la responsabilidad del Estado por la muerte del ciudadano colombiano, sino por el hecho de haberle impedido a sus causahabientes, solicitar la reparación ante la justicia colombiana. Véase:

“[...] En estricto sentido y con la orientación que esta Sala otorga a este proceso, debe entenderse que lo afirmado por el tribunal no obsta para que en este proceso administrativo los damnificados con un fundamento fáctico distinto, (el desequilibrio de las cargas públicas ante la ley), acudan ante la jurisdicción contencioso administrativa en demanda contra el Estado Colombiano, con lo cual se asegura precisamente el acceso a la justicia nacional y al derecho que tiene todo ciudadano a demandar en reparación en igualdad de condiciones en su territorio y ante jueces nacionales.

“En síntesis debe tenerse presente que mientras en el fallido proceso ordinario el demandado era Edmund Scott y el daño, la muerte de César Julio Cuervo, en este proceso, el demandando es el Estado Colombiano y el fundamento es el desequilibrio de las cargas públicas ante la ley. Aquí, la muerte de Cuervo solo se tendrá en cuenta como factor objetivo para el cálculo de la indemnización a que haya lugar y no es materia de juicio la conducta de Scott.”³¹

A continuación en el fallo se precisó que, si bien, el Estado estaba facultado para suscribir los tratados que considerara convenientes para el cabal desarrollo de sus relaciones internacionales, ello no lo eximía de responder por los eventuales daños que se desprendieran de esa actividad, por lo que debía responder a título de daño especial:

“[...] Si bien el Estado colombiano es soberano para el manejo de sus relaciones internacionales, ello no obsta para que ante la jurisdicción contencioso administrativa colombiana pueda ser convocado a responder por las consecuencias de sus actos que como en el caso presente se trata de un acto complejo. Los privilegios que concede a Estados o a sus diplomáticos acreditados,

³⁰ Recuérdese que para la fecha en que se profirió la sentencia, conforme al artículo 149 del C.C.A., para efectos procesales, el Congreso de la República estaba representado por el Ministro de Gobierno.

³¹ Sección Tercera. Sentencia del 25 de agosto de 1998. Expediente No. IJ001. C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

corren a cargo de la Nación, y no sería equitativo que revertieran a cargo de una persona en particular.”

“Si del cumplimiento del Tratado, que como en el caso particular que nos ocupa deviene para los actores un perjuicio cuya autoría material radica en cabeza de un agente diplomático, la Nación Colombiana debe asumir las consecuencias patrimoniales derivadas del cumplimiento de sus obligaciones y respecto de las relaciones diplomáticas entre los Estados. Entonces, se encuentra claramente establecido el factor de imputación de la responsabilidad impetrada respecto del ente demandado por su titularidad jurídica exclusiva y excluyente para el manejo de las relaciones internacionales que constitucionalmente implican una operación compleja con participación de las tres ramas del poder público, a saber, el ejecutivo encabezado por el Presidente de la República a quien corresponde la dirección de las relaciones internacionales y por ende la negociación de los tratados; el legislativo que incorpora los tratados internacionales como texto de derecho interno mediante leyes y el judicial representado en el caso por la Corte Constitucional mediante el control automático que ejerce sobre dichas leyes.

“El ejercicio de la titularidad de las relaciones internacionales por parte del Estado implica una actuación suya cuyas consecuencias conforme al art. 90 de la C.P. deben ser por él asumidas y en el caso los afectados perdieron la oportunidad de demandar al autor material del daño y al propietario del vehículo automotor, todo lo cual justifica fehacientemente la responsabilidad patrimonial del Estado Colombiano en la especie.”

[...]

“En el sub-judice, estima la Sala, que **es pertinente aplicar el régimen de la responsabilidad por daño especial**, que es el que corresponde aplicar cuando por la actividad legítima del Estado se causa un daño. En el caso presente la incorporación a la legislación nacional del texto de la convención de Viena de fecha del 18 de abril de 1961, en desarrollo de una operación compleja de naturaleza pública consistente en la negociación y firma del dicho tratado, su incorporación como ley nacional y la sujeción a los controles jurisdiccionales de conformidad con la constitución y su aplicación produjo un daño consistente en el desequilibrio de las cargas públicas que los actores no deben soportar.” (Negrillas de la Sala)

[...]

“[...] Si excepcionalmente como en este caso y por un tratamiento de privilegio conferido por el Estado a una persona, atendidas sus calidades, se produce un desequilibrio en su favor y en contra de otro que resulta damnificado y sin la posibilidad de demandar con fundamento en el hecho dañino ante su juez natural, **es claro que hay un desequilibrio de las cargas públicas y que por ello el particular está habilitado para demandar al Estado en**

reparación con fundamento en su actuar complejo como ya se dijo.”³² (Negrillas de la Sala)

El 26 de septiembre de 2002, la Sección Tercera se refirió a la responsabilidad que podía atribuírsele al legislador por la expedición de una norma declarada inexecutable, haciendo alusión a los efectos de las sentencias de inexecutable y a la posibilidad de reparar los perjuicios ocasionados mientras la ley estuvo vigente. Se trató de un caso en el cual el municipio de Prado demandó ante la jurisdicción contenciosa, a fin de que se ordenara al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el pago de las sumas correspondientes a los ingresos de la concesión de telefonía móvil que había dejado de percibir mientras el artículo 5° de la ley 217 de 1995 permaneció vigente, hasta la fecha en que fue declarado inexecutable. Se negaron las pretensiones al considerar que toda vez que la Corte en la sentencia de inexecutable no dispuso que la misma tendría efectos retroactivos, no podía considerarse que los daños causados con anterioridad a esa declaratoria devenían en antijurídicos, haciendo énfasis en que sólo el Tribunal Constitucional estaba facultado para señalar los efectos de sus sentencias y no podía acudir a la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad para acceder a la reparación de los daños causados mientras la norma estuvo vigente:

“Podría pensarse, en principio, que la decisión de la Corte constituye un argumento suficiente para tornar indiscutible el planteamiento de la autoridad que, respecto de situaciones anteriores, advierte la incompatibilidad entre la norma aplicable y una disposición constitucional, por lo cual resultaría perfectamente viable la aplicación de la excepción.

“Considera la Sala, sin embargo, que no puede perderse de vista lo expresado por la misma Corte, en la sentencia C-113 de 1993, antes mencionada. En efecto, si los fallos de constitucionalidad expedidos por esa corporación tienen efectos de cosa juzgada *erga omnes* y ella es la única instancia competente para establecer los efectos de los mismos, debe concluirse que su pronunciamiento debe ser acatado por todas las autoridades públicas. En ese sentido, la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad encuentra límites en el pronunciamiento de la Corte Constitucional, guardiana suprema de la integridad y la supremacía de la Carta Fundamental.

[...]

“La decisión sobre los efectos de un fallo de constitucionalidad, en consecuencia, también tiene efectos de cosa juzgada *erga omnes*,

³² *Ibidem*

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. Si, como se dijo anteriormente, se trata de actos proferidos o situaciones consolidadas con posterioridad al fallo, éste simplemente debe acatarse, porque la norma en cuestión ha desaparecido del ordenamiento jurídico. **Si, en cambio, se trata de actos proferidos con anterioridad al mismo o de situaciones consolidadas antes de su pronunciamiento, aquéllos y éstas conservan su eficacia jurídica. Una conclusión diferente nos llevaría a concluir, necesariamente, que el fallo de constitucionalidad puede ser desconocido, en situaciones concretas, por las autoridades competentes para resolverlas.”**³³
(Negrillas de la Sala)

Llama poderosamente la atención de la Sala, lo expresado en los apartes finales del pronunciamiento al señalar que, si bien, es posible predicar responsabilidad por la actividad del legislador cuando se rompe el equilibrio ante las cargas públicas, no ocurre lo mismo frente a las situaciones que se consolidaron antes de que la norma fuera declarada inexecutable, cerrando de contera la posibilidad de atribuir responsabilidad a título de falla en el servicio. En efecto, se dijo:

“Se precisa, al respecto, que si bien esta Corporación ha aceptado la posibilidad de declarar la responsabilidad de la Nación por los perjuicios causados como consecuencia de la aplicación de normas constitucionales y legales, ella está referida a los casos en que el demandante demuestra que las mismas crean para él un desequilibrio frente a las cargas públicas, en relación con la situación en que se encuentran los demás ciudadanos³⁴. Es, entonces, en estos eventos, ese desequilibrio -que se materializa en un daño especial - lo que constituye el fundamento de la obligación de indemnizar que surge a cargo la Nación, la cual, por lo demás, debe ser representada en el proceso por el Presidente del Senado de la República, conforme a lo dispuesto en el artículo 149, inciso tercero, del Código Contencioso Administrativo.

“Muy diferente es la situación que se plantea en el caso que hoy ocupa a la Sala; en efecto, como se ha expresado, la pretensión de declaración de responsabilidad está sustentada en el no pago de unos dineros que, según lo afirma el apoderado del municipio demandante, se deben a éste último, situación que constituye una típica falla del servicio, referida concretamente a la aplicación de una norma contraria a la Constitución, esto es, el numeral 2.7 del artículo 1º de la Ley 168 de 1994, para definir la naturaleza de los recursos

³³ Sección Tercera. Sentencia del 26 de septiembre de 2002. Expediente No. 20945. C.P. Allier Eduardo Hernández.

³⁴ Ver, sentencias de la Sala Plena IJ 001 del 25 de agosto de 1998 e IJ002 del 8 de septiembre del mismo año.

recibidos por la concesión del servicio de telefonía móvil celular, antes de la declaratoria de inexecuibilidad de la misma. Así las cosas y dado que, según lo explicado, la contradicción con la Carta Política no existe con respecto a las situaciones consolidadas con anterioridad a la notificación del pronunciamiento de la Corte contenido en el fallo C-423 de 1995, ni puede ser válidamente declarada por el juez contencioso administrativo, es claro que aquella pretensión no puede prosperar.”³⁵

Esta línea de pensamiento ofrece los mismos reparos hechos al fallo del 18 de octubre de 1990, pues aunque la Corte fije los efectos del fallo, nada obsta para que el ciudadano pueda solicitar la reparación del daño ante el juez administrativo, no a título de restitución, sino de reparación. Sin duda alguna, la expedición de una norma que luego es declarada inexecutable, cualquiera sea su rango, constituye una falla en el servicio que genera un daño antijurídico, idea que será ampliada más adelante.

El pensamiento que precede adquiere mayor fuerza, si se tiene en cuenta que en proveído del 15 de mayo de 2003, la misma Sección Tercera se pronunció en sentido contrario al fallo del 26 de septiembre de 2002, señalando que la acción de reparación directa sí era procedente para obtener la indemnización frente a una norma declarada inexecutable, pues tal declaratoria ponía de manifiesto la existencia de una falla en el servicio. En esa ocasión se estudió la admisión de una demanda interpuesta contra la Presidencia de la República, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo rural y el Departamento Administrativo de la función Pública, por la expedición de los Decretos Ley 1064 y 1065 de 1999, que posteriormente fueron declarados inexecuibles mediante sentencia C-918 de 1999. Sobre el particular se dijo en el proveído:

“La elección de la acción de reparación directa fue adecuada, pues, como se desprende de lo dicho y de acuerdo con la narración de los hechos que motivaron la demanda, **una falla en la función legislativa (ordinaria y extraordinaria) generó los perjuicios aducidos por el actor.** (Negrillas de la Sala)

“Los efectos materiales causados por los actos declarados inexecuibles por la Corte, podrán ser reparados en caso de que se encuentren acreditados debidamente. Obviamente, tal inexecuibilidad no obliga al reconocimiento de lo pedido por el demandante, pues debe haber claridad, al menos, sobre su ocurrencia y cuantía.

³⁵ Ibídem

“En conclusión: la acción de reparación directa es procedente para obtener la indemnización de perjuicios causados por la aplicación de una norma que ha sido declarada inexecutable, pues tal declaración deja a la vista una falla en el ejercicio de la función pública. Por ello, la demanda no podía ser rechazada.”³⁶

En sentencia del 12 de junio de 2003 proferida por la Sección Cuarta en sede de acción de grupo, el Consejo de Estado señaló nuevamente que los perjuicios derivados de la ejecución de una ley que más tarde fue declarada inexecutable, no constituían un daño antijurídico, observación que se hizo en el marco de un asunto tributario en el que se solicitaba la restitución de la sumas pagadas en virtud del impuesto a las transacciones financieras, creado mediante el decreto 955 del 2000 y que fue declarado inexecutable por la sentencia C-1043 de 2000. En esa oportunidad pronunciamiento fue del siguiente tenor:

“De lo anterior se colige que la causa del presunto perjuicio alegado es la ley, por tanto del cumplimiento o de la aplicación en sí de la misma no se puede derivar un perjuicio, puesto que es obligatoria para todos los habitantes del país desde su promulgación (art. 52, C. de R. P. y M.), y al ejecutivo dentro de las funciones constitucionales asignadas le corresponde velar por la estricta recaudación y administración de las rentas dentro del marco fijado en la ley por el Congreso o en los actos excepcionales con fuerza de ley. Así las cosas, el alegado detrimento del patrimonio de los usuarios del sistema financiero no sería antijurídico, porque el impuesto contenido en las disposiciones antes señaladas era aplicable y su constitucionalidad o legalidad sólo es susceptible de controversia ante el juez competente mediante el ejercicio de las acciones ordinarias contenidas en el ordenamiento jurídico y de otro lado el efecto de las inexecutableidades declaradas se determinó expresamente hacia el futuro.

(...)

“En relación con la solicitud de aplicar la excepción de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 4° de la Carta, la Sala considera que en la presente acción no es aplicable, pues **declarada la inexecutableidad de las normas hacia el futuro, el efecto implica que los recaudos efectuados con fundamento en preceptos vigentes en tal momento, se apoyaron en la obligatoriedad de su aplicación, por lo que el alegado perjuicio no puede devenir en antijurídico.** (Negrillas de la Sala)³⁷

El 16 de agosto de 2007, la Sección Tercera señaló que la expedición de un acto administrativo contrario a la ley o a la Constitución, entrañaba una falla en el

³⁶ Auto del 15 de mayo de 2003. Exp. No. 23.245. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

³⁷ Sentencia del 12 de junio de 2003. Rdo. 25000-23-27-000-2002-00014-01(AG). C.P. María Inés Ortiz Barbosa.

servicio que generaba daños antijurídicos. En la sentencia se declaró patrimonialmente responsable al municipio de Pereira por los perjuicios causados por el cobro indebido del impuesto de telefonía básica conmutada, establecido en el acuerdo 51 de 2001, entre el tres de agosto de 2001 y el 31 de diciembre de 2003, como quiera tal acto fue declarado nulo por la jurisdicción contencioso administrativa. Se expusieron las siguientes razones:

“La declaración de nulidad del acto administrativo que sustentaba el impuesto de telefonía urbana **configura una falla del servicio de la cual se deriva el daño antijurídico, cuya indemnización se solicita en la demanda.** En efecto, dicha declaración convierte el pago de dicho impuesto en un pago indebido, **dado que la declaración de nulidad de un acto administrativo, es, en sí misma, constitutiva de una falla del servicio.** Mantener lo pagado indebidamente, por los miembros del grupo, en el patrimonio de la entidad demandada configuraría un enriquecimiento injustificado, y contrario a la ley, en su favor [...] (Negrillas de la Sala)

[...]

“Parafraseando las citas anteriores **es claro que las autoridades públicas se encuentran sometidas al imperio de la Constitución y la ley; de llegarse a conculcar dicha obligación se puede causar un daño antijurídico, imputable a la administración bajo el título de falla del servicio. El deber de indemnizar que surge de tal título no admite excepción alguna, como bien lo ha interpretado la Sala, al aplicar el artículo 90 de la Constitución Política.**” (Negrillas de la Sala)³⁸

Sin embargo, en sentencias del 24 de abril de 2013, la Subsección se pronunció sobre la responsabilidad del legislador por las leyes declaradas inconstitucionales, señalando que en ese evento se configura una falla en el servicio y pese a que los efectos de las sentencias de inexecutable rigen hacia el futuro, nada le impide al juez de lo contencioso administrativo, ordenar la reparación de los perjuicios ocasionados con la expedición de la norma. Véase:

“(III) El tercer evento, y al cual reviste mayor importancia en el *sub judice* puesto que es el que sustenta las pretensiones de la parte actora, es cuando la obligación de responder se genera por una norma declarada inconstitucional por la autoridad competente para ello.

“Conforme al artículo 45 de la Ley 270 de 1996, LEAJ, las sentencias que profiere la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control, tienen efectos hacia futuro excepto que la misma Corporación resuelva lo contrario. Así las cosas, la regla

³⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, exp. 23245, M.P. Alier E, Hernández Enríquez.

general es que los pronunciamientos de constitucionalidad de una norma tenga efectos *ex nunc* y solo, de manera excepcional y cuando la Corte expresamente lo señale sus decisiones surtirán efectos retroactivos, *ex tunc*. En este último evento, será entonces el mismo tribunal constitucional quien deberá determinar las consecuencias de retrotraer las cosas al estado anterior a la vigencia de la norma inexecutable y si es del caso fijar las indemnizaciones a que haya lugar.

“Sin embargo, si el juez constitucional guarda silencio en este aspecto, la Sala considera que nada obsta para que sea el juez contencioso administrativo quien establezca las repercusiones que el retiro retroactivo del precepto retirado del ordenamiento puedan tener frente a aquellos afectados por la norma y ordenar las reparaciones pertinentes.

“En el acontecimiento planteado, el título de imputación será el de la falla de servicio, sin que haya lugar a distinguir entre la inexecutable por vicios de fondo o de procedimiento, puesto que el legislador no cumplió a cabalidad su tarea ora porque vulneró el ordenamiento suprallegal y desconoció principios o preceptos de carácter constitucional, ya sea porque se inobservaron las normas propias que rigen el proceso de adopción de las leyes, y la prueba de la misma no será otra que la sentencia mediante la cual se declara a la norma inconstitucional.

“Se itera pues, que al Congreso de la República o al Presidente cuando revestido de facultades extraordinarias tiene estas competencias, como a cualquier otra autoridad pública les corresponde respetar la Constitución al ejercer las funciones para las cuales fueron investidas y si en desarrollo de las mismas faltan a ese deber, deben entonces indemnizar los perjuicios irrogados a los administrados.”³⁹

Finalmente, en sentencia del 29 de enero de 2014, la Subsección “A”, se pronunció en el mismo sentido, en un caso similar al *sub judice*, sosteniendo que los daños que se causen mientras la ley declarada inexecutable permaneció vigente, son antijurídicos:

“Ahora bien, aunque resulta cierto que la modulación de los efectos de la sentencia de inexecutable podría llegar a tener consecuencias en cuanto a la determinación del momento a partir del cual se debe computar la caducidad de la acción o en punto a la cuantificación del perjuicio, en la medida en que desde la ejecutoria de la sentencia que ordena la expulsión del ordenamiento de la norma creadora del tributo se debe comenzar el cómputo de los dos años que el ordenamiento jurídico establece para la presentación oportuna de la demanda de reparación directa y, por otro lado, dicha exclusión frena los efectos nocivos que la aplicación de la referida disposición normativa puede llegar a tener frente al patrimonio de los

³⁹ Expedientes 28.221 y 27.720, C.P. Olga Mélida Valle de la Hoz.

particulares, no es menos cierto que de manera alguna podría considerarse que los efectos hacia el futuro de la sentencia de inexecuibilidad tendrían por virtud o por efecto el saneamiento de las situaciones particulares que se concretaron con ocasión de la aplicación de una norma declarada contraria a la Constitución Política, puesto que ellas revisten el carácter de antijurídicas.”⁴⁰

4.1. Con fundamento en los pronunciamientos traídos a colación, que proveen una visión general de la forma como se ha tratado el tema en la doctrina, el derecho comparado y nuestra jurisprudencia contencioso administrativa, se tiene que el Estado podría responder por los daños causados en el ejercicio de su competencia reguladora, bien sea cuando éstos se deriven de la expedición de una norma ajustada al ordenamiento superior, siempre y cuando quien lo padece no tenía en principio por qué sufrirlos; o todo lo contrario, cuando se origine en una disposición que es declarada nula o inexecutable según el caso, advirtiendo que en el primer evento, el daño será imputable a título de daño especial y en el segundo, de falla en el servicio. Como bien puede verse y ya se puso de manifiesto *ab initio*, no han sido uniformes los pronunciamientos en torno al tema, especialmente cuando del régimen de falla se trata, pues ningún tropiezo se ha presentado - al menos en Colombia - en relación a declarar la responsabilidad a título de daño especial.

Llama la atención, que cuando se está frente a leyes en sentido estricto, es decir aquellas expedidas por el Congreso, la jurisdicción contencioso administrativa ha sido mucho más temerosa al momento de dar por acreditada la existencia de una falla en el servicio, mientras que tratándose de leyes en sentido material, como es el caso de los actos administrativos declarados nulos, no han sido mayores los reparos u objeciones al respecto, diferenciación que carece de sentido, lógica y *sindéresis*, pues como se explicó en acápites precedentes, todos son actos expedidos por el Estado en ejercicio de su función reguladora y se caracterizan por ser generales, impersonales y abstractos. Al respecto, el profesor Parada Vásquez, manifestó sobre los daños originados en una ley que ha sido declarada inexecutable, que “deben ser indemnizados en la forma y medida en que lo son los originados por una disposición reglamentaria que se declare ilegal [...]”.⁴¹

De manera pues que no hay razón alguna para distinguir entre los daños producidos por una norma u otra, ya que en ninguno de los dos supuestos se

⁴⁰ Expediente 26.689 C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁴¹ Parada Vásquez, citado en Concheiro, J. (2001). Responsabilidad patrimonial del Estado por la declaración de inconstitucionalidad. Madrid. Ed. Dijusa. P. 341.

estaría atentando contra la institución de la cosa juzgada, lo que ocurre es que en el caso de los daños derivados del reglamento o acto administrativo que ha sido declarado nulo, quien está llamado a reparar el daño es por regla general el mismo sujeto que lo expidió; mientras que en el caso de las leyes declaradas inexequibles, el llamado a responder patrimonialmente es el legislador, pese a no haber ejecutado la norma, justamente por ser el creador del precepto inconstitucional. De allí se sigue como conclusión que el factor de imputación no está constituido por la ejecución de la norma inconstitucional, sino por su creación y expedición. Sostener lo contrario sería permanecer en el sistema conceptual que exigía únicamente la existencia del nexo causal directo para atribuir el daño, que ya ha sido ampliamente superado.

Lo anterior reviste especial relevancia, cuando se trata de leyes que versan sobre aspectos tributarios, por medio de las cuales se establecen impuestos o tasas y posteriormente son declaradas inexequibles, pues *prima facie* tiende a pensarse que el llamado a resarcir el daño, no es el autor de la ley, sino quien recaudó el tributo, conclusión que está alejada de la realidad, comoquiera que aquel que recauda el pago no es más que un agente del Estado que obra de buena fe y se encarga de hacer cumplir la ley. Esta conclusión tiene su fundamento en el hecho de que no fue el recaudador del impuesto o tasa, quien creó la ley contraria a la Constitución, hecho que constituye la falla en el servicio y por lo tanto, en modo alguno puede imputársele el daño derivado de esa falla, pues de ser así se estaría confundiendo la reparación con la restitución, advirtiendo que la primera siempre estará a cargo de aquel a quien le sea imputable el daño.

Es así como la misma Corte Constitucional, en sentencia C-038 de 2006, en la que se pronunció sobre la exequibilidad del artículo 86 del decreto 01 de 1984 - C.C.A.-, señaló que la responsabilidad patrimonial del Estado derivada de los hechos del legislador, se encuentra expresamente contemplada en el artículo 90 de la Constitución y aclaró que aunque en ella se consagran varios supuestos en los que la actuación del legislador da lugar a la respectiva reparación de quienes puedan verse perjudicados con la misma, ello no excluye la posibilidad de imputar el daño por otros eventos derivados de la misma actividad reguladora del Estado. Véase:

“De este modo la responsabilidad patrimonial del Estado por los hechos, acciones u omisiones imputables al Poder Legislativo está expresamente contemplada en el artículo 90 constitucional, pues

cualquier otra posibilidad sería abiertamente inconstitucional desde la perspectiva del Estado Social de Derecho y de los principios y valores que rigen nuestro ordenamiento constitucional tales como la solidaridad, la igualdad, la justicia material y la supremacía de la Constitución. Principios que cristalizaron en el ordenamiento jurídico colombiano y que encontraron una de sus expresiones en la disposición constitucional en comento. No sobra advertir que la Constitución establece expresamente determinados supuestos de obligación reparatoria por la actuación del Legislador, tales como la figura de la expropiación⁴², la obligación de indemnizar cuando se establece un monopolio⁴³ o cuando el Estado decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos⁴⁴.

Lo anterior no significa que la responsabilidad del Estado legislador se vea circunscrita exclusivamente a los anteriores eventos o a los supuestos de declaratoria de inconstitucionalidad de las leyes, pues como ya se ha dicho su fundamento estriba en la noción de daño antijurídico, la cual como se ha reiterado a los largo de esta decisión

⁴² El artículo 58 constitucional modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 1991, contempla:

Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultare en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica.

El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad.

Por motivos de utilidad pública o interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Este se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa-administrativa, incluso respecto del precio.

⁴³ **ARTICULO 336.** Ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley.

La ley que establezca un monopolio no podrá aplicarse antes de que hayan sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de ella deban quedar privados del ejercicio de una actividad económica lícita.

La organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos estarán sometidos a un régimen propio, fijado por la ley de iniciativa gubernamental.

Las rentas obtenidas en el ejercicio de los monopolios de suerte y azar estarán destinadas exclusivamente a los servicios de salud.

Las rentas obtenidas en el ejercicio del monopolio de licores, estarán destinadas preferentemente a los servicios de salud y educación.

La evasión fiscal en materia de rentas provenientes de monopolios rentísticos será sancionada penalmente en los términos que establezca la ley.

El Gobierno enajenará o liquidará las empresas monopolísticas del Estado y otorgará a terceros el desarrollo de su actividad cuando no cumplan los requisitos de eficiencia, en los términos que determine la ley.

En cualquier caso se respetarán los derechos adquiridos por los trabajadores.

⁴⁴ **ARTICULO 365.** Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.

descansa en los principios de solidaridad y de igualdad, y no en la idea de la actividad ilícita del Legislador, entendida como tal las actuaciones contrarias a la Constitución.

Por lo tanto determinar el régimen particular de la responsabilidad del Estado legislador, o si se prefiere los títulos de imputación del daño antijurídico a la actuación u omisión del Congreso de la República, es una tarea que en todo caso corresponde precisar al propio Legislador en ejercicio de su potestad configuradora y a la jurisprudencia contencioso administrativa, como juez especializado en la materia. Al respecto resulta particularmente ilustrador observar la evolución de la figura desde la perspectiva del derecho comparado y en la jurisprudencia contencioso administrativa colombiana.”

Y a continuación, al referirse al derecho comparado, la Corte hace alusión al tratamiento que ha recibido el tema en el derecho español, así:

“Curiosamente, el supuesto al parecer más claro de responsabilidad patrimonial del Estado por actuación del Legislador: la indemnización de las lesiones patrimoniales causadas por una ley declarada inconstitucional, sería el último en ser reconocido por la jurisprudencia. En una serie de sentencias del año 2000⁴⁵, el Tribunal Supremo Español ha reconocido y declarado el derecho a la indemnización por responsabilidad del Estado-Legislador derivado de la aplicación de una ley inconstitucional.

“Las razones que llevan al máximo órgano de la jurisdicción ordinaria española a deducir tal responsabilidad, parecen tan lógicas y evidentes que sorprende que no hubiesen sido acogidas mucho antes. Pues en estos casos **el Tribunal presenta la obligación de indemnizar a cargo del Estado como una consecuencia necesaria de ese principio básico y esencial para cualquier ordenamiento basado en una Constitución dotada de auténtica eficacia normativa, el de constitucionalidad, que reclama el sometimiento del legislador a la norma superior:** (Negrillas de la Sala)

“[C]iertamente, el Poder Legislativo no está exento del sometimiento a la Constitución y sus actos –leyes - quedan bajo el imperio de tal norma suprema. En los casos donde la Ley vulnere la Constitución, evidentemente el Poder Legislativo habrá conculcado su obligación de sometimiento, y la antijuridicidad que ello supone traerá consigo la obligación de indemnizar. Por tanto, la responsabilidad del

⁴⁵ Se trata de las sentencias del 29 de febrero, 13 de junio, 15 de julio y 30 de septiembre de 2000 proferidas por la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo en resolución de los recursos interpuestos por diversas personas y entidades contra los acuerdos del Consejo de Ministros que desestimaron sus solicitudes de indemnización por responsabilidad del Estado Legislador. Los perjuicios, según los recurrentes derivaban del cobro del gravamen complementario sobre la tasa fiscal del juego, establecido por el artículo 38.2.2 de la Ley 5/1990 y declarado inconstitucional y nulo por la Sentencia del Tribunal Constitucional 173 de 1996.

Estado-legislador puede tener (...) origen en la inconstitucionalidad de la Ley.

“[P]or definición, la ley declarada inconstitucional encierra en sí misma, como consecuencia de la vinculación más fuerte de la Constitución, el mandato de reparar los daños y perjuicios concretos y singulares que su aplicación pueda haber originado (...) Existe, en efecto, una notable tendencia en la doctrina en el derecho comparado a admitir que, declarada inconstitucional una ley, puede generar un pronunciamiento de reconocimiento de responsabilidad patrimonial cuando aquella ocasione privación o lesión de bienes, derechos o intereses jurídicos protegibles⁴⁶”.

“La responsabilidad patrimonial por actuación del órgano representativo tiene origen, entonces, en la vulneración de la Constitución, la cual dado su carácter de norma suprema, vincula al Legislador en su actuación. Esta tipo de responsabilidad, guardaría semejanza con la responsabilidad de la Administración por la expedición de reglamentos ilegales, pues el deber de indemnizar tiene como requisito previo la declaratoria de inconstitucionalidad -o de ilegalidad en el caso de los reglamentos - de la disposición generadora del perjuicio.” (Negrillas de la Sala)

Se destaca en ese orden como en la jurisprudencia del ordenamiento español, la antijuridicidad del daño proviene justamente del hecho de que el legislador, al expedir una norma que es declarada inexecutable, pone de manifiesto su falta de sometimiento a la Constitución. La violación de ese deber, constituye entonces el juicio de reproche sobre el cual se estructura la *imputatio iuris* del daño.

Bajo esa lógica y perspectiva, se tiene 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, que constituye la piedra angular de nuestro ordenamiento jurídico. No cabe duda que la expedición de una norma con tales características y que luego es declarada inexecutable, constituye *per se* una falla en el servicio que puede generar un daño antijurídico y ello se dice, por cuanto los ciudadanos - y es apenas lógico-, esperan legítimamente, con base en el principio de confianza legítima, que el legislador expida normas que se ajusten al texto constitucional.

Ahora bien, de los diversos pronunciamientos y reflexiones doctrinales traídos a colación, se infiere que el principal argumento para negar la existencia de responsabilidad, es el hecho de que los efectos de las sentencias de

⁴⁶ STS de 29 de febrero de 2000 FJ 4º.

inexequibilidad de la Corte Constitucional, son *ex nunc* y sólo cuando esta señala lo contrario, pueden derivarse de ellas efectos hacia el pasado o *ex tunc*⁴⁷, afirmación que sustentan quienes la respaldan, en el artículo 45 de la ley 270 de 1996-LEAJ-, según el cual, "*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*". De acuerdo con la sentencia C-037 de 1996, que revisó la

⁴⁷ El primer evento en el cual la Corte le dio efectos retroactivos a una sentencia de inexequibilidad, fue el de la C-149 de 1993, en el que se declararon inexequibles los artículos 16, 17 y 18 de la ley 6° de 1992, por los que se autorizó al Gobierno Nacional para emitir títulos de deuda pública interna hasta por una \$270.000.000.000, denominadas "BONOS PARA DESARROLLO SOCIAL Y SEGURIDAD INTERNA (BDSI)". La Corte consideró que en realidad se trataba de la creación de un gravamen de carácter tributario, con efectos retroactivos, por lo que con el fin de restablecer el equilibrio y los derechos de quienes se habían visto perjudicados con la aplicación de las disposiciones señaladas, ordenó al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, devolver a los contribuyentes las sumas pagadas:

"Por otra parte, teniendo en cuenta que al momento de proferir este fallo la mayor parte del tributo que se ha encontrado opuesto a la Constitución ya fue recaudada, con el objeto de realizar la justicia querida por el Constituyente volviendo las cosas al estado anterior al quebranto de los preceptos superiores y en busca de la prevalencia del derecho sustancial (artículo 228 C.N.), se ordenará al Ministerio de Hacienda y Crédito Público la inmediata devolución de las sumas pagadas por los contribuyentes.

"Este reintegro resulta apenas natural pues, de no ser así, siendo contrarios a la Carta los preceptos que autorizaban la colocación de los bonos, se tendría un enriquecimiento sin causa para el Estado y un perjuicio injustificado para los contribuyentes, quienes no están obligados a transferir recursos al erario sino en los casos y por los motivos que disponga la ley. Desaparecida ésta, pierde fundamento el pago y, por ende, si se hubiere efectuado, debe ser restituido para realizar el principio de justicia y hacer operante y vigente el orden justo al que aspira la Constitución. Además, la aludida consecuencia se apoya en el principio de la buena fe.

"No desconoce la Corte que el gobierno al proponer el tributo y el Congreso al aprobar las disposiciones en referencia, tuvieron en cuenta importantes finalidades de interés colectivo, especialmente en las áreas de desarrollo social y seguridad interna, que dieron precisamente su nombre a los bonos cuya emisión se autorizaba.

"Pese a ello, esta Corporación no tiene a su cargo la evaluación de si son convenientes, oportunos o benéficos los propósitos buscados por las normas que se someten a su juicio, sino el estudio y decisión objetivos acerca de la constitucionalidad de las mismas. Es, pues, el medio y su viabilidad a la luz del orden superior lo que cae dentro de la órbita de competencia de la Corte, no los fines a los cuales él está encaminado.

"Lo anterior resulta todavía más claro si se considera que en el presente caso el Congreso habría podido establecer, dentro del ámbito de sus atribuciones legislativas, otros mecanismos que se hubieran enmarcado dentro de la preceptiva constitucional, para alcanzar las metas propuestas, sin necesidad de esquivar el perentorio mandato que prohíbe la retroactividad de la tributación usando el expediente inconstitucional de dar al impuesto creado la apariencia de inversión forzosa."

constitucionalidad del articulado de la mencionada ley, sólo ella tiene competencia para fijar los efectos de las sentencias, por lo que por regla general las mismas sólo surten efectos a partir de su expedición. Es pertinente precisar que inicialmente el artículo 45 de la LEAJ, sí contemplaba varios supuestos en los que las sentencias de inexecutable debían ser tener efectos ex tunc, consagrándose expresamente la posibilidad de demandar la reparación de los perjuicios.⁴⁸ Sin embargo, los mismos fueron declarados inexecutable por la Corte, en la aludida sentencia, en la que se reiteraron los argumentos expuestos en la C-113 de 1993:

“Pero, fuera del poder constituyente, ¿a quién corresponde declarar los efectos de los fallos de la Corte Constitucional, efectos que no hacen parte del proceso, sino que se generan por la terminación de éste? Únicamente a la propia Corte Constitucional, ciñéndose, como es lógico, al texto y al espíritu de la Constitución. Sujeción que implica tener en cuenta los fines del derecho objetivo, y de la constitución que es parte de él, que son la justicia y la seguridad jurídica.

“En conclusión, sólo la Corte Constitucional, de conformidad con la Constitución, puede, en la propia sentencia, señalar los efectos de ésta. Este principio, válido en general, es rigurosamente exacto en tratándose de las sentencias dictadas en asuntos de constitucionalidad.

⁴⁸ Prescribía la norma en mención:

“Excepcionalmente la Corte podrá disponer que las Sentencias tengan efecto retroactivo en los siguientes casos:

1. Cuando de la aplicación general de la norma se pueda llegar a irrogar un daño irreparable de cualquier naturaleza que no guarde proporción con las cargas públicas que los asociados ordinariamente deben soportar y que entrañe manifiesta inequidad;
2. Cuando se deba preservar el principio constitucional de favorabilidad o garantizar la efectividad de los derechos fundamentales; y,
3. Cuando se este en presencia de los actos a que se refiere el artículo 149 de la Constitución Política.

“En el evento en que el fallo deba tener efecto retroactivo, la Corte fijará con precisión el alcance del mismo en la parte resolutive de la sentencia. Conforme a la apreciación de los elementos de juicio disponibles, la concesión de efectos retroactivos no se debe traducir en la afectación negativa de situaciones jurídicas consolidadas en cabeza de personas que han obrado de buena fe.

“En todo caso, frente a la vulneración de un derecho particular y concreto, el restablecimiento del derecho o la reparación directa solo podrán ordenarse por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, previo el ejercicio de las acciones pertinentes contra los actos administrativos expedidos con fundamento en la norma que haya sido declarada inexecutable o con motivo de las actuaciones cumplidas por la administración en vigencia de ésta, respectivamente.”

La Corte Constitucional se basó en el principio de seguridad jurídica para justificar el hecho de que las sentencias de constitucionalidad sólo puedan tener efectos hacia el futuro. Sobre el particular, considera la Sala que pese a ser ello cierto, no obsta para que pueda accederse a la reparación del perjuicio, toda vez que una cosa es la intangibilidad de las situaciones jurídicas consolidadas antes de la declaratoria de inconstitucionalidad y otra muy diferente, es el deber que tiene el legislador de reparar el daño que ha causado con su actuación; se trata de situaciones jurídicas autónomas e independientes entre sí. De ello se sigue una consecuencia lógica, y es que el daño no es imputable a quien ejecutó la ley, sino a quien la creó. En ese orden de ideas, se tiene que el recelo a aceptar la responsabilidad del Estado - legislador en estos eventos, obedece a una interpretación equivocada del artículo 45, que confunde la intangibilidad de la cosa juzgada, con la imposibilidad de reparar los perjuicios, cuando en realidad estas figuras no son excluyentes entre sí.⁴⁹

En este punto resulta bastante ilustrativo lo señalado por la Corte en sentencia C-066 de 1997, en la que declaró exequible el artículo 38 de la ley 142 de 1994⁵⁰ y dejó ver con claridad que aunque la declaratoria de nulidad de un acto administrativo, sólo tenga efectos hacia el futuro, no es un obstáculo para solicitar la reparación de los daños ocasionados con el mismo:

“Califica el actor como irracional la parte del artículo 38 de la ley objeto de control que limita los efectos de la declaratoria de nulidad, única y exclusivamente hacia el futuro, argumentando que ello significa que el restablecimiento del derecho o la reparación del daño solamente proceden hacia adelante, a partir del momento en que la jurisdicción contencioso administrativa profiera el fallo, lo cual, en su sentir, no se aviene con lo dispuesto en el artículo 90 constitucional. También ataca la segunda parte del artículo diciendo que si la buena fe se presume, *"declarada la NULIDAD de un acto o contrato, éstos de todas maneras pueden quedar vigentes cuando hayan sido celebrados de buena fe...Por lo tanto,...la jurisdicción contencioso*

⁴⁹ Para una mayor ilustración, ocurre lo mismo en los eventos de error judicial, en los que si bien no se revoca la providencia que contiene el error, sino que la cosa juzgada permanece incólume, la jurisdicción contencioso administrativa sí puede ordenar el reconocimiento de los perjuicios derivados de ésta, quedando claro que una cosa es preservar intactas las situaciones jurídicas consolidadas y otra, resarcir el perjuicio.

⁵⁰ La norma en mención prescribe:

ARTÍCULO 38. EFECTOS DE NULIDAD SOBRE ACTOS Y CONTRATOS RELACIONADOS CON SERVICIOS PÚBLICOS. La anulación judicial de un acto administrativo relacionado con servicios públicos sólo producirá efectos hacia el futuro. Si al declararse la nulidad se ordena el restablecimiento del derecho o la reparación del daño, ello se hará en dinero si es necesario, para no perjudicar la prestación del servicio al público ni los actos o contratos celebrados de buena fe.

administrativa tendría que entrar a demostrar la MALA FE (o quien ejerza la respectiva acción contractual...) a fin de poder proferir el fallo de ANULACION".

“No encuentra la Corte fundamento alguno que sirva para declarar la inexecutable del artículo 38 *sub júdice*, a partir de los argumentos esgrimidos por el demandante. Como sucede con la disposición anteriormente examinada, el artículo 38 de la ley 142 de 1994 consagra dos supuestos de hecho: primero, la sola anulación de los actos administrativos relacionados con los servicios públicos domiciliarios; y segundo, las consecuencias posibles de tal determinación jurisdiccional, es decir, el restablecimiento del derecho o la reparación del daño. En cuanto al primero, **efectivamente la ley restringe el ámbito temporal de la anulación de los actos administrativos al momento de su declaratoria y hacia adelante, exclusivamente, con el fin de que todas las actuaciones consolidadas antes de la misma queden incólumes. Hasta aquí nada ha dicho el legislador sobre las posibles condenas patrimoniales, restablecimiento de derechos o reparación de daños a que haya lugar, sino simplemente se ha referido a la desaparición del acto anulado, a su exclusión del mundo jurídico, lo cual, se repite, sucede desde el momento en que así lo disponga la jurisdicción competente y hacia el futuro.** (Negrillas de la Sala)

“Otra cosa sucede en relación con las consecuencias a que puede llevar la anulación de un acto administrativo, segundo supuesto de hecho del artículo 38, cuya lectura, contraria a la efectuada por el actor, en ningún momento limita la reparación o el restablecimiento a los daños causados o derechos conculcados después de la declaratoria de nulidad. No. Precisamente el legislador, previendo esta segunda posibilidad, separó la redacción de la norma buscando, de una parte, garantizar la estabilidad y seguridad jurídica en los asociados con la intangibilidad de las actuaciones amparadas por un acto administrativo posteriormente declarado nulo; y de otra, que los daños antijurídicos o los derechos cuya materialización o vulneración se desprendan de dicha declaratoria, puedan ser reparados o restablecidos, no desde el momento en que se profiera el fallo y hacia adelante únicamente, sino desde su efectiva verificación, incluso si ella se retrotrae a un momento anterior a la expedición del fallo. Luego, **son diferentes los efectos en el tiempo de la anulación de los actos administrativos, que por orden del legislador solamente pueden ser *ex nunc*, y las consecuencias de la misma en cuanto a la reparación de daños o el restablecimiento de derechos que, dependiendo de las circunstancias, pueden tener efectos *ex tunc*, con lo cual, en manera alguna, el legislador ha desbordado lo prescrito en el artículo 90 constitucional.**” (Negrillas de la Sala)

Si bien, es cierto, la sentencia en cita que precede se refiere a la declaratoria de nulidad de un acto administrativo y no a la inexecutable de una ley, conforme a lo que se ha venido exponiendo, para los efectos del tema que ocupa la atención de la Sala, la distinción carece de relevancia, toda vez que ambos son actos

expedidos por el legislador en sentido material, como una expresión de la competencia creadora de normas del Estado, en su dimensión más amplia. En consecuencia, los razonamientos expuestos en la sentencia, tienen plena aplicación cuando es el Congreso quien expide una ley contraria a la Constitución, y de ellos se concluye que la cláusula que establece que las sentencias de inexequibilidad sólo tienen efectos hacia el futuro, no tiene como propósito impedir el acceso a la reparación del daño o negar la existencia de responsabilidad del legislador y menos la antijuridicidad de aquél, sino que pretende imprimirle estabilidad y seguridad a las relaciones que ya se consolidaron con fundamento en la disposición que fue expulsada del ordenamiento jurídico, las cuales permanecerán incólumes, pero quedando siempre la posibilidad de que quien se vio afectado con la norma pueda acudir al juez administrativo para que este ordene al creador de la misma resarcir los perjuicios, pues, se itera, aceptar lo contrario sería legitimar los efectos nocivos que una norma contraria a la Constitución produzca, situación que no puede avalarse en un Estado social de derecho, que está gobernado por la supremacía constitucional como principio orientador.

Lo señalado encuentra sentido, y cobra vigencia toda vez que si bien la declaratoria de inexequibilidad de la norma es posterior a su expedición, desde un comienzo devino en inconstitucional, comoquiera que la contradicción frente a la Carta Política siempre estuvo presente, por lo tanto cualquier daño originado en su aplicación tiene el carácter de antijurídico, y por lo tanto es indemnizable.

En modo alguno puede señalarse que el juez contencioso administrativo carece de jurisdicción para juzgar los actos del legislador y que al condenarlo a reparar el daño se está supliendo su voluntad y por lo tanto usurpando sus funciones, pues el operador judicial simplemente se limita a verificar los presupuestos de responsabilidad del artículo 90, esto es, la existencia de un daño antijurídico y la imputación del mismo y en ningún momento ejerce un control sobre la constitucionalidad del precepto. Esta crítica parte del supuesto de que es el mismo legislador quien desde la expedición de la ley debe autorizar la indemnización de los daños que cause con aquella, sin embargo, en los casos de disposiciones declaradas inexequibles, ¿cómo exigirle tal actuación si no pudo avizorar la producción del daño antijurídico desde un comienzo? Es por ello que se concluye de manera contundente, que el ordenar la reparación, el Juez no incursiona en la órbita de las competencias de la rama legislativa, pues no está creando ni

modificando una ley, simplemente está corrigiendo una situación que el particular no estaba en la obligación de soportar, cual es al fin de cuentas la esencia y el fin último del medio de control de reparación directa.

Se reitera entonces, que la declaratoria de inexecutable equivale a la falla en el servicio, sin importar si la misma obedece a razones de forma o de fondo, toda vez que en ambos casos el legislador infringió una norma de orden superior.

Ahora bien, la discusión así planteada se concentra en la determinación y delimitación del daño antijurídico cuando el mismo proviene de una ley declarada inexecutable; en efecto, como se ha señalado *in extenso* en líneas anteriores, la tesis que niega la posibilidad de configuración de responsabilidad en estos eventos, argumenta que: i) si la sentencia de inexecutable no tiene efectos retroactivos no podría hablarse de antijuricidad o daño injusto porque la persona estaría obligada a soportarlo, y ii) tampoco se podría reparar esa alteración negativa puesto que ya existirían situaciones jurídicas consolidadas.

En relación con el primer fundamento, se ha sostenido que no son equiparables los escenarios de responsabilidad por el hecho de la ley declarada inexecutable frente a los derivados del acto administrativo nulo porque, *prima facie*, los efectos de las sentencias de nulidad son retroactivos, hacia el pasado o *ex tunc* (desde siempre), mientras que los primeros, se itera, por regla general, serían efectos hacia futuro o *ex nunc* (desde ahora). Así las cosas, el razonamiento parte de la premisa de que si la sentencia de inconstitucionalidad no moduló los efectos hacia el pasado todas las situaciones jurídicas que se desprendieran de la misma – incluida la responsabilidad– se encontrarían cubiertas por un halo de juricidad, lo que impediría la configuración del primer elemento de la responsabilidad a la luz del artículo 90 de la Constitución Política.

La Sala no comparte los argumentos expuestos y, por el contrario, fija su posición en la materia para concluir que los daños provenientes del hecho de la ley –bien por omisión legislativa, por la ley executable o constitucional, y por la ley declarada inexecutable, con independencia de los efectos del fallo del tribunal constitucional– son de naturaleza antijurídica y, consecuentemente, reparables de manera integral a la luz del artículo 16 de la ley 446 de 1998. Las razones que permiten arribar a ese colofón, son las siguientes:

i) No son equiparables los efectos de la sentencia de inexecutable con los elementos de la responsabilidad. En otros términos, la Corte Constitucional al retirar del ordenamiento jurídico una disposición no determina si procede o no la reparación de un daño, por la sencilla pero potísima razón de que no encontramos frente a una situación o alteración negativa a un estado de cosas favorables que, a la luz del artículo 90 de la Carta Política, la persona no estaba en la obligación jurídica de soportar.

En efecto, no es el fallo de la Corte Constitucional lo que determina la existencia o no del daño antijurídico, sino el conocimiento del mismo, aunado a la acreditación de una falla del servicio. De modo que, la antijuricidad en estos casos no pende de la decisión proferida por el respectivo tribunal constitucional, puesto que desde la misma expedición de la norma la persona no se encuentra en el deber jurídico de soportar el daño irrogado, con independencia de que tenga que cumplir con las exigencias del precepto ya que mientras sobre el mismo no recaiga un pronunciamiento de judicial gozará de la presunción de constitucionalidad y, por lo tanto, será aplicable.

No se diga que en estas situaciones la persona desconoce el daño porque muy seguramente habrá adelantado todas las gestiones y actuaciones –administrativas y judiciales– tendientes a que no le sea aplicado ese ordenamiento. Lo que ocurre es que cuando el tribunal constitucional retira la norma del ordenamiento jurídico la persona tiene conocimiento de la antijuricidad y de la falla del servicio legislativo, circunstancia por la que, desde ese momento, podrá demandar la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado por la vía de la reparación directa, para que sea reparado de manera integral el daño irrogado.

En este punto es importante advertir la distinción introducida por Von Litz, según la cual la antijuricidad puede clasificarse en: a) formal (*normwidrigkeit*), esto es, la violación a una norma de derecho o jurídica, y b) material (*rechtwidrigkeit*), es decir, el menoscabo a derechos e intereses legítimos que al ser jurídicamente protegidos, no se está en la obligación de soportar su vulneración.

Sin duda, el daño constituye el primer elemento o supuesto de la responsabilidad, cuya inexistencia, o falta de prueba, hace inocuo el estudio de la imputación frente a la entidad demandada; esto es, ante la ausencia de daño se torna estéril

cualquier otro análisis, comoquiera que es el umbral mismo de la responsabilidad extracontractual del Estado.

El daño se refiere a aquel evento en el cual se causa un detrimento o menoscabo, es decir, cuando se lesionan los intereses de una persona en cualquiera de sus órbitas, es “la ofensa o lesión de un derecho o de un bien jurídico cualquiera”⁵¹ aunque algunos autores han considerado que esta concepción debe incluir también la “amenaza o puesta en peligro del interés”⁵², con lo cual se amplía su concepción a la “función preventiva”⁵³ del mismo; en ese orden de ideas, se encuentran diversos conceptos del daño que ha planteado la doctrina:

“Nos encontramos ante un concepto *amplio, impreciso y esencialmente intuitivo*⁵⁴. De estas características se deriva la dificultad de dar un concepto unitario de <<daño>>, dada la diversidad de manifestaciones y matices que éste presenta⁵⁵.

“Para De Cupis <<daño>> no significa más que nocimiento o perjuicio, o lo que es lo mismo aminoración o alteración de una situación favorable⁵⁶. En un entendimiento similar del concepto, la doctrina suele dar un concepto meramente objetivo del <<daño>> caracterizándolo –en palabras de LARENZ - como <<el menoscabo que, a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado, sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio>>⁵⁷.

“Esta afirmación precisa de una urgente aclaración ya que el hombre no sólo sufre cuando se lesionan sus intereses materiales; <<un atentado - escriben los hermanos MAZEAUD - contra sus

⁵¹ ORGAZ Alfredo. El daño resarcible. 2ª Edición. Ed. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires. Pág. 36. En ese mismo sentido VÁSQUEZ Ferreira Roberto en su obra Responsabilidad por daños. Ed. Depalma, Buenos Aires. Pág. 174 lo definió así: “El daño es la lesión a un interés jurídico.”

⁵² DE LORENZO Miguel Federico. El daño injusto en la responsabilidad civil. Ed. Abeledo – Perrot, Buenos Aires. Pág. 17.

⁵³ VÁSQUEZ Ferreira Roberto. Ob. cit. Pág. 170.

⁵⁴ Nota del original: “Cfr. ATAZ LÓPEZ, J.: *Los médicos y la responsabilidad civil*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1985, p.319.”

⁵⁵ Nota del original: “Vid., entre otros, YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*. Reus, Madrid, 1993, Vol. I, p. 182.”

⁵⁶ Nota del original: “DE CUPIS, A.: *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Giuffrè Editore, Milano, 1996, vol. I, p. 7. Términos curiosamente coincidentes con los empleados por el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua* como sinónimos de <<nocimiento>> ; cfr. *Diccionario de la Real Academia de la Lengua*, Espasa- Calpe, edic. 1984 (20ª edición), t. II, p. 956: <<Nocimiento. (De nocir), Daño o perjuicio>>.”

⁵⁷ Nota del original: “Cfr. LARENZ, K.: *Derecho de obligaciones* (traducción española de SANTOS BRIZ), EDERSA, Madrid, 1958, t.I, p.193. Definición recogida por SANTOS BRIZ, J. en sus obras: *Derecho de daños*, EDERSA, Madrid, 1963, p.107 y *La responsabilidad Civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, Montecorvo S.A., Madrid, 1993 (7ª edic.), t.I, p. 144; por PASCUAL ESTEVILL, L.: *La responsabilidad extracontractual, aquiliana o delictual*, Bosch, Barcelona, 1990-92, T.II, vol. 2º, Parte Especial (cont.), p. 647.”

intereses morales, le puede resultar todavía más sensible>>⁵⁸. En definitiva, <<daño>> no se equipara a la mera pérdida pecuniaria.

“El concepto de daño comprende, en efecto, el perjuicio, el nocimiento causado⁵⁹. Es una modificación a la realidad material⁶⁰, modificación desfavorable para el dañado, perjudicial para sus intereses. En consecuencia, es inmanente al concepto de daño la idea de confrontación entre una situación antecedente y una sucesiva desventajosa para la víctima.”⁶¹

Así, con la aproximación al concepto de daño⁶², es pertinente señalar, que la constatación de éste no es suficiente para que se proceda a su indemnización; en efecto, el daño debe ser cualificado para que sea relevante en el mundo jurídico, por ello la Constitución Política en el artículo 90 señala que “El Estado responderá patrimonialmente por los **daños antijurídicos** que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas” (se resalta).

La antijuridicidad⁶³ se refiere a aquello que no se tiene la obligación de padecer, al evento que es “contrario a derecho”⁶⁴, “es la contradicción entre la conducta del sujeto y el ordenamiento jurídico aprehendido en su totalidad”⁶⁵, ello se refiere a que se desconozca cualquier disposición normativa del compendio normativo, sin

⁵⁸ Nota del original: “Cfr. MAZEAUD, H., L. y J.: *Lecciones de Derecho Civil* (traducción de Luis Alcalá – Zamora y Castillo), ED. Ediciones Jurídicas Europa- América, Buenos Aires, 1960, Parte segunda, vol. II, p. 60.

⁵⁹ Nota del original: “Vid. PATTI, S.: *Il danno patrimoniale*, UTET- Libreria, Torino, 1989, p.9 ; DE CUPIS, A. : <<Danno (dir vig.)>>, en *Enc. Dir.*, t. XI, Milano, 1962, pp. 622 y ss.”

⁶⁰ Nota del original: “Vid. Von CAEMMERER, E.: *Das Problem des Kausalzusammenhangs im Privatrecht*, Freiburg i. Br., 1956.

⁶¹ BUSTOS Lago José Manuel. La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. Pág. 40.

⁶² El Consejo de Estado, ha definido el daño así: “El daño, como otro de los elementos de la responsabilidad, es la lesión o pérdida causada por una conducta lícita o ilícita, que puede ser patrimonial o extrapatrimonial, y la cual no tiene por qué soportar el lesionado (art. 90 constitucional)”, sentencia del 19 de mayo de 2005, expediente No. 15001-23-31-000-2001-01541-03, M.P.: María Elena Giraldo Gómez; “El daño, en “su sentido natural y obvio”, es un hecho, consistente en “el detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia causado a alguien”, “...en su persona, bienes, libertad, honor, afectos, creencias, etc...” y “...supone la destrucción o disminución de ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que goza un individuo”. Sentencia del 11 de noviembre de 1999, expediente No. 11.499, M.P.: Alíer Eduardo Hernández Enríquez.

⁶³ Término que ha sido aceptado por un sector de la doctrina como sinónimo de injusto, y en ciertos eventos de ilícito.

⁶⁴ BUSTOS Lago José Manuel, Ob. cit. Pág. 45.

⁶⁵ Nota del original: “Cfr. BUERES, A. J.: <<El daño injusto y la licitud>> op. Cit., p. 149. En el mismo sentido, entre otros, RODRIGUEZ MOURULLO, G.: *Derecho Penal. Parte General*, op cit., p. 343: <<Para la determinación de la antijuridicidad resulta decisivo el ordenamiento jurídico en su conjunto>>”. BUSTOS Lago José Manuel. Ob. cit. Pág. 50.

importar la materia o la rama del derecho que se vulnera, puesto que la transgresión a cualquiera de ellas, genera la antijuridicidad del daño⁶⁶.

En ese orden, la antijuridicidad puede ser estudiada en el plano formal y en el material: el primero de ellos se evidencia con la simple constatación de la vulneración a una norma jurídica, y el segundo se refiere a la lesión que se produce con esa vulneración, en los derechos de un tercero⁶⁷, aspectos que deben estar presentes para que el daño sea indemnizable.

Sin embargo, es preciso señalar que no sólo es antijurídico el daño cuando se vulnera una norma jurídica, sino también aquel que atenta contra un bien jurídicamente protegido, en palabras de Roberto Vázquez Ferreyra, “la antijuridicidad supone una contradicción con el ordenamiento, comprensivo éste de las leyes, las costumbres, los principios jurídicos estrictos dimanantes del sistema y hasta las reglas del orden natural. En esta formulación amplia caben los atentados al orden público, las buenas costumbres, la buena fe, los principios generales del derecho y hasta el ejercicio abusivo de los derechos⁶⁸”⁶⁹.

La Corte Constitucional en sentencia C-333 del 1º de agosto de 1996, en lo que se refiere al daño antijurídico, indicó:

“El daño antijurídico no tiene una definición constitucional expresa, por lo cual es un concepto constitucional parcialmente indeterminado, cuyos alcances pueden ser desarrollados, dentro de ciertos límites, por el Legislador.

“La doctrina española ha definido el daño antijurídico no como aquel que es producto de una actividad ilícita del Estado sino como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo. Esta concepción fue la base

⁶⁶ Sobre el concepto de daño antijurídico resulta ilustrativo, la breve reseña que sobre el mismo presenté, VÁZQUEZ Ferreira Roberto. Ob. cit. Pág. 128.: “En una primera aproximación, Compagnucci de Caso define a la antijuridicidad como “el acto contrario a derecho, considerado este último concepto como una concepción totalizadora del plexo normativo.”

“Gschnitzer entiende por antijuridicidad “una infracción de una norma, ley, contrato, ya norma expresa, ya atentado a la finalidad que la norma persiga o lesiones principios superiores”.

“En el campo penal, Mezger define la antijuridicidad –injusto- como el juicio impersonal- objetivo sobre la contradicción existente entre el hecho y el ordenamiento jurídico.”

⁶⁷ BUSTOS Lago José Manuel. Ob. Cit. Pág. 51 a 52.

⁶⁸ Nota del original: “así lo expusimos en nuestra obra *La obligación de seguridad en la responsabilidad civil y ley de contrato de trabajo*, ED. Vélez Sarsfield, Rosario, 1988, p.67. Ver también Alberto Bueres en *El daño injusto y la licitud...*, ob. cit., p. 149, y Omar Barbero, *Daños y perjuicios derivados del divorcio*, Edit. Astrea, Bs. As., 1977, p. 106.”

⁶⁹ VÁZQUEZ Ferreira Roberto. Ob. cit. Pág. 131.

conceptual de la propuesta que llevó a la consagración del actual artículo 90. (...).

“Esta concepción de daño antijurídico ha sido admitida por la jurisprudencia del Consejo de Estado en nuestro país. Así, en múltiples oportunidades ese tribunal ha definido el daño antijurídico como "la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar", por lo cual "se ha desplazado la antijuricidad de la causa del daño al daño mismo". Por consiguiente, concluye esa Corporación, "el daño antijurídico puede ser el efecto de una causa ilícita, pero también de una causa lícita. Esta doble causa corresponde, en principio, a los regímenes de responsabilidad subjetiva y objetiva”

“Por ende, la fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado es un daño que debe ser antijurídico, no porque la conducta del autor sea contraria al derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, por lo cual éste se reputa indemnizable. Esto significa obviamente que no todo perjuicio debe ser reparado porque puede no ser antijurídico, y para saberlo será suficiente acudir a los elementos del propio daño, que puede contener causales de justificación que hacen que la persona tenga que soportarlo”.

Esta Corporación ha entendido el daño antijurídico como “el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo”⁷⁰, como también en los siguientes términos:

“A pesar de que el artículo 90 de la Constitución es claro en señalar que el Estado “responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables”, lo cierto es que en nuestro ordenamiento jurídico no existe definición normativa del concepto de daño antijurídico. Por ello, la jurisprudencia nacional, siguiendo algunos parámetros de la doctrina extranjera, dada la similitud de los artículos 106 de la Constitución Española y 90 de la Constitución Colombiana, ha definido el daño antijurídico como “la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho”⁷¹; o también se ha entendido como el daño que se produce a una persona a pesar de que “el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de ‘causales de justificación’⁷²

⁷⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 8 de mayo de 1995, Expedientes Nos. 8118 y 8163 de 13 de julio de 1993, M.P.: Juan de Dios Montes Hernández, reiterado en sentencia del 6 de junio de 2007, expediente No. 16.460, M.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

⁷¹ Nota del original: “Sentencia del 2 de marzo de 2000, expediente 11945, entre muchas otras.”

⁷² Nota del original: “Sentencias del 11 de noviembre de 1999, expediente 11499 y del 27 de enero de 2000, expediente 10867”.

“Nótese que, de la simple definición de daño antijurídico, pueden deducirse fácilmente dos de sus principales características, a saber:

“La primera: no todos los daños que causa el Estado resultan indemnizables, sobre todo si los mismos son el resultado de la actividad estatal lícita, pues solamente originan el deber de reparación patrimonial aquellos daños que exceden los límites jurídicos que garantizan los derechos e imponen obligaciones exigibles a todas las personas que viven en determinada sociedad. Se ve, entonces, como la concepción del daño antijurídico, desde esa perspectiva, no solamente resulta acorde con los principios de eficiencia de la función pública y efectividad de los derechos (artículos 228 y 2º de la Constitución), sino también confluye con los principios de igualdad frente a las cargas públicas y solidaridad, que constituyen las piezas angulares del Estado Social de Derecho (artículos 1º y 13 de la Carta)”⁷³.

El daño antijurídico, a efectos de que sea indemnizable, requiere que esté cabalmente estructurado, por tal motivo, es imprescindible que se acrediten los siguientes aspectos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama: i) debe ser antijurídico, esto es, que la persona no tenga el deber jurídico de soportarlo; ii) que se lesione un derecho, bien o interés protegido legalmente por el ordenamiento; iii) que sea cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente; por ende, no puede limitarse a una mera conjetura.

Así las cosas, se puede establecer que las hipótesis que no cumplan con esos parámetros, conformaran un daño opuesto, esto es, justo o jurídicamente permitido: “desde esta perspectiva, los actos humanos que resulten ajustados al derecho, en función de que son respetuosos con los intereses que éste estima

⁷³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 5 de diciembre de 2005, expediente No. 12.158, M.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Ver entre otras:

“En el bien entendiendo que la expresión lesión tiene un significado más estricto que la palabra daño. No cualquier daño será indemnizado, sino solo aquellos daños jurídicos, aquellos daños a los que el derecho les de alguna relevancia, aquellos daños que no deban ser normalmente soportables: el cambio de lugar de una parada de los autobuses urbanos, el tiempo que hay que aguantar en la cola en la ventanilla de una oficina pública, son consideraciones así como supuestos en los que las posibles molestias de los ciudadanos no alcanzan la categoría de 'lesión'”. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de julio de 1991, expediente No. 6334, M.P.: Daniel Suárez Hernández.

“Según se ha visto, condición necesaria para que desencadene la reparación es que el daño sea antijurídico, calificación que se obtiene de constatar que el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de “causales de justificación.

“(…)”

“Por lo anterior, no hay duda de que el fundamento de la responsabilidad del Estado se desplazó de la ilicitud de la conducta causante del daño (falta del servicio o culpa del Estado) al daño mismo, siempre y cuando este fuese antijurídico”. Sentencia del 11 de noviembre de 1999, expediente No. 11.499, M.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

preferentes, integran la órbita de los actos lícitos, justos o no antijurídico (...)”⁷⁴, es decir, que serán daños jurídicos cuando la conducta por la cual se imputa el daño o el hecho dañoso este autorizado por las normas jurídicas vigentes, o el que acaece por el cumplimiento de un deber consagrado en el ordenamiento jurídico, en términos breves “cuando existe el deber legal de soportarlo”⁷⁵.

Como se aprecia, el daño antijurídico es el principal elemento sobre el cual se estructura la responsabilidad patrimonial de la administración pública, a la luz del artículo 90 de la Carta Política, entidad jurídica que requiere para su configuración de dos ingredientes: i) uno material o sustancial, que representa el núcleo interior y que consiste en el hecho o fenómeno físico o material (v.gr. la desaparición de una persona, la muerte, la lesión, etc.) y ii) otro formal que proviene de la norma jurídica, en nuestro caso de la disposición constitucional mencionada⁷⁶.

En este orden, el daño antijurídico no puede ser entendido como un concepto puramente óntico, al imbricarse en su estructuración un elemento fáctico y uno jurídico se transforma para convertirse en una institución deontológica, pues sólo la lesión antijurídica es resarcible integralmente en términos normativos (artículo 16 de la ley 446 de 1998) y, por lo tanto, sólo respecto de la misma es posible predicar consecuencias en el ordenamiento jurídico.

Es así como, sólo habrá daño antijurídico cuando se verifique una modificación o alteración negativa fáctica o material respecto de un derecho, bien o interés legítimo que es personal y cierto frente a la persona que lo reclama, y que desde el punto de vista formal es antijurídico, es decir no está en la obligación de soportar porque la normativa no le impone esa carga.

ii) Las inquietudes que es preciso formularse son las siguientes: ¿el nocimiento que se deriva de la aplicación de una ley que, con posterioridad, es declarada inexecutable –sin que se imprima a la decisión efectos retroactivos– es jurídico? ¿Cuáles son las razones para llegar a esa conclusión, máxime si estamos frente a una situación objetiva que lesiona un interés legítimo (v.gr. aminoración del patrimonio por pagar un impuesto que es a todas luces inconstitucional), que es

⁷⁴ BUSTOS Lago José Manuel. Ob. Cit. Pág. 51 a 52.

⁷⁵ GIL Botero Enrique. Responsabilidad Extracontractual del Estado. Quinta Edición. Ed. Temis. Pág. 28.

⁷⁶ Cf. DE CUPIS, Adriano “El Daño”, Ed. Bosch, Barcelona, 2ª edición, 1970, pág. 82.

personal, cierto y que los mismos jueces han reconocido su falta de fundamento superior, razón que determina su antijuricidad?

El error conceptual se deriva de asimilar e identificar la validez o vigencia de la norma con la juricidad del daño; lo anterior, comoquiera que se entiende equivocadamente que los efectos hacia futuro de la sentencia de constitucionalidad (*ex nunc*), al no afectar la vigencia pasada de la disposición generan que se tenga el deber de soportar los efectos negativos.

El anterior planteamiento cae por su propio peso, por cuanto de aplicarse ese criterio sin anfibologías o matices, habría que concluir que no es procedente la responsabilidad del Estado por leyes exequibles o constitucionales, o por actos administrativos lícitos. En efecto, la sola legalidad de la norma de la que se desprende el daño haría nugatorio los efectos de la responsabilidad (v.gr. una ley declara un inmueble patrimonio histórico y cultural de la nación), ya que la licitud y constitucionalidad de la norma desvirtuarían la posibilidad de predicar la existencia de antijuricidad del daño.

En otros términos, la constitucionalidad o inconstitucionalidad –es decir, los efectos, la vigencia o la validez de las normas– no son elementos estructurales de la noción de daño antijurídico. Lo que determina la antijuricidad del daño es lo siguiente: i) que esa alteración o afectación negativa a un estado de cosas favorable sea injusta, esto es, que lesione un interés jurídicamente tutelado, lícito y legítimo, y ii) que el ordenamiento jurídico en su conjunto –principios, valores y reglas según la clasificación de Robert Alexy– no le impongan a la persona el deber jurídico de soportarlo.

Una posición contraria, no permitiría que se demandara en reparación directa al Estado por la expedición de una ley que, a criterio del demandante es inconstitucional, y de la cual se depreca la formulación de la excepción de inconstitucionalidad por parte del Juez de lo Contencioso Administrativo, toda vez que la Corte Constitucional, en este hipotético escenario, no se habría pronunciado sobre la validez misma.

De modo que, si bien la sentencia de inexecutableidad fija criterios de suma importancia en la materia, tales como: i) el término de caducidad del medio de control de reparación directa, ii) la delimitación de la falla del servicio, y iii) la

imputabilidad del daño en cabeza del Congreso de la República, ello no quiere significar, en modo alguno, que la antijuricidad del daño se derive de la misma, porque la intolerabilidad de la lesión se origina desde el mismo momento en que la ley fue promulgada con vicios de validez y, por lo tanto, con su aplicación afectó o trasgredió los intereses legítimos de los particulares.

En otros términos, la noción de antijuricidad del artículo 90 de la Constitución Política dista mucho de ser entendida en términos del hecho ilícito de raigambre civil, puesto que apunta de manera concreta a la noción de “daño injusto”, es decir, a la inexistencia en el cuerpo normativo de la obligación de soportar esa lesión; de modo que el interrogante que surge es el siguiente: ¿un problema de vigencia normativa –la validez y vigencia de la ley en el tiempo– tiene incidencia y repercusiones en el derecho de daños? La respuesta tiene que ser negativa porque con independencia a los efectos de la nulidad o inconstitucionalidad, el daño existe, es cierto, personal y, por obvias razones, la persona no se encontraba obligada a soportarlo.

En relación con la noción de daño injusto como manifestación de la antijuricidad, la doctrina ha sostenido:

“Por consiguiente, es posible advertir dos vertientes diferentes en torno a la comprensión de la antijuricidad del daño: i) la de corte civil estructurada en el concepto de “acto o hecho ilícito” que vulnera el plexo normativo (antijuricidad formal) y que lesiona un bien jurídico (antijuricidad material), y ii) la de raigambre constitucional que tiene como fundamento la teoría española de la lesión antijurídica, y que, por lo tanto, dista mucho de introducir un elemento propio de la noción de “ilícito civil”, para imprimir una característica más propia del derecho público y que se acompasa en mayor medida con el fenómeno de constitucionalización del derecho, esto es, la antijuricidad entendida como la inexistencia de la obligación “normativa o jurídica” de soportar el menoscabo patrimonial o inmaterial.

“Así las cosas, el factor de antijuricidad que se integró a la noción de daño no puede ser entendido en términos del ilícito de las codificaciones de derecho privado, sino que, por el contrario, comprende la necesidad de que se verifique si la víctima de la afectación se encontraba en el deber jurídico de tolerarla. Aunado a lo anterior, no es posible concluir que un paradigma estructurado sobre la noción de daño antijurídico convierta la responsabilidad de la administración en un sistema objetivo –que excluya de plano cualquier análisis de culpabilidad o de falla del servicio– o de aseguramiento universal.

“Por lo anterior, es válido concluir que la constatación del daño no genera de forma automática su reparación integral, comoquiera que es esencial que aquél revista la connotación de antijurídico, así como el hecho de que sea imputable a la organización estatal demandada. Por tanto, será la nota de antijuricidad un factor importante en la determinación de si la persona se encontraba compelida a tolerar –desde el derecho de daños– la restricción de un determinado derecho, bien o interés legítimo.”⁷⁷

En esa perspectiva, el daño injusto no tiene en cuenta para su configuración del análisis del comportamiento del Estado en general –tanto en lo que se refiere a la entidad que produjo el daño (v.gr. el Congreso de la República) como al organismo encargado de analizar la constitucionalidad o legalidad de las actuaciones públicas (v.gr. la Rama Judicial)– sino que se establece a partir de la víctima. En otros términos, será daño antijurídico o injusto todo aquel que lesione un interés legítimo (v.gr. el patrimonio) y que, a la luz del artículo 90 de la Carta Política, no tenga justificación o fundamento jurídico para su irrogación.

La doctrina con especial sindéresis ha destacado esta diferencia o disimilitud entre la conducta que da origen al daño antijurídico y este último, en los siguientes términos:

“Por lo demás, la no circunscripción de la categoría de la antijuricidad a una única rama del ordenamiento jurídico no hace más que poner de relieve, una vez más, la esencial trabazón existente entre todos los sectores jurídicos parciales integrantes del mismo, puesto que la “determinación normativa” de las circunstancias que caracterizan la antijuricidad puede encontrarse fuera del ámbito normativo que cualifica tipológicamente el supuesto de hecho que hace surgir la responsabilidad civil. De esta forma, la determinación de los “extremos normativos” de la antijuricidad en el ámbito de la tutela penal puede encontrarse, al menos en ciertos aspectos, también en el ámbito de las normas civiles. En efecto, la configuración normativa que en el ámbito del derecho civil se realiza de instituciones como, v.gr., la propiedad, la posesión o el crédito, son asumidos para caracterizar la antijuricidad en algunas forma de delito y, a la inversa, los extremos normativos de cualificación de la antijuricidad en el ámbito de la tutela civil, se puede detraer de la disciplina de determinadas instituciones contenidas en normas de derecho público.”⁷⁸

⁷⁷ GIL Botero, Enrique “Constitucionalización del derecho de daños”, Ed. Temis, Bogotá, 2014, pág. 24 y 25.

⁷⁸ BUSTO Lago, José Manuel “La antijuricidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual” Ed. Tecnos, Madrid, 1998, pág. 50.

Quiere significar lo anterior, que la antijuricidad del daño **no** está marcada o influida por los siguientes aspectos o criterios: i) el comportamiento lícito o ilícito del Estado, ii) por los efectos proferidos por otros ámbitos o dimensiones normativas distintas al derecho público de daños (v.gr. el derecho penal, civil, laboral, disciplinario, ambiental, etc.), y iii) las decisiones judiciales previas que gocen del atributo de la cosa juzgada no constituyen óbice para que el juez de la responsabilidad analice si existen daños latentes que no se tenga el deber jurídico de soportar y, por lo tanto, al ser imputables a la administración pública sea inexorable su reparación integral.

Ejemplos concretos de daños antijurídicos cuya existencia ha encontrado acreditada esta Corporación con independencia del comportamiento de la administración pública o de las decisiones emanadas de otras corporaciones judiciales son los siguientes: i) el escenario de la privación injusta de la libertad, en la que se ha sostenido que la privación de la libertad –física o jurídica– constituye una lesión antijurídica que la persona no está en la obligación de soportar, con independencia de las decisiones penales adoptadas en el proceso criminal, ii) la responsabilidad del Estado por actos administrativos legales, en los que se ha sostenido sin ambages que existe daño antijurídico porque con independencia de que el interés particular tenga que ceder frente al general, ello no puede constituir una patente de corso para irrogar daños, máxime si éstos se derivan del rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas, iii) los escenarios de responsabilidad hospitalaria por actos extramédicos, en los que con independencia de los estándares fijados en las normas que regulan la materia (v.gr. códigos de ética médica, leyes sobre el control de enfermedades nosocomiales, etc.) la jurisprudencia ha establecido que los daños producidos son de naturaleza o estirpe antijurídica porque el paciente no está en la obligación de padecerlos, iv) los supuestos de error jurisdiccional, en los que con independencia al debate doctrinal sobre la posibilidad del juez de la reparación de remover o modificar los efectos de la cosa juzgada, siempre se ha entendido que los daños derivados de providencias judiciales son de naturaleza antijurídica, etc.

En esa línea de pensamiento, el yerro conceptual a la hora de analizar la antijuricidad o no del daño se produce cuando se vincula su existencia a las disposiciones o decisiones emanadas de otro ámbito normativo distinto al contenido en el artículo 90 de la Constitución Política, cuyo contenido y alcance

corresponde definir única y exclusivamente al Juez de lo Contencioso Administrativo.

Como se advierte, *a fortiori* resulta incontestable que si se puede decretar en cualquier tiempo la responsabilidad del Estado por la ley exequible o constitucional, en un ejercicio argumentativo *a maiori ad minus* se aprecia que resulta desproporcionado, irrazonable e injustificable que ante la constatación de un daño, se le diga a la víctima que tiene el deber de soportarlo por el solo hecho de que el tribunal constitucional –al analizar la ley en el marco de sus competencias– se abstuvo de modular hacia el pasado –providencia modulativa o mutativa– los efectos de la respectiva sentencia de inexecutableidad.

v) De otra parte, es importante precisar que la afectación de la validez de las normas atienden a dos circunstancias que no se relacionan o interfieren con la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado: i) el resurgimiento de la vigencia de las normas derogadas por el ordenamiento inexecutable o ilegal, y ii) la protección de situaciones jurídicas consolidadas.

En relación con los efectos de las sentencias de nulidad, a diferencia de las de inconstitucionalidad, la jurisprudencia de la Sección Cuarta ha sostenido:

“3.2. Cosa distinta sucede con los efectos de las sentencias de nulidad de los actos administrativos de carácter general, pues ellas, por regla general, tienen efectos *ex tunc*, lo que implica la eliminación del ordenamiento jurídico del acto declarado nulo desde su nacimiento y, por ende, se debe tener como si nunca hubiese existido.

“En virtud de la declaratoria de nulidad de un acto de carácter general, las cosas deben volver al estado en que se encontraban antes de su expedición, lo que implica afectar situaciones jurídicas no consolidadas, es decir, aquellas que se debatían o eran susceptibles de debatirse ante las autoridades administrativas o ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa al momento de proferirse el fallo.

“Así lo ha reconocido también la Corte Constitucional, quien ha manifestado que *“la situación contraria a la irretroactividad, es decir, los efectos retroactivos, coinciden con el efecto de los actos jurídicos que pretenden afectar situaciones del pasado, denominados efectos ex tunc. Éstos, son propios de las nulidades o anulaciones, implican justamente, que las situaciones surgidas del acto que se anula, deben ser modificadas para dejarlas como estaban antes de su expedición. Esto es, como si el acto no se hubiera producido.”*

“3.3. - Podría pensarse que de acuerdo con lo expuesto en los apartes precedentes no tendría ningún sentido distinguir las sentencias de inconstitucionalidad y de nulidad.

“Si bien ello puede predicarse en punto a las situaciones jurídicas particulares –o los efectos de dichas sentencias frente a estas– no ocurre lo mismo respecto de las normas generales o actos regla.

“Todo, porque al desaparecer las normas objeto de la declaración de constitucionalidad, no “revivirán” las anteriores de la misma naturaleza –efectos *ex nunc*–; en tanto que cuando se trate de una sentencia de nulidad, sí recobrarán vida y vigencia las que fueron derogadas por la declarada nula –efectos *ex tunc*–.

“Agréguese a ello que los efectos *ex tunc* no vulneran el debido proceso, ya que, es, precisamente, una consecuencia de los efectos a la sentencia anulatoria, amén que ellos no afectan situaciones particulares, por lo ya dicho.

“La incidencia en las situaciones subjetivas, derivan de los efectos *ex nunc* y de la aplicación inmediata de la sentencia anulatoria o de inconstitucionalidad.

“3.4. - En virtud de lo anterior, se concluye que, tratándose de situaciones jurídicas no consolidadas, esto es, de situaciones pendientes o en curso, que estén en controversia ante la Administración o la Jurisdicción, la declaratoria de nulidad del acto general, incide necesariamente en su validez.

“En ese orden de ideas, con las precisiones hechas, el reproche sobre los efectos *ex tunc* aplicados por el Tribunal respecto de la sentencia de nulidad del Consejo de Estado, no está llamado a prosperar.”⁷⁹ (Cursivas del original).

No obstante lo anterior, un sector de la doctrina considera que los efectos de las sentencias de nulidad deberían ser hacia futuro, en una propensión por la protección de las situaciones jurídicas individuales consolidadas de buena fe. Al respecto, con especial *sindéresis* se sostiene:

“Problema interesante del derecho nacional se presenta respecto de los efectos de la declaratoria de nulidad de un acto administrativo. Sobre este aspecto vale la pena indicar que la jurisprudencia nacional no ha sido unívoca. Dos tipos de efectos se le han otorgado a la nulidad de actos administrativos de manera indistinta durante algunas épocas de nuestra jurisprudencia. Una primera corriente sostiene que la declaratoria de nulidad del acto administrativo produce efectos retroactivos a partir del momento en que el acto surgió a la vida jurídica. Se trata de una tesis que revive para el

⁷⁹ Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia de marzo de 2014, exp. 2009-00068 (19054), M.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

derecho público nacional los efectos de la teoría clásica de la nulidad, que considera nulo el acto a partir de su nacimiento.

“Consecuencia inevitable de esta tesis es la de que la totalidad de situaciones jurídicas emanadas del acto declarado nulo dejarían de existir. Una segunda tesis, en nuestra opinión aceptable y que propende por la protección del ordenamiento jurídico y de las situaciones individuales generadas a partir de un acto que ha sido declarado nulo, sostiene que los efectos de la nulidad tan sólo pueden ser hacia futuro, esto es, a partir del momento en que la providencia respectiva quede en firme... Se trata de una tesis de avanzada jurídica, que no puede ser desconocida y que eventualmente protegería a todos aquellos que de alguna manera obtuvieron derecho o situaciones jurídicas concretas durante el tiempo en que estuvo vigente la norma declarada nula.”⁸⁰

En esa línea de pensamiento, los efectos –en el tiempo– de las decisiones de inexecutableidad y de nulidad tienen como finalidad los dos aspectos antes mencionados, es decir: la identificación de si es viable hablar de normas que recobran vigencia en virtud de la norma (ley o acto administrativo) nula o inconstitucional, y la protección de situaciones jurídicas consolidadas a favor de personas que han obrado de buena fe, bajo el amparo de los principios de confianza legítima y seguridad jurídica.

En esa materia, la jurisprudencia constitucional ha puntualizado⁸¹:

“(C)onsidera la Corte Constitucional que con la declaratoria de inexecutableidad se restauran *ipso jure*, siempre y cuando no sean contrarias al ordenamiento constitucional, las normas que habían sido derogadas por los apartes de la Ley (...) que sean declarados inconstitucionales en esa sentencia.

“Esta determinación de la Corte de indicar las normas que deben aplicarse como consecuencia de la presente sentencia, se fundamenta en la facultad que tiene de fijar los alcances de sus fallos y en una justa y prudente actitud. Sobre este aspecto dijo la Corporación en sentencia de 14 de diciembre de 1992:

“No sobra agregar que la presente decisión no crea o desencadena ningún vacío normativo ni coloca a sus destinatarios ante un abismo preceptivo, pues, como es natural y apenas obvio, reviven las normas que el presente Decreto trató de remplazar y que regulan la materia”⁸. ”⁸²

⁸⁰ SANTOFIMIO Gamboa, Jaime Orlando “Tratado de Derecho Administrativo”, Ed. Universidad Externado de Colombia, Tomo III, Bogotá, 2004, pág. 154 y 155.

⁸¹ Corte Constitucional, sentencia C-357 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda.

⁸ Sentencia C-608 de 14 de diciembre de 1992. Ponente Dr. Jaime Sanin Greiffenstein.

⁸² Sentencia C-145 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

“La anterior doctrina ha sido reiterada posteriormente, entre otras, en las sentencias C-427 de 2002⁸³, en la que a su vez se recoge la tesis sentada en sentencia C-501 de 2001⁸⁴:

“Cabe recordar que en relación con los efectos de la inexecutable de una norma derogatoria, esta Corporación en reiterada jurisprudencia ha señalado que tal determinación acarrea como consecuencia que las disposiciones que habían sido derogadas reviven. Así, en reciente oportunidad⁸⁵ la Corte Constitucional al reconocer la reincorporación al ordenamiento jurídico del párrafo tercero del artículo 52 de la Ley 510 de 1999, por efecto de la inexecutable del artículo 47 de la Ley 640 de 2001, se refirió *in extenso* a dicho fenómeno en los siguientes términos:

“Varias décadas de historia legislativa y Constitucional le dan ilación a la tesis de que hay normas que reviven cuando se declara inexecutable la ley que trató de reemplazarlas.

“A) La providencia precitada de la Corte Constitucional tiene como antecedente inmediato la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, que al definir la acusación contra el artículo 146 del Decreto 294 de 1973, reconoció que las normas derogadas por el acto Legislativo N° 1 de 1979 reviven al ser inexecutable éste. Dijo entonces la Corte:

“Al ser declarada inexecutable la modificación introducida en el párrafo del artículo 208 de la Constitución por el acto Legislativo número 1 de 1979, y revivir el antiguo párrafo de dicha disposición, adoptada como artículo 67 del Acto Legislativo número 1 de 1968, recuperó también su vigencia el artículo 146 acusado y por tanto, la Corte puede ejercer su jurisdicción constitucional sobre la norma demandada.”

“B) Y como antecedente mediato, fue el Consejo de Estado el 7 de noviembre de 1958, el que por primera vez dijo que la declaratoria de inexecutable revive las normas que la ley inconstitucional había tratado de reemplazar. Se trataba de una consulta que el Ministro de Hacienda había formulado sobre este punto:

“Declarado inexecutable en sus artículos vigentes el Decreto 700 de 1954, el cual, por medio de su artículo 113 derogó los Decretos 2266 de 1952, con excepción de su artículo 1º, 3134 de 1952, artículo 1º, 2º, 3º, 6º, 7º y 8º del Decreto 2187 de 1953 y el artículo 7º del Decreto 2602 de 1951 desea el Ministerio de Hacienda saber si tales disposiciones derogadas por el Decreto 700 han vuelto a tener vigencia por causa de la declaratoria de inexecutable del Decreto 700.

“La Sala de Negocios Generales del Consejo de Estado, con ponencia del doctor Guillermo González Charry, conceptuó:

⁸³ M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Salvamento de voto Jaime Araujo Rentería.

⁸⁴ M.P. Jaime Córdoba Triviño. Salvamento de voto Jaime Araujo Rentería.

⁸⁵ C-501 de 2001. M.P. Jaime Córdoba Triviño. Con salvamentos de voto de Jaime Araujo Rentería y Rodrigo Escobar Gil.

"Aplicando los conceptos y conclusiones precedentes al caso consultado por el señor Ministro de Hacienda, el Consejo de Estado considera que la derogatoria que hizo el Decreto-Ley número 700 de 1954 de preceptos pertenecientes a otros estatutos, debe tenerse por no hecha desde la fecha de ejecutoria del fallo de la Corte que declaró la inexecutable de tal decreto, y que, en consecuencia, tales normas deben aplicarse mientras no hubiesen sido derogadas por otros decretos-leyes no declarados inexecutables, o hasta cuando se cumpla la previsión contenida en el artículo 2º de la Ley 2ª de 1958."

"Estos antecedentes coincidían además con las tesis sostenidas por la doctrina coetánea en el derecho comparado. Así, Mauro Cappelletti, basándose en la Constitución Italiana, que contiene un ordenamiento similar al colombiano, opinó:

"Una vez pronunciada la sentencia de inconstitucionalidad, la ley respectiva es privada de efectos de manera general, ni más ni menos que si hubiere sido abrogada por una ley posterior, y, por el contrario, recuperan su vigencia las disposiciones legislativas anteriores a la ley de inconstitucionalidad".

"C - Como antecedente legislativo están los artículos 123 del Decreto Ley 1675 de 1964, 155 del decreto 294 de 1973 y el artículo 83 de la Ley 38 de 1989. Dice este último:

"Si la Corte Suprema de Justicia declarare inexecutable la ley que aprueba el presupuesto general de la nación en su conjunto, continuará rigiendo el presupuesto del año anterior, repetido de acuerdo con las normas del presente Estatuto.

"La misma norma se aplicará en caso de suspensión provisional de una o varias apropiaciones de la ley o del decreto."

"En el mismo tenor están los otros dos artículos, antes citados.

"Tales normas recogieron entonces los conceptos del Consejo de Estado y luego la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

"Es entonces la actual jurisprudencia de la Corte Constitucional la continuación de una doctrina nacional, elaborada desde 1958 por el Consejo de Estado, reiterada en 1961. Esta tradición fue recogida en normas legales, (artículos 123 del Decreto Ley 1675 de 1964, 155 del Decreto 294 de 1973 y 83 de la Ley 38 de 1989) y adoptada en 1982 por la Corte Suprema de Justicia. Es pues un pensamiento Jurídico coherente con la teoría constitucional colombiana ⁸⁶"⁸⁷

"Ahora bien, la Corte no entra a pronunciarse sobre la suerte jurídica de los actos y decisiones administrativas dictadas al amparo del decreto durante su vigencia y que ahora se declara inexecutable. Un pronunciamiento en tal sentido corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo."

⁸⁶ Sentencia C-045 de 1994. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

⁸⁷ Sentencia C-427 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

vi) Por último, resultaría paradigmático que se protegieran las situaciones jurídicas consolidadas con anterioridad a la declaratoria de inexecutable, pero no a quien sufre un perjuicio derivado de un daño producido por los efectos de la misma. En otros términos, se privilegiarían las situaciones consolidadas de buena fe, frente a las víctimas de daños antijurídicos, lo cual deviene desproporcionado e injustificado a la luz del principio de reparación integral contenido en el artículo 16 de la ley 446 de 1998.

De allí que, ante la constatación del daño antijurídico lo procedente es que el juez adopte todas las medidas tendientes a la reparación integral –esto es, volver las cosas al estado inmediatamente anterior a la ocurrencia o configuración del daño antijurídico–.

5. Conforme a lo expuesto, se modificará la decisión apelada, para de un lado, confirmar la declaratoria de responsabilidad de la entidad demandada y, por el otro, actualizar la liquidación de perjuicios reconocida en primera instancia. Y, si bien, esta misma Sala en providencia del 24 de octubre de 2013, exp. 26690, profirió sentencia absolutoria en otro proceso en el que se discutían los mismos hechos, lo cierto es que la Subsección, en esta oportunidad modifica su criterio al respecto, pues considera que sí existe un daño antijurídico conforme se ha expuesto a lo largo de este proveído, que es imputable a título de falla del servicio, la cual deviene acreditada del hecho de que el tribunal constitucional haya declarado inexecutable la respectiva norma que genera la lesión, con independencia de su naturaleza (v.gr. tributaria, pensional, laboral, etc.), razón por la que se impone la reparación integral de los perjuicios ocasionados.

En el caso *sub judice*, la sociedad Goodyear S.A. aduce que con la expedición de los artículos 56 y 57 de la ley 633 de 2000, que posteriormente fueron declarados inexecutable, se le causó un daño antijurídico, toda vez que se vio obligada a pagar la TESA, entre el 31 de enero y el 31 de octubre de 2001, cuando ese gravamen era ilegítimo.

Las razones que llevaron a la Corte a declarar la inexecutable de las disposiciones mencionadas fueron las siguientes:

“Entiende la Corte que, ciertamente, la creación de una tasa debe

venir acompañada por la identificación, en la propia ley, del servicio a la que la misma corresponde y por cuya utilización serán gravados los contribuyentes. Cumplido ese requisito consustancial al concepto mismo de tasa, la Constitución no exige que para la fijación de la tarifa por el legislador se hagan explícitos, en la propia ley, los criterios que se tuvieron en cuenta para el efecto. Tal exigencia sólo resulta aplicable cuando se permita que la tarifa sea fijada por las autoridades administrativas, caso en el cual la ley deberá establecer el método y el sistema para definir los costos y la forma de hacer su reparto. Se trata de una garantía del principio de legalidad del tributo, conforme a la cual si bien, de manera excepcional y en atención a la complejidad que en ocasiones reviste el establecimiento de las tarifas para tasas o contribuciones, se permite que dichas tarifas sean fijadas por las autoridades administrativas, se exige, en todo caso, que el sistema y el método para definir los costos o los benéficos, así como la forma de hacer su reparto se fijen por la ley, o las ordenanzas o los acuerdos.

“Las disposiciones acusadas claramente se refieren a la creación y administración de una tasa que se aplicará como contraprestación por el costo de los servicios aduaneros prestados por la Dirección de Impuesto y Aduanas Nacionales a los usuarios por la importación de mercancías.

[...]

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

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

“Lo anterior se corrobora si se tiene en cuenta que, de acuerdo con el segundo inciso del artículo 57, el destino de los recaudos no se restringe a la recuperación de los costos del servicio, con

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

Como puede apreciarse, el tribunal constitucional declaró la inexecutable de la TESA, al encontrar que el cobro de ese gravamen no tenía justificación en ningún servicio o beneficio que se le otorgara a los contribuyentes y es de allí de donde se deriva la falla en el servicio, pues en últimas, lo que se hizo por medio de los artículos 56 y 57 de la ley 633 de 2000, fue crear un gravamen con todas las características del impuesto, en el que se impone al ciudadano la obligación de pagar una suma de dinero sin contraprestación alguna y nominarlo como tasa.

De la lectura cuidadosa de la sentencia C-922 de 2001, se colige que no era necesario demostrar la falta de prestación del servicio cobrado por la imposición de la TESA, pues se insiste que fue justamente por ello que se declararon inexecutable los artículos 56 y 57 de la ley 633 de 2000, por imponer una tasa que no equivalía a ningún beneficio y que en últimas se trataba de un impuesto.

A su vez, también se aparta del argumento según el cual el pago del gravamen efectuado por el contribuyente, no resultó antijurídico, toda vez que como ya se explicó con suficiencia, al haber sido declarada inconstitucional la norma, no cabe duda que el Congreso incurrió en una falla en el servicio y causó un daño antijurídico a la sociedad Goodyear S.A., quien como se infiere de los recibos de pago aportados con la demanda, canceló las sumas correspondientes a la TESA, durante 9 meses -31 de enero al 31 de octubre de 2001-, aún cuando ese gravamen era contrario a la Constitución, hecho que como ya se explicó ampliamente no puede avalarse, pues ello iría en contravía del principio de supremacía constitucional y sería tolerar la consolidación de situaciones abiertamente inconstitucionales. En este punto, cabe reiterar que el llamado a

responder es el Congreso y no la DIAN, comoquiera que aunque fue esta última entidad la encargada de recaudar y controlar el tributo, sólo actuó como un agente del Estado en ese sentido y fue el legislador como creador de la norma, el que dio origen a ese recaudo y por ende sólo a él le es imputable el daño antijurídico sufrido por la compañía actora.

Por lo tanto, acreditada la existencia del daño antijurídico y que el mismo le es imputable a la entidad demandada, se confirmará la sentencia de primera instancia y únicamente se actualizará la condena impuesta en ella, con base en la siguiente fórmula:

$$Ra = Rh \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Donde:

Ra: Renta actualizada

Rh: Renta a fecha de la liquidación

Índice inicial (julio de 2004):

Índice final (febrero de 2014)

Entonces:

$$Ra \text{ \$}995.912.057,35 \frac{115,26}{79,50} = \text{\$}1'443.884.575, 22$$

En consecuencia, la suma actualizada a reconocer a favor de la sociedad Goodyear S.A., asciende a mil cuatrocientos cuarenta y tres millones ochocientos ochenta y cuatro mil quinientos setenta y cinco pesos con veintidós centavos (\$1'443.884.575, 22).

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

FALLA

PRIMERO. Confírmase la sentencia del 27 de julio de 2004 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Modifícase el numeral tercero de la sentencia de primera instancia, el cual quedará así:

“Tercero: Como consecuencia de la anterior declaración, CONDÉNESE a la NACIÓN - CONGRESO DE LA REPÚBLICA, a pagar por concepto de perjuicios materiales la suma de mil cuatrocientos cuarenta y tres millones ochocientos ochenta y cuatro mil quinientos setenta y cinco pesos con veintidós centavos (\$1'443.884.575, 22).

SEGUNDO. Dése cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

TERCERO. Expídanse las copias de que trata el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, y se entregarán a quien ha venido actuando como apoderado.

CUARTO. En firme esta providencia vuelva el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase

Enrique Gil Botero
Presidente

Olga Mérida Valle de De la Hoz Jaime Orlando Santofimio Gamboa

ACLARACION DE VOTO DE LA DRA. OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ

DECLARATORIA DE INEXEQUIBILIDAD DE UNA LEY - No configura perse una falla del servicio / NORMA QUE ESTABLECE TRIBUTOS - Carga impositiva. Carga que todo ciudadano debe soportar

No considero conveniente generalizar que por ser declarada una ley inexecutable por la Corte Constitucional, se configure per se una falla en el servicio, pues ha de atenderse a las condiciones particulares en cada caso. En la decisión que se aclara el voto, por tratarse de un asunto de tributos, es claro que el artículo 95 numeral 9 de la Constitución Política de Colombia, establece un deber para la persona y del ciudadano de contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad. Constituye entonces, en principio cargas soportables, aquellas cargas impositivas, que de conformidad con los numerales 11 y 12 del artículo 150 de la Constitución determine el Congreso de la República, pues existe norma expresa en la Carta Política que dispone ese deber a toda persona y al ciudadano. No obstante lo anterior, esa carga es soportable en la medida en que las exacciones dispuestas por el legislador de la manera prevista por la norma de linaje superior, se hagan dentro de los conceptos de justicia y equidad. Si ello es así, no es válido generalizar y establecer que también en materia impositiva, la declaratoria de inexecutable de la ley, constituya por ese sólo hecho una falla en el servicio por parte del legislador. Pues ha de tenerse en cuenta que tales decisiones de la Corte Constitucional, por regla general, no excluyen del ordenamiento jurídico la ley purgada de inconstitucionalidad desde su expedición, sino desde su declaratoria de inexecutable. Luego, habrá de atenderse las particulares circunstancias de caso, a efectos de determinar de una parte, si el daño, consistente en la exacción o aminoración patrimonial por el pago del tributo, es antijurídico o no y en el evento de resultar antijurídico, bajo que título jurídico debe imputarse al generador de dicho daño.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 95 NUMERAL 9 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 150 NUMERALES 11 Y 12

DECISIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD - Efectos / DECISIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD - Corresponde a la Corte Constitucional determinar los efectos y consecuencias de su declaratoria / SILENCIO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL - Corresponde al juez administrativo pronunciarse sobre los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma / RESPONSABILIDAD POR EL HECHO DEL LEGISLADOR - Efectos ex tunc de la sentencia de inexecutable. Título jurídico de imputación: falla del servicio / RESPONSABILIDAD POR EL HECHO DEL LEGISLADOR - Efectos ex nuc de la sentencia de inexecutable. Título jurídico de imputación: daño especial

Sólo cuando la propia Corte Constitucional y de manera excepcional, expresamente señale que sus decisiones de inconstitucionalidad de las leyes producen efectos retroactivos, ex tunc, en cuyo caso, será la misma Corte, quien deberá determinar las consecuencias de retrotraer las cosas al estado anterior a la vigencia de la norma inexecutable y si es del caso fijar las indemnizaciones a que haya lugar, y de guardar silencio en este aspecto, entonces será el juez contencioso administrativo quien establezca las repercusiones que el retiro retroactivo del precepto del ordenamiento jurídico puedan tener frente a aquellos que resultaron afectados con la expedición de la norma y ordenará las

reparaciones del caso. En el escenario acabado de plantear, el título de imputación será el de falla del servicio, sin que importe que la declaratoria de inexecutable sea por vicios de forma o de fondo, teniendo relevancia sí, los efectos que la Corte le haya impartido a su decisión, pues claro resulta que en tratándose de los efectos ex tunc, la declaratoria de inexecutable de la norma produce efectos desde su expedición, y por ende jamás estuvo amparada por la presunción de constitucionalidad, constituyendo una auténtica falla del servicio por la actividad del legislador. No sucede lo mismo, cuando los efectos impartidos por la Corte Constitucional a sus sentencias de inexecutable son hacia el futuro –ex nunc-, dado que en este caso, la norma sale del ordenamiento jurídico desde la declaratoria de inconstitucionalidad, por lo tanto, en el interregno entre su expedición y su expulsión del ordenamiento jurídico estuvo amparada por la presunción de constitucionalidad, razón suficiente para que no exista una falla del servicio de manera automática por la declaratoria de inexecutable de la norma. En este evento, considero que el título jurídico de imputación debe ser el de daño especial, pues si bien se declara inexecutable la norma por la Corte Constitucional, los efectos de esta se producen hacia el futuro, no desvirtuándose el actuar legítimo del Legislador en el lapso comprendido entre la expedición de la norma y su declaratoria de inexecutable.

RESPONSABILIDAD POR EL HECHO DEL LEGISLADOR - Declaratoria de inexecutable de los artículos 56 y 57 de la ley 633 de 2000. Título jurídico de imputación: daño especial

En el caso objeto de aclaración, los motivos explicitados por la Corte Constitucional para declarar inexecutable los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000, que establecía la TESA, fueron: (...) De tal motivación, se desprende claramente que, las tales normas no cumplían con los conceptos de justicia y equidad, a que hace alusión el numeral 9 del artículo 95 de la Constitución Política, razón por la que el pago que se hizo constituye un daño que resulta antijurídico, por no cumplir precisamente con los requisitos exigidos en la predicha norma, de justicia y equidad, y como quiera que, los efectos dados en la sentencia de inexecutable fueron hacia el futuro, estando en consecuencia, en el entretanto, revestida de la presunción de constitucionalidad, y por ende el actuar del legislador fue legítimo en ese período, pero que durante el mismo impuso una carga a los destinatarios de la TESA que desbordan las cargas públicas soportables, por lo que el título jurídico de imputación ha debido ser el de daño especial y no el de falla en la prestación del servicio. NOTA DE RELATORIA: Consultar sentencia C-992 de 2001

FUENTE FORMAL: LEY 633 DE 2000 - ARTICULO 56 / LEY 633 DE 2000 - ARTICULO 57

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá D.C., veintiséis (26) de marzo de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 25000-23-26-000-2003-00175-01(28741)

Actor: GOODYEAR DE COLOMBIA S.A.

Demandado: CONGRESO DE LA REPUBLICA

Referencia: ACLARACION DE VOTO

Con la debida consideración y respeto por las decisiones de la Sala, procedo a aclarar el voto en relación al contenido de la sentencia de la referencia. En efecto, si bien se comparte la parte resolutive de la misma, me aparto de un aspecto fundamental, así:

1. Apartes de la motivación respecto de la cual aclaro voto

En la sentencia que se aclara el voto se dice en la página 51 y s.s:

“Se destaca en ese orden como la jurisprudencia del ordenamiento español, la antijuridicidad del daño proviene justamente del hecho de que el legislador, al expedir una norma que es declarada inexecutable, pone de manifiesto su falta de sometimiento a la Constitución. La violación de ese deber, constituye entonces el juicio de reproche sobre el cual se estructura la *imputatio iuris* del daño.

Bajo esa lógica y perspectiva, se tiene 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, que constituye la piedra angular de nuestro ordenamiento jurídico. No cabe duda que la expedición de una norma con esas características y que luego es declarada inexecutable, constituye *per se* una falla en el servicio que puede generar un daño antijurídico y ello se dice, por cuanto los ciudadanos –y es apenas lógico-, esperan legítimamente, con fundamento en el principio de confianza legítima, que el legislador expida normas que se ajusten al texto constitucional.

Ahora bien, de los diversos pronunciamientos y reflexiones doctrinales traídos a colación, se infiere que el principal argumento para negar la existencia de responsabilidad, es el hecho de que los efectos de las sentencias de inexecutable de la Corte Constitucional, son *ex nunc* y sólo cuando ésta señala lo contrario, pueden derivarse de ellas efectos hacia el pasado o *ex tunc*, afirmación que sustentan quienes la respaldan, en el artículo 45 de la ley 270 de 1996 –LEAJ-, según la cual, “*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*”. De acuerdo con la sentencia C-037 de

1996, que revisó la constitucionalidad del articulado de la mencionada ley, sólo ella tiene la competencia para fijar los efectos de las sentencias, por lo que por regla general las mismas sólo surten efectos a partir de su expedición. Es pertinente precisar que inicialmente el artículo 45 de la LEAJ, sí contemplaba varios supuestos en los que las sentencias de inexecuibilidad debían tener efectos *ex tunc*, consagrándose expresamente la posibilidad de demandar la reparación de perjuicios. Sin embargo los mismos fueron declarados inexecuibles por la Corte Constitucional, en la aludida sentencia, en la que se reiteraron los argumentos expuestos en la C-113 de 1993.

(...)

La Corte Constitucional se basó en el principio de seguridad jurídica para justificar el hecho de que las sentencias de constitucionalidad sólo puedan tener efectos hacia el futuro. Sobre el particular, considera la Sala que pese a ser ello cierto, no obsta para que pueda accederse a la reparación del perjuicio, toda vez que una cosa es la intangibilidad de la (sic) situaciones jurídicas consolidadas antes de la declaratoria de inconstitucionalidad y otra muy diferente, es el deber que tiene el legislador de reparar el daño que ha causado con su actuación; se trata de situaciones jurídicas autónomas e independientes entre sí. De ello se sigue una consecuencia lógica, y es que el daño no es imputable a quien ejecutó la ley, sino a quien la creó. En ese orden de ideas, se tiene que la prevención a aceptar la responsabilidad del Estado - legislador en estos eventos, obedece a una interpretación equivocada del artículo 45, que confunde la intangibilidad de la cosa juzgada, con la imposibilidad de reparar los perjuicios, cuando en realidad estas figuras no son excluyentes entre sí.

(...)

Se reitera, entonces que la declaratoria de inexecuibilidad equivale a la falla en el servicio, sin importar si la misma obedece a razones de forma o de fondo, pues que en ambos casos el legislador infringió una norma de orden superior.

2. Motivos de la aclaración.

De manera respetuosa tengo que manifestar que no comparto totalmente tal motivación sobre el aparte citado, por las siguientes razones:

No considero conveniente generalizar que por ser declarada una ley inexecuible por la Corte Constitucional, se configure *per se* una falla en el servicio, pues ha de atenderse a las condiciones particulares en cada caso.

En la decisión que se aclara el voto, por tratarse de un asunto de tributos, es claro que el artículo 95 numeral 9 de la Constitución Política de Colombia, establece un

deber para la persona y del ciudadano de contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de *justicia y equidad*.

Constituye entonces, en principio cargas soportables, aquellas cargas impositivas, que de conformidad con los numerales 11 y 12 del artículo 150 de la Constitución determine el Congreso de la República, pues existe norma expresa en la Carta Política que dispone ese deber a toda persona y al ciudadano.

No obstante lo anterior, esa carga es soportable en la medida en que las exacciones dispuestas por el legislador de la manera prevista por la norma de linaje superior, se hagan dentro de los conceptos de *justicia y equidad*.

Si ello es así, no es válido generalizar y establecer que también en materia impositiva, la declaratoria de inexecutable de la ley, constituya por ese sólo hecho una falla en el servicio por parte del legislador.

Pues ha de tenerse en cuenta que tales decisiones de la Corte Constitucional, por regla general, no excluyen del ordenamiento jurídico la ley purgada de inconstitucionalidad desde su expedición, sino desde su declaratoria de inexecutable.

Luego, habrá de atenderse las particulares circunstancias de caso, a efectos de determinar de una parte, si el daño, consistente en la exacción o aminoración patrimonial por el pago del tributo, es antijurídico o no y en el evento de resultar antijurídico, bajo que título jurídico debe imputarse al generador de dicho daño.

He venido sosteniendo que, sólo cuando la propia Corte Constitucional y de manera excepcional, expresamente señale que sus decisiones de inconstitucionalidad de las leyes producen efectos retroactivos, *ex tunc*, en cuyo caso, será la misma Corte, quien deberá determinar las consecuencias de retrotraer las cosas al estado anterior a la vigencia de la norma inexecutable y si es del caso fijar las indemnizaciones a que haya lugar, y de guardar silencio en este aspecto, entonces será el juez contencioso administrativo quien establezca las repercusiones que el retiro retroactivo del precepto del ordenamiento jurídico puedan tener frente a aquellos que resultaron afectados con la expedición de la norma y ordenará las reparaciones del caso.

En el escenario acabado de plantear, el título de imputación será el de falla del servicio, sin que importe que la declaratoria de inexecutable sea por vicios de forma o de fondo, teniendo relevancia sí, los efectos que la Corte le haya impartido a su decisión, pues claro resulta que en tratándose de los efectos *ex tunc*, la declaratoria de inexecutable de la norma produce efectos desde su expedición, y por ende jamás estuvo amparada por la presunción de constitucionalidad, constituyendo una auténtica falla del servicio por la actividad del legislador.

No sucede lo mismo, cuando los efectos impartidos por la Corte Constitucional a sus sentencias de inexecutable son hacia el futuro –*ex nunc*–, dado que en este caso, la norma sale del ordenamiento jurídico desde la declaratoria de inconstitucionalidad, por lo tanto, en el interregno entre su expedición y su expulsión del ordenamiento jurídico estuvo amparada por la presunción de constitucionalidad, razón suficiente para que no exista una falla del servicio de manera automática por la declaratoria de inexecutable de la norma.

En este evento, considero que el título jurídico de imputación debe ser el de daño especial, pues si bien se declara inexecutable la norma por la Corte Constitucional, los efectos de esta se producen hacia el futuro, no desvirtuándose el actuar legítimo del Legislador en el lapso comprendido entre la expedición de la norma y su declaratoria de inexecutable.

En el caso objeto de aclaración, los motivos explicitados por la Corte Constitucional para declarar inexecutable los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000, que establecía la TESA, fueron:

“En el presente caso, el legislador señala que la tasa corresponde a los servicios aduaneros, pero no determina el contenido de los mismos ni la manera como el gravamen se vincula a ellos. **La tarifa no se establece en función de la utilización del servicio sino, exclusivamente, en relación con el bien importado. Tal indeterminación conduce a borrar la frontera entre tasa e impuesto y a que la tasa por los servicios aduaneros se asimile a un impuesto sobre las importaciones, caso en el cual su destinación especial resultaría contraria a la Constitución. (...)**

Lo anterior se corrobora si se tiene en cuenta que, de acuerdo con el segundo inciso del artículo 57, el destino de los recaudos no se restringe a la recuperación de los costos del servicio, con los cuales, por otro lado, en la medida en que no se conocen, **no es posible establecer una relación de equivalencia al menos aproximada**, sino que se extiende para cubrir los costos incurridos por la Nación en la facilitación y modernización de las operaciones de comercio exterior,

mediante el uso de su infraestructura física y administrativa y para la financiación de los costos laborales y de capacitación de la DIAN, propósitos que claramente exceden el ámbito del gravamen definido en el inciso primero del artículo 56, en la medida en que no se refieren exclusivamente a los costos que se generan por los servicios aduaneros que se prestan a los contribuyentes de la tasa, sino que comprenden, o pueden comprender, servicios que correspondan a exportaciones y porque en la financiación de los costos laborales y de capacitación de la DIAN, caben conceptos que nada tienen que ver con las importaciones, o incluso, con el comercio exterior”

De tal motivación, se desprende claramente que, las tales normas no cumplían con los conceptos de justicia y equidad, a que hace alusión el numeral 9 del artículo 95 de la Constitución Política, razón por la que el pago que se hizo constituye un daño que resulta antijurídico, por no cumplir precisamente con los requisitos exigidos en la predicha norma, de justicia y equidad, y como quiera que, los efectos dados en la sentencia de inexecutable fueron hacia el futuro, estando en consecuencia, en el entretanto, revestida de la presunción de constitucionalidad, y por ende el actuar del legislador fue legítimo en ese período, pero que durante el mismo impuso una carga a los destinatarios de la TESA que desbordan las cargas públicas soportables, por lo que el título jurídico de imputación ha debido ser el de daño especial y no el de falla en la prestación del servicio.

En estos términos dejo presentada mi aclaración de voto al fallo proferido por la Sala.

Con toda consideración y respeto,

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ

ACLARACION DE VOTO DEL DR. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

REGIMEN DE RESPONSABILIDAD POR EL HECHO DEL LEGISLADOR - Fundamentación. Evolución jurisprudencial

Falla académicamente la Sala al querer presentar una posición uniforme en la doctrina de derecho administrativo, cuando existe una pluralidad de corrientes en las que se ha venido discutiendo el régimen de responsabilidad por el hecho del legislador. Sin perjuicio de los aportes que puede ofrecer el derecho comparado, el

juez contencioso administrativo no puede valerse de manera indiscriminada, y sin un examen amplio del mismo, de este para apoyar la argumentación o motivación de sus decisiones judiciales, porque puede ocurrir que se dé una visión reducida, sesgada, o incompleta del tratamiento que se ha dado a la responsabilidad por el hecho del legislador en otros sistemas jurídicos, en lo que no reparó la Sala en la sentencia de la que discrepo. Con base en lo anterior, se precisa estudiar de manera juiciosa cómo ha sido la evolución jurisprudencial [reconociendo que la doctrina del derecho administrativo colombiano es limitada en el tratamiento de este régimen de responsabilidad] tanto en materia contencioso administrativa, como constitucional de la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador, teniendo en cuenta su construcción antes y después de la Carta Política de 1991.

NOTA DE RELATORIA: Evolución jurisprudencial en materia de responsabilidad del Estado por el hecho del legislador: Consultar sentencias de: Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de: 25 de agosto de 1998, exp. IJ 001 y de 8 de septiembre de 1998, exp. IJ-002. Sección Tercera, sentencias de: 18 de octubre de 1990, exp. 5396; 2 de febrero de 1995, exp. 9273; septiembre 26 de 2002, exp. 20945; 23 de febrero de 2012, exp. 24655; 28 de septiembre de 2012, exp. 24630 y de 24 de abril de 2013, exps. 28221 y 27720. Corte Constitucional, sentencias: C-523 de 1995; C-149 de 1993; Salvamento de voto a la sentencia SU-1167 de 2001; C-038 de 1996

HECHO DEL LEGISLADOR - Reglas mediante la cuales el juez contencioso debe operar al momento de examinar la responsabilidad del Estado

i) en un primer momento, siguiendo la construcción de la jurisprudencia francesa [caso Sociedad La Fleurette], se consideró que es el legislador el que debe fijar si debe concederse indemnización a los particulares; ii) en caso de imputarse el daño antijurídico derivado de una ley, debería encuadrarse en el riesgo excepcional o en la violación del principio de igualdad frente a las cargas públicas [siguiendo nuevamente la construcción jurisprudencial francesa de comienzos del siglo XX]; iii) en todo caso, no es dable la irresponsabilidad del Estado legislador argumentando como pretexto el ejercicio de una función soberana; iv) la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador puede derivar de la tensión que se presente al incorporar una norma internacional que reconoce, por ejemplo, una inmunidad diplomática y la vulneración de derechos de ciudadanos colombianos, produciendo un desequilibrio en las cargas públicas [lo que se planteó en la jurisprudencia francesa de mediados del siglo XX]; v) dicha responsabilidad no tiene origen solamente en la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley, sino en la antijuridicidad del daño [esta formulación, en mi criterio, es ambigua y puede implicar que basta con acreditar que se produjo el daño antijurídico para establecer la responsabilidad, lo que no es acertado]; vi) se ha llegado a plantear que cuando el juez constitucional no modula los efectos de una sentencia de inconstitucionalidad, al juez contencioso le queda invocar la excepción de inconstitucionalidad del artículo 4 de la Carta Política, para poder reconocer los daños antijurídicos que puedan imputarse cuando la norma estuvo vigente; vii) de lo anterior se desprende, además, que la contradicción no existe con la Carta Política respecto a las situaciones jurídicas consolidadas antes de la notificación de la sentencia que declara la inconstitucionalidad, pero tampoco se avala para que el juez contencioso pueda declarar dicha contradicción; viii) puede existir una cierta contradicción entre la jurisprudencia de la Sección Tercera y la Sección Cuarta, porque esta última considera que los efectos generados por la aplicación de una norma declarada inconstitucional son hacia el futuro [ex nunc], por lo que no pueden hacerse desprender daños antijurídicos imputables al Estado - Legislador, pues antes de la sentencia de la Corte Constitucional se afirma que la norma desde su promulgación era obligatoria para todos los ciudadanos; ix) así

mismo, la Sección Cuarta precisó que no es competencia del juez contencioso modificar el alcance de los efectos fijados en una sentencia de inexecutableidad, con el pretexto de ordenar la reparación de los perjuicios ocasionados con la aplicación de la norma declarada inconstitucional; x) aunque discutible, se ha considerado que la simple conculcación del sometimiento al imperio de la Constitución y la ley puede ocasionar un daño antijurídico imputable a la administración pública a título de falla en el servicio [pero puede, en mi criterio, afirmarse una suerte de aseguramiento universal, o de responsabilidad objetiva]; xi) con independencia de mantener las situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de la norma general que consagraba una obligación [tributaria, civil, etc.] que es declarada inexecutable o nula, la persona que sufrió un daño antijurídico como consecuencia directa de la mencionada norma, tiene el derecho a que se examine si concurren los requisitos para declarar la responsabilidad del Estado por el ejercicio irregular de su potestad normativa; xii) recientemente se consideró, lo que es ampliamente discutible, que en los eventos en los que el daño antijurídico se ocasiona por retiro de la norma existe responsabilidad del Estado; xiii) en todo caso, dentro de la autonomía e independencia del juez afirmada por el artículo 228 de la Carta Política, es el juez constitucional quien puede modular los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad, como lo ha realizado en la sentencia C-149 de 1993, con el objetivo de permitir el examen de la responsabilidad por los daños antijurídicos que se hubieren producido, pero sin abordar dicha cuestión por carecer de competencia.

SENTENCIAS DE INCONSTITUCIONALIDAD - La Corte Constitucional tiene la facultad de modular las sentencias objeto de control de constitucionalidad, que por regla general, tienen efectos hacia el futuro / HECHOS ACAECIDOS EN VIGENCIA DE LAS NORMAS DECLARADAS INEXECQUIBLES - Están amparados por la presunción de legalidad y seguridad jurídica / PRESUNCION DE LEGALIDAD DE LA LEY - No se desvirtúa sino hasta cuando se ejerce la acción de inconstitucionalidad / JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA - No puede desconocer los efectos de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional

Conforme a lo consagrado en el artículo 45 de la Ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia, 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”. Por lo tanto, las decisiones sobre la constitucionalidad de una norma cuya competencia es atribuida a la Corte Constitucional [artículo 241 de la Carta Política], pueden tener efectos en el tiempo en el evento en que éstas sean declaradas inexecutable o executable condicionalmente. Tal como lo ha sostenido la Corte Constitucional, la regulación de los efectos temporales de estos fallos se han diseñado a partir de varias fuentes normativas; la Constitución (arts. 243), la Ley Estatutaria de Administración de Justicia (Ley 270/96, art. 45), la aplicación de los principios generales del derecho sobre la vigencia de las normas jurídicas y la jurisprudencia constitucional. (...) la Corte Constitucional tiene la facultad de modular las sentencias objeto de control de constitucionalidad, que por regla general, de acuerdo con lo establecido en el artículo 45 de la ley 270 de 1996 tienen efectos hacia el futuro, a menos que sea la propia Corte “de manera expresa” quien resuelva algo contrario, esto es, darle efectos retroactivos a la sentencias de constitucionalidad. Luego, en mi criterio, los hechos acaecidos en vigencia de las normas declaradas inexecutable se encontraban amparados por la presunción de legalidad y seguridad jurídica, principios sobre los cuales recaen todas las actuaciones públicas de las autoridades que en cumplimiento de la ley deban ejercer la actividad encomendada. Teniendo en cuenta lo anterior, la

presunción de legalidad de la ley no se desvirtuó sino hasta cuando se ejerció la acción de inconstitucionalidad. Sostener lo contrario no es más que un sofisma que es abiertamente contrario a la estructura del Estado constitucional colombiano. En vista de lo anterior, no resultó antijurídico y, por lo tanto, no puede desconocerse por parte de la jurisdicción contencioso administrativa los efectos de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional, quien al ser la única que puede modular los efectos de sus fallos, lo hace bajo unos criterios que responden a la “necesidad imperante de garantizar, en determinados casos, el respeto a la supremacía constitucional y la defensa de los derechos fundamentales. **NOTA DE RELATORIA:** Consultar sentencias de la Corte Constitucional T- 389 de 2009; C-444 de 2011; T- 389 de 2009; C-426 de 2007; C-870 de 1999; C-002 de 1999; C-080 de 1999; C-037 de 1994 y C-055 de 1996

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 241 / LEY 270 DE 1996 - ARTICULO 45

HECHOS ACAECIDOS EN VIGENCIA DE UNA NORMA - Se encuentran amparadas con la presunción de legalidad / ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD Y DE REPARACION DIRECTA - No son totalmente independientes / SENTENCIAS DE INCONSTITUCIONALIDAD - Unicamente la Corte Constitucional tiene la facultad de modularlas

No se observa que los efectos de la sentencia hayan sido con efectos retroactivos, por lo que la obligatoriedad e irretroactividad de lo establecido por la Corte Constitucional, conlleva a que los hechos acaecidos en vigencia de la norma cumplieron lo establecido por el ordenamiento jurídico, y, se insiste, cobijado por la presunción de legalidad. A lo que cabe agregar, que las acciones de inconstitucionalidad y de reparación directa no son totalmente independientes, como pretende afirmar la Sala, la una de la otra, y mal haría el juez contencioso administrativo en aniquilar los efectos de aquellas situaciones jurídicas respecto de las que no hubo pronunciamiento expreso y concreto por el juez constitucional, quien en virtud del artículo 241 de la Carta Política es el único guardián de la seguridad jurídica en el ordenamiento jurídico colombiano, por lo que no puede apelarse a la interpretación dada, respetable, por el Tribunal Supremo Español como si fuera una jurisprudencia de obligatorio cumplimiento, ni pueden desbordarse los estrictos ámbitos de competencia que existen entre las diferentes jurisdicciones en Colombia, porque de lo contrario se abrirían brechas y disfuncionalidades que permitan la modulación arbitraria de efectos de sentencias de inconstitucionalidad con el sustento de proceder a la reparación de los daños antijurídicos. En gracia de discusión, de permitirse al juez contencioso administrativo dicha modulación, que debería estar prevista en la legislación colombiana, estaría sometida a la aplicación de un test de proporcionalidad, ya que debe delimitarse el arbitrio judicial que tendría el juez contencioso, de manera que pueda resolverse la tensión entre el interés general en el que se sustenta un determinada norma, y el derecho a la reparación que una persona pueda invocar por la expedición y aplicación de una norma que posteriormente es declarada inexecutable.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 241

INEXEQUIBILIDAD DE LOS ARTICULOS 56 Y 57 DE LA LEY 633 DE 2000 - No configura daño antijurídico / RESPONSABILIDAD POR EL HECHO DEL LEGISLADOR - Los congresistas gozan, en el ejercicio de sus funciones, de inviolabilidad parlamentaria / RESPONSABILIDAD POR EL HECHO DEL LEGISLADOR - No se configuró

En el caso sub lite, no se configura el daño puesto que los hechos consolidados en vigencia de las normas, declaradas posteriormente inconstitucionales, se encontraban amparadas por el principio de legalidad y garantía constitucional. (...) En el presente asunto, no se observa cuál es el la falla del servicio o el rompimiento de las cargas públicas causado a la parte demandante, por cuanto se insiste, los hechos acaecidos en vigencia de las normas, se encontraban amparados por la presunción de legalidad y seguridad jurídica, principios sobre los cuales recaen todas las actuaciones públicas de las autoridades que en cumplimiento de la ley deban ejercer la actividad encomendada. Teniendo en cuenta lo anterior, la presunción de legalidad de la ley no se desvirtuó sino hasta cuando se ejerció la acción de inconstitucionalidad. Por todo lo anterior, reitero que el pago efectuado por la parte demandante al Estado de conformidad con lo establecido en los artículos consagrados en la ley 633 de 2000, y que posteriormente fueron declaradas inexequibles, no resultó antijurídico y, por lo tanto no puede desconocerse por parte de esta jurisdicción los efectos de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional, quien es la única que puede modular los efectos de sus fallos dentro de los unos parámetros que responden a la "necesidad imperante de garantizar, en determinados casos, el respeto a la supremacía constitucional y la defensa de los derechos fundamentales." Reconocer lo contrario vulneraría la Supremacía Constitucional. Además no se puede olvidar que los congresistas gozan en el ejercicio de sus funciones de inviolabilidad parlamentaria en cuanto a sus votos y opiniones y por lo tanto, éstos no podrán ser usados en su contra por ninguna autoridad para investigarlos, juzgarlos y condenarlos.

FUENTE FORMAL: LEY 633 DE 2000 - ARTICULO 56 / LEY 633 DE 2000 - ARTICULO 57

INEXEQUIBILIDAD DE LOS ARTICULOS 56 Y 57 DE LA LEY 633 DE 2000 - No configura responsabilidad por el hecho del legislador / LA ACTIVIDAD LEGISLATIVA - Es objeto de protección convencional

La posición adoptada desconoce abiertamente la evolución jurisprudencial que sobre la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador ha sido elaborada por esta misma Corporación y por la Corte Constitucional aludiendo solo a una parte de la doctrina española como factor generalizador y uniformador que abiertamente propicia una visión sesgada e incompleta del tema y que acarrea graves perjuicios para la institucionalidad colombiana. La responsabilidad del Estado legislador, no puede derivar única y exclusivamente de la inconstitucionalidad de una Ley, sino que puede encuadrarse en diferentes supuestos, siempre que se cumpla con los elementos mínimos para su estructuración, esto es, daño antijurídico e imputación, como bien lo destaca el fallo. Sin embargo, es un absoluto equívoco plantear que la mera inconstitucionalidad de una Ley es suficiente y se convierte por sí solo en daño antijurídico y fundamento de la imputación, lo que contradice por completo el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado fundado en el artículo 90 de la C.P. Lo anterior tampoco puede tener sustento en la incorporación de criterios jurídicos foráneos, desconociendo la configuración que tiene nuestro régimen de responsabilidad, que de ninguna manera tiene los alcances del artículo 106.2 de la Constitución Española ni de la Ley Orgánica de Administraciones Públicas Española, que lo único que plantean es una distorsión en la comprensión tanto del artículo 241 de la C.P. como del artículo 90 C.P (...) Los efectos de las sentencias de inexequibilidad rigen hacia el futuro y por lo tanto las situaciones jurídicas consolidadas con anterioridad a la notificación del pronunciamiento de la Corte

Constitucional no pueden ser moduladas por el juez contencioso administrativo so pretexto de ordenar la reparación de presuntos perjuicios causados como consecuencia de la aplicación de la ley inconstitucional. Por lo tanto, los efectos de toda Ley declarada inconstitucional rigen hacia el futuro, sin que haya lugar para que el juez contencioso invocando la protección del derecho a la reparación, pueda abrogarse competencias que constitucionalmente no tiene conferidas, y que no puede ejercer sin crear una disfuncionalidad institucional, que puede socavar la autonomía e independencia de los jueces, explicada al interior de la misma rama judicial, desde la perspectiva de la distribución de las competencias asignadas a cada una de las jurisdicciones. (...) solo podrían afirmarse los anteriores elementos cuando el juez constitucional evidencie que se faltó o incumplió con los mandatos constitucionales y legales a los que están sujetos todos los legisladores, porque plantear lo contrario, como lo hace la sentencia, es simplemente contradecir los principios de constitucionalidad, seguridad jurídica e inviolabilidad de los votos y opiniones de los congresistas (...) no hay lugar a imputación de responsabilidad por falla del servicio como afirma la Sala, y ciertamente no puede esta sentencia convertirse en título ejecutivo de una eventual acción de repetición contra los congresistas que en ejercicio de su potestad pública solo cumplieron con las funciones a ellos encomendadas. No hay que olvidar que el ejercicio de la actividad legislativa también es objeto de protección convencional, de manera que consagrar una cláusula de responsabilidad general podría ser contradictoria de manera subjetiva, desde la perspectiva de un control de convencionalidad, según lo establecido en los artículos 93 y 214 de la Constitución Política, en concordancia con las Convención Interamericana de Derechos Humanos y demás normas concordantes de carácter convencional protectoras y garantísticas de la participación política y del ejercicio pleno, independiente y soberano de la función legislativa en todo Estado democrático y de derecho. (...) reprocho y me aparto de cualquier manifestación de la providencia tendiente a endilgar actividad ilegal o ilícita a los legisladores en el caso concreto de la ley declarada inconstitucional y objeto del proceso que nos ocupa, en cuanto el ejercicio de dicha actividad, no fue otro que, el propio y legítimo autorizado constitucionalmente y si se dio un pronunciamiento de inconstitucionalidad, se hizo a partir de profundos análisis y controversia ante la autoridad jurisdiccional constitucional después de amplios debates doctrinales que desvirtúan cualquier posibilidad de dolo o culpa grave, en un ámbito de discusión jurídica donde no hay verdades absolutas, sin olvidar adicionalmente la protección y garantías de que gozan los legisladores en relación con sus actos legislativos, tal como se expuso en líneas anteriores. Para que prospere el juicio de responsabilidad debe configurarse la existencia del daño antijurídico y tal y como en mi criterio, vertido en este salvamento, concluyo que no se dan los elementos fácticos y jurídicos ni para establecer el daño antijurídico, ni para imputarlo a las entidades demandadas, por lo que habría sido necesario denegar las pretensiones confirmando la sentencia de primera instancia pero con argumentos como los que he presentado.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 90 /
CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 93 / CONSTITUCION POLITICA -
ARTICULO 214 / LEY 633 DE 2000 - ARTICULO 56 / LEY 633 DE 2000 -
ARTICULO 57

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá D.C., veintiséis (26) de marzo de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 25000-23-26-000-2003-00175-01(28741)

Actor: GOODYEAR DE COLOMBIA S.A.

Demandado: CONGRESO DE LA REPUBLICA

Referencia: SALVAMENTO DE VOTO

Con el respeto y consideración acostumbrada manifiesto que me aparto de la decisión tomada por la Sala en la sentencia de 26 de marzo de 2014, mediante la cual se resolvió confirmar la sentencia de 27 de julio de 2004 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sala de descongestión, que declaró no probadas las excepciones de buena fe y ausencia de culpa grave o dolo y la inexistencia de la obligación reclamada propuestas por la parte demandada, y que la declaró patrimonialmente responsable, de los perjuicios ocasionados a la parte demandante y la condenó al pago de una indemnización por concepto de perjuicios materiales.

Para exponer la postura disidente se analizará: 1) la construcción de la fundamentación del régimen de responsabilidad por el hecho del legislador; 2) la falta de competencia del juez contencioso administrativo de modular los efectos de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional con las que se declara la inconstitucionalidad de una norma jurídica; y 3) la no configuración del daño antijurídico en el caso concreto.

1. La construcción de la fundamentación del régimen de responsabilidad por el hecho del legislador.

La Sala en la providencia de la que discrepo académicamente sostiene como elementos del régimen de responsabilidad por el hecho del legislador:

“[...] cuando se habla de responsabilidad por el “hecho del legislador”, no se hace alusión únicamente a la ley en sentido estricto, sino también en sentido material. Es decir, que caben en este escenario no sólo las leyes expedidas por el Congreso, sino también todas aquellas normas que se caracterizan a su vez por ser generales, impersonales y abstractas, tales como los actos administrativos, decretos- ley, decretos expedidos por el presidente en el marco de facultades extraordinarias, resoluciones, ordenanzas, entre otros, comoquiera [sic] que es de la función reguladora del Estado como tal, de la que puede derivarse el daño antijurídico, sin importar su grado.

[...]

De otro lado, quienes avalan el hecho de que el Estado en su función creadora de normas puede generar daños antijurídicos que deben ser indemnizados, invocan como fundamentos, el principio de confianza legítima y la supremacía de la Constitución sobre las demás normas, como eje del ordenamiento jurídico.

Fue así como en España, país donde el tema ha tenido mayor desarrollo doctrinal y jurisprudencial, se aceptó primero la responsabilidad por el hecho de la ley que no había sido objeto de ningún reparo constitucional.

[...]

Es el caso de las leyes declaradas inconstitucionales el que ha encontrado mayores tropiezos, anteponiéndose como uno de los principales obstáculos, el hecho de que los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad son en su mayoría ex nunc, es decir, rigen hacia el futuro, con el fin de preservar instituciones como la cosa juzgada y principios como la seguridad jurídica [...]

[...]

[...] se tiene que el argumento que propende por la inmunidad del legislador como representante de la voluntad del pueblo, cae por su propio peso y no pasa de ser una mera falacia argumentativa o error de razonamiento, pues se insiste, no puede perderse de vista que el legislador es el constituyente derivado y conforme a los más elementales principios del derecho constitucional, jamás podrá remplazar [sic] ni suplir al constituyente primario, quien plasma su voluntad en la Constitución. De este modo, aceptar sin más, que se no [sic] deriven perjuicios a partir [sic] una norma que ha sido declarada inconstitucional equivaldría a decir que la voluntad del constituyente primario carece de valor [...].”

Después de la amplia transcripción de la parte argumentativa de la sentencia con la que discrepo académica y jurídicamente con la Sala, encuentro que hay trece [13] cuestiones jurídicas en las que puedo precisar mi disenso.

Previo a abordarlas, debo exponer cómo ha sido la construcción del régimen de responsabilidad por el hecho del legislador⁸⁸.

No puede la Sala, sin incurrir en una grave falencia de rigor académico, presentar como fuente única e indiscutible del régimen de responsabilidad del Estado por el hecho del legislador al derecho español, lo que no implica que no pueda acudir a él para examinar los avances que en el mismo se han dado. Y es una falencia, porque desconoce que en el derecho administrativo francés, mucho tiempo antes, incluso con antelación a que Eduardo García de Enterría escribiera su artículo acerca de la ley de expropiación forzosa y elaborara algunos de los argumentos en los que se apoya el régimen de responsabilidad del Estado en dicho sistema jurídico [1954], en 1938 ya se había avanzado en la consideración de la responsabilidad del Estado por el hecho de las leyes⁸⁹.

⁸⁸ Apoyo mi postura en la argumentación empleada en la sentencia de la Sub-sección C de 24 de octubre de 2013 [expediente 26690], que me tuvo como ponente.

⁸⁹Puede verse: [http://actu.dalloz-etudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/FEVRIER_2012/GrandsArrets50fLEURETTE.pdf; consultado 29 de marzo de 2014]: “En 1938, un siglo antes de la sentencia *La Fleurette*, el Consejo de Estado, en la sentencia de principio, sentencia *Duchâtellier*, había establecido la irresponsabilidad total del estado legislador. El señor Duchâtellier era fabricante de tabaco falso. Una ley del 12 de febrero de 1835 había prohibido la fabricación, la circulación y la venta de tabaco falso – únicamente para garantizar el monopolio fiscal de los tabacos y sin alegar contra los fabricantes el carácter perjudicial para la salud pública del tabaco falso- y no había previsto indemnización para que aquellos que con la prohibición se lesionaría sus intereses”. A cerca de la irresponsabilidad por el hecho de la función legislativa puede verse: GOHIN, Olivier, “La responsabilité de l’État en tant que législateur”, en *Revue Internationale de Droit Comparé*, V.50, No.2, 1998, pp.598 a 600.

En ese sentido, se tiene la sentencia del Consejo de Estado Francés de 14 de enero de 1938⁹⁰, que en el caso de la “Sociedad de productores lácteos La Fleurette” declaró la responsabilidad del Estado teniendo como fundamento la ruptura de la igualdad ante las cargas públicas. Se trata de un caso en el que se debatió acerca de los efectos producidos por la expedición y aplicación de la ley de 29 de junio de 1934 relativa a la protección de los productores lácteos, que había prohibido la fabricación y la venta de todo producto con presentación en crema y destinado a los mismos usos pero sin que tuviese que provenir exclusivamente de la leche. La sociedad “La Fleurette” se había visto en la obligación de cesar en su actividad, consistente en la fabricación del producto denominado “gradine”⁹¹, que caía bajo la cobertura de la nueva prohibición. De acuerdo con el análisis realizado por el Consejo de Estado Francés, la “jurisprudencia anterior según la cual el Estado no sería responsable de las consecuencias de las leyes que prohibían una actividad en interés general había ya evolucionado un poco, las decisiones más recientes se fundaban en que las medidas incriminadas tenían por objetivo impedir los productos peligrosos o poner fin a los abusos. En el asunto de la sociedad La Fleurette, dijo textualmente que: “Considerando que nada, ni en el texto de la Ley ni en sus trabajos preparatorios, ni del conjunto de las circunstancias del asunto permiten pensar que el Legislador ha querido hacer soportar a la interesada una carga que no le incumbe normalmente (...)”⁹²

El Consejo de Estado, en consecuencia consideró, que dicha sociedad debía asumir el cierre de la actividad, puesto que era una carga, creada en favor de un interés general y por lo tanto debía ser soportada por la comunidad”.

La construcción en el derecho administrativo francés precede a aquella que ha tenido lugar en el derecho español [advirtiendo de la influencia que representa dicho derecho en la construcción del régimen de responsabilidad del Estado en el derecho colombiano], y se encuadró, inicialmente, en el fundamento de imputación de la “ruptura de la igualdad ante las cargas públicas”, pudiendo derivarse la responsabilidad del Estado no sólo por el hecho de las decisiones administrativas⁹³, sino también por el hecho de las leyes. Pero es a partir del caso “Sociedad La Fleurette” en el que la jurisprudencia contencioso administrativa francesa ofrece una serie de condiciones para afirmar la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador, si bien restrictivas. Y se dice esto último, porque la primera condición, según la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés es que “no resulte del texto de la ley y de sus trabajos preparatorios que el legislador haya entendido excluir toda indemnización”⁹⁴. Como segunda condición, se afirma que el daño ocasionado debe ser anormal y especial. Con posterioridad, y en el caso de la “Compañía General de energía radio-eléctrica”⁹⁵, consideró un nuevo criterio relacionado con la ruptura de la igualdad en las cargas públicas que puede devenir del hecho de las convenciones internacionales, cuando entra en tensión una inmunidad diplomática y los derechos de un

⁹⁰ Conseil d’État, Ass, 14 janvier 1938, Société des produits laitiers La Fleurette.

⁹¹ Compuesto de leche, aceite de cacahuets y yema de huevo.

⁹² Puede verse: [<http://www.conseil-etat.fr/fr/presentation-des-grands-arrets/14-janvier-1938-societe-anonyme-des-produits.html>; consultado 29 de marzo de 2014].

⁹³ Conseil d’État, Ass, 30 novembre 1923, Coutiéas.

⁹⁴ Puede verse: [<http://www.conseil-etat.fr/fr/presentation-des-grands-arrets/14-janvier-1938-societe-anonyme-des-produits.html>; consultado 29 de marzo de 2014].

⁹⁵ Conseil d’État, Ass, 30 mars 1966, Compagnie générale d’énergie radio-électrique.

ciudadano francés⁹⁶. Dicha responsabilidad, sin embargo, no procede cuando se trata de leyes adoptadas con un interés económico y social de orden general⁹⁷.

También debe tenerse en cuenta como el derecho administrativo francés y la jurisprudencia contencioso administrativa francesa se ha visto influenciada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en esta materia, como en los casos *Francovich et Bonifaci*, de 19 de noviembre de 1991, y “*Brasserie du Pêcheur*”, de 5 de marzo de 1996.

Esta referencia al derecho francés es esencial para dar un contexto adecuado de derecho comparado, que de manera limitada y reducida aborda la Sala. Ahora bien, es cierto que el derecho administrativo español ofrece tanto en la doctrina, como en la jurisprudencia elementos para considerar la evolución de la construcción del régimen de responsabilidad del Estado por el hecho del legislador. En ese sentido, en la doctrina hay una corriente que señala que es “desacertado <<asociar de una manera automática la inconstitucionalidad de una ley con la exigencia de responsabilidad como de forma poco meditada hace el Tribunal Supremo>>, pues <<sólo pueden reputarse antijurídicos los daños y perjuicios que sufran los particulares como consecuencia de la aplicación de una ley inconstitucional o de una pasividad legislativa cuando hayan visto lesionados el contenido de derechos materialmente protegidos por la Constitución>>”⁹⁸. Para otro sector de la doctrina, la jurisprudencia del Tribunal Supremo que viene afirmando la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador a partir de la inconstitucionalidad declarada de una norma, “también tiene sus riesgos y costes evidentes (fundamentalmente para la seguridad jurídica)”, luego “antes que como progreso, la aparición de esta doctrina debería tomarse como demostración de que algo no funciona bien en nuestro sistema de control de constitucionalidad”⁹⁹. Y, otra corriente doctrinal crítica esta jurisprudencia al fundarse en “argumentos erróneos e incoherentes”, al vaciar de sentido las normas “que dotan de cierta estabilidad a las situaciones jurídicas firmes nacidas de una ley inconstitucional, desatendiendo con ello casi completamente el valor de la seguridad jurídica, y puede provocar graves distorsiones y problemas financieros de las Administraciones públicas así como ralentizar la ejecución de las leyes y favorecer que el Tribunal Constitucional no se atreva a declarar la inconstitucionalidad de algunas normas legales merecedoras de esta declaración”¹⁰⁰. Luego, falla académicamente la Sala al querer presentar una

⁹⁶ Puede verse: [<http://www.conseil-etat.fr/fr/presentation-des-grands-arrets/14-janvier-1938-societe-anonyme-des-produits.html>; consultado 29 de marzo de 2014].

⁹⁷ [http://actu.dalloz-etudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/FEVRIER_2012/GrandsArrets50fLEURETTE.pdf; consultado 29 de marzo de 2014]; “Así pues la responsabilidad del Estado legislador no ha sido reconocida con ocasión de la aplicación de leyes de intervención para luchar contra el incremento de precios (CE 15 juill. 1949, *Ville d’Elbeuf* [...]), para la fijación de las modalidades de cálculo de las indemnizaciones por expropiación (CE, 14 mars 1975, n° 93217, *SCI de la Vallée de Chevreuse* [...]), para regularizar un mercado u organizar una producción (21 juin 1957, *Société d’exploitation des Établissements Pathé-Cinéma* [...])”.

⁹⁸ GALÁN VIOQUE, “La indemnización de los daños y perjuicios producidos por una ley inconstitucional: ¿Una rebelión del Tribunal Supremo frente al Tribunal Constitucional?”, en *Revista Andaluza de Administración Pública*, No.41, 2001, pp.177 y 178.

⁹⁹ AHUMADA RUIZ, “Responsabilidad patrimonial del Estado por las leyes inconstitucionales (o el derecho a no ser perjudicado por una ley inconstitucional)”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, No.62, 201, p.350.

¹⁰⁰ ALONSO GARCIA, Consuelo, “La reciente jurisprudencia sobre la responsabilidad patrimonial del Estado legislador frente a daños derivados de leyes inconstitucionales”, en *Revista de Administración Pública*, No.157, 2002, pp.215 y ss. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “El principio de “la responsabilidad de los poderes públicos” según el artículo 9.3 de la Constitución y la responsabilidad patrimonial del Estado legislador”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, No.67, 2003, pp.19 y ss; GARCÍA LUENGO, *El principio de protección de la confianza en el Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 2002, p.76; MARTÍN REBOLLO, Luis, “Responsabilidad patrimonial por actos legislativos: una discutible elaboración jurisprudencial en expansión”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, No.556, 2002; DOMENECH PASCUAL,

posición uniforme en la doctrina de derecho administrativo, cuando existe una pluralidad de corrientes en las que se ha venido discutiendo el régimen de responsabilidad por el hecho del legislador.

Sin perjuicio de los aportes que puede ofrecer el derecho comparado, el juez contencioso administrativo no puede valerse de manera indiscriminada, y sin un examen amplio del mismo, de este para apoyar la argumentación o motivación de sus decisiones judiciales, porque puede ocurrir que se dé una visión reducida, sesgada, o incompleta del tratamiento que se ha dado a la responsabilidad por el hecho del legislador en otros sistemas jurídicos, en lo que no reparó la Sala en la sentencia de la que discrepo.

Con base en lo anterior, se precisa estudiar de manera juiciosa cómo ha sido la evolución jurisprudencial [reconociendo que la doctrina del derecho administrativo colombiano es limitada en el tratamiento de este régimen de responsabilidad] tanto en materia contencioso administrativa, como constitucional de la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador, teniendo en cuenta su construcción antes y después de la Carta Política de 1991.

1. El desarrollo jurisprudencial de la jurisdicción contenciosa administrativa en un primer momento, sentencia de 18 de octubre de 1990¹⁰¹, al resolver un caso en el que una sociedad demandó al Departamento del Valle del Cauca por el daño antijurídico derivado de la expedición de un decreto y una ordenanza departamental que creó un servicio de bodegaje de licores, las cuales fueron suspendidas provisionalmente dentro de un proceso contencioso administrativo, y posteriormente declarados nulos algunos artículos de las mismas.

En esa ocasión, la Sección Tercera consideró que pese al interés que revestía la materia, el caso no permitía crear jurisprudencia al respecto, por cuanto no se apreciaba cuál podría ser el interés general de la comunidad en que se incrementara la oferta de licores en el Departamento. Para denegar las pretensiones de la demanda sostuvo que *“la conciencia ciudadana suele quejarse del Estado cantinero, que nada hace para frenar la producción distribución y consumo de bebidas embriagantes”*. Sin embargo, citó la doctrina extranjera que ha reconocido la responsabilidad del Estado - legislador en los siguientes términos:

"a) La solución reposa en la INTEPRETACION DE LA VOLUNTAD DEL LEGISLADOR: el juez deduce, de su silencio, teniendo en cuenta las circunstancias, un consentimiento a la indemnización".

"b) La responsabilidad se basa en el principio de la igualdad de todos ante las cargas públicas - la ley impone, un pequeño número de particulares, identificables a pesar de la generalidad de los términos empleados, un perjuicio especial, en interés general. En el caso La Fleurette, la ley, en un conjunto de medidas destinadas a proteger la producción lechera amenazada por una caída de precios, prohibió la fabricación de productos susceptibles de reemplazar la leche para ciertos usos, lo cual no alcanzaba de hecho sino a un número reducido de empresas".

"c) El interés general en nombre de cual el sacrificio es impuesto se confunde con el interés colectivo de una categoría social o económica (en la sentencia La Fleurette, los productores de leche): Se acuerda una ventaja a unos imponiendo

Gabriel, "Responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de la anulación de un reglamento", en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, No.22, 2003, pp.577 y ss.

¹⁰¹ Sección Tercera, sentencia de 18 de octubre de 1990, expediente 5396.

una carga a otros. Si la medida adoptada beneficia al conjunto de la colectividad, el juez duda, en principio, en indemnizar".

"d) Finalmente la actividad sacrificada no debe ser ni ilícita, ni inmoral, ni peligrosa para la colectividad.

Esta jurisprudencia, muy notable en teoría, no tuvo durante mucho tiempo sino un alcance práctico muy limitado: no recibió, después de la sentencia La Fleurette, sino una sola aplicación (.E. 21 de enero de 1.944 Caucheteux et Desmont, Rec., p. 22). Luego el Consejo de Estado afirmó el principio (1o. de diciembre de 1.961, Lacombe, D., 1.962, p. - 89): lo aplicó en beneficio de un propietario que, habiendo obtenido un fallo de expulsión contra un inquilino cuyo hijo servía en Argelia, no había podido obtener la ejecución, por haber prohibido el legislador en ese tiempo tales expulsiones, imponiendo así a los propietarios cuyos inquilinos o miembros de su familia habían sido movilizados a Argelia, una carga especial, grave y excepcional (25 de enero de 1.963, Bovero, JCP, 1.963, No. 13.326, y la nota del decano Vedel). Algunos han visto en esta decisión ' una ampliación de la jurisprudencia anterior, y una admisión más franca de la responsabilidad del legislador. Pero la cuestión, desde entonces, no se ha planteado de nuevo al juez, lo que no permite confirmar esta interpretación optimista.

"Las soluciones que se acaban de analizar han sido recientemente trasladadas de la ley al tratado internacional: el Estado ha sido condenado a indemnizar a la víctima por un perjuicio grave y especial debido a una convención internacional. (C.E., 30 de marzo de 1.966, p. 381; 29 de octubre de 1.976, Burgat, A.J., 1.977, p. 56)."

Pese a lo anterior, la misma providencia dejó abierta la posibilidad de declarar la responsabilidad del Estado legislador, pero considerando que si se pensaba que el hecho dañino era la promulgación de la Ley, ésta no podía ser objeto de crítica, por cuanto ella no era susceptible de ser acusada por falta o violación del derecho, y en segundo lugar, porque correspondía a la esfera del mismo legislador definir si debía concederse alguna indemnización a los particulares que, en dichas condiciones, hubiesen sufrido un daño de tal naturaleza.

De esta manera, concluyó que eventualmente podría analizarse la responsabilidad del legislador imputándose a título de riesgo excepcional o violación del principio de igualdad frente a las cargas públicas, aunque en todo caso, exigiéndose al menos el asentimiento tácito del legislador en que el daño fuese reparado.

2. Luego, en la sentencia de 2 de febrero de 1995¹⁰² [tratándose de un caso de la muerte de una mujer en los hechos acaecidos en el Palacio de justicia de 6 y 7 de noviembre de 1985, la parte demandada en sus alegatos de conclusión, expuso que existía una falta de responsabilidad del Estado cuando su función implica el ejercicio de su soberanía], se afirmó la irresponsabilidad por el hecho del legislador, en el sentido que "[...] ni los actos legislativos, ni los actos de gobierno, ni los actos del Juez, ni los hechos de guerra pueden dar lugar a una acción de responsabilidad en contra del Estado, cualquiera que fuesen las faltas imputables a sus representantes o agentes [...]".

La Sección Tercera desechó el argumento utilizado por la parte demandada para descartar la responsabilidad por el hecho de las leyes, en virtud del cual se sostenía que el ejercicio de la soberanía no podía relacionarse con daños antijurídicos algunos, de manera que, a juicio de la Sala, no era dable hablar de

¹⁰² Sección Tercera, sentencia de 2 de febrero de 1995, expediente 9273.

irresponsabilidad del Estado - Legislador so pretexto del ejercicio de una función soberana¹⁰³.

3. Así mismo, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en la sentencia de 13 de diciembre de 1995¹⁰⁴, consideró que era improcedente la responsabilidad del Estado por el hecho de la Asamblea Nacional Constituyente, por los actos y decisiones adoptadas por esta cuerpo derivado del poder constituyente, ante el que se afirmó una inviolabilidad e inmunidad plena.

4. Luego, en la sentencia del 25 de agosto de 1998, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo declaró, por primera vez en Colombia, responsable al Congreso de la República y al Ministerio de Relaciones Exteriores por los perjuicios causados a la parte actora por la aplicación de la Ley 6ª de 1972, por medio de la cual se aprobaba la Convención de Viena¹⁰⁵, argumentando:

“En el caso presente la incorporación a la legislación nacional del texto de la convención de Viena de fecha del 18 de abril de 1961, en desarrollo de una operación compleja de naturaleza pública consistente en la negociación y firma del dicho tratado, su incorporación como ley nacional y la sujeción a los controles jurisdiccionales de conformidad con la constitución y su aplicación produjo un daño consistente en el desequilibrio de las cargas públicas que los actores no deben soportar [...]

“La aplicación del texto normativo en el sentido de conferir la inmunidad conduce a un enfrentamiento de derechos reconocidos por el ordenamiento colombiano; de un lado la condición del diplomático que goza de la inmunidad para ante los jueces colombianos y de otro lado el derecho que tienen todos los residentes en Colombia para accionar ante sus jueces naturales para que se respeten sus derechos, se les proteja o se les garantice conforme al derecho positivo vigente, y demandar y ser demandados. Si excepcionalmente como en este caso y por un tratamiento de privilegio conferido por el Estado a una persona, atendidas sus calidades, se produce un desequilibrio en su favor y en contra de otro que resulta damnificado y sin la posibilidad de demandar con fundamento en el hecho dañino ante su juez natural, es claro que hay un desequilibrio de las cargas públicas y que por ello el particular está habilitado para demandar al Estado en reparación con fundamento en su actuar complejo como ya se dijo”¹⁰⁶.

En esta sentencia se concluyó entonces:

¹⁰³ Sección Tercera, sentencia de febrero 2 de 1995, expediente 9273: “(...) No es posible, pues, dar cabida a reclamaciones de irresponsabilidad del Estado, máxime si se trata de un Estado social de derecho (art. 1º de la C. N.) so pretexto de que la acción dañosa es constitutiva del ejercicio de su soberanía; tal recurso no podía jamás servir de excusa o de justificación para que el ejercicio del poder desborde los cauces del derecho, y, en el terreno de lo arbitrario, produzca impunemente daños antijurídicos a los asociados”.

¹⁰⁴ Sala Plena, sentencia de 13 de diciembre de 1995, expediente S-470.

¹⁰⁵ Los hechos que dieron lugar a la sentencia fueron los siguientes: En el año de 1991 un ciudadano colombiano murió luego de ser arrollado por un vehículo conducido por un agente diplomático norteamericano. La familia de la víctima intentó infructuosamente obtener compensación por los perjuicios sufridos ante la Corte Suprema de Justicia, órgano judicial que rechazó la demanda impetrada contra el conductor el vehículo debido a la inmunidad de que gozan los agentes diplomáticos extranjeros en Colombia en virtud de la Convención de Viena (aprobada por la Ley 6ª de 1972). Posteriormente acudieron ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y demandan al Congreso de la República –representado en el proceso por el Ministerio del Interior-, bajo el entendimiento que estas entidades debían responder por los perjuicios causado por el accidente debido a que la inmunidad del agente diplomático tenía origen en la Convención de Viena, la cual había sido negociada por el Ministerio de Relaciones Exteriores y posteriormente aprobada por el Congreso de la República.

¹⁰⁶ Sala Plena, sentencia de agosto 25 de 1998, expediente IJ-001. En similar sentido sentencia IJ -002.

- La responsabilidad del Estado legislador no tenía origen exclusivo en la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley sino en la antijuridicidad del daño¹⁰⁷.
- El título de imputación que se aplicó lo constituía el rompimiento del equilibrio de las cargas públicas, ocasionado por la actividad legítima de autoridades estatales (Congreso y Presidente de la República), por medio de la celebración de un tratado internacional y su aprobación por una ley, cuya aplicación causó daño antijurídico el cual un administrado en particular no tenía el deber de soportar.

5. Ahora bien, en la sentencia de 26 de septiembre de 2002, la Sección Tercera estudió la posibilidad de imputar la responsabilidad al legislador en los eventos en los cuales se causara un daño como consecuencia de los efectos generados por una norma declarada inexecutable¹⁰⁸. La sentencia en cuestión analizó si era posible que el juez, por medio de la figura de la excepción de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 4 de la Carta Política, extendiera hacia el pasado los efectos de la sentencia de inexecutable y reconociera los perjuicios causados por la normatividad mientras estuvo vigente.

En esta oportunidad, concluyó la Sección Tercera que, surtiendo efectos hacia el futuro el fallo de inconstitucionalidad de la norma, la pretensión de responsabilidad estaría siempre llamada al fracaso, bajo el argumento de que la contradicción con la Carta Política se consolida única y exclusivamente a partir de la declaratoria de inexecutable, de modo que los daños irrogados durante su vigencia no podían ser calificados de antijurídicos, y por tal razón, no podía ordenarse reparación alguna.

En efecto, el municipio demandante solicitó la declaratoria de responsabilidad del Estado por la promulgación del numeral 2.7 del artículo 1º de la Ley 168 de 1994, mediante el cual se calificaron como “recursos de capital” los dineros recaudados por la Nación por concepto de concesión a los particulares de los servicios de telefonía celular, norma que mediante sentencia C-423 de 1995 proferida por la H. Corte Constitucional, fue declarada inexecutable, argumentando que tales dineros pertenecían a los ingresos corrientes de la Nación, de los cuales detentaban los municipios derecho de participación de conformidad con la Ley 60 de 1993. Por tal razón, los municipios manifestaron haber sufrido un perjuicio, consistente en no haber participado en los ingresos corrientes de la Nación por tales sumas. Al respecto, la Sección Tercera razonó de la siguiente manera:

“En estas condiciones, resulta inaplicable el artículo 4º de la Constitución Política, en relación con el numeral 2.7 del artículo 1º de la Ley 168 de 1994, por la cual se

¹⁰⁷ Con esto se aparta del fundamento de la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la cual si bien se había declarado la responsabilidad del Ministerio de Relaciones Exteriores, el a quo sostuvo que el origen de dicha responsabilidad no era el hecho de la ley, sino la ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas, pues a su juicio la responsabilidad del Estado-Legislator sólo podía tener origen en la previa declaratoria de inconstitucionalidad de un precepto legislativo. *Crf.* Sentencia C-038 de 2006 de la Corte Constitucional.

¹⁰⁸ El caso era el siguiente: un municipio reclamaba las sumas dejadas de transferir a éste por concepto de participaciones en los ingresos corrientes de la Nación en el periodo comprendido de 1994-1995. El origen de la demanda era la sentencia C-523 de 1995 por medio de la cual la Corte Constitucional declaró inexecutable el numeral 2.7 del artículo 1º de la Ley 168 de 1994, disposición que incorporaba los recursos percibidos por el Estado por concepto de los contratos de concesión a particulares de la telefonía móvil celular en el rubro de recursos de capital, excedentes financieros de la Nación, de manera tal que dichos recursos pasaban a un fondo especial y no eran distribuidos entre las entidades territoriales. Con la declaratoria de inconstitucionalidad del numeral contemplado en dicha ley, estos recursos ingresaron al rubro de ingresos corrientes de la Nación, los cuales debían ser distribuidos a las entidades territoriales. Sin embargo, la Corte Constitucional no le dio de manera expresa efectos retroactivos a su decisión y, por lo tanto, durante el año 1994 las entidades territoriales no tuvieron derecho a participar en dichas rentas.

decretó el presupuesto de rentas y recursos de capital y la ley de apropiaciones para la vigencia fiscal de 1995. Entonces, los dineros recibidos por la Nación por la concesión del servicio de telefonía móvil celular, en el año 1994, ejecutados con anterioridad a la notificación de la sentencia C-423 del 21 de septiembre de 1995, no pueden ser considerados ingresos corrientes de la Nación, sino recursos de capital y, en consecuencia, es claro que no surgió para la Nación, respecto de un porcentaje de ellos, la obligación de transferirlos al Municipio de Prado. En este orden de ideas, es evidente para la Sala la improcedencia de la declaración de la responsabilidad de la Nación por los perjuicios causados como consecuencia del no pago de dichos recursos.

“Por lo demás, teniendo en cuenta que el fundamento de la responsabilidad, en este caso, se encuentra en la existencia de un derecho, por parte del municipio demandante, sobre un porcentaje de los mismos dineros, según lo dispuesto en el artículo 357 de la Constitución, no podría pensarse, de ninguna manera, que la obligación de indemnizar pudiera encontrar sustento en la previsión contenida en el numeral citado de la Ley 168 de 1994, mientras mantuvo su vigencia. En efecto, antes de la notificación de la Sentencia C-423 del 21 de septiembre de 1995, los recursos mencionados, de acuerdo con dicha disposición, tenían el carácter de recursos de capital, sobre los cuales no corresponde participación alguna a las entidades territoriales, conforme a las disposiciones de la Constitución y especialmente a lo establecido en el artículo 358 de la misma, según el cual los ingresos corrientes están constituidos por los tributarios y no tributarios, ‘con excepción de los recursos de capital’.

“Se precisa, al respecto, que si bien esta Corporación ha aceptado la posibilidad de declarar la responsabilidad de la Nación por los perjuicios causados como consecuencia de la aplicación de normas constitucionales y legales, ella está referida a los casos en que el demandante demuestra que las mismas crean para él un desequilibrio frente a las cargas públicas, en relación con la situación en que se encuentran los demás ciudadanos¹⁰⁹. Es, entonces, en estos eventos, ese desequilibrio -que se materializa en un daño especial- lo que constituye el fundamento de la obligación de indemnizar que surge a cargo la Nación, la cual, por lo demás, debe ser representada en el proceso por el Presidente del Senado de la República, conforme a lo dispuesto en el artículo 149, inciso tercero, del Código Contencioso Administrativo.

“Muy diferente es la situación que se plantea en el caso que hoy ocupa a la Sala; en efecto, como se ha expresado, la pretensión de declaración de responsabilidad está sustentada en el no pago de unos dineros que, según lo afirma el apoderado del municipio demandante, se deben a éste último, situación que constituye una típica falla del servicio, referida concretamente a la aplicación de una norma contraria a la Constitución, esto es, el numeral 2.7 del artículo 1º de la Ley 168 de 1994, para definir la naturaleza de los recursos recibidos por la concesión del servicio de telefonía móvil celular, antes de la declaratoria de inexequibilidad de la misma. Así las cosas y dado que, según lo explicado, la contradicción con la Carta Política no existe con respecto a las situaciones consolidadas con anterioridad a la notificación del pronunciamiento de la Corte contenido en el fallo C-423 de 1995, ni puede ser válidamente declarada por el juez contencioso administrativo, es claro que aquella pretensión no puede prosperar”¹¹⁰.

¹⁰⁹ Ver, Sala Plena, sentencias de la Sala Plena IJ-001 del 25 de agosto de 1998 e IJ-002 del 8 de septiembre del mismo año.

¹¹⁰ Sección Tercera, sentencia de septiembre 26 de 2002, expediente 20945 “[...] La decisión sobre los efectos de un fallo de constitucionalidad, en consecuencia, 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 inexequible por la Corte y el fallo respectivo tiene efectos hacia el futuro. Si, como se dijo anteriormente, se trata de actos proferidos o situaciones consolidadas con posterioridad al fallo, éste simplemente debe acatarse, porque la

6. Debe tenerse en cuenta, también, la sentencia de 12 de junio de 2003, donde la Sección Cuarta consideró que los efectos generados por la aplicación de una norma declarada inconstitucional hacia el futuro [ex nunc], no podían desembocar en daño alguno que pudiera reputarse de antijurídico, pues antes de la sentencia de inexecutable, el cumplimiento de la disposición era obligatoria desde su promulgación para todos los habitantes de la Nación. Así mismo, argumentó que no era de su competencia modificar el alcance de los efectos fijados en una sentencia de inexecutable so pretexto de ordenar la reparación de los presuntos perjuicios causados como consecuencia de la aplicación de la ley inconstitucional¹¹¹.

7. Más recientemente, en la sentencia de 16 de marzo de 2007, la Sección Tercera al estudiar [dentro de una acción de grupo] la solicitud de reintegro del cobro del impuesto de telefonía básica conmutada, cuyo tributo fue creado por el municipio de Pereira mediante el Acuerdo No. 51 de 2001, sostuvo que “las autoridades públicas se encuentran sometidas al imperio de la Constitución y la ley; de llegarse a conculcar dicha obligación se puede causar un daño antijurídico, imputable a la administración bajo el título de falla del servicio. El deber de indemnizar que surge de tal título no admite excepción alguna, como bien lo ha interpretado la Sala, al aplicar el artículo 90 de la Constitución Política”.

8. Este régimen no ha sido ajeno a las actuales Subsecciones de la Sección Tercera. En ese sentido, la sentencia de 23 de febrero de 2012¹¹², de la Subsección A de la Sección Tercera, decidió confirmar la sentencia de primera instancia que condenó a la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público¹¹³, al

norma en cuestión ha desaparecido del ordenamiento jurídico. Si, en cambio, se trata de actos proferidos con anterioridad al mismo o de situaciones consolidadas antes de su pronunciamiento, aquéllos y éstas conservan su eficacia jurídica. Una conclusión diferente nos llevaría a concluir, necesariamente, que el fallo de constitucionalidad puede ser desconocido, en situaciones concretas, por las autoridades competentes para resolverlas [...].”

¹¹¹ Sección Cuarta, sentencia de junio 12 de 2003, expediente AG-2002-0014: Se trataba del decreto ley 955 de 26 de mayo de 2000 por medio del cual creó el impuesto a las transacciones financieras, con tarifa única del DOS POR MIL (2/1000)’, retroactivo al 1° de enero de 2000 y hasta el 31 de diciembre del mismo año. La DIAN siendo la entidad administradora del tributo lo recaudó desde enero de 2000 hasta el 31 de octubre del mismo año, por cuanto en dicha fecha se notificó al gobierno nacional de la sentencia C-1403 de 2000, mediante la cual se declaró inexecutable el decreto en mención. Por lo tanto solicitó como indemnización la devolución de lo recaudado por el tributo impuesto con la indexación debida. En dicha sentencia se expuso que:“(…) De lo anterior se colige que la causa del presunto perjuicio alegado es la ley, por tanto del cumplimiento o de la aplicación en sí de la misma no se puede derivar un perjuicio, puesto que es obligatoria para todos los habitantes del país desde su promulgación (art. 52, C. de R. P. y M.), y al ejecutivo dentro de las funciones constitucionales asignadas le corresponde velar por la estricta recaudación y administración de las rentas dentro del marco fijado en la ley por el Congreso o en los actos excepcionales con fuerza de ley. Así las cosas, el alegado detrimento del patrimonio de los usuarios del sistema financiero no sería antijurídico, porque el impuesto contenido en las disposiciones antes señaladas era aplicable y su constitucionalidad o legalidad sólo es susceptible de controversia ante el juez competente mediante el ejercicio de las acciones ordinarias contenidas en el ordenamiento jurídico y de otro lado el efecto de las inexecutable declaradas se determinó expresamente hacia el futuro. De otra parte, por la sola invocación de la ocurrencia de un presunto perjuicio no puede desnaturalizarse el objeto de la acción de grupo, que se reitera es exclusivamente indemnizatoria, así no es posible debatir la constitucionalidad de un tributo, ni modificar el alcance de los efectos fijados en una sentencia de inexecutable o desconocer ésta y en su lugar aplicar los criterios expuestos en otra decisión sobre la constitucionalidad de norma diferente. (...) En relación con la solicitud de aplicar la excepción de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 4° de la Carta, la Sala considera que en la presente acción no es aplicable, pues declarada la inexecutable de las normas hacia el futuro, el efecto implica que los recaudos efectuados con fundamento en preceptos vigentes en tal momento, se apoyaron en la obligatoriedad de su aplicación, por lo que el alegado perjuicio no puede devenir en antijurídico (...)”.

¹¹² Sección Tercera, Sub-sección A, sentencia de 23 de febrero de 2012, expediente 24655.

¹¹³ Se trataba de lo siguiente: una empresa de carácter privado demandó a la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público por el irregular ejercicio de la potestad reglamentaria contemplada en el Decreto 650 de 1996 artículo 8 literal b), reglamentaria de la ley 223 de 1995. El Consejo de Estado, Sección Cuarta declaró

considerar, que, “[E]n el sistema jurídico colombiano el artículo 90 superior no excluye a autoridad pública alguna del deber de reparar los daños antijurídicos imputables a su acción o a su omisión, razón por la cual cabe entender comprendidos en el enunciado del referido canon constitucional a los autores de normas generales, impersonales y abstractas que ocasionen perjuicios de dicha índole, (...) con independencia del mantenimiento de las situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de la norma general que consagraba la obligación tributaria declarada inexecutable o nula —cosa que no está en discusión—, la persona que haya sufrido un daño antijurídico como consecuencia directa de la aplicación de tal disposición tiene derecho a que, a través del cauce procesal constituido por la acción de reparación directa, se examine si concurren, o no, los requisitos constitucionalmente exigidos para que se declare patrimonialmente responsable al Estado, vale decir, que el daño antijurídico causado sea imputable a la acción —el ejercicio irregular de su potestad normativa— desplegada por una autoridad pública (...)”.

9. En tanto que la Sub-sección B, en la sentencia de 28 de septiembre de 2012¹¹⁴, consideró que la legitimación por pasiva podía recaer, a prevención, en el Congreso de la República, en la medida en que, además del ejecutivo, esta autoridad pública también interviene en el proceso de suscripción de tratados y convenios internacionales¹¹⁵, pudiendo desprenderse de ello su responsabilidad patrimonial.

10. Por último, en sentencias de la Subsección C de la Sección Tercera de 2013¹¹⁶, se discutió sobre la responsabilidad del Congreso de la República al haber expedido la ley 443 de 1998 (carrera administrativa), que en el parágrafo del artículo 39 dispuso sobre la posibilidad del ex trabajador, en el momento de la supresión de su cargo, optar por la indemnización, caso en el cual, el acto administrativo que en ella constara, prestaría mérito ejecutivo. Así mismo, indicaba la norma que la caducidad establecida en el código contencioso administrativo para instaurar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho se contarán a partir de la declaratoria de nulidad del acto administrativo que originó la supresión del empleo.

El último aparte del parágrafo fue declarado inexecutable por la H. Corte Constitucional, por lo que los demandantes, en estos dos casos, al momento de

la nulidad del mencionado literal del artículo norma con fundamento en la cual se recaudó el impuesto de registro que la empresa tuvo que pagar en 3 ocasiones.

¹¹⁴ Sección Tercera, Subsección “B”, sentencia de septiembre 28 de 2012, expediente 24630. Se trataba de una ex empleada de la Embajada de Corea del Sur en Colombia, quien no pudo acceder a la justicia laboral para demandar el reconocimiento de sus derechos laborales, en virtud de la inmunidad diplomática de que en Colombia goza la Embajada de la República de Corea del Sur.

¹¹⁵ Sección Tercera, Subsección “B”, sentencia de septiembre 28 de 2012, expediente 24630: “Es de anotar que la responsabilidad estatal que invoca la señora Rosa Otilia Correa no comporta el hecho del legislador exclusivamente, toda vez que, si bien el poder legislativo intervino en el proceso de adopción de los principios y normas internacionales contenidos concretamente en el tratado que reconoció el principio de inmunidad de jurisdicción, sin reservas, tal y como fue analizado por la Corporación en la sentencia de 8 de septiembre de 1998 atrás referida, pues en su adopción intervino también el poder ejecutivo, si se considera que a la luz del numeral 20 del art. 120 de la Constitución entonces vigente, la negociación y suscripción es asunto confiado al Presidente de la República como jefe de Estado y su aprobación al Congreso de la República. Huelga concluir, en consecuencia, que es La Nación-Ministerio de Relaciones Exteriores, demandado por la actora, el responsable de los daños que le fueron ocasionados, en virtud de la inmunidad de jurisdicción acogida por el Estado colombiano, por la suscripción de la Convención de Viena de 1961, para preservar la soberanía de otros Estados en su territorio, como lo prevé las reglas del derecho internacional, legitimación que bien podría haber recaído, a prevención, en el Congreso de la República, en cuanto la intervención conjunta en punto a la suscripción de tratados y convenios internacionales.”

¹¹⁶ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencias de 24 de abril de 2013, expediente 28221; de 24 de abril de 2013, expediente 27720.

tomarse esta decisión, no tuvieron la posibilidad de demandar en acción de nulidad y restablecimiento del derecho la Resolución 0037 de 2000, por cuanto ya había caducado la acción (resoluciones que incorporaron funcionarios y distribuyeron unos cargos). En estas providencias, luego de hacer un recuento jurisprudencial, se refirió a los efectos de las sentencias del alto Tribunal Constitucional para concluir que, por regla general, los efectos de las decisiones constitucionales son hacia el futuro en principio, y en los eventos en que el daño se causa por el retiro de la norma y éste sea antijurídico, existe una responsabilidad del Estado. Pese a ello, en los casos analizados por la Subsección se observó que no se encontraba acreditado el daño, por cuanto no se demostró que con la inexecuibilidad del inciso final del parágrafo segundo de la Ley 443 de 1998, se hubiera lesionado el derecho de acceso a la administración de justicia¹¹⁷.

De otra parte, el análisis de la evolución jurisprudencial de la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador no se puede agotar en la justicia contencioso administrativa. Se precisa, también, examinar el aporte dado por la jurisprudencia constitucional.

1. Así pues, la Corte Constitucional en la sentencia C-149 de 1993, que declaró la inexecuibilidad de los artículos 16, 17 y 18 de la Ley 6ª de 1992 [normas que impusieron a los contribuyentes una inversión forzosa en Bonos para Desarrollo Social y Seguridad Interna –BDSI–], con efectos retroactivos, consideró que de no hacerse así, tal cosa supondría un enriquecimiento sin causa para el Estado y un *perjuicio injustificado para los contribuyentes*, pues desaparecida la causa que legitima el pago del tributo, se impone la necesidad de su restitución, por lo que argumentó:

“[...] Teniendo en cuenta que al momento de proferir este fallo la mayor parte del tributo que se ha encontrado opuesto a la Constitución ya fue recaudada, con el objeto de realizar la justicia querida por el Constituyente volviendo las cosas al estado anterior al quebranto de los preceptos superiores y en busca de la prevalencia del derecho sustancial (artículo 228 C.N.), se ordenará al Ministerio de Hacienda y Crédito Público la inmediata devolución de las sumas pagadas por los contribuyentes.

“Este reintegro resulta apenas natural pues, de no ser así, siendo contrarios a la Carta los preceptos que autorizaban la colocación de los bonos, se tendría un enriquecimiento sin causa para el Estado y un perjuicio injustificado para los contribuyentes, quienes no están obligados a transferir recursos al erario sino en los casos y por los motivos que disponga la ley. Desaparecida ésta, pierde fundamento el pago y, por ende, si se hubiere efectuado, debe ser restituído (sic) para realizar el principio de justicia y hacer operante y vigente el orden justo al que aspira la Constitución. Además, la aludida consecuencia se apoya en el principio de la buena fe. (...)”.

Y mediante sentencia C-038 de 2006, la Corte Constitucional reconoció que la responsabilidad del Estado - Legislador no estaba circunscrita exclusivamente a las hipótesis previstas en la propia Constitución¹¹⁸, ni tampoco a los eventos en los

¹¹⁷ Lo anterior, por cuanto del análisis de la sentencia de la Corte Constitucional y de las pretensiones de la demanda, se concluyó que “la norma declarada inexecutable restringía el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto administrativo concerniente a la indemnización que tiene derecho a percibir el empleado de carrera cuyo cargo sea suprimido, y no aquella decisión que efectivamente lo retira del servicio, frente al que, la parte actora, pudo haber ejercido el control judicial respectivo, dentro de los términos de caducidad de que trata el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, sin que la decisión de la Corte Constitucional hubiera tenido injerencia en el mismo”.

¹¹⁸ Constitución Política. Artículos 58, 150 numeral 17, 336, 365, entre otros.

cuales se declarara con efectos retroactivos la inexecutable de las leyes, pues el fundamento de la responsabilidad radica en la antijuridicidad del daño y no en la actuación ilícita del legislador.

“Tal como lo ha entendido el Consejo de Estado, la disposición constitucional que regula la materia establece la obligación de reparar los daños antijurídicos provenientes de cualquier autoridad pública. En efecto, como se ha reiterado el precepto simplemente establece dos requisitos para que opere la responsabilidad patrimonial estatal, a saber, que haya un daño antijurídico y que éste sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública, sin hacer distinciones en cuanto al causante del daño. De este modo la responsabilidad patrimonial del Estado por los hechos, acciones u omisiones imputables al Poder Legislativo está expresamente contemplada en el artículo 90 constitucional, pues cualquier otra posibilidad sería abiertamente inconstitucional desde la perspectiva del Estado Social de Derecho y de los principios y valores que rigen nuestro ordenamiento constitucional tales como la solidaridad, la igualdad, la justicia material y la supremacía de la Constitución. Principios que cristalizaron en el ordenamiento jurídico colombiano y que encontraron una de sus expresiones en la disposición constitucional en comento. No sobra advertir que la Constitución establece expresamente determinados supuestos de obligación reparatoria por la actuación del Legislador, tales como la figura de la expropiación, la obligación de indemnizar cuando se establece un monopolio o cuando el Estado decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos. Lo anterior no significa que la responsabilidad del Estado legislador se vea circunscrita exclusivamente a los anteriores eventos o a los supuestos de declaratoria de inconstitucionalidad de las leyes, pues como ya se ha dicho su fundamento estriba en la noción de daño antijurídico, la cual como se ha reiterado a lo largo de esta decisión descansa en los principios de solidaridad y de igualdad, y no en la idea de la actividad ilícita del Legislador, entendida como tal las actuaciones contrarias a la Constitución”.

2. A su vez, en el salvamento de voto del magistrado Montealegre Lynett a la sentencia SU-1167 de 6 de noviembre de 2001, se planteó:

“[...] En el plano de protección de los derechos fundamentales, la hipótesis de responsabilidad del Estado por el hecho del legislador adquiere una singular importancia, pues permite enfrentar las consecuencias desproporcionadas derivadas de la inequitativa distribución de cargas que impone la sociedad a una o a varias personas, como consecuencia de su decisión (mediada legislativamente) de regular o restringir en cierto sentido un derecho constitucional. Una vez adoptada una restricción a un derecho fundamental, no le es exigible a la persona que asuma cargas distintas a la imposibilidad de ejercer en forma ampliada su derecho. Toda carga o limitación que supere dicha restricción, esto es, que afecte el pleno ejercicio de otros derechos no involucrados directamente en la ecuación legislativa, supone una carga desigual, la cual debe ser reparada, en caso de que no pueda garantizarse su ejercicio pleno”.

3. Finalmente, en la sentencia C-038, de 1 de febrero de 2006, la Corte Constitucional al analizar la constitucionalidad del artículo 86 (parcial) del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 31 de la Ley 446 de 1998, argumentó:

“[...] En efecto, cabe destacar que el primer reconocimiento jurisprudencial de la responsabilidad del Estado-legislador se produjo en un país -Francia- y en un momento histórico -1938- en el cual aún no se había admitido el control constitucional, empero se trataba de un típico caso de expedición de una ley singular la cual causaba perjuicios exclusivamente a un particular -el famoso *arrêt La Fleurette* sobre el cual se volverá más adelante-.

Entonces, el control de constitucionalidad no es un requisito *sine qua non* para el

reconocimiento de la responsabilidad del Legislador, y como bien señala la doctrina, la conexión entre las teorías del control de constitucionalidad y de la responsabilidad del legislador es, cuando menos, problemática pues no toda declaratoria de inconstitucionalidad implica responsabilidad estatal, ni todo reconocimiento de la responsabilidad del legislador tiene como requisito la previa declaratoria de inconstitucionalidad de una norma.

Incluso, un examen del derecho comparado nos demuestra la independencia de ambas figuras pues es posible apreciar que hay ordenamientos sin control de constitucionalidad de leyes vigentes que reconocen la posibilidad de responsabilidad del legislador (Francia); ordenamientos sin control de constitucionalidad de leyes y sin mecanismos de exigencia de responsabilidad del legislador (Reino Unido); ordenamientos con control de constitucionalidad en los que no hay una asociación entre inconstitucionalidad y responsabilidad patrimonial (EE.UU.); ordenamientos con control de constitucionalidad y reconocimiento – limitado a lo dispuesto por la ley- de un derecho a indemnización por los perjuicios causados por leyes (España), y ordenamientos con control de constitucionalidad en los cuales no se admite la responsabilidad del legislador (Alemania).

Curiosamente, en el derecho comparado la figura de la responsabilidad estatal por el hecho del legislador ha sido de creación jurisprudencial y en cada país se han acogido distintos regímenes y fundamentos de responsabilidad. Así en los primeros casos de declaratoria judicial de responsabilidad del Estado legislador que tuvieron lugar en Francia, el Consejo de Estado sostuvo como fundamento de la responsabilidad la ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas, mientras en España el Tribunal Supremo acudió inicialmente al fundamento de la violación del principio de confianza legítima, y sólo en fecha reciente reconoció la responsabilidad estatal por causa de leyes inconstitucionales. A continuación se hará una presentación de los distintos supuestos de responsabilidad y de las principales decisiones jurisprudenciales proferidas en el derecho comparado hasta la fecha

[...]

Curiosamente, el supuesto al parecer más claro de responsabilidad patrimonial del Estado por actuación del Legislador: la indemnización de las lesiones patrimoniales causadas por una ley declarada inconstitucional, sería el último en ser reconocido por la jurisprudencia. En una serie de sentencias del año 2000, el Tribunal Supremo Español ha reconocido y declarado el derecho a la indemnización por responsabilidad del Estado-Legislador derivado de la aplicación de una ley inconstitucional.

Las razones que llevan al máximo órgano de la jurisdicción ordinaria española a deducir tal responsabilidad, parecen tan lógicas y evidentes que sorprende que no hubiesen sido acogidas mucho antes. Pues en estos casos el Tribunal presenta la obligación de indemnizar a cargo del Estado como una consecuencia necesaria de ese principio básico y esencial para cualquier ordenamiento basado en una Constitución dotada de auténtica eficacia normativa, el de constitucionalidad, que reclama el sometimiento del legislador a la norma superior [...].”

Del anterior estudio de la evolución jurisprudencial colombiana, contencioso administrativo y constitucional, cabe extraer una serie de reglas con base en las cuales debe operar el juez contencioso al momento de examinar la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador: i) en un primer momento, siguiendo la construcción de la jurisprudencia francesa [caso Sociedad La Fleurette], se consideró que es el legislador el que debe fijar si debe concederse indemnización a los particulares; ii) en caso de imputarse el daño antijurídico derivado de una ley, debería encuadrarse en el riesgo excepcional o en la violación del principio de igualdad frente a las cargas públicas [siguiendo nuevamente la construcción jurisprudencial francesa de comienzos del siglo XX];

iii) en todo caso, no es dable la irresponsabilidad del Estado legislador argumentando como pretexto el ejercicio de una función soberana; iv) la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador puede derivar de la tensión que se presente al incorporar una norma internacional que reconoce, por ejemplo, una inmunidad diplomática y la vulneración de derechos de ciudadanos colombianos, produciendo un desequilibrio en las cargas públicas [lo que se planteó en la jurisprudencia francesa de mediados del siglo XX]; v) dicha responsabilidad no tiene origen solamente en la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley, sino en la antijuridicidad del daño [esta formulación, en mi criterio, es ambigua y puede implicar que basta con acreditar que se produjo el daño antijurídico para establecer la responsabilidad, lo que no es acertado]; vi) se ha llegado a plantear que cuando el juez constitucional no modula los efectos de una sentencia de inconstitucionalidad, al juez contencioso le queda invocar la excepción de inconstitucionalidad del artículo 4 de la Carta Política, para poder reconocer los daños antijurídicos que puedan imputarse cuando la norma estuvo vigente; vii) de lo anterior se desprende, además, que la contradicción no existe con la Carta Política respecto a las situaciones jurídicas consolidadas antes de la notificación de la sentencia que declara la inconstitucionalidad, pero tampoco se avala para que el juez contencioso pueda declarar dicha contradicción; viii) puede existir una cierta contradicción entre la jurisprudencia de la Sección Tercera y la Sección Cuarta, porque esta última considera que los efectos generados por la aplicación de una norma declarada inconstitucional son hacia el futuro [ex nunc], por lo que no pueden hacerse desprender daños antijurídicos imputables al Estado - Legislador, pues antes de la sentencia de la Corte Constitucional se afirma que la norma desde su promulgación era obligatoria para todos los ciudadanos; ix) así mismo, la Sección Cuarta precisó que no es competencia del juez contencioso modificar el alcance de los efectos fijados en una sentencia de inexecutable, con el pretexto de ordenar la reparación de los perjuicios ocasionados con la aplicación de la norma declarada inconstitucional; x) aunque discutible, se ha considerado que la simple conculcación del sometimiento al imperio de la Constitución y la ley puede ocasionar un daño antijurídico imputable a la administración pública a título de falla en el servicio [pero puede, en mi criterio, afirmarse una suerte de aseguramiento universal, o de responsabilidad objetiva]; xi) con independencia de mantener las situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de la norma general que consagraba una obligación [tributaria, civil, etc.] que es declarada inexecutable o nula, la persona que sufrió un daño antijurídico como consecuencia directa de la mencionada norma, tiene el derecho a que se examine si concurren los requisitos para declarar la responsabilidad del Estado por el ejercicio irregular de su potestad normativa; xii) recientemente se consideró, lo que es ampliamente discutible, que en los eventos en los que el daño antijurídico se ocasiona por retiro de la norma existe responsabilidad del Estado; xiii) en todo caso, dentro de la autonomía e independencia del juez afirmada por el artículo 228 de la Carta Política, es el juez constitucional quien puede modular los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad, como lo ha realizado en la sentencia C-149 de 1993, con el objetivo de permitir el examen de la responsabilidad por los daños antijurídicos que se hubieren producido, pero sin abordar dicha cuestión por carecer de competencia.

Precisamente la segunda cuestión en la que discrepo de la sentencia de la Sala, es en la posibilidad abierta para que el juez contencioso cuando la sentencia que declara la inexecutable de una norma no module sus efectos, pueda entrar a determinar el mismo, con carácter retroactivo primordialmente, y así formular el juicio de responsabilidad que cabe en contra del Estado - Legislador, por los daños antijurídicos que se hubieren producido durante la vigencia de la norma mencionada.

2. Falta de competencia del juez contencioso administrativo de modular los efectos de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional con las que se declara la inconstitucionalidad de una norma jurídica.

La Sala, de manera confusa, afirma:

[...] se tiene que el Estado podría responder por los daños causados en el ejercicio de su competencia reguladora, bien sea cuando éstos se deriven de la expedición de una norma ajustada al ordenamiento superior, siempre y cuando quien lo padece no tenía en principio por qué sufrirlos; o todo lo contrario, cuando se origine en una disposición que es declarada nula o inexecutable según el caso, advirtiendo que en el primer evento, el daño será imputable a título de daño especial y en el segundo de falla en el servicio.

[...]

[...] el factor de imputación no está constituido por la ejecución de la norma inconstitucional, sino por su creación y expedición [...]

[...]

[...] 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, que constituye la piedra angular de nuestro ordenamiento jurídico. No cabe duda que la expedición de una norma con tales características y que luego es declarada inexecutable, constituye *per se* una falla en el servicio que puede generar un daño antijurídico y ello se dice, por cuanto los ciudadanos- y es apenas lógico-, esperan legítimamente, con base en el principio de confianza legítima, que el legislador expida normas que se ajusten al texto constitucional.

[...] el principal argumento para negar la existencia de responsabilidad, es el hecho de que los efectos de las sentencias de inexecutable de la Corte Constitucional, son *ex nunc* y sólo cuando esta señala lo contrario, pueden [sic] derivarse de ellas efectos hacia el pasado o *ex tunc*, afirmación que sustentan quienes la respaldan, en el artículo 45 de la ley 270 de 1996-LEAJ- [...] De acuerdo con la sentencia C-037 de 1996, que revisó la constitucionalidad del articulado de la mencionada ley, sólo ella tiene competencia para fijar los efectos de las sentencias, por lo que por regla general las mismas sólo surten efectos a partir de su expedición,

[...]

La Corte se basó en el principio de seguridad jurídica para justificar el hecho de que las sentencias de constitucionalidad sólo puedan tener efectos hacia el futuro. Al respecto, considera la Sala que pese a ser ello cierto, no obsta para que pueda accederse a la reparación del perjuicio, pues una cosa es la intangibilidad de la [sic] situaciones jurídicas consolidadas antes de la declaratoria de inconstitucionalidad y otra muy diferente, es el deber que tiene el legislador de reparar el daño que ha causado con su actuación, se trata de situaciones jurídicas autónomas e independientes entre sí. De ello se sigue una consecuencia lógica, y es que el daño no es imputable a quien ejecutó la ley, sino a quien la creó. En ese orden de ideas, se tiene que el recelo a aceptar la responsabilidad del Estado-legislador en estos eventos, obedece a una interpretación equivocada del artículo 45, que confunde la intangibilidad de la cosa juzgada, con la imposibilidad de reparar los perjuicios, cuando en realidad estas figuras no son excluyentes entre sí.

[...]

Lo señalado encuentra sentido, y cobra vigencia toda vez que si bien la declaratoria de inexecutable de la norma es posterior a su expedición, desde un comienzo devino en inconstitucional, comoquiera [sic] que la contradicción frente a

la Carta Política siempre estuvo presente, por lo tanto cualquier daño originado en su aplicación tiene el carácter de antijurídico, y por lo tanto es indemnizable.

[...]

[...] en los casos de normas declaradas inexecutable, en los que como ya se dijo, el título de imputación es la falla en el servicio, el legislador no podrá eximirse de responsabilidad alegando diligencia y cuidado, toda vez que basta sólo con la misma declaratoria de inconstitucionalidad, para que se origine la falla en el servicio, ya, se reitera, los ciudadanos esperan que el hacedor de las normas actúe siempre respetando los preceptos de la Constitución y es precisamente esa expectativa la que constituye el juicio de reproche [...]

[...]

Como bien puede verse, la demandante equivocó la interpretación del precepto declarado inexecutable, concluyendo erradamente que le impedía demandar la nulidad de la norma por la que se suprimió su cargo, cuando en realidad, la disposición establecía un requisito de procedibilidad para demandar la nulidad del acto en el que se reconocía la indemnización a su favor, en caso de que hubiere optado por ella. En consecuencia, nada le impedía interponer desde un comienzo, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, contra el decreto 0909 del 30 de marzo de 1999, por lo que no se le causó ningún daño” [subrayado fuera de texto].

Frente a esta posición de la Sala, debo manifestar mi total discrepancia, ratificando lo planteado por la propia Sub-sección en la sentencia de 24 de octubre de 2013 [expediente 26690], según el cual es necesario revisar qué sucede cuando la Corte Constitucional declara inexecutable unas normas bien sea con carácter ex nunc o ex tunc, reiterado en mi Aclaración de Voto de la Sentencia 29177 de 26 de febrero de 2014.

Conforme a lo consagrado en el artículo 45 de la Ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia, 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”¹¹⁹ [subrayado fuera de texto].

Por lo tanto, las decisiones sobre la constitucionalidad de una norma cuya competencia es atribuida a la Corte Constitucional [artículo 241 de la Carta Política], pueden tener efectos en el tiempo en el evento en que éstas sean declaradas inexecutable¹²⁰ o executable condicionalmente¹²¹. Tal como lo ha sostenido la Corte Constitucional, la regulación de los efectos temporales de estos fallos se han diseñado a partir de varias fuentes normativas; la Constitución (arts. 243), la Ley Estatutaria de Administración de Justicia (Ley 270/96, art. 45), la

¹¹⁹ La Corte Constitucional ha desarrollado pues, la tesis según la cual, por regla general los efectos de sus sentencias de constitucionalidad son ex nunc, salvo que la misma Corte asigne otros efectos temporales, en los términos del artículo 45 de la Ley 270 de 1996. Corte Constitucional, sentencia T- 389 de 2009.

¹²⁰ Se trata de la “(...) expulsión del ordenamiento de la norma juzgada, con efectos generales o erga omnes, los que son apenas naturales considerando que esta clase de pronunciamientos judiciales se encaminan a restablecer el ordenamiento jurídico desde el punto de vista constitucional, lo cual implica que la sociedad entera tiene interés en lo que se decida (...)”. MUÑOZ, Gabriel, “Efectos en el tiempo de las sentencias de inconstitucionalidad y de nulidad de las normas tributarias”, en *Revista Impuestos*. Bogotá: Legis Editores, 2010 (enero), pp. 18-21.

¹²¹ “(...) permite la entrada en vigencia, o deja la norma vigente en el ordenamiento jurídico, pero siempre que se interprete como la Corte expresamente lo establezca”. Corte Constitucional, sentencia T- 389 de 2009.

aplicación de los principios generales del derecho sobre la vigencia de las normas jurídicas y la jurisprudencia constitucional.

Por regla general las decisiones sobre el control de constitucionalidad tienen efectos *ex nunc*, esto es, genera efectos inmediatos, hacia el futuro y vinculantes para todas las situaciones jurídicas originadas en el pasado y en curso. Bajo lo anterior, la Corte Constitucional ha sostenido que

“[...] la jurisprudencia constitucional ha acogido también el contenido del fenómeno de la irretroactividad o prohibición de retroactividad, como aspecto fundamental del desarrollo de los efectos temporales de sus sentencias de control de constitucionalidad. Su fundamento implica el reconocimiento de principios constitucionales como el de la buena fe y confianza legítima¹²² y el de seguridad jurídica¹²³, entre otros. (...) Estas disposiciones constitucionales procuran que las nuevas regulaciones normativas respeten situaciones que se han consolidado jurídicamente en pasado, lo cual trae como consecuencia la limitación de las normas de derecho para retrotraer sus efectos con el fin de alterar eventos cuyos resultados jurídicos se dieron antes de su vigencia. No obstante, como se dijo, el alcance de esta prohibición consiste en que no se pueden presumir los efectos retroactivos, aunque, si pueden establecerse de manera expresa [...]”¹²⁴ [subrayado fuera de texto].

Conforme a lo anterior, la Corte Constitucional tiene la facultad de modular las sentencias objeto de control de constitucionalidad, que por regla general, de acuerdo con lo establecido en el artículo 45 de la ley 270 de 1996 tienen efectos hacia el futuro, a menos que sea la propia Corte “*de manera expresa*”¹²⁵ quien resuelva algo contrario, esto es, darle efectos retroactivos a la sentencias de constitucionalidad.

Luego, en mi criterio, los hechos acaecidos en vigencia de las normas declaradas inexecutable se encontraban amparados por la presunción de legalidad¹²⁶ y seguridad jurídica, principios sobre los cuales recaen todas las actuaciones públicas de las autoridades que en cumplimiento de la ley deban ejercer la actividad encomendada. Teniendo en cuenta lo anterior, la presunción de legalidad de la ley no se desvirtuó sino hasta cuando se ejerció la acción de inconstitucionalidad. Sostener lo contrario no es más que un sofisma que es abiertamente contrario a la estructura del Estado constitucional colombiano.

En vista de lo anterior, no resultó antijurídico y, por lo tanto, no puede desconocerse por parte de la jurisdicción contencioso administrativa los efectos de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional, quien al ser la única que

¹²² Constitución Política de 1991. Artículo 83.

¹²³ *Ibidem*. Artículo 2.

¹²⁴ Corte Constitucional, sentencias T- 389 de 2009; C- 444 de 2011.

¹²⁵ Corte Constitucional, sentencias T- 389 de 2009; C-426 de 2007. En esta sentencia se declaró inexecutable una norma derogatoria de otra que consagraba la autoridad competente para organizar y disponer el concurso para notarios públicos. Como quiera que la norma derogatoria no incluyó lo relativo a la autoridad en mención, fue excluida del ordenamiento (declarada inexecutable) desde el momento de su entrada en vigencia, es decir la sentencia tuvo efectos retroactivos, y se ordenó la reincorporación de la norma derogada. Otras sentencias con efectos retroactivos son C-870 de 1999, C-002 de 1999, C-080 de 1999, C-037 de 1994.

¹²⁶ La presunción de legalidad, entendida ésta como “(...) el cabal sometimiento de la administración y de sus actos a las normas superiores (...) previamente proferidas como garantía ciudadana y para la estabilidad estatal. Debemos agregar a lo anterior, que la legalidad así entendida no es un simple presupuesto de la actuación administrativa; todo lo contrario (...) la legalidad de los actos se proyecta tanto en su procedimiento formativo como en la vigencia plena de los mismos. Se caracteriza de manera consecuente por su naturaleza previa, concomitante y subsiguiente a la manifestación del órgano administrativo. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo II, 4ª ed, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p.54.

puede modular los efectos de sus fallos, lo hace bajo unos criterios que responden a la “necesidad imperante de garantizar, en determinados casos, el respeto a la supremacía constitucional y la defensa de los derechos fundamentales”¹²⁷. Siendo la Constitución la norma jurídica principal y primordial del ordenamiento jurídico”¹²⁸, o que en palabras de la Corte “los efectos concretos de la sentencia de inexecutable dependerán entonces de una ponderación, frente al caso concreto, de los principios encontrados: la supremacía de la Constitucional - que aconseja atribuir a la decisión efectos *ex tunc* (...) - y el respeto a la seguridad jurídica –que, por el contrario, sugiere conferirle efectos *ex nunc*”¹²⁹.

Por lo tanto en este caso, no se observa que los efectos de la sentencia hayan sido con efectos retroactivos, por lo que la obligatoriedad e irretroactividad de lo establecido por la Corte Constitucional, conlleva a que los hechos acaecidos en vigencia de la norma cumplieron lo establecido por el ordenamiento jurídico, y, se insiste, cobijado por la presunción de legalidad. A lo que cabe agregar, que las acciones de inconstitucionalidad y de reparación directa no son totalmente independientes, como pretende afirmar la Sala, la una de la otra, y mal haría el juez contencioso administrativo en aniquilar los efectos de aquellas situaciones jurídicas respecto de las que no hubo pronunciamiento expreso y concreto por el juez constitucional, quien en virtud del artículo 241 de la Carta Política es el único guardián de la seguridad jurídica en el ordenamiento jurídico colombiano, por lo que no puede apelarse a la interpretación dada, respetable, por el Tribunal Supremo Español como si fuera una jurisprudencia de obligatorio cumplimiento, ni pueden desbordarse los estrictos ámbitos de competencia que existen entre las diferentes jurisdicciones en Colombia, porque de lo contrario se abrirían brechas y disfuncionalidades que permitan la modulación arbitraria de efectos de sentencias de inconstitucionalidad con el sustento de proceder a la reparación de los daños antijurídicos. En gracia de discusión, de permitirse al juez contencioso administrativo dicha modulación, que debería estar prevista en la legislación colombiana, estaría sometida a la aplicación de un test de proporcionalidad, ya que debe delimitarse el arbitrio judicial que tendría el juez contencioso, de manera que pueda resolverse la tensión entre el interés general en el que se sustenta un determinada norma, y el derecho a la reparación que una persona pueda invocar por la expedición y aplicación de una norma que posteriormente es declarada inexecutable.

¹²⁷ Se trata de una cuestión que en el derecho español se ha planteado: Tribunal Supremo, Sala Tercera, Sección Sexta, sentencia de 15 de julio de 2000, Pon. Peces Morate: “[...] cuando la propia sentencia del Tribunal Constitucional no contenga pronunciamiento alguno al respecto, corresponde a los jueces y tribunales, ante quienes se suscite tal cuestión, decidir definitivamente acerca de la eficacia retroactiva de la declaración de inconstitucionalidad en aplicación de las leyes y los principios generales del derecho interpretados a la luz de la jurisprudencia, de manera que, a falta de norma legal expresa que lo determine y sin un pronunciamiento concreto en la sentencia declaratoria de la inconstitucionalidad, han de ser los jueces y tribunales quienes, en el ejercicio pleno de su jurisdicción, resolverán sobre la eficacia *ex tunc* o *ex nunc* de tales sentencias declaratorias de inconstitucionalidad”. Argumentación a la que se opone la doctrina del derecho administrativo español: DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel; “Responsabilidad patrimonial de la Administración por leyes declaradas inconstitucionales: las contradicciones del Tribunal Supremo”, en *Impuestos, Revista de Doctrina, Legislación y Jurisprudencia*, 21(11), 2005, p.18: “[...] Nadie discute que si el Tribunal Constitucional no precisa el alcance temporal de sus sentencias anulatorias, corresponde a los órganos jurisdiccionales ordinarios concretarlo. Ahora bien, resulta inadmisibles sostener que éstos gozan a tal efecto de un anchísimo margen de discrecionalidad para decantarse entre la eficacia *ex tunc* o *ex nunc* debido a <<la falta de normas legales expresas>> en la materia, como da a entender el Tribunal Supremo. En nuestro ordenamiento jurídico encontramos varias disposiciones legales que regulan de modo explícito la cuestión y limitan notablemente el arbitrio judicial en este punto, estableciendo como regla general la subsistencia de las situaciones firmes. Los Tribunales ordinarios pueden interpretar de manera equitativa tales preceptos, pero no inaplicarlos lisa y llanamente”

¹²⁸ QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. *Derecho constitucional colombiano: de la Carta de 1991 y sus reformas*, Ibáñez, Bogotá, 2008, p.84.

¹²⁹ Corte Constitucional, sentencia C- 055 de 1996.

3. La no configuración del daño antijurídico en el caso concreto.

No comparto de ninguna manera la sentencia de la Sala al afirmar que

“[...] la declaratoria de inexecutable de la norma es posterior a su expedición, desde un comienzo devino en inconstitucional, comoquiera (sic) que la contradicción frente a la Carta Política siempre estuvo presente, por lo tanto cualquier daño originado en su aplicación tiene el carácter de antijurídico, y por lo tanto es indemnizable.

[...]

[...] no es el fallo de la Corte Constitucional lo que determina la existencia o no del daño antijurídico, sino el conocimiento del mismo, aunado a la acreditación de la falla del servicio. De modo que, la antijuridicidad en estos casos no pende de la decisión proferida por el respectivo tribunal constitucional, puesto que desde la misma expedición de la norma la persona no se encuentra en el deber jurídico de soportar el daño irrogado, con independencia de que tenga que cumplir con las exigencias de precepto ya que mientras sobre el mismo no recaiga un pronunciamiento judicial gozará de la presunción de constitucionalidad y, por lo tanto, será aplicable”.

La discusión que se plantea es claramente respecto de la determinación y delimitación del daño antijurídico cuando el mismo proviene de una ley declarada inexecutable y para que esta pueda dar lugar a la responsabilidad del Estado prevista en el artículo 90 de la Constitución Política, la sentencia debe expresamente reconocer los efectos retroactivos, porque en caso contrario no podría hablarse de antijuridicidad o daño injusto puesto que la persona estaría obligada a soportar la carga impuesta de manera general.

Adicionalmente, para que el juicio de responsabilidad prospere, las súplicas de la demanda han de encontrar su sustento jurídico en alguna de las motivaciones de la imputación bajo las cuales sea posible declarar responsable al ente público. En los eventos de responsabilidad por el hecho del legislador, el fundamento del deber jurídico de reparar puede residir tanto en un régimen subjetivo como en el objetivo de la responsabilidad, ora por la existencia de una falla en la prestación del servicio, ya por la violación del principio de igualdad frente a las cargas públicas, y la exigencia de uno u otro título de imputación depende de los hechos alegados y acreditados dentro del plenario.

En el caso *sub lite*, no se configura el daño puesto que los hechos consolidados en vigencia de las normas, declaradas posteriormente inconstitucionales, se encontraban amparadas por el principio de legalidad y garantía constitucional. En este aspecto, es indispensable reiterar también lo que la propia Corte Constitucional ha sostenido respecto de este punto en cuanto a que:

“(...) si bien no corresponde a la Corte Constitucional la reparación de los daños antijurídicos causados por la actividad del Legislador, excepcionalmente, en algunas ocasiones, mediante la técnica de modular los efectos temporales a sus decisiones ha permitido el resarcimiento de algunos de los perjuicios patrimoniales causados por leyes inconstitucionales, de manera específica al darle eficacia retroactiva a sus sentencias (...) Lo anterior no quiere decir que la modulación de los efectos temporales de las decisiones de inexecutable de la norma tenga como propósito la reparación de los daños antijurídicos causados por las leyes inconstitucionales,

pues como antes se dijo esta labor no es propia del juez constitucional, sino que excepcionalmente, bajo ciertas circunstancias, la expedición de fallos con efectos retroactivos puede tener entre sus efectos el resarcimiento de algunos de los perjuicios causados por las leyes contrarias a la Constitución (...)¹³⁰.

En el presente asunto, no se observa cuál es el la falla del servicio o el rompimiento de las cargas públicas causado a la parte demandante, por cuanto se insiste, los hechos acaecidos en vigencia de las normas, se encontraban amparados por la presunción de legalidad¹³¹ y seguridad jurídica, principios sobre los cuales recaen todas las actuaciones públicas de las autoridades que en cumplimiento de la ley deban ejercer la actividad encomendada. Teniendo en cuenta lo anterior, la presunción de legalidad de la ley no se desvirtuó sino hasta cuando se ejerció la acción de inconstitucionalidad.

Por todo lo anterior, reiteró que el pago efectuado por la parte demandante al Estado de conformidad con lo establecido en los artículos consagrados en la ley 633 de 2000, y que posteriormente fueron declaradas inexecutable, no resultó antijurídico y, por lo tanto no puede desconocerse por parte de esta jurisdicción los efectos de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional, quien es la única que puede modular los efectos de sus fallos dentro de los unos parámetros que responden a la *“necesidad imperante de garantizar, en determinados casos, el respeto a la supremacía constitucional y la defensa de los derechos fundamentales.”*¹³² Reconocer lo contrario vulneraría la Supremacía Constitucional. Además no se puede olvidar que los congresistas gozan en el ejercicio de sus funciones de inviolabilidad parlamentaria en cuanto a sus votos y opiniones y por lo tanto, éstos no podrán ser usados en su contra por ninguna autoridad para investigarlos, juzgarlos y condenarlos.

CONCLUSIONES

Siendo claro que me apartó completa y abiertamente de la sentencia proferida por esta Sala quiero finalizar puntualizando y reafirmando las razones de mi decisión:

1. La posición adoptada desconoce abiertamente la evolución jurisprudencial que sobre la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador ha sido elaborada por esta misma Corporación y por la Corte Constitucional aludiendo solo a una parte de la doctrina española como factor generalizador y uniformador

¹³⁰ Sentencia de la Corte Constitucional C- 038 de 2006. Por ejemplo en el caso de la sentencia C- 149 de 1993 se declaró la inconstitucionalidad de los artículos 16, 17 y 18 de la Ley 6ª de 1992 y se ordenó al Ministerio de Hacienda y Crédito Público reintegrar la totalidad de las sumas recaudadas por concepto de las disposiciones inconstitucionales. En esta oportunidad la Corte Constitucional encontró que al momento de proferir el fallo la mayor parte del tributo declarado inconstitucional había sido recaudada, por lo tanto la única manera de realizar la “justicia querida por el Constituyente” era mediante la devolución de las sumas ilegítimamente percibidas por el Fisco.

¹³¹ La presunción de legalidad, entendida ésta como *“(...) el cabal sometimiento de la administración y de sus actos a las normas superiores (...) previamente proferidas como garantía ciudadana y para la estabilidad estatal. Debemos agregar a lo anterior, que la legalidad así entendida no es un simple presupuesto de la actuación administrativa; todo lo contrario (...) la legalidad de los actos se proyecta tanto en su procedimiento formativo como en la vigencia plena de los mismos. Se caracteriza de manera consecutiva por su naturaleza previa, concomitante y subsiguiente a la manifestación del órgano administrativo.* Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II. Cuarta Edición, 2003. Universidad Externado de Colombia. Página 54.

¹³² QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. Derecho constitucional colombiano: de la Carta de 1991 y sus reformas. Bogotá, Ibáñez, 2008, página 84.

que abiertamente propicia una visión sesgada e incompleta del tema y que acarrea graves perjuicios para la institucionalidad colombiana.

2. La responsabilidad del Estado legislador, no puede derivar única y exclusivamente de la inconstitucionalidad de una Ley, sino que puede encuadrarse en diferentes supuestos, siempre que se cumpla con los elementos mínimos para su estructuración, esto es, daño antijurídico e imputación, como bien lo destaca el fallo. Sin embargo, es un absoluto equívoco plantear que la mera inconstitucionalidad de una Ley es suficiente y se convierte por sí solo en daño antijurídico y fundamento de la imputación, lo que contradice por completo el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado fundado en el artículo 90 de la C.P. Lo anterior tampoco puede tener sustento en la incorporación de criterios jurídicos foráneos, desconociendo la configuración que tiene nuestro régimen de responsabilidad, que de ninguna manera tiene los alcances del artículo 106.2 de la Constitución Española ni de la Ley Orgánica de Administraciones Públicas Española, que lo único que plantean es una distorsión en la comprensión tanto del artículo 241 de la C.P. como del artículo 90 C.P., por lo que cabe preguntarse ¿ha creado la jurisprudencia una regla jurídica que complementa esta última norma?, o con otras palabras ¿la responsabilidad por el hecho del legislador ha quedado consagrada como un supuesto autónomo e independiente al régimen actualmente previsto?

3. Los efectos de las sentencias de inexecutableidad rigen hacia el futuro y por lo tanto las situaciones jurídicas consolidadas con anterioridad a la notificación del pronunciamiento de la Corte Constitucional no pueden ser moduladas por el juez contencioso administrativo so pretexto de ordenar la reparación de presuntos perjuicios causados como consecuencia de la aplicación de la ley inconstitucional. Por lo tanto, los efectos de toda Ley declarada inconstitucional rigen hacia el futuro, sin que haya lugar para que el juez contencioso invocando la protección del derecho a la reparación, pueda abrogarse competencias que constitucionalmente no tiene conferidas, y que no puede ejercer sin crear una disfuncionalidad institucional, que puede socavar la autonomía e independencia de los jueces, explicada al interior de la misma rama judicial, desde la perspectiva de la distribución de las competencias asignadas a cada una de las jurisdicciones.

4. Afirmó que, el legislador correspondiéndose con las funciones constitucionalmente asignadas cumplió al expedir la norma declarada inconstitucional, de manera tal que la inexecutableidad no se origina en una falta de diligencia, en una negligencia, en la ocurrencia de un dolo o en el despliegue de actividad culposa alguna, sino que operó uno de los contrapesos que todo Estado de derecho tiene, como lo es el control de constitucionalidad de la mencionada norma. Sin perjuicio de lo anterior, solo podrían afirmarse los anteriores elementos cuando el juez constitucional evidencie que se faltó o incumplió con los mandatos constitucionales y legales a los que están sujetos todos los legisladores, porque plantear lo contrario, como lo hace la sentencia, es simplemente contradecir los principios de constitucionalidad, seguridad jurídica e inviolabilidad de los votos y opiniones de los congresistas, de lo que genera un interrogante: ¿la sentencia está fijando una presunción de responsabilidad o un régimen objetivo en el que los legisladores siempre terminarían convertidos en sujetos pasivos del daño antijurídico imputado?

5. Por lo anterior, no hay lugar a imputación de responsabilidad por falla del servicio como afirma la Sala, y ciertamente no puede esta sentencia convertirse en título ejecutivo de una eventual acción de repetición contra los congresistas que en

ejercicio de su potestad pública solo cumplieron con las funciones a ellos encomendadas. No hay que olvidar que el ejercicio de la actividad legislativa también es objeto de protección convencional, de manera que consagrar una cláusula de responsabilidad general podría ser contradictoria de manera subjetiva, desde la perspectiva de un control de convencionalidad, según lo establecido en los artículos 93 y 214 de la Constitución Política, en concordancia con las Convención Interamericana de Derechos Humanos y demás normas concordantes de carácter convencional protectoras y garantísticas de la participación política y del ejercicio pleno, independiente y soberano de la función legislativa en todo Estado democrático y de derecho.

En este sentido reprocho y me aparto de cualquier manifestación de la providencia tendiente a endilgar actividad ilegal o ilícita a los legisladores en el caso concreto de la ley declarada inconstitucional y objeto del proceso que nos ocupa, en cuanto el ejercicio de dicha actividad, no fue otro que, el propio y legítimo autorizado constitucionalmente y si se dio un pronunciamiento de inconstitucionalidad, se hizo a partir de profundos análisis y controversia ante la autoridad jurisdiccional constitucional después de amplios debates doctrinales que desvirtúan cualquier posibilidad de dolo o culpa grave, en un ámbito de discusión jurídica donde no hay verdades absolutas, sin olvidar adicionalmente la protección y garantías de que gozan los legisladores en relación con sus actos legislativos, tal como se expuso en líneas anteriores.

6. Para que prospere el juicio de responsabilidad debe configurarse la existencia del daño antijurídico y tal y como en mi criterio, vertido en este salvamento, concluyo que no se dan los elementos fácticos y jurídicos ni para establecer el daño antijurídico, ni para imputarlo a las entidades demandadas, por lo que habría sido necesario denegar las pretensiones confirmando la sentencia de primera instancia pero con argumentos como los que he presentado.

En ese sentido dejo presentado mi salvamento de voto.

Fecha ut supra

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA