

Información Importante

La Universidad Santo Tomás, informa que el(los) autor(es) ha(n) autorizado a usuarios internos y externos de la institución a consultar el contenido de este documento a través del Catálogo en línea del CRAI-Biblioteca y el Repositorio Institucional en la página Web de la CRAI-Biblioteca, así como en las redes de información del país y del exterior con las cuales tenga convenio la Universidad.

Se permite la consulta a los usuarios interesados en el contenido de este documento, para todos los usos que tengan **finalidad académica**, nunca para usos comerciales, siempre y cuando mediante la correspondiente cita bibliográfica se le dé crédito al trabajo de grado y a su autor.

De conformidad con lo establecido en el Artículo 30 de la Ley 23 de 1982 y el artículo 11 de la Decisión Andina 351 de 1993, la Universidad Santo Tomás informa que “los derechos morales sobre documento son propiedad de los autores, los cuales son irrenunciables, imprescriptibles, inembargables e inalienables.”

Centro de Recursos para el Aprendizaje y la Investigación, CRAI-Biblioteca

Universidad Santo Tomás, Bucaramanga

Responsabilidad extracontractual del Estado colombiano, como consecuencia del hecho del legislador frente a la norma inconstitucional

María Alejandra Castro Galán

Trabajo de grado para optar al título de Magíster en Derecho en Modalidad de profundización con énfasis en Derecho Administrativo

Director

Dr. Manuel Dubian Estupiñan Silva

Magíster en Derecho Constitucional

Universidad Santo Tomas, Bucaramanga

Facultad de derecho

Maestría en derecho

2017

Tabla de contenido

	Pág.
Introducción	7
1. Responsabilidad extracontractual del Estado y Daño Antijurídico.....	11
1.1 Noción y evolución de la Responsabilidad extracontractual del Estado Colombiano.....	11
1.2 Noción y fundamentos del daño antijurídico a partir de la Constitución Colombiana de 1991	18
1.3 Requisitos para la configuración de la Responsabilidad extracontractual del Estado	27
2. Principio de Supremacía constitucional frente a la actividad del legislador.....	33
2.1 Noción y contenido del Principio de Supremacía constitucional desde la perspectiva Neoconstitucional.....	35
2.2 Voluntad general como supuesto de legitimación del hecho del legislador	42
2.3 Principio de presunción de validez de la ley: naturaleza y consecuencias	48
2.4 Supremacía constitucional vs Seguridad jurídica	56
3. Ley inexecutable como causa de Responsabilidad extracontractual del Estado.....	67
3.1 Fallo de inexecutableidad: clases y efectos.....	68
3.2 Título de imputación de Responsabilidad extracontractual del Estado, como consecuencia de la actividad del legislador.....	72
3.2.1 Antecedentes en 1990 y 1995, sentencias Consejo de Estado frente a la Responsabilidad del Estado Legislador:.....	75
3.2.2 Primera declaración de responsabilidad del Estado- legislador en 1998.....	76

3.2.3	Negación de imputación por el hecho del legislador, frente a la declaración de la norma inconstitucional: Consejo de Estado, sección Tercera, sentencia de 26 de septiembre de 2002: 78	
3.2.4	Sentencia del 2003, contrariedad con la anterior: Declaración de procedencia de la acción de reparación directa, con la finalidad de obtener la indemnización frente a una norma declarada inexecutable:.....	79
3.2.5	Posición de la Corte Constitucional respecto de la responsabilidad del Estado-legislador 2006.	81
3.2.6	Sentencia 08 de marzo del 2007 de la sección tercera del Consejo de Estado, cambio de título de imputación por el actor.....	82
3.2.7	Sentencias Consejo de Estado Responsabilidad del Estado-legislador del 2013: ..	84
3.2.7.1	Sentencia 08 de mayo de 2013 Consejo de Estado, Sección tercera, Demandado: Ministerio de relaciones exteriores y Embajada de Egipto, sentencia N°: 25000-23-26-000-1998-02615-01(22886):.....	84
3.2.7.2	Sentencia 29 de julio de 2013 Consejo de Estado, Sección tercera, Demandado: Congreso de la República, Sentencia N° 25000-23-26-000-1998-15972-01(27228)	85
3.2.8	Sentencias Consejo de Estado Responsabilidad del Estado-legislador del 2014: ..	87
3.2.8.1	Casos del 2014 frente a la ley 633 del 2000:.....	87
3.2.8.1.1	Sentencia 26 de marzo de 2014 Consejo de Estado, Sección tercera, Caso de GOODYEAR Colombia S.A, N. 25000-23-26-000-2003-00175-01 (28.741)	87
3.2.8.1.2	Sentencia del 29 de enero de 2014. Radicado número 25000-23-26-000-2003-00173-01(26689)	90
3.2.8.2	Otros casos del 2014.....	92

3.2.8.2.1	Sentencia 09 de abril de 2014 Consejo de Estado, Sección tercera, Caso de Caja de Credito Agrario, N. 25000-23-26-000-2001-02665-01(28946)	92
3.2.8.2.2	Sentencia 09 de julio de 2014 Consejo de Estado, Sección tercera, Medio de control: nulidad simple, N. 44001-23-31-000-2002-00005-01(28184).....	94
3.2.9	Sentencias del Consejo de Estado al momento de determinar la Responsabilidad de la Nación-Congreso de la República por leyes declaradas inconstitucionales casos fallados en el 2015 frente la ley 633 del 2000:	97
3.2.9.1	Sentencia del 29 de abril del 2015 Radicación número: 25000-23-26-000-2003-11190-01(28846)	97
3.2.9.2	Sentencia del 27 de mayo del 2015 Radicación número: 25000-23-26-000-2003-02128-01(29901).....	98
3.2.9.3	Sentencia del 16 de Julio del 2015 Radicación número: 25000-23-26-000-2003-00198-01(29601)	99
3.2.9.4	Sentencia del 16 de julio de 2015. Radicado número (25000-23-26-000-2003-00192-01(31175)	101
3.2.10	Sentencia 31 de octubre de 2016 Consejo de Estado, Sección tercera, Caso de Goodyear Colombia S.A Sentencia No. 25000-23-26-000-2003-00175-01(28741), recurso de apelación por el Congreso	102
3.3	Lineamientos jurídicos para la declaratoria de Responsabilidad extracontractual del Estado, como consecuencia de la actividad del legislador frente a la ley inexecutable.	110
4.	Conclusiones	119
	Referencias bibliográficas.....	129

Lista de Tablas

	Pág.
Tabla 1. <i>Títulos de imputación de responsabilidad extracontractual del Estado, como consecuencia de la actividad del legislador según jurisprudencia del Consejo de Estado</i>	107

Lista de Figuras

	Pág.
<i>Figura 1.</i> Esquema de los 21 tipo de sentencias que puede emitir la Corte Constitucional colombiana.....	72
<i>Figura 2.</i> Lineamientos jurídicos para la determinación de la Responsabilidad Extracontractual del Estado como consecuencia de la actividad del legislador frente a la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000, en los cuales se creó la Tasa Especial de Servicios Aduaneros (TESA)	114

Introducción

En Colombia, el tema de la Responsabilidad Extracontractual del Estado adquirió mayor importancia con la Constitución Política de 1991, consagrándose así la cláusula general de dicha responsabilidad en el artículo 90¹. A partir de ese momento, el Estado adquirió la obligación de responder por los daños antijurídicos ocasionados a cualquier persona, no solo por la acción, sino también por la omisión de las autoridades públicas, entiéndase a cualquiera que haga parte de las ramas del poder público. Dentro de las cuales se encuentra el poder legislativo, poder que tiene la función principal de crear leyes, representando así, al ciudadano, quien ha puesto en sus manos la confianza para legislar. Así mismo, el ciudadano colombiano, tiene la facultad de ejercer control de constitucionalidad, por vía de acción, frente a las leyes que dicho organismo crea y entran en vigencia, algunas veces contrariando a la Constitución. Cuando se presente la situación, le compete a la Corte Constitucional, como autoridad encargada de la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, emitir su concepto, ya sea, declarando la inexecutable o executable de la norma demandada. En efecto, en el momento que estas normas entran a regir en el país, son de obligatorio cumplimiento para los ciudadanos, quienes asumen obligaciones mientras la norma existe. Sin embargo, cuando prosperan demandas de inconstitucionalidad contra ciertas normas, el ciudadano ya ha adquirido cargas en cumplimiento de su vigencia, por la acción del legislador en la creación de la norma, cargas que muchas veces pueden ocasionar perjuicios, que no está en el

¹ *El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.*

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.

deber jurídico de soportar, máxime, cuando son fruto, del acatamiento de normas finalmente inconstitucionales.

Es así, que el objetivo central de esta investigación, consiste en establecer; cuáles son las condiciones bajo las cuales el hecho del legislador, compromete la Responsabilidad extracontractual del Estado, frente a la norma inconstitucional. Para cumplir con esta finalidad, el presente escrito, se ha estructurado en tres partes. En la primera parte, se identifican, a través de la revisión jurisprudencial y doctrinal, los elementos que se deben cumplir para que exista responsabilidad extracontractual del Estado. Para el efecto, se expone inicialmente una breve descripción de la evolución histórica, hasta la actualidad, de la responsabilidad extracontractual del Estado, con la finalidad de comprender esta institución. Luego, se describe al daño antijurídico, como parte fundamental dentro de esta evolución, a partir, de la Constitución Política de Colombia de 1991, junto con los pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinales al respecto. Finalmente, se concluye el capítulo, con la revisión y análisis de los avances jurisprudenciales, en cuanto a los elementos que configuran la responsabilidad extracontractual del Estado colombiano.

En el segundo segmento, se determinan las consecuencias del principio de supremacía constitucional, frente a la actividad del legislador. Iniciando este acápite con la descripción de la noción y el contenido del principio de supremacía constitucional, enfocándolo desde la perspectiva neoconstitucional, con la finalidad de comprender su importancia y pertinencia en la presente investigación. Seguidamente, se analiza la voluntad general, como supuesto de legitimación del hecho del legislador, teniendo en cuenta que, frente a la declaración de normas inconstitucionales por parte de la Corte Constitucional colombiana, el pueblo se ve afectado por la aplicación de las mismas, durante su vigencia y el legislador justifica dicha afectación, con el argumento de que representa la voluntad del pueblo, bajo el principio de soberanía popular. Luego se expone la

naturaleza y las consecuencias del principio de presunción de validez de la ley, teniendo en cuenta, que bajo dicho principio, las leyes expedidas por el poder legislativo, se presumen validas por los ciudadanos, quienes entregan la confianza para que ellos las expidan ajustadas a derecho. En la parte final del segundo capítulo, se analiza, cómo la Corte Constitucional ha ponderado dos principios que entran en colisión, cuando se trata de atribuir efectos temporales a sus fallos; dichos principios son: el principio de supremacía constitucional y el principio de seguridad jurídica. Al respecto, se analizan las posturas de la Corte Constitucional, con la declaración en sus fallos con efectos *ex tunc*² y con efectos *ex nunc*³ a partir de los cuales se enfrentan los dos principios.

Finalmente, en el último capítulo, se determinarán las condiciones bajo las cuales la ley inexecutable causa daño antijurídico, y da lugar a la Responsabilidad extracontractual del Estado. Primero se exponen las clases y efectos del fallo de inexecutable, a partir de los pronunciamientos de la Corte Constitucional, para abordar *grosso modo* los 21 tipos de sentencias que puede emitir esta corporación y los efectos que tienen dichos fallos. Específicamente, cuando se trata de la modulación, que hace alusión a los efectos temporales de las sentencias: efectos *ex tunc* y efectos *ex nunc*. Luego se exponen los títulos de imputación que se han empleado por el Consejo de Estado para determinar la responsabilidad extracontractual del Estado por el hecho del legislador; en donde se analizan algunos de sus fallos, desde los primeros pronunciamientos del tema al respecto, bajo el sustento del artículo 90 constitucional, determinando los títulos de imputación que han sido invocados en estos juicios. Y, por último, en este capítulo, se concluye con los lineamientos jurídicos para la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado,

² Locución latina que significa: “Desde siempre”

³ Locución latina que significa: “Desde entonces”

como consecuencia de la actividad del legislador frente a la declaración de la ley inexecutable por la Corte Constitucional.

1. Responsabilidad extracontractual del Estado y Daño Antijurídico

Para iniciar dando desarrollo formal al presente capítulo, es necesario partir de los antecedentes de la Responsabilidad Extracontractual del Estado, ya que no será posible, entender dicha figura jurídica sin un estudio previo a la misma. Esto, con el fin de comprender cuáles son los elementos necesarios que se deben cumplir para la generación de dicha responsabilidad en el Estado colombiano.

Por lo tanto, primero se hará una breve descripción de la evolución histórica hasta la actualidad de la Responsabilidad extracontractual del Estado; segundo, de acuerdo con esa evolución histórica será posible ir analizando cada uno de los elementos que la conforman, con el fin de identificarlos; tercero, se identificará al daño antijurídico como parte fundamental dentro de ésta evolución, a partir de la Constitución Política de Colombia de 1991, junto con los pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinales al respecto; por último, a partir de la revisión y avances jurisprudenciales en cuanto a la responsabilidad extracontractual del Estado, será posible identificar los elementos que actualmente se requieren para su configuración y los elementos para lograr establecer el daño antijurídico, como componente fundamental para la generación de dicha responsabilidad.

1.1 Noción y evolución de la Responsabilidad extracontractual del Estado Colombiano

Dando inicio, entonces, con la primera parte de este escrito, se puede decir que, dentro de la evolución de la responsabilidad extracontractual del Estado, se dieron dos etapas en el mundo trascendentales, antes de mencionar dicho concepto en Colombia.

La primera etapa se ha designado en la doctrina como *etapa de irresponsabilidad*, el derecho de la responsabilidad está influenciado por el derecho francés hasta 1991. En Francia desde la época de la monarquía existía el dogma del Estado irresponsable porque se pensaba que no podía actuar mal.

Esta idea de irresponsabilidad absoluta del Estado encontró en algunas épocas ciertas limitaciones. En primer lugar, si bien el Estado no era responsable, se consideró que por sus daños que causara su actividad eran responsables los agentes que directamente los causaban; es decir, que, si bien no era responsable la persona pública, si lo era la persona natural que causaba el daño en nombre de aquella. En segundo lugar, la responsabilidad del Estado aparecía cuando una ley expresamente la consagraba para un caso determinado. En tercer lugar, con ocasión de la aplicación de la teoría de los actos de poder y los actos de gestión, se consideró que el Estado era irresponsable frente a los daños causados por su actividad de poder, pero respondía por los perjuicios ocasionados con su actividad de gestión, ya que en este último caso actuaba como los particulares (Rodríguez, 2013, p. 607-608).

Es así, que el primer punto de partida de la responsabilidad extracontractual del Estado es la irresponsabilidad, de acuerdo con las limitaciones que se generaron al respecto, tal y como se citó anteriormente.

Sin embargo, esta regla general de irresponsabilidad evoluciona poco a poco hasta la situación actual de responsabilidad casi total y absoluta del Estado. La época de transición, comienza en la segunda mitad del siglo XIX, principalmente con el fallo Blanco del Tribunal de Conflictos

francés. En este contexto, el Tribunal de Conflictos de Francia, profiere el fallo Blanco en 1873⁴ como piedra angular del derecho de la responsabilidad del Estado y de la escuela del Servicio Público –este fallo afirmó que la actividad del Estado es considerada como servicio público. Pero aún se consagraba claramente la responsabilidad del Estado. Tal y como lo expone Libardo Rodríguez (2013):

En efecto en esa decisión no se consagro, como pudiera pensarse la responsabilidad del Estado como regla general, lo cual si hubiera cambiado radicalmente el criterio anterior de irresponsabilidad. Simplemente se produjo un cambio de mentalidad frente a ese problema: de la mentalidad anterior, según la cual el Estado como tal era irresponsable, salvo en los casos legal y expresamente previstos y en sus actuaciones de gestión, caso este último en que no actuaba el Estado como tal, sino como particular, se pasó a la idea consistente en que el Estado, aun cuando prestaba servicios públicos, si era responsable, en casos restringidos (p.608).

El aporte de este fallo en materia de responsabilidad es que, a partir del mismo, se dijo que el Estado puede ser declarado patrimonialmente responsable, regla que rompía el fundamento de que el Estado no podía actuar mal. Otro aporte del fallo fue que el Juez competente para conocer de dichos asuntos es el Juez contencioso administrativo y que dicha responsabilidad se debe regir por normas diferentes a las del código civil.

⁴ Por medio del fallo Blanco, el Tribunal de Controversias consagra tanto la responsabilidad del Estado por los daños causados por los servicios públicos, así como la competencia de la jurisdicción administrativa para conocer de ella.

Una niña fue arrollada y herida por un vehículo de una fábrica de tabaco, administrada por el consejo de estado. El padre acudió ante los tribunales con la finalidad de que se declarase al Estado responsable subsidiario de los daños, partiendo del fundamento contenido en los artículos 1382 al 1384 del Código Civil. El conflicto tuvo gran peso por lo que el Tribunal de Controversias atribuyó la jurisdicción del caso a los Tribunales Administrativos.

El fallo Blanco consagra la responsabilidad del Estado, poniendo fin a una larga historia de irresponsabilidad.

Después del avance que se dio con el *fallo blanco*, a la responsabilidad del Estado colombiano, empieza la etapa de aplicación del derecho privado, asimilándola con la responsabilidad de los particulares, tal y como lo afirma Libardo Rodríguez (2013):

...una vez que se reconoció en Colombia la responsabilidad del Estado, se consideró que dicha responsabilidad se asimilaba a la de los particulares y concretamente a la de las personas jurídicas privadas, por lo cual se le sometió al mismo régimen de estas, es decir, a las normas que sobre responsabilidad consagra el Código Civil y a la competencia de la jurisdicción común. Pero como el Código citado consagra a su vez varios tipos de responsabilidad, se presentaron en esta etapa dos periodos: la aplicación de la responsabilidad indirecta y la aplicación de la responsabilidad directa (p.611).

Por lo tanto, en el periodo uno, de la etapa de aplicación del derecho privado, es decir, la tesis jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia sobre *la responsabilidad indirecta* del Estado, sustentada en normas del código civil, artículos 2347⁵ y 2349⁶, se afirma que la responsabilidad patrimonial del Estado se fundamenta en dichos artículos del código civil.

Teóricamente se explicó esta responsabilidad argumentando que una entidad estaba condicionada a nombrar sus empleados y a auditar de manera cuidadosa. Si ellos incurrían en alguna culpa en ejercicio de sus cargos, se consideraba que la entidad pública o privada también incurría en culpa (indirectamente responsable), ya fuera por culpa en la elección (culpa *in eligendo*) o por culpa en la vigilancia (culpa *in vigilando*)... en este tipo de

⁵ RESPONSABILIDAD POR EL HECHO PROPIO Y DE LAS PERSONAS A CARGO. Toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado

⁶ Los empleadores responderán del daño causado por sus trabajadores, con ocasión de servicio prestado por éstos a aquéllos; pero no responderán si se probare o apareciere que en tal ocasión los trabajadores se han comportado de un modo impropio, que los empleadores no tenían medio de prever o impedir empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente; en este caso recaerá toda responsabilidad del daño sobre dichos trabajadores.

responsabilidad indirecta se puede deducir que por razones de subordinación y dependencia, la culpa personal del empleado que ocasiona el daño a un tercero con ocasión del servicio prestado, repercute sobre el empleador, quien solidariamente con el primero está obligado a reparar el perjuicio (Motta y Baracaldo, 2011, p.10-11).

Es decir, se dio cabida a hablar de la culpa del padre respecto de sus hijos. Pero, dicha tesis fue difícil de asumir en cuanto a las personas públicas, ya que no era posible aplicar el fundamento jurídico civil expuesto, al Estado, cuando este no podía llevar a cabo la constante vigilancia sobre sus agentes.

Por consiguiente, en razón a lo expuesto anteriormente, se da paso al periodo dos de la etapa de aplicación del derecho privado. Periodo en el cual, se pasa de la *responsabilidad indirecta por el hecho ajeno* a la *responsabilidad directa por el hecho propio*, fundamentada en el artículo 2341⁷ del Código Civil, desde esta perspectiva se presenta dos aristas: la *teoría organicista* y la *falla del servicio*. Entonces, bajo la teoría organicista, tal y como se expone en el fallo por la Corte Suprema de Justicia, es claro que tanto las personas físicas o jurídicas obran mediante sus órganos, ya sea para decir que las partes principales del cuerpo humano obran en razón a una orden del ser humano como persona física, al igual que los órganos de las entidades obran en cumplimiento de funciones que provienen de esas personas jurídicas.

Esta teoría comenzó a aplicarse a partir de 1944 e implicó que, al lado de la responsabilidad directa, es decir, por hechos de los órganos, que se consideraran entonces hechos propios, se reconoció también una responsabilidad indirecta por los hechos del personal subalterno que no tenía la calidad de órgano (Rodríguez, 2013, p.613).

⁷ RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido.

No obstante, dicha teoría no duró, en razón a la imposible distinción entre agente y órgano, ya que se decía que, respecto de la responsabilidad del Estado, se era sí o no servidor público y como tal respondía sí o no por sus faltas. Por lo tanto, esto condujo a que se abordara la responsabilidad por fuera del código civil, dando paso a la segunda orientación de la teoría directa en virtud de la cual lo que originaba la responsabilidad patrimonial directa del estado era una *falla del servicio*. Al respecto expone Rodríguez (2013) “La teoría de culpa o falla del servicio es propia del derecho administrativo, pues fue creada por la jurisprudencia francesa precisamente para aplicarla a la responsabilidad del Estado, considerando que este requería un régimen especial diferente del de los particulares” (p. 614).

La falla del servicio se ubicó bajo la teoría subjetiva, ya que a partir de su reconocimiento se presumía un reproche a la administración, es decir, bajo esta teoría se impone el elemento culpa independientemente de que el agente sea identificado o no.

Entonces, continuando con los aportes a este desarrollo por parte de Libardo Rodríguez (2013), al respecto se expone la siguiente cita: “La teoría de culpa o falla del servicio, que es una responsabilidad directa, consiste en que se produce un daño debido a que una persona pública no ha actuado cuando debía hacerlo, ha actuado mal o ha actuado tardíamente” (p. 616).

Es así, que bajo el concepto de falla del servicio se ubica única y exclusivamente la responsabilidad extracontractual del Estado, con el fin de dar un enfoque diferente de lo que se venía imponiendo por el código civil, a partir de la aplicación del derecho privado. Dando paso a una jurisdicción especializada en este tipo de cuestiones administrativas, y por supuesto, competencia al régimen de derecho público.

De esta manera, la responsabilidad del Estado ha ido evolucionando hasta llegar a la época actual, cuya regla general es que el Estado si debe responder patrimonialmente.

Las modificaciones ocurridas en la estructura de la responsabilidad han sido más intensas en el campo del derecho administrativo por la necesidad de protección- así represiva como preventiva- ante la creciente actividad interventor, potencialmente lesiva de libertades y derechos, desplegada por el Estado. Desaparece el carácter retributivo o aflictivo del resarcimiento y se convierte en un mecanismo estrictamente reparador. Ya no interesa tanto ubicar de manera precisa al responsable para imputarles el acto nocivo (Hoyos, 1984, p.13-14).

En efecto, luego de haber descrito y analizado la evolución de la responsabilidad extracontractual del Estado desde sus principales sustentos jurídicos en el derecho francés, hasta llegar a la Constitución de 1991 colombiana, y su artículo 90, el cual expone el daño antijurídico. Pasando primero por Francia, en donde se describieron tres etapas: 1) La nula configuración de la responsabilidad por parte del Estado, 2) la etapa de inauguración de la responsabilidad del Estado gracias al Fallo Blanco y 3) el avance de la Responsabilidad del Estado después del Fallo Blanco. Y, como segunda parte de la evolución, dicha responsabilidad aplicada en el marco colombiano; pasando también por 3 etapas: 1) la aplicación del derecho privado frente a la responsabilidad del Estado, en un primer periodo como responsabilidad indirecta y en un segundo periodo como responsabilidad directa, 2) etapa de confusión y desarrollo jurisprudencial por parte de la Corte Suprema de Justicia y aplicación de la falla del servicio frente a la responsabilidad de personas públicas y 3) etapa de aplicación del derecho público, dando paso de la falla del servicio al daño antijurídico. Figura protegida constitucionalmente, la cual constituye el eje central de esta primera parte del escrito final. Y respecto de la cual, se hizo necesario analizar los antecedentes, para dar paso a identificar los elementos necesarios para su configuración. Los cuales no serían posible de comprender claramente, si no se estudia el sustento base, manejado a lo largo de la historia; y

mucho menos, sino se conoce su naturaleza. De manera que, a continuación, se describirá un análisis concreto únicamente enfocado hacia el daño antijurídico y los elementos que se identificaran en el mismo desarrollo.

1.2 Noción y fundamentos del daño antijurídico a partir de la Constitución Colombiana de 1991

Hasta 1991 se tenía claro que la influencia del derecho Administrativo, en materia de Responsabilidad extracontractual del Estado, era básicamente del derecho francés. Siendo esta figura jurídica en sus comienzos, una copia del derecho francés. Ya que después con la Constitución de 1991 se fundamentó el tema de la responsabilidad extracontractual del Estado en el derecho español. Incluso, en dicha fecha, se trae lo mejor del constitucionalismo contemporáneo. Teóricamente se construye una de las Constituciones más avanzadas que incluye casi todas las últimas tendencias del Constitucionalismo. Uno de estos grandes avances lo constituye el artículo 90⁸.

Con la introducción de este artículo constitucional, se consagra la cláusula general de la responsabilidad patrimonial del Estado colombiano. Estableciendo imputabilidad al Estado respecto de los daños antijurídicos causados por las autoridades públicas por acción u omisión.

Sin embargo, respecto del avance con la Constitución de 1991, es importante aclarar que se pasa de un régimen subjetivo de responsabilidad a un régimen objetivo, con esta evolución se

⁸ El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.

presentaron confusiones al respecto del fundamento claro de objetivación total o parcial de la responsabilidad extracontractual del Estado introducida en el artículo 90.

Al respecto, se trae a colación dos pronunciamientos del Consejo de Estado:

La antijuricidad del daño es siempre objetiva (no tenía el sujeto lesionado porque sufrirlo), pero no sucede igual con la antijuridicidad de la conducta, la que siempre mostrará una actividad por fuera del ordenamiento. Esta es la razón para que se entienda porque, en ciertos eventos, la administración resulta responsable, pese a que actuó regularmente (Consejo de Estado, Sentencia sección tercera, julio 12 de 1993).

Es decir, según el anterior pronunciamiento del Consejo de Estado, lo que se objetivizó totalmente, fue la antijuridicidad del daño. Por consiguiente, en adelante el Estado sería responsable cuando se le pudiese imputar un daño antijurídico a una autoridad pública en razón de su acción u omisión. Sin importar la antijuridicidad de la conducta.

Indudablemente, la falla del servicio no desapareció con el fundamento actual constitucional, ya que, si se alega el daño por mala conducta por parte de la administración, dicha falla deberá probarse, cuando no se presume. Pero si no existe falla de la administración deberá demostrarse el daño. Tal y como lo expone el Consejo de Estado en el siguiente pronunciamiento:

Cuando se alega que la conducta irregular de la administración produjo el daño (falla del servicio) tendrá que probarse esa irregularidad, salvedad hecha en los eventos en que esa falla se presume. En ambas hipótesis ese primer presupuesto de la responsabilidad deberá gobernarse por las reglas de la carga probatoria. Y cuando se afirma que ese daño se produjo sin falta o falla de la administración, pero el que lo sufre no tenía por qué soportarlo, el acreedor, como es apenas lógico deberá demostrar el daño y el porqué, pese

a ser legal la actuación de la administración no tenía por qué sufrirlo (Consejo de Estado, Sentencia sección tercera, agosto 5 de 1994).

Es así que, bajo el fundamento general dado en el artículo 90, no se puede decir que la responsabilidad extracontractual del Estado, se objetivizó totalmente, ya que dicha situación implicaría un mecanismo automático de distribución de riqueza, por tanto, el régimen general de responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia ha sido, es y seguirá siendo la falla de servicio, solo subsidiariamente el derecho de la responsabilidad extracontractual del Estado es objetivo.

Asimismo, es oportuno señalar que el desarrollo jurisprudencial ha evolucionado este tema, sin dejar de un lado su fundamento principal, es decir, la interpretación taxativa del artículo 90.

El juez contencioso administrativo ha entendido, y así se puede apreciar en la mayor parte de la jurisprudencia, que a la hora de tomar decisiones que resuelven problemas concernientes a la responsabilidad extracontractual del Estado, el sustento sobre el cual debe estructurar su decisión está dado por los principios establecidos por el constituyente primario y el precepto constitucional señalado en el artículo 90 (Motta y Baracaldo, 2011, p. 17).

El tema de la responsabilidad extracontractual del Estado, no ha sido un tema sólido, ya que en la medida en que se han dado prioridad a los derechos de las personas, y en el caso de responsabilidad, a los afectados o víctimas de situaciones que no están en el deber de soportar, la normativa se ha puesto más del lado de ellos. De tal forma que, actualmente en Colombia, aunque exista un fundamento jurídico base de la responsabilidad patrimonial del Estado, el tema ha sido más elaborado a partir del desarrollo jurisprudencial. Por esta razón se dará paso en las siguientes líneas a describir este análisis, a partir de conceptos claros al respecto por parte del Consejo de

Estado y la Corte Constitucional, teniendo en cuenta que se enfatizará más hacia el Consejo de Estado, como Tribunal Supremo de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y como máximo intérprete de casos relacionados con el daño antijurídico.

Por lo que sigue, se da inicio entonces, con una cita expuesta por el actual presidente y por supuesto, Magistrado del Consejo de Estado de Colombia; Enrique Gil Botero, en el libro de Carlos Bernal Pulido y Jorge Fabra Zamora, donde se expone una recopilación de ensayos, en torno a la responsabilidad civil extracontractual:

A partir del artículo 90 de la Constitución Política, los elementos de la responsabilidad de la administración pública, quedaron reducidos a la comprobación de un daño antijurídico y a la imputación de este a una entidad o autoridad estatal. La imputación o la atribución de ese daño constituyen un proceso dirigido a establecer a quien se le puede atribuir la lesión o afectación que aquel representa. En ese orden de ideas, la imputación va más allá de la simple causalidad, puesto que esta última presupone la existencia del daño como una entidad material o fenoménica (Bernal y Fabra, 2013, p.473).

Es decir, para la comprobación de la responsabilidad extracontractual del Estado, según el artículo en mención, solo basta con la existencia del daño y con la imputación a la administración de este daño, fundamentado, bajo un título de imputación jurídico.

Antes de identificar y analizar cada uno de los elementos que se han ido interpretado jurisprudencialmente con fundamento en el mencionado artículo 90, es oportuno, describir algunos conceptos acerca de la noción que ha manejado la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en Colombia, respecto del daño antijurídico con el fin de conocer su naturaleza. Teniendo en cuenta que este concepto constituye parte de la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado colombiano.

Es válido aclarar, que el concepto de daño antijurídico, es un concepto copiado del derecho español, establecido en este derecho, como la teoría de *lesión resarcible* en su Constitución de 1978 en el artículo 106 numeral 2^o.

Sin embargo, pese a que es un concepto copiado de este derecho, vale la pena aclarar, que los fundamentos protegidos constitucionalmente de la responsabilidad patrimonial del Estado, a partir de la lesión resarcible en España, son diferentes al daño antijurídico en Colombia, es decir, el artículo 106 numeral 2 español, no es igual al artículo 90 colombiano.

Con respecto a España, cuando se habla de responsabilidad del Estado, esta se debe dar dentro del funcionamiento de los servicios públicos, en los términos que ley lo establezca, únicamente se hace la salvedad con respecto a casos de fuerza mayor. Y en Colombia en cambio se habla de la “*acción u omisión de las autoridades públicas*”, allá solo de servicios públicos. Es decir, que el ámbito de aplicación en Colombia, es mucho mayor que en España. Además, en Colombia no se habla de causales de exoneración, allá se habla de fuerza mayor. Aunado a lo anterior, en Colombia no se le da un ámbito al legislador para restringir la responsabilidad, no se dice nada de los términos en que establezca la ley, allá si lo dice.

Entonces, teniendo en cuenta que en Colombia se da un ámbito más amplio de aplicación y de interpretación con respecto al tema, es evidente que el artículo 90, no define lo que es daño antijurídico, se trata de un concepto constitucional indeterminado, que se ha ido desarrollando jurisprudencialmente como se verá a continuación.

⁹ 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.

En un primer momento se considera por parte del Consejo de Estado, que este artículo implicaba una objetivación total de la responsabilidad patrimonial del Estado colombiano. Por lo tanto, en sentencia del 30 de julio de 1992, el Consejo de Estado llega a la siguiente conclusión:

1) Que la responsabilidad del Estado, es directa y objetiva y surge de una acción u omisión, 2) Que esa acción u omisión debe ser imputable a una autoridad pública, 3) Que esa acción u omisión, imputable a una autoridad, cause un daño antijurídico a una persona natural o jurídica.... Se entiende así por qué se califica esa responsabilidad de objetiva. En principio, no juega el problema de la culpa, ya que la norma constitucional desplaza el problema de la antijuridicidad de la conducta de la persona administrativa (funcionamiento irregular del servicio público) y lo radica en la antijuridicidad del daño... (Consejo de Estado, Sentencia, Sección Tercera, julio 30 de 1992).

Es así, que el Consejo de Estado, se ve en la necesidad de apartarse de la teoría de la objetivación total de la responsabilidad patrimonial del Estado. Al respecto se trae a colación un concepto dado por Nader (2010), a través del cual se analiza claramente los fundamentos del Consejo de Estado en un segundo momento de equilibrio entre la responsabilidad objetiva y la responsabilidad subjetiva del Estado:

Cuando se alega que la conducta irregular de la administración produjo el daño (la falla del servicio en el lenguaje corriente) tendrá que probarse esa irregularidad, salvedad hecha de los eventos en que esa falla se presume. En ambas hipótesis ese primer supuesto de la responsabilidad deberá gobernarse por las reglas de la carga probatoria. Y cuando se afirma que ese daño se produjo sin falta o falla de la administración, pero que el que lo sufre no tenía por qué soportarlo, el acreedor, como es apenas evidente, deberá demostrar el daño y el por qué, pese a ser legal la actuación de la administración no tenía por qué sufrirlo (p.68).

De tal forma, que, a pesar de la adopción de la noción de daño antijurídico, el régimen general de responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia ha sido, es y seguirá siendo la falla de servicio y solo subsidiariamente el derecho de la responsabilidad extracontractual del Estado es objetivo en Colombia.

En este orden, se tiene que actualmente el Consejo de Estado ha basado sus pronunciamientos con respecto a la responsabilidad patrimonial del Estado en base al daño antijurídico el cual expone:

...que el fundamento único de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, es el daño antijurídico y afirma que esto permite que se comprometa la responsabilidad del ente estatal, ya sea porque se da un funcionamiento anormal del servicio o por su funcionamiento que, aunque normal produce un daño que el administrado no se encuentra en la obligación de soportar (Irisarri, 2000, p.68).

Además, tal y como lo expresa la Corte Constitucional:

...el constituyente no solo consagró en el artículo 90 de la Carta el daño antijurídico imputable al Estado como el fundamento de su responsabilidad patrimonial, sino que además determinó el fundamento de la responsabilidad personal de sus agentes al ordenarle que repita contra éstos cuando su condena a la reparación patrimonial sea consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de tales agentes (Corte Constitucional, Sentencia C-285 de 2002).

Es decir, que no importa la conducta del agente del Estado, para considerar la existencia de la responsabilidad del Estado, frente a la reparación de la víctima, pero si frente a la carga que debe asumir, si su conducta es dolosa o culposa frente al mismo Estado.

Ahora bien, llegando a este punto, ya es posible describir algunos conceptos claros que se han manejado en los últimos años, respecto a la noción de daño antijurídico.

El primer concepto claro y básico respecto del daño antijurídico, traído a colación en el presente escrito, lo expone la Corte Constitucional como: “El perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo” (Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996).

Por lo tanto, se tiene que el daño debe ser, como primera medida, un perjuicio ocasionado a alguien que no está en deber jurídico de soportar, situación que implica que el daño no sea justificado, ya que no puede imponerse a un asociado o a un grupo de asociados, un sacrificio mayor, que rompa el nivel de igualdad en la soportabilidad de la carga, y si esto sucede debe indemnizarse.

Sumado a lo anterior se tiene que el daño antijurídico según el mismo pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional:

... parte de la base de que el Estado es el guardián de los derechos y garantías sociales y que debe, por lo tanto, reparar la lesión que sufre la víctima de un daño causado por su gestión, porque ella no se encuentra en el deber jurídico de soportarlo. La responsabilidad se deriva del efecto de la acción administrativa y no de la actuación del agente de la Administración causante material del daño, es decir, se basa en la posición jurídica de la víctima y no sobre la conducta del actor del daño, que es el presupuesto de la responsabilidad entre particulares (Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996).

Otra causa clara por la cual no fue posible manejar la responsabilidad del Estado bajo la normativa del derecho privado, y fue, la necesaria evolución que, bajo el fundamento de daño antijurídico, se ha puesto más de lado de la víctima que de la conducta del actor.

Asimismo, el Consejo de Estado agrega algo más al primer concepto del daño antijurídico establecido en este desarrollo, afirmando que éste: “consistirá siempre en la lesión patrimonial o extra-patrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar” (Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 13 de agosto de 2008).

Con esta afirmación se entiende que cuando se constituya daño antijurídico, el Estado no sólo responderá patrimonialmente, sino también extra-patrimonialmente, es decir, con este concepto se abre la primera puerta hacia la reparación integral del daño, en donde no sólo se tiene en cuenta el reparar el daño económicamente sino también moralmente.

Por lo tanto, la noción de daño antijurídico, va intrínsecamente relacionada con la función que debe cumplir el Estado colombiano, como garante de derechos, que, bajo la Carta Política de 1991, ha tomado mayor relevancia, en razón al concepto que enmarca esta normativa, del Estado social de Derecho.

Con todo y lo anterior, se concluye, frente a la noción de daño antijurídico: primero que éste no ha sido definido por la Constitución, lo cual conduce a que se presenten diversas interpretaciones por parte de los organismos mencionados, reflejadas en sus pronunciamientos jurisprudenciales; segundo, que aunque sea un concepto copiado del derecho español, no implica lo mismo; tercero, que se entiende este como una lesión o perjuicio ocasionada a un individuo o grupo de individuos que no estaban en el deber jurídico de soportarlo, teniendo en cuenta que esto implica una injustificación del daño frente a la carga que se debía asumir; y cuarto; que la reparación frente a la comprobación del daño antijurídico, no implica solamente reparación del daño patrimonial, sino además extramatrimonialmente, siendo esta una reparación integral de la víctima.

1.3 Requisitos para la configuración de la Responsabilidad extracontractual del Estado

Llegando a este punto, luego de haber concretado el concepto de daño antijurídico, es oportuno entrar a identificar los elementos que se deben cumplir para la configuración, de la Responsabilidad Extracontractual del Estado, identificada en el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, como una figura jurídica ambigua, en el sentido de saber sí se hace referencia a un responsabilidad únicamente extracontractual o también contractual del Estado, situación que ha quedado en manos del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, quienes ha llegado al acuerdo que enmarca las dos. Pero, no solo la interpretación de este artículo ha dado paso a esta confusión, también, en cuanto a la comprobación de los elementos que se deben cumplir para su configuración. Ya que, como se sustentó líneas atrás, no es posible afirmar que según el artículo 90 en mención, solo se debe probar el daño antijurídico, en razón a que le correspondería al Estado responder objetivamente, por cualquier perjuicio que el individuo no está en el deber de soportar frente a cargas públicas. Entonces, de acuerdo con conceptos actuales, no solo basta con la configuración del daño antijurídico, sino además con la imputación del mismo a la administración, imputación que se ha titulado como objetiva o fáctica, ya que no se reduce solamente a la acción por parte del Estado sino, también a la omisión.

La Corte Constitucional y el Consejo de Estado, han entendido que el artículo 90 comentado, también da sustento a cierto género de responsabilidad contractual del Estado, puesto que existen situaciones en que hay daño antijurídico sin que se presente la conducta antijurídica. Ello da lugar a que, en materia contractual, las fuentes de responsabilidad no solo se reduzcan a la responsabilidad subjetiva o por conducta antijurídica, ya que en los casos de responsabilidad contractual por daño antijurídico, las reglas de responsabilidad extracontractual se introducen allí en lo pertinente de manera legítima en cambio la

responsabilidad contractual del Estado por conducta jurídica no parece tener sustento constitucional en este artículo. Pues este solo se refiere a la que se origina en la teoría del daño antijurídico. Por tanto, no puede afirmarse que este artículo constituya el régimen general de la Responsabilidad del Estado (Barreto y Sarmiento, 1997, p.421).

Por lo tanto, dentro de lo que falta para culminar con este primer desarrollo, no sólo se abarcará la configuración del daño antijurídico, bajo la identificación de sus elementos, sino, además, la identificación de los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado de manera general, como figura principal, de la cual se desprende y hace parte dicho daño.

El daño antijurídico, desarrollado en la jurisprudencia colombiana, ha presentado ambigüedades. El tratadista Javier Tamayo Jaramillo, ex magistrado de la Corte Suprema de Justicia, aclara este concepto con la siguiente afirmación: “un perjuicio es antijurídico, cuando no se tiene el deber jurídico de soportarlo, y no se tiene el deber jurídico de soportar el daño cuando este es antijurídico” (Tamayo, 1997, p.31).

La Corte Constitucional, ha considerado que el daño antijurídico es un concepto indeterminado, carga que ha caído en manos de la jurisprudencia.

La Corte Constitucional como el Consejo de Estado, consideran que, en la noción de daño antijurídico, quedan comprendidas, tanto la responsabilidad subjetiva como la responsabilidad objetiva ya que, en el fondo del daño antijurídico, es aquel que se subsume en cualquiera de los regímenes tradicionales de responsabilidad del Estado. El resultado es que el daño antijurídico, pierde su especificidad y queda, en el mejor de los casos, identificado con el concepto de “interés jurídicamente protegido”. Siempre por más subjetivo u objetivo que sea el fundamento admitido de la responsabilidad, quien reclama

ser indemnizado debe demostrar que el daño gravito sobre una situación jurídicamente protegida (Saavedra, 2008, p.602).

...no todo daño deba ser reparado, sino sólo aquel que reviste la connotación de antijurídico, es decir, no se repara el daño justificado, esto es aquel que quien lo padece tenga la obligación de soportar. Además, como en todos los casos de responsabilidad, debe tratarse de un daño que tenga un vínculo causal con la actividad de un ente público. Esta actividad, ha dicho la Corte, no es solamente la que se da en el ámbito extracontractual de la actividad estatal, sino que también puede provenir de las relaciones contractuales de la Administración... Para que el daño antijurídico atribuido al Estado sea indemnizable, se exige que éste sea consecuencia del cumplimiento regular o irregular de sus obligaciones o del incumplimiento de las mismas (Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996).

En ese sentido, la responsabilidad del Estado gira en entorno a la calificación del daño, mas no a la calificación de la conducta del autor.

En relación con el daño, la doctrina no solo lo considera como el elemento sine qua non¹⁰ de la responsabilidad Estatal, sino que ha precisado los elementos necesarios para que se pueda generar la obligación estatal de resarcirlo, siendo estos: 1) que exista el daño, 2) que sea atribuible al Estado y 3) que sea antijurídico (González, 2009, p.54-55).

Al respecto, y de acuerdo con el siguiente autor, para la identificación del daño antijurídico, es necesario, que se den los siguientes elementos:

...1) La existencia de un daño, perjuicio o lesión a un individuo o un grupo de individuos, es decir, la lesión del derecho ajeno: Dicho perjuicio equivale no solo al plano patrimonial sino

¹⁰ es una locución latina originalmente utilizada como término legal para decir «condición sin la cual no».

también extrapatrimonial, en otras palabras, no solo al plano económico sino también moral. Además, el daño debe reunir ciertas características: a) Que sea cierto o real: que efectivamente haya lesionado un derecho del perjudicado, b) que sea especial: que sea particular a la persona o personas que solicitan la reparación, c) que sea anormal: debe exceder los inconvenientes inherentes al normal funcionamiento del servicio, d) que se refiera a una situación jurídicamente protegida: si alguien se encuentra en una situación ilegal, debe asumir los riesgos. 2) Que el daño se infiera de la Administración: En este elemento, no es importante la conducta de la administración, únicamente que provenga de esta por su actuar o no, sea legal o ilegal. Ya que se trata, de una relación que se presume, pero que se debe generar. 3) Que el daño sea antijurídico: Actualmente dentro del contexto del artículo 90, se expone que el daño debe ser antijurídico, lo cual implica la evolución frente al reconocimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado colombiano, a partir de un fundamento adicional que beneficia a las víctimas de estos perjuicios por parte del Estado o de sus agentes, y es que la antijuricidad, implica que el sujeto que sufre el daño no tiene el deber jurídico de soportarlo, es decir, es antijurídico, cuando no se puede justificar, teniendo en cuenta que no se puede imponer a un individuo o grupo de individuos, una carga mayor, respecto del equilibrio que se debe generar, a partir del principio de igualdad, el cual debe darse frente a los asociados, por una actuación u omisión de la Administración (Rodríguez, 2013, p.603).

Como es posible evidenciar, de acuerdo a los elementos constitutivos para la configuración del daño antijurídico, se necesitan no solo elementos para la configuración de la responsabilidad, sino también elementos para que se acredite este daño como primer elemento de dicha responsabilidad.

Al respecto el mismo autor expone que la importancia del daño antijurídico:

...se traduce como lo ha expresado la jurisprudencia¹¹ en que el fundamento de la responsabilidad del Estado, se desplazó de la ilicitud de la conducta del causante del daño (falla del servicio o culpa del Estado) al daño mismo, siempre y cuando este fuere antijurídico, lo cual también le ha permitido afirmar a la jurisprudencia que los dos únicos elementos indispensables para la declaración de la responsabilidad del Estado son el daño antijurídico y la imputabilidad del mismo a una persona jurídica de derecho público (p.604).

Con la anterior descripción, quedan identificados los elementos del daño antijurídico, sin dejar de un lado que, para lograr identificarlos, no solo basta con una descripción concreta ya establecida, sino que se debe hacer una interpretación más profunda con respecto a los pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinales anteriormente señalados, los cual siempre han tomado como fundamento y punto de partida al artículo 90 de la Constitución Política de Colombia.

Es así que los anteriores, se pueden identificar como aquellos elementos que se deben cumplir para que se dé el daño antijurídico. Daño, a partir del cual, será posible generar la responsabilidad extracontractual del Estado colombiano, proveniente del mencionado artículo 90 constitucional.

Entonces, respecto de la generación de la responsabilidad extracontractual del Estado colombiano, y el elemento daño antijurídico, se trae en mención la siguiente cita:

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996: ...Así, en múltiples oportunidades ese tribunal ha definido el daño antijurídico como "la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extra patrimonial, 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.

No basta que el daño sea antijurídico, sino que este debe ser además imputable al Estado, es decir, debe existir un título que permita su atribución a una actuación u omisión de una autoridad pública. Esta imputación, está ligada pero no se confunde con la actuación material, por cuanto a veces, como lo ha establecido la doctrina y la jurisprudencia, se produce una disociación entre tales conceptos. Por ello, la Corte coincide con el Consejo de Estado¹², en que para imponer al Estado la obligación de reparar un daño. Es menester que además de constatar la antijuricidad del mismo, el juzgador elabore un juicio de imputabilidad, que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, la imputación jurídica además de la imputación fáctica (González, 2009, p.56).

De manera que el daño antijurídico se determina como un elemento fundamental para la constitución de la responsabilidad extracontractual del Estado colombiano, no siendo el único, ya que se ha dicho jurisprudencialmente que la actuación (acción u omisión) de la Administración también se debe generar, teniendo en cuenta, que esta se constituye como la imputación fáctica u objetiva determinante de la responsabilidad del Estado. Y que además de esta imputación fáctica, se debe general la imputación jurídica, es decir, acreditar la conducta bajo el marco normativo, que se enmarca dentro de los llamados títulos de imputación o fundamentos jurídicos de la responsabilidad del Estado.

La responsabilidad patrimonial del Estado, en nuestro sistema jurídico, encuentra fundamento en el principio de la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, y se configura cuando concurren tres presupuestos fácticos a saber: un daño antijurídico o

¹² Al respecto el Consejo de Estado, se pronuncia en Sentencia del 13 de julio de 1993.

lesión, definido como el menoscabo o perjuicio que sufre la víctima en su patrimonio o en sus derechos personalísimos, sin tener el deber jurídico de soportarlo; una acción u omisión imputable al Estado, que se presenta cuando la Administración Pública no satisface las obligaciones a su cargo dentro de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que han sido fijadas; y una relación de causalidad, para que el daño antijurídico atribuido al Estado sea indemnizable, que exige que éste sea consecuencia del incumplimiento de las obligaciones de la Administración, esto es, desde una perspectiva negativa, que el daño sufrido por la víctima no se derive de un fenómeno de fuerza mayor o sea atribuible a su conducta negligente. (Corte Constitucional, Sentencia C- 644 de 2011).

Ya para concluir, con el desarrollo total de este primer objetivo, además de la anterior descripción con respecto a la generación de la responsabilidad extracontractual del Estado, es importante aclarar que para acreditar dicha responsabilidad, el Consejo de Estado, ha evolucionado en cuanto a la identificación de los elementos y más específicamente respecto a la comprobación del nexo causal, como figura que da origen al daño y comprueba la relación de causalidad entre ese daño y la conducta de la administración. Sin embargo, pese a que estos elementos ya se han identificado y establecido jurisprudencialmente, es evidente la falta de un criterio unificado, acerca de este tema, con la finalidad de no ser abordado únicamente desde los pronunciamientos, sino también desde una codificación más clara.

2. Principio de Supremacía constitucional frente a la actividad del legislador

En el presente acápite, se expondrá el principio de supremacía constitucional frente a la actividad del legislador. Al respecto se inicia, describiendo la noción y el contenido del principio de

supremacía constitucional, enfocándolo desde la perspectiva neoconstitucional, esto, con la finalidad de comprender su importancia y pertinencia en la presente investigación. Seguidamente, se analiza la voluntad general como supuesto de legitimación del hecho del legislador, teniendo en cuenta que, frente a la declaración de normas inconstitucionales por parte de la Corte Constitucional colombiana, el pueblo se ve afectado por la aplicación de las mismas durante su vigencia y dicha afectación, podría ampararse en que el legislador representa la voluntad del pueblo bajo el principio de soberanía popular. Como tercer ítem se expone la naturaleza y las consecuencias del principio de presunción de validez de la ley, teniendo en cuenta, que bajo dicho principio las leyes expedidas por el poder legislativo se presumen válidas por los ciudadanos, quienes entregan la confianza para que ellos los expidan ajustados a derecho. Por lo cual, las acatan presumiendo su legalidad así sean leyes que contrarían la Constitución; pero que hasta que no se demuestre dicha contrariedad, se seguirán presumiendo válidas. Y, finalmente se analiza cómo la Corte Constitucional ha ponderado dos principios que entran en colisión cuando se trata de atribuir efectos temporales a sus fallos, dichos principios son el principio de supremacía constitucional como eje central de este acápite y el principio de seguridad jurídica. Al respecto, se analizan las posturas de la Corte constitucional con la declaración en sus fallos con efectos *ex tunc*¹³ y con efectos *ex nunc*¹⁴ a partir de los cuales se enfrentan los dos principios.

¹³ Locución latina que significa: “Desde siempre”

¹⁴ Locución latina que significa: “Desde entonces”

2.1 Noción y contenido del Principio de Supremacía constitucional desde la perspectiva Neoconstitucional

El principio de supremacía constitucional, se puede reconocer como el principio más importante del derecho constitucional de un país; ya que, a partir de esta norma jurídica, el contenido constitucional se ubica por encima de todo el ordenamiento jurídico, prevaleciendo siempre sobre cualquier norma. Por lo cual, todo el sistema normativo debe estar ajustado a la Constitución, de no ser así se estaría frente a una discrepancia que llevaría a invalidar la norma contraria a la Constitución.

Es así que es importante conocer este principio desde su concepto y desde su contenido, inicialmente desde la perspectiva neoconstitucional para entender su verdadero significado y la implicación que tienen para el desarrollo de la presente investigación.

El presente proyecto de investigación se enmarca dentro de la escuela del Neo constitucionalismo, por lo tanto, para poder entender esta afirmación, es importante conocer la escuela y luego hacer la vinculación con el principio desarrollado en este acápite.

El neoconstitucionalismo como escuela originaria de la tradición europea, se entiende a partir de la importancia normativa que va adquiriendo la Constitución como norma jurídica.

El neoconstitucionalismo como ideología presenta diferentes niveles o proyecciones. El primero y aquí menos problemático es el que puede identificarse con aquella filosofía política que considera que el Estado constitucional de Derecho representa la mejor o más justa forma de organización política. Naturalmente, que sea aquí el menos problemático no significa que carezca de problemas; todo lo contrario, presentar el constitucionalismo como la mejor forma de gobierno ha de hacer frente a una objeción importante, que es la objeción democrática o de supremacía del legislador: a más Constitución y a mayores garantías

judiciales, inevitablemente se reducen las esferas de decisión de las mayorías parlamentarias, y ocasión tendremos de comprobar que ésta es una de las consecuencias de la ponderación judicial (Sanchís, 2001 p.202).

Guastini señala siete condiciones que permiten hablar de la constitucionalización de un determinado sistema jurídico:

1) Incorporación de una constitución rígida, que incluye los derechos fundamentales; 2) La garantía jurisdiccional de la supremacía constitucional; 3) La fuerza vinculante de la Constitución, que no es un conjunto de normas “programáticas” sino “preceptivas”; 4) La “sobre interpretación” de la Constitución, ya que se la interpreta extensivamente y se deducen de ella sus principios implícitos; 5) La aplicación directa de los normas constitucionales, que también se aplican a las relaciones entre particulares; 6) La interpretación conforme a la constitución de las leyes y normas inferiores; 7) Influencia de la Constitución en el debate político (Guastini, 2001,p.125).

Es claro entonces, que, bajo la teoría jurídica del neoconstitucionalismo, el principio de supremacía constitucional resalta, y los demás principios constitucionales adquieren mayor grado de importancia dentro del rango de normas constitucionales, con fuerza vinculante y además con mayor grado de importancia que las reglas.

El neoconstitucionalismo ha impulsado una nueva teoría del Derecho, cuyos rasgos más sobresalientes podrían ser los cinco siguientes: 1) más principios que reglas; 2) más ponderación que subsunción; 3) omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos meramente relevantes, en lugar de espacio dejados a la opción legislativa o reglamentaria; 4) omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador o reglamentaria; y, por último, 5) coexistencia de una constelación de valores, a

veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí y en torno, principalmente, a las sucesivas opciones legislativas¹⁵ (Belloso, 2015, p.24).

Es así que, que el neoconstitucionalismo, se ha extendido en todo el derecho, no sólo europeo sino también latino americano, a partir de la creación de una nueva teoría donde se sobreponen los derechos de los ciudadanos por encima del poder público. Derechos salvaguardados en la propia Constitución.

Se advierte entonces cómo en el estado constitucional se instala una tensión irreductible entre democracia y derechos que, allí donde se establece un sistema de control de constitucionalidad de las leyes, se traduce a su vez en una tensión entre las competencias del legislador y del órgano al que se confía dicho control (Mejía, 2013, p. 107).

Por lo tanto, bajo la consideración que pasamos de un Estado de Derecho, a un Estado social de derecho y actualmente a un Estado constitucional, La Corte Constitucional, como principal órgano encargado de la salvaguarda e integridad de la Constitución, asume su función, muchas veces invadiendo competencias del legislador bajo la necesidad de llenar los vacíos normativos y

¹⁵ En estas cinco cuestiones estamos resumiendo la caracterización aproximadamente coincidente que, según Pozzolo, sustentan autores tales como R. Dworkin (*Freedom's Law*, Harvard University Press, Cambridge, 1996); R. Alexy (*El concepto y la validez del Derecho*, trad. al castellano de J.M. Seña, Barcelona, Gedisa, 1994, p.159 ss); G. Zagrebelsky (*El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trad. al castellano de M. Gascón, epílogo de G. Peces-Barba, Madrid, Trotta, 1995, p.109 ss) y, en parte, S. Nino (*The Constitution of Deliberative Democracy*, Yale University Press, New Haven-London, 1996). Pero ya estas cinco características son discutibles porque no parece tan claro que todos ellos, como apunta Atienza: “No me parece que sea cierto que ellos animen a los jueces a recurrir en la mayor medida posible a los principios, ni que planteen la ponderación como un procedimiento casuístico, que prescindan como criterio interpretativo de la d’, puesto que ‘ahora el juez debe interpretar el Derecho a la luz de las exigencias de justicia vehiculadas por el caso’ (POZZOLO, S.,1998, p.342)” (ATIENZA, M., “Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista”. Disponible en: FERRAJOLI, L., “Constitucionalismo Principialista e Constitucionalismo Garantista” en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, 2010, pp.15-53.

de velar por el cumplimiento de la justicia material. En donde debe ponderar, interpretar y emitir fallos que reflejen su deber de competencia.

Ahora bien, a continuación, se expondrá la naturaleza y el contenido de este principio como sustento del Estado constitucional, iniciando con la siguiente cita:

...la naturaleza de la supremacía de la Constitución no puede determinarse solo en un sentido formal o material sino, por el contrario, su naturaleza se explica a partir de los dos. La Constitución es suprema por los valores y principios fundamentales que alberga, por esta razón es que debe contener una fuerza normativa lo suficientemente eficaz que permita el funcionamiento estructural del sistema jurídico y, de esta manera, no existan elementos que se antepongan a ella (Rosario, 2011, p.102).

De esta manera se entiende este principio, como la base fundamental de la eficacia de las normas constitucionales, normas que se han plasmado por el constituyente primario, con la finalidad de extender la protección al ciudadano y efectivizar su cumplimiento. Dichas normas como lo son los valores, los principios y las reglas constitucionales, descritas en grado de importancia dependen de la ejecución del principio de supremacía constitucional para su efectividad dentro del ordenamiento jurídico.

Dicho principio se encuentra enunciado taxativamente en el artículo 4¹⁶ de la Constitución Política colombiana, en el cual se optimiza la eficacia de la Constitución, y a partir del cual se entiende ubicada a la Constitución en la cúspide de la pirámide normativa de Colombia.

Esta es la norma más importante de la Constitución colombiana. El artículo 4 es la condición de posibilidad de aplicación normativa de toda la Constitución, del ejercicio del

¹⁶ *La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicaran las disposiciones constitucionales. Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer las autoridades.*

control constitucional, de la concreción del Estado social de derecho y de la vigencia del Estado constitucional democrático, es decir, del hecho de ser realmente regido por una Constitución. Adicionalmente, el artículo 4 afirma las normas constitucionales como las supremas del ordenamiento, a partir de las cuales se deriva la validez, la vigencia y la exigibilidad de los demás componentes del sistema normativo, con exclusión de todas las que se opongan a los mandatos constitucionales (Quinche, 2012, p.60).

Además, el artículo 4 no sólo enuncia el principio de supremacía constitucional, sino además concreta el principio de la excepción de inconstitucionalidad, a partir del cual el operador jurídico tiene el deber de in-aplicar cualquier norma jurídica que contraríe en un caso específico la Constitución, sin necesidad de que esta inaplicación genere su extracción de la vida jurídica. Por lo tanto, es obligación del operador jurídico, al momento de fallar cualquier caso, tener en cuenta cada uno de los postulados constitucionales por encima de cualquier postulado legal y normativo que sea interpretado por el mismo.

Sobre la base de las consideraciones anteriores, se entiende que la Constitución tiene fuerza normativa, lo cual conlleva al análisis realizado por el siguiente autor:

La Constitución colombiana tiene fuerza normativa. Vincula a todos los sujetos públicos y privados, vinculación jurídica que se ubica en el nivel más alto del derecho, en el vértice del ordenamiento jurídico, por encima de cualquier otra clase de normas. Sin lugar a dudas, la fuerza normativa es la característica más sobresaliente que tiene la Constitución de 1991...la supremacía constitucional debe ser asegurada para que la constitución no se convierta en “una mera hoja de papel”...las garantías de la supremacía constitucional pueden clasificarse en: i) sociales ii) políticas y iii) jurídicas... las primeras hacen alusión a la conciencia popular de la necesidad del respeto a las normas adoptadas como condición

básica de la vida social. Las segundas, surgen de la actividad política y se manifiestan a través del libre juego de los partidos y movimientos políticos. Y las terceras se dividen en normativas que son aquellas cláusulas que tienen como objeto asegurar la protección de la integridad y de la supremacía constitucionales y las jurisdiccionales exigen la intervención del juez con el objeto de mantener la regularidad constitucional a través de decisiones judiciales que concretan la eficacia normativa y aseguran el respeto a la Constitución (Vila, 2012, p. 176-182).

De acuerdo a lo anterior, se entiende que a partir de 1991, con la proclamación de la actual Constitución se da un giro significativo en la existencia de un texto que sólo contenía normas de papel a un texto en el cual “La característica central del principio de supremacía de la Constitución, implica que esta deja de ser un texto declarativo, ideológico, programático o como una simple proclama, para ser un texto normativo, aplicable de modo directo y exigible judicialmente” (Quinche, 2012, p.60).

Luego de establecer la noción del principio de supremacía, es importante conocer su contenido, realizando un análisis estructural a partir de los postulados existentes en la doctrina constitucional. Al respecto se extrae la siguiente interpretación realizada por Manuel Fernando Quinche al contenido del principio:

El principio de supremacía constitucional implica los siguientes contenidos: a) la Constitución como norma jurídica de aplicación y exigibilidad directa. b) la Constitución como norma que somete y determina la vigencia de las otras normas. c) La supremacía de la Constitución como constitucionalización del derecho y d) la supremacía de la Constitución en el plano de la interpretación (Quinche, 2012, p.60-65).

Respecto al primer contenido planteado por el autor, cuando se refiere a la Constitución como una norma jurídica de aplicación y exigibilidad directa, se entiende que la Constitución adquiere un carácter normativo y no político, como sucedía con la Constitución de 1886, en la cual se establecían un grupo de derechos reconocidos a los ciudadanos, pero que no se efectivizaban en la aplicación. Es decir, que partir de este principio la Constitución actual no sólo hace parte del ordenamiento jurídico colombiano, sino que es la primordial norma existente con carácter vinculante y principal a la hora de resolver un problema de derecho.

En cuanto al segundo contenido, respecto a la Constitución como norma que somete y determina la vigencia de las otras normas. Se entiende con claridad, que todas las demás normas existentes en el ordenamiento jurídico colombiano deben estar acordes a la Constitución, ya que si la contraria es la Corte Constitucional la que debe ejercer su control y ejecutar declaratorias de inexequibilidad respecto actos reformativos de la Constitución, leyes o decretos con fuerza de ley, cuando éstos no están acordes a la Constitución ya sea por vicios de fondo o por vicios de forma. Por lo tanto, dicho contenido crea el deber, a todos los órganos encargados de crear cualquier otra norma jurídica, de realizar un control previo a la norma constitucional antes de emitir otra norma.

Respecto al tercer contenido expuesto acerca de la supremacía de la Constitución como constitucionalización del derecho. Entiéndase además que, a partir de este postulado constitucional, todo el sistema se ha constitucionalizado, a tal punto que conflictos que se resolvían por jueces ordinarios bajo la interpretación de un Código Civil, Código de Comercio, Código Laboral, leyes y demás, ahora se resuelve principalmente bajo la interpretación constitucional, evitando aplicación de figuras jurídicas injustas desde el punto de vista constitucional.

Y respecto al último contenido extraído por el autor de este principio, en cuanto a la supremacía de la Constitución en el plano de la interpretación, se resalta que la interpretación definitiva que

tiene validez en un caso en concreto es la que realice la Corte Constitucional muy a pesar que contraría pronunciamientos de otras instancias judiciales.

Ahora bien, a continuación, se expondrá la voluntad general como supuesto de legitimación del hecho del legislador, ya que es necesario iniciar el enlace del principio de supremacía constitucional con una de los sustentos en los que se ampara el legislador cuando crea normas inconstitucionales.

2.2 Voluntad general como supuesto de legitimación del hecho del legislador

La voluntad general del pueblo colombiano es la autonomía que se ha otorgado a todos los ciudadanos colombianos y que se traduce en que, es en ellos, en quienes reside el poder del Estado, según lo establece la misma Constitución desde su preámbulo¹⁷. Y es, de acuerdo a ese poder otorgado al pueblo, con el mandato constitucional específico del principio de soberanía popular, el artículo 3¹⁸ que se crea una forma directa en que el pueblo tiene el poder de elegir a quienes van a tomarse la tarea de legislar en el país. De ésta manera el legislador se ampara en dicho principio, para no sobrellevar cargas, en razón a un indebido cumplimiento en su función principal, que es la de crear leyes, ya que ha sido el mismo pueblo quien le ha otorgado la confianza y el poder para crear leyes acordes al ordenamiento jurídico vigente.

Podría decirse que en la soberanía popular el pueblo tiene la facultad directa o indirecta de hacer la ley, de aplicarla y de hacerla cumplir. Para tales efectos establecen algunos mecanismos que son de esencia propositiva y fiscalizadora como son en Colombia, por

¹⁷ *El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios...*

¹⁸ Artículo 3o. La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece.

ejemplo, el plebiscito, el cabildo abierto o las llamadas veedurías ciudadanas (Gómez, 2008, p. 41).

Esa potestad, tanto directa como indirecta, de accionar las leyes, se da desde la voluntad general de los ciudadanos colombianos, quienes por razones subjetivas u objetivas entregan el poder en los representantes. Sin constituir esta acción, la justificación para no considerar la posibilidad de generación de un daño en razón a la vigencia de una norma inconstitucional. Ya que entregar el poder no es lo mismo que estar dentro de éste.

Sin embargo, concepciones y teorías de filósofos de siglos pasados como la expuesta por Rousseau, conllevarían a pensar en que una ley nunca podría ser injusta, al ser la misma voluntad del pueblo la que la realiza:

...la ley es por definición la expresión de la voluntad general, manifestada sobre un objeto de orden general...la ley no puede nunca ser injusta y todos le deben una obediencia sin condición y sin reserva. Se ve al instante que no es necesario preguntar a quién comprende hacer leyes, pues que ellas son actos de la voluntad general; ni si el príncipe está por encima de las leyes, pues que es miembro del Estado; ni si la ley puede ser injusta, pues que nadie es injusto para consigo mismo; ni cómo se es libre y sometido a las leyes, ya que ellas no son más que registros de nuestras voluntades (Rousseau, 1836, p.49).

El profesor García de Enterría, niega que el legislador con su actividad pueda ocasionar daños antijurídicos, afirma 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 (García & Fernández ,2008, p.399).

Desde esta teoría, se podía amparar el legislador, cuando creaba leyes inconstitucionales, afirmando que representaba la voluntad general, pero actualmente dicha teoría se cae al plantear la teoría de la responsabilidad del Estado-legislador.

...la ley, como emanación de la voluntad popular, sólo puede ser derogada o modificada por los representantes de esa voluntad, y sólo para el caso de que el precepto legal infrinja la Constitución se ha concedido a este Tribunal¹⁹ la potestad de anularla. Esta potestad sólo puede ser utilizada, sin embargo, cuando así lo exigen razones muy graves y sólidas... (Villacorta, 2004, p. 42)

Es decir, que la Corte Constitucional como principal protectora de la integridad de la Constitución tiene el deber de estudiar las leyes que presuntamente se han demandado por inconstitucionales y si así lo considera razonable declarar su inexequibilidad.

Por lo tanto, la simple expresión de la voluntad general, bajo el sustento del principio de la soberanía popular, se podría interpretar como un supuesto de legitimación del hecho del legislador frente a la creación de normas inconstitucionales “Bajo el principio de la soberanía política del legislador, resulta inimaginable la responsabilidad del Estado por

¹⁹ Entiéndase a la Corte Constitucional colombiana.

actos de legislación. Sin embargo, ese principio está en colisión con el de la supremacía del derecho, característico del constitucionalismo” (Barros, 2006, p.520).

Ahora bien, no solo basta en algunos casos, donde se generan perjuicios para los ciudadanos la declaración de inexecutable de la norma, sino la declaración de responsabilidad del Estado-legislador, para reconocer los perjuicios ocasionados con la aplicación de la norma. Sin que constituya como lo plantean algunos autores, un supuesto de legitimación para no declarar la responsabilidad, representar la soberanía popular; ya que, independientemente de la expresión de su voluntad no individual, sino general, existe la Constitución, que protege al ciudadano frente a éstos hechos.

De este modo, se hace patente que cuando un tribunal condena al pago de una indemnización por un acto del Legislador está sustituyendo la voluntad de éste; voluntad que la Constitución es inequívoca en definir como la voluntad del pueblo. Ahora bien, esta operación está absolutamente fuera del alcance de los poderes de cualquier juez, incluso, por supuesto, del juez constitucional (García, 2005, p.129).

Al respecto de dicha apreciación del autor, se puede decir que, si lo que se cambia, con declarar la responsabilidad del Estado-legislador por su indebida actuación, es indirectamente la voluntad del pueblo, es posible afirmar, que dicha voluntad, no se cambia para perjudicar, sino para subsanar una acción, que ha acarreado perjuicios y que se espera no los siga ocasionando.

Dos son principalmente los precedentes al respecto, no obstante que en uno de ellos se prevea la posibilidad de habilitar la responsabilidad por el hecho del a ley en el futuro, en el otro el juez contencioso administrativo niega rotundamente la procedencia de este tipo de responsabilidad basándose en que el ejercicio de la soberanía del Estado no podría jamás relacionarse con un daño antijurídico (Cifuentes, 2016, p.78).

Entonces ¿la acción dañosa no se puede imputar por generarse en el mismo ejercicio de la soberanía? Al respecto se expone el siguiente análisis realizado por el Consejo de Estado colombiano:

... No es posible, pues, dar cabida a reclamaciones de irresponsabilidad del Estado, máxime si se trata de un Estado social de derecho (art. 1 de la CN) 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 de un poder desborde los cauces del derecho y, en el terreno de lo arbitrario, produzca impunemente daños antijurídicos a los asociados” (Colombia, Consejo de Estado, Sentencia del 2 de febrero de 1995)

Inicialmente luego de entrar en vigencia la Constitución Política colombiana de 1991, para el Consejo de Estado no prosperaba la reparación directa como reclamación al Estado por el hecho del legislador cuando crea normas inconstitucionales, so pretexto de que el daño se constituyó en el ejercicio de la soberanía popular, a partir de la voluntad general. Sin embargo, más adelante, como es el caso de la anterior sentencia, se evalúa la posibilidad de que la conducta dañosa a un particular por el hecho del legislador cuando ha expedido normas inconstitucionales si se dan los elementos para la configuración del daño antijurídico, el hecho del legislador no se debe justificar en el ejercicio del poder soberano otorgado por la voluntad general.

La responsabilidad del Estado frente al legislador se ampara bajo el fundamento de que la ley es la manifestación más alta de la soberanía del Estado. Donde se estima entonces que el legislador a diferencia del juez y del administrador no se encuentra sujeto a la ley y si la ley causa perjuicios es expresión de la voluntad general y por consiguiente también de la voluntad de los que sufren el daño (Marienhoff, 1997.p.600).

Por lo tanto, no se puede perder el sentido con el que se creó el principio de la soberanía popular en la Constitución colombiana vigente ya que:

Lo que el constituyente de 1991 buscó con la consagración de la “soberanía popular” fue, en últimas, ampliar en la mayor medida posible, los espacios de participación democrática del pueblo en la toma de decisiones que tengan incidencia tanto nacional como regional y local, y también en el control del ejercicio del poder público de los gobernantes, entendiendo este término en su sentido más amplio (Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-245 de 1996).

Es decir, que el pueblo, aunque entregue bajo su voluntad en el legislador la facultad de crear leyes, éste no se puede amparar en ese poder para que su acción en la creación de leyes inconstitucionales no genere responsabilidad.

La noción del poder soberano, no es ya la base del derecho público, esta concepción debe desaparecer. Por tanto, si en la vida jurídica de los Estados modernos, sorprendemos hechos, percibimos situaciones y reconocemos y reconocemos la amabilidad de acciones, que se hallan en absoluta contradicción con las consecuencias que acaban de precisarse y que se derivan lógicamente de la noción de la ley, expresión de la voluntad soberana, tendremos, sin más, una nueva comprobación directa de la transformación de derecho público (Duguit, 1975, p.50).

...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 (Colombia, Consejo de Estado, Sección tercera, Sentencia 26 de marzo de 2014)

Después de las consideraciones anteriores, es oportuno entrar a analizar el principio de presunción de validez de la ley. Ya que a partir de la comprensión de éste principio unido al principio de soberanía popular expresada en la voluntad general del pueblo como supuesto de legitimación del hecho del legislador, será posible indagar acerca de las consecuencias que genera la existencia de presumir una ley válida desde su vigencia hasta el momento en que no se demuestre lo contrario; afirmación que es importante tener en cuenta a la hora de enmarcar la expedición de la ley inconstitucional por parte del legislador dentro de una conducta que esgrime a la generación del daño antijurídico.

2.3 Principio de presunción de validez de la ley: naturaleza y consecuencias

El principio de presunción de validez de la ley específicamente proviene del fundamento en que los actos expedidos por los poderes públicos se presumen validos por los ciudadanos quienes entregan la confianza para que estos los expidan ajustados al derecho.

Los actos dictados por los poderes públicos que satisfacen ciertos requisitos mínimos de forma y contenido gozan normalmente de una cierta apariencia de validez, suelen parecer de facto válidos, aunque no lo sean. Esta apariencia descansa en la dificultad que, por lo general, entraña detectar los vicios que determinan la invalidez del acto y en la confianza que, justificadamente o no, la mayoría de los ciudadanos sigue teniendo en que los poderes públicos actúan de conformidad con el Derecho (Domenech, 2010, p.1036).

El principio llamado presunción de validez de la ley, se extrae del principio llamado presunción de legalidad de los actos administrativos, y se interpreta bajo la misma naturaleza. Ya que, al respecto, se encuentran sustentos jurídicos en la doctrina, la ley y la jurisprudencia. Por tanto, se expone una descripción a continuación, iniciando con su definición:

Según el cual las leyes y los actos administrativos se consideran ajustados a derecho mientras no se demuestre lo contrario. En la práctica éste principio se traduce en que los actos mencionados deben ser obedecidos, tanto por las autoridades como por los particulares, desde el momento en que comienza su vigencia y mientras no sean declarados inconstitucionales o ilegales por la autoridad competente, o no pierdan su vigencia por otra causa (Rodríguez, 2013, p.345).

Al respecto se encuentra enunciado dicho principio en la normativa colombiana respecto a los actos administrativos en el artículo 88²⁰ de la ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo). Se trae en mención, ya que se entiende dicho artículo aplicado de igual forma para las leyes, teniendo en cuenta que una ley se presume válida hasta que no se declare inexecutable por la Corte Constitucional.

Como lo dicen la ley, la doctrina y la jurisprudencia, uno de los atributos del acto administrativo, entendido como emisión de la voluntad de un organismo o entidad pública con el propósito de que produzca efectos jurídicos, es la denominada "presunción de legalidad" que también recibe los nombres de "presunción de validez", "presunción de justicia", y "presunción de legitimidad". Se trata de una prerrogativa de que gozan los pronunciamientos de esa clase, que significa que, al desarrollarse y al proyectarse la actividad de la Administración, ello

²⁰ Artículo 88. Presunción de legalidad del acto administrativo. Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar.

responde a todas las reglas y que se han respetado todas las normas que la enmarca. Legalidad es sinónimo de perfección, de regularidad; se inspira en motivos de conveniencia pública, en razones de orden formal y material en pro de la ejecutoriedad y de la estabilidad de esa manifestación de voluntad. (Colombia, Consejo de Estado. Sentencia 17 de febrero de 1994)

Es entonces claro, que al poder legislativo se le confía por parte del pueblo una labor muy importante, que es la de crear leyes justas, perfectas inspiradas en la manifestación de la voluntad general, de la misma forma como lo expone en el anterior fallo el Consejo de Estado, respecto a los actos administrativos. Por consiguiente, la presunción de validez de la ley o acto administrativo consiste tener presente que dicha ley para el caso en concreto, es cierta, válida y eficaz. Tal y como lo expone el siguiente autor:

...Consiste en considerar o dar como cierto que todo acto administrativo ha sido expedido de acuerdo con el ordenamiento jurídico, conforme a las reglas para su creación, tanto desde el punto de vista material, es decir, en relación con su contenido, como desde el punto de vista formal, esto es, en lo concerniente a sus elementos, la competencia, requisitos, trámites, oportunidad y demás aspectos adjetivos para su expedición de cada caso (Berrocal, 2009, p.213)

Es decir, que a través de esa función que el pueblo pone en sus representantes, es que ellos tienen el deber de competencia de cumplirla acorde a los parámetros mínimos normativos existentes en el país, ya que es a partir de sus actuaciones, que se generan efectos jurídicos para toda la comunidad. Efectos que se espera no ocasionen perjuicios, sin la necesidad de soportar.

Y que gracias a la existencia del deber, también por parte de los ciudadanos de cumplir con las normas es que:

La obediencia voluntaria a las leyes es lo que constituye el deber. La voluntad reconoce, consiente y acepta esta necesidad, la cumple, de lo cual resulta que la obligación o el deber consiste en la subordinación de la voluntad libre a la necesidad de la ley moral, o como lo dice Kant, en la necesidad de realizar una acción por respeto a la ley (Rocha,2010, p.30).

Es decir, que todos actuamos bajo el imperio de la ley, teniendo en cuenta que dicha conducta se constituye dentro de la finalidad del deber, como fin del derecho acorde al mandato emitido por una ley, que se considera está ajustada a derecho y de acuerdo al respeto por todo el ordenamiento jurídico vigente.

...al descomponer a la presunción de legalidad en cada uno de sus elementos de la siguiente forma: La administración emite su voluntad a través del acto administrativo y éste genera efectos jurídicos. Por tal hecho, se presume que dicho acto está ajustado al ordenamiento legal, fue emitido por un órgano competente y que se respetan todas las normas que lo regulan, de ahí que tome las diferentes acepciones de presunción de justicia, de legitimidad y de validez (Pérez, 2013, p.57).

En efecto, cuando la autoridad pública, específicamente el legislador dicta una norma jurídica que manda o prohíbe algo para el pueblo en general, se presume estar de conformidad con la justicia. Y tal y como se expresa en la anterior cita; de ahí que se tomen diferentes acepciones de la ley. Es decir, hoy en día, una ley debe ser: válida, eficaz y justa para que deba ser acatada por la sociedad. Teniendo en cuenta que, y citando a Luis Prieto Sanchís (2005) en su texto teoría del derecho, primero una norma es válida cuando: “Cumple todas las condiciones que el sistema establece para reconocer a las normas”. Es eficaz: “cuando produce efectos jurídicos” (p.83) y es justa cuando “cuando la norma resulta conforme con lo que manda la moral” (p.96).

Dentro de la categoría de normas existentes no todas han de ser validas; algunas pertenecen al sistema o existen en virtud del principio de eficiencia, porque están puestas y son o previsiblemente serán normas eficaces y aplicables por los operadores jurídicos: la sentencia firme pero ilegal, la ley inconstitucional, etc. Ello significa que la validez no es una condición de la eficiencia o, si se prefiere, que una norma eficaz no tiene que ser necesariamente valida, pero ¿ocurre igual a la inversa?, ¿cabe decir que la eficiencia es independiente de la validez y que, por tanto, podemos encontrar normas validas pero ineficaces? (Prieto, 2005, p.90).

Por tanto, cuando el legislador crea una ley inconstitucional, que parece estar acorde con los parámetros normativos vigentes establecidos en una sociedad, y esta ley entra a regir, se presume como una ley eficaz, quedando así su validez a la determinación del juicio de la Corte Constitucional. Ya que teniendo en cuenta lo establecido por Prieto, dicha ley no estaría acorde ni a la Constitución ni a la moral, porque no tiene en cuenta algunos parámetros constitucionales en la creación y promulgación de la misma, lo cual contraria toda teoría de justicia para la sociedad quien la presume válida.

En este orden, luego de haber expuesto la naturaleza del principio de presunción de validez de la ley, a continuación, se expondrán las consecuencias que trae la existencia del mismo.

Es así, que bajo la confianza que los gobernados depositan en sus gobernantes, éstos emiten y representan la voluntad general a través de sus actuaciones, en el caso del poder legislativo, a través de la creación de leyes que se supone son la representación de la voluntad del pueblo. En esa medida, una ley es una norma jurídica que permite, prohíbe, ordena, castiga, y en definitiva manda algo, que tiene poder jurídico sobre el pueblo, quienes deben acatar, sin objeción inmediata,

basados en la presunción o aceptación de que dicha norma es válida, es decir que existe y que además está acorde con el derecho. O mejor dicho como lo expone Nino:

Predicar validez de un sistema jurídico, o de una norma particular, es afirmar que tiene fuerza vinculante; que sus prescripciones constituyen razones concluyentes para actuar. Si se desconoce la validez de un sistema jurídico o de una norma, esto equivale a negar su existencia, ya que se considera que la falta de validez implica que el sistema o la norma no tiene las consecuencias normativas estipuladas por el sistema (Nino, 2013, p.8).

Por lo tanto, la aplicación escrupulosa del principio conllevaría a que frente a la creación de leyes no acordes al derecho los ciudadanos asuman consecuencias por la aplicación de leyes que no deberían estar vigentes en el sistema.

La aplicación estricta del principio de presunción de legalidad podría tener consecuencias jurídicas graves para la vida jurídica de un Estado. En efecto según éste principio, la autoridad encargada de aplicar un acto tendría que aplicarlo a pesar de que ese acto fuera manifiestamente ilegal, lo cual es ilógico porque, además, según el artículo 6 de la Constitución, las autoridades son responsables por sus actuaciones ilegales. Por ejemplo, podríamos imaginar el caso de un modesto alcalde municipal que, basado erróneamente en su calidad de máxima autoridad del municipio, decidiera implantar mediante decreto la pena de muerte para las personas que incurrieran en una infracción determinada. Si se aplicara rígidamente el principio de presunción de legalidad, la autoridad encargada de aplicar la pena tendría que cumplir ese acto mientras no fuere suspendido o anulado, a pesar de su manifiesta contradicción con la norma constitucional que prohíbe la pena de muerte en Colombia. (Rodríguez, 2013, p.345-346).

Al respecto, si de lo que se trata es de la aplicación o no de una ley a un caso en concreto, existe la figura jurídica de la excepción de inconstitucionalidad, también enunciada como un

principio en el inciso 1 del artículo 4²¹ de la Constitución Política de Colombia. De la cual no se ocupará esta investigación. Ya que el estudio está centrado en la aplicación general de la ley y la responsabilidad del Estado por el hecho dañino primario del legislador y no en la in-aplicación al caso en concreto por parte del juez de la excepción de inconstitucionalidad. De una ley que puede generar daños a los ciudadanos quienes la deben acatar por su validez. Y que en el caso de que no se demande, o de que se demande, pero que la Corte Constitucional no la declare inexecutable, o que la Corte Constitucional la declare inexecutable, pero sin efectos retroactivos, o así la declare inexecutable con efectos retroactivos, los daños ocasionados a los ciudadanos no quedan en su totalidad subsanados.

La inexecutableidad de una norma no es otra cosa que la imposibilidad de aplicarla por ser contraria a la Constitución. No obstante, como es altamente probable que una norma haya tenido consecuencias en el tráfico jurídico antes de ser declarada inexecutable, a pesar de los vicios que la acompañaban de tiempo atrás, siempre se suscita la controversia sobre cuál debe ser el alcance de la decisión proferida por el juez constitucional, particularmente en cuanto a los efectos temporales de su decisión. De un lado, los efectos ex nunc –desde entonces- de la declaratoria de inexecutableidad encuentra razón de ser ante la necesidad de proteger principios como la seguridad jurídica o la buena fe, pues hasta ese momento la norma gozaba de presunción de constitucionalidad y por ello sería legítimo asumir que los ciudadanos orientaron su comportamiento confiados en la validez de aquella. Pero de otro lado, los efectos retroactivos de la sentencia de inexecutableidad encuentran un sólido respaldo en el principio de supremacía constitucional y la realización de otros valores o principios contenidos en ella

²¹ La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales...

no menos importantes. Bajo esta óptica se afirma que cuando se trate de un vicio que afecte la validez de la norma, sus efectos deben ser ex tunc –desde siempre- cual si se tratara de una nulidad, para deshacer las consecuencias nocivas derivadas de la aplicación de normas espurias siempre y cuando las condiciones fácticas y jurídicas así lo permitan. En el escenario descrito, la Corte Constitucional tiene no sólo la potestad sino el deber de modular los efectos temporales de sus providencias, pues a ella se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Carta Política. (Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-441 de 2011)

En consecuencia, el principio de presunción de validez de la ley, genera en el ciudadano, a partir de la entrada en vigencia de esta, una confianza en el poder legislativo fundada en que el mandato a ejecutar se encuentra ajustado a la Constitución. Sin embargo, como se ha descrito, la rigurosidad de aplicación de este principio, puede ocasionar la obediencia a mandatos injustos, contrarios a la misma Constitución, de los cuales se desprenden perjuicios que los ciudadanos no están en el deber jurídico de soportar y que no se dejaran de aplicar hasta que no se demuestre dicha contrariedad. Pero, muy a pesar de que se demuestre dicha contrariedad, si se trata de una ley inconstitucional, la Corte Constitucional tiene el deber de sacarla de la vida jurídica. Es entonces, en este instante, donde se reafirma por parte de la corporación competente de guardar la supremacía e integridad de la Constitución, que la norma –aunque fue eficaz- no fue valida ni justa. Es decir, que la norma entro a regir, se aplicó, y dicha aplicación generó efectos jurídicos acatados por los ciudadanos, pero no fue una norma valida, ya que no cumplió con todas las condiciones que el sistema jurídico estableció para su creación, más específicamente no se realizó acorde con los postulados constitucionales y además no fue justa, porque causo perjuicios con su aplicación, por lo tanto, no está acorde a la moral.

Por otro lado, la Corte Constitucional, además evalúa y tiene la posibilidad a su arbitrio de retrotraer o no los efectos de su decisión. Sin embargo, esta facultad de la Corte no debe ser definitiva, para declarar la responsabilidad extracontractual del Estado, ya que esta declaración no puede estar supeditada a la modulación en los efectos que la Corte Constitucional le dé a su fallo. Además, cuando la presunción de legalidad de la norma queda desvirtuada en un juicio de inexequibilidad, independientemente de que el Tribunal Constitucional se haya pronunciado o no en relación con los efectos *ex tunc* y *ex nunc*, queda abierta la posibilidad de estudiar si hay o no lugar a declarar la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador, pues sería arbitrio cerrar esta posibilidad, por el solo hecho de que la Corte haya guardado silencio respecto de dichos efectos.

2.4 Supremacía constitucional vs Seguridad jurídica

En este acápite, luego de haber expuesto al inicio la naturaleza y el contenido del principio de supremacía constitucional, es importante entrar a analizar dicho principio del derecho el cual se enfrenta con la seguridad jurídica en las decisiones de la Corte Constitucional, cuando se trata de emitir fallos de inexequibilidad de una ley por contrariar la Constitución Política colombiana.

Es así, que teniendo en cuenta que el principio de supremacía constitucional ampara a la Constitución como norma suprema frente a las demás existentes en el ordenamiento jurídico colombiano y le da prevalencia a la misma cuando de una dicotomía con otra norma se trata. Y el principio de seguridad jurídica, que también tiene su sustento en la Constitución, del cual se desprende la garantía de certeza y estabilidad del sistema jurídico. Tal y como se afirma a continuación:

...la seguridad jurídica existe sobre las normas que regulan el conflicto jurídico o la situación jurídica respecto de la cual se solicita la decisión. Ello se resuelve en el principio según el cual las relaciones jurídicas se rigen por las normas vigentes al momento de configurarse dicha relación, que, en buena medida, se recoge en el principio de irretroactividad de la ley; en materia penal, debe señalarse, existe una clara excepción, por aplicación del principio de favorabilidad, que confirma la regla general. Al considerarse, en el ámbito de la certeza y estabilidad jurídica (seguridad jurídica), la existencia de precisos términos para que la administración o el juez adopten decisiones y el principio de conocimiento de las normas aplicables al caso concreto, se sigue que dichos términos fijan condiciones de estabilización respecto de los cambios normativos. De ahí que, durante el término existente para adoptar una decisión, la persona tiene derecho a que sean aplicadas las normas vigentes durante dicho término. No podría, salvo excepcionales circunstancias en las cuales opera la favorabilidad o por indiscutibles razones de igualdad, solicitar que se le aplicaran aquellas disposiciones que entren en vigencia una vez se ha adoptado la decisión. Es decir, una vez vencido el término fijado normativamente para adoptar una decisión opera una consolidación de las normas jurídicas aplicables al caso concreto. (Colombia, Corte Constitucional, Sentencia, T-502 del 2002).

En efecto, dicha estabilidad del sistema y certeza que se otorga al ciudadano gracias al principio de seguridad jurídica, el cual tiene excepciones en cuanto a la aplicación de los efectos cuando de una ley se trata; en penal porque prevalece el principio de favorabilidad y en los demás ámbitos como en el caso de las sentencias de inconstitucionalidad, a partir del control abstracto que la Corte Constitucional debe realizar a las leyes demandadas, en donde puede a su arbitrio modular los efectos temporales en sus fallos. Es en este caso en específico donde se aborda el estudio del

tratamiento que la Corte Constitucional le ha dado a estos dos principios importantes que entran en colisión: el principio de seguridad jurídica frente al principio de supremacía constitucional.

En los fallos de los tribunales constitucionales no hay una sola posición y los ordenamientos jurídicos toman parte por darle mayor fuerza a la supremacía de constitucionalidad o a la seguridad jurídica, tratando de buscar un cierto equilibrio entre ambos principios, al respecto, así en el derecho comparado, en el caso de los tribunales constitucionales de Austria, Croacia, Eslovenia, Grecia, Polonia, Rumania, entre otros, los efectos de las sentencias son, por regla general, *ex nunc*, mientras en Alemania, Bélgica, España, Portugal, se consideran los efectos *ex tunc* como regla general. En el *ámbito sudamericano*, existe también una heterogeneidad de criterios en la materia como lo muestran las respectivas legislaciones que encuadran la actividad de los tribunales constitucionales de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela (Olano, 2004, p.582).

Por consiguiente, en cuanto a los efectos temporales que la Corte Constitucional colombiana puede darle a sus decisiones, es probable que, dependiendo del caso en estudio, se evaluará que principio prevalece más y se retrotraerán los efectos o simplemente se tomarán sólo hacia el futuro.

La Corte puede modular los efectos temporales de su decisión y, en casos excepcionales puede retrotraer los efectos de las sentencias a situaciones consolidadas durante la vigencia de la norma declarada inconstitucional. Estos fallos pueden producir ciertos problemas de seguridad jurídica al afectar situaciones jurídicas y derechos adquiridos consolidados y efectos jurídicos ya producidos, como lo exige el principio de seguridad jurídica, ya que tienen efectos en Colombia desde la adopción de la decisión en Sala Plena, así no se conozca el texto del fallo (Olano, 2004, p.583).

Es así que a continuación se exponen algunos casos, de los más relevantes, en donde la Corte Constitucional retrotrae los efectos en su decisión frente a la aplicación de normas inconstitucionales.

El primer caso es el caso fallado en la sentencia C-149 de 1993, sentencia en la cual se estudia la constitucionalidad de los artículos 16²², 17²³ y 18²⁴ de la ley 6 de 1992²⁵, en los cuales se establecía una obligación para los ciudadanos ya sea personas jurídicas o naturales, quienes en 1991 alcanzaban a tener un salario por encima de los siete millones de pesos, o su patrimonio bruto al última día de diciembre de 1991, alcanzase a ser superior, a treinta millones de pesos, debía pagar un bono al Estado de inversión para el desarrollo social y la seguridad interna. Al respecto de dichas normas unos ciudadanos demandaron su inconstitucionalidad en razón a que

²² INEXEQUIBLE. Facultad para emitir los bonos para desarrollo social y seguridad interna, BDSI. Autorízase al Gobierno Nacional para emitir títulos de deuda pública interna hasta por una cuantía de doscientos setenta mil millones de pesos (\$ 270.000.000.000), denominados "bonos para desarrollo social y seguridad interna, BDSI". Los recursos de la emisión de los bonos de que trata la presente autorización, se destinarán a financiar gastos generales y de inversión de la Nación, cuyo objetivo sea la seguridad nacional, los programas de reinserción para la paz y otros objetivos que se enmarquen dentro de la política económica del país. Para la emisión de los "BDSI" que por la presente ley se autoriza sólo se requerirá: a. Concepto de la Junta Directiva del Banco de la República, sobre las características de la emisión y sus condiciones financieras, y b. Decreto que autorice la emisión y fije sus características financieras y de colocación.

²³ INEXEQUIBLE. Inversión forzosa en bonos durante 1992. Las personas jurídicas, y las personas naturales que en el año de 1991 hubieren obtenido ingresos superiores a siete millones de pesos (\$ 7.000.000) o su patrimonio bruto a 31 de diciembre del mismo año hubiere sido superior a treinta millones de pesos (\$ 30.000.000), deberán efectuar durante el segundo semestre de 1992, una inversión forzosa en "bonos para desarrollo social y seguridad interna, BDSI".

Para el único efecto de determinar el monto de la inversión forzosa, los obligados a efectuarla aplicarán el veinticinco por ciento (25%) al impuesto de renta, que debieron determinarse en la declaración de renta y complementarios que estaban obligados a presentar durante el año 1992. Los "bonos para desarrollo social y seguridad interna, BDSI", se redimirán por su valor con el pago de impuestos, retenciones, sanciones y anticipos durante el año 1998. La suscripción de dichos bonos se realizará en la forma y dentro de los plazos que señale el Gobierno Nacional...

²⁴ INEXEQUIBLE. Normas de control. A las contribuciones especiales y a la inversión forzosa, establecidas en este capítulo, le son aplicables, en lo pertinente, las normas que regulan los procesos de determinación, discusión, cobro y sanciones contempladas en el Estatuto Tributario y su control estará a cargo de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos Nacionales.

²⁵ Por la cual se expiden normas en materia tributaria, se otorgan facultades para emitir títulos de deuda pública interna, se dispone un ajuste de pensiones del sector público nacional y se dictan otras disposiciones.

vulneraba los artículos 338 inciso 3²⁶ y 363 inciso 2²⁷ de la Constitución política de Colombia, ya que dicho impuesto se aplicó de manera retroactiva, ya que tuvo efectos antes en el año de 1991 y su entrada en vigencia fue en el año 1992.

Además, que se catalogó un impuesto con el nombre de inversión, ya que se hizo a través de un contrato de empréstito por parte del Estado.

En el presente caso, la Corte Constitucional acogió las razones de inconstitucionalidad dadas por los ciudadanos y declaró la inexecutable de dichas normas. Pero, además, declaró los efectos retroactivos de su decisión, ordenando al Ministerio de Hacienda y Crédito Público la inmediata devolución de las sumas pagadas por los contribuyentes, bajo la justificación de realizar la justicia querida por el Constituyente volviendo las cosas al estado anterior al quebranto de los preceptos superiores y además declara que:

El 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 (Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-149 de 1993).

²⁶ ...Las leyes, ordenanzas o acuerdos que regulen contribuciones en las que la base sea el resultado de hechos ocurridos durante un periodo determinado, no pueden aplicarse sino a partir del periodo que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley, ordenanza o acuerdo.

²⁷ ...Las leyes tributarias no se aplicarán con retroactividad...

El segundo caso es el caso de la sentencia C-187 de 1997, en el cual se revisa la constitucionalidad del Decreto 254 del 4 de febrero de 1997²⁸ decreto que se realizó con base en otro decreto (decreto 80 de 1997) que un mes anterior se había declarado como inconstitucional, mediante el cual se declaraba a Colombia en estado de emergencia económica y social, a partir del cual se podía modificar el Presupuesto General de la Nación en Estado de Emergencia por medio de decretos legislativos. El decreto que modifico dicho presupuesto fue el que la Corte constitucional declara inexecutable en esta sentencia, aclarando que los efectos de su decisión se aplican a partir del día siguiente a la notificación de la sentencia C-122 de 1997, por medio de la cual se declaró inexecutable el Decreto 080 de 1997. Es decir, retrotrae los efectos de su decisión.

El tercer caso es el caso de la sentencia C-619 de 2003, caso en el cual se revisa la constitucionalidad del Decreto 900 de 2003²⁹ en el cual:

...se determinó que el efecto del fallo que resolvió la inconstitucionalidad del Decreto Legislativo 900 de 2003, que había sido dictado por el gobierno en virtud de un estado de excepción constitucional prorrogado declarado inconstitucional por el propio Tribunal en sentencia C-327 de 29 de abril de 2003, tenía el carácter de determinar la pérdida de vigencia del mismo desde el momento de su expedición (Olano, 2004, p.583).

Con referencia a los anteriores casos expuestos, es posible evidenciar como la Corte Constitucional colombiana puede modular los efectos de sus decisiones en casos excepcionales. Casos en los cuales se generan perjuicios injustificados por la aplicación de normas inconstitucionales.

²⁸ por el cual se modifica el Presupuesto General de la Nación para la vigencia fiscal de 1997.

²⁹ por el cual se adiciona el presupuesto general de la nación para la vigencia fiscal de 2003.

Dicha Facultad se encuentra amparada en el artículo 45³⁰ de la ley 270 de 1994, ley estatutaria de la administración de justicia.

Por otro lado, se encuentran las sentencias con efectos *ex nunc* o *pro futuro*, sentencias en donde la Corte Constitucional declara los efectos hacia el futuro, es decir a partir de que la norma es declarada inexecutable³¹, no acogiendo los hechos que se rigieron bajo su vigencia. En este caso, la aplicación del principio de seguridad jurídica prevalece sobre el principio de supremacía constitucional. Situación que se aplica como regla general en Colombia, frente a la declaración de normas inconstitucionales. Siendo la regla general los efectos hacia el futuro y la regla específica efectos hacia el pasado.

Es evidente entonces, que la existencia de la posibilidad de modulación de los efectos temporales, responde a una necesidad imperante de garantizar, en determinados casos, el respeto a la supremacía constitucional y la defensa de los derechos fundamentales. Siendo la Constitución la norma jurídica principal y primordial del ordenamiento jurídico, no es dable que se presenten circunstancias en las que la vulneración a la Carta sea flagrante y en las que la Corte no tenga los instrumentos necesarios para asegurar su primacía.

³⁰ Artículo 45. Reglas sobre los efectos de las sentencias proferidas en desarrollo del control judicial de constitucionalidad. 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.

³¹ Reitera la Corte Constitucional en Sentencia C-055 de 1996: la inexecutableidad surge de un conflicto normativo entre la Constitución y la ley, que es resuelto jurídicamente por el órgano a quien compete preservar la supremacía de la Carta. El juez constitucional no decide entonces conforme a su voluntad política, sino que se limita a constatar esa incompatibilidad, y a expulsar del ordenamiento la disposición legal, por ser ésta de menor jerarquía. Por ello la declaración de inexecutableidad no es sólo hacia el futuro, sino que puede tener ciertos efectos hacia el pasado, ya que la validez de la norma estaba en entredicho por su oposición a la Constitución. Los efectos concretos de la sentencia de inexecutableidad dependerán entonces de una ponderación, frente al caso concreto, del alcance de dos principios encontrados: la supremacía de la Constitución -que aconseja atribuir a la decisión efectos *ex tunc*, esto es retroactivos- y el respeto a la seguridad jurídica -que, por el contrario, sugiere conferirle efectos *ex nunc*, esto es únicamente hacia el futuro.

Adicionalmente, los efectos retroactivos permiten garantizar la protección a los derechos fundamentales de los ciudadanos (Botero, s.f., p.10).

Derechos que prevalecen en Colombia por encima de cualquier otro enunciando normativo. Y que, a partir de esta facultad otorgada a la Corte, se pueden amparar.

Sin embargo, la posibilidad que tiene el Tribunal Constitucional de establecer en sentencias de inconstitucionalidad efectos retroactivos, no es ilimitada y está sujeta a ciertas restricciones, que se establecen en razón a la vulneración que dicha modulación implica a determinados principios jurídicos. Ellos son, a saber, la seguridad jurídica, los derechos adquiridos y la confianza legítima (Botero, s.f, p.11).

Significa entonces, que la tarea de sopesar que principio prevalece más para retrotraer los efectos de su decisión frente a una norma que declara como inconstitucional no es una tarea fácil, ya que esto dependerá del estudio de caso en concreto. Y pese a que a simple vista podría ser claro que el principio de supremacía constitucional prevalece más, en algunos casos según el criterio de la misma Corte Constitucional, la norma aplicada gozaba de presunción de validez de constitucionalidad y por tanto su aplicación era presuntamente legal. Sin embargo, “la naturaleza de la seguridad jurídica es la de ser una expresión del valor supremo de la libertad. Pero a su vez, ser una de las caras de la justicia porque un derecho justo es por naturaleza un derecho cierto” (Moreno, 2008, p.113).

...De un lado, los efectos hacia el futuro o ex nunc –desde entonces- de la declaratoria de inexequibilidad encuentran razón de ser ante la necesidad de proteger principios como la seguridad jurídica o la buena fe, pues hasta ese momento la norma gozaba de presunción de constitucionalidad y por ello sería legítimo asumir que los ciudadanos orientaron su comportamiento confiados en la validez de aquella. Pero de otro lado, los efectos

retroactivos de la sentencia de inexecutableidad encuentran un sólido respaldo en el principio de supremacía constitucional y la realización de otros valores o principios contenidos en ella no menos importantes. Bajo esta óptica se afirma que por tratarse de un vicio que afectaba la validez de la norma, sus efectos deben ser *ex tunc* –desde siempre- cual, si se tratara de una nulidad, para deshacer las consecuencias derivadas de la aplicación de esas normas espurias siempre y cuando las condiciones fácticas y jurídicas así lo permitan (Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-619 de 2003).

Por lo tanto, como la decisión de la Corte de declarar los efectos de su fallo desde siempre o desde entonces, dependen del caso en concreto de acuerdo a las condiciones reales y efectivas que permitan tomar dicha determinación que terminara dando razón de prevalencia en la ponderación a uno de los principios, ya sea el de seguridad jurídica o el de supremacía de la Constitución.

Los efectos concretos de la sentencia de inexecutableidad dependerán entonces de una ponderación, frente al caso concreto, del alcance de dos principios encontrados: la supremacía de la Constitución que aconseja atribuir a la decisión efectos *ex tunc*, esto es, retroactivos y el respeto a la seguridad jurídica que, por el contrario, sugiere conferirle efectos *ex nunc*, esto es únicamente hacia el futuro (Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-037 de 1996).

Es así, que la decisión de prevalencia que la Corte le dé a uno de estos principios dependerá de los efectos que le pueda dar a su decisión, según el correspondiente caso de análisis.

En consecuencia, si bien con los efectos *ex nunc* o pro futuro se protege el principio de seguridad jurídica, antes que ello lo que se busca asegurar el respeto a la cosa juzgada. Pero bajo ciertas condiciones ese principio debe ceder ante criterios de justicia material, igualdad,

u otros principios constitucionales no menos importantes (Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-619 de 2003).

Con todo y lo anterior, se puede concluir que la prevalencia del principio de supremacía constitucional o del principio de seguridad jurídica, frente a la declaración de los efectos de una decisión de la Corte Constitucional colombiana, en cuanto a la determinación de inexecutableidad de una norma, depende de cada caso en concreto. No obstante, como lo ha reiterado la misma Corte, el principio de seguridad jurídica debe ceder siempre ante los criterios de justicia material, y otros principios como el de supremacía constitucional no siendo menos importante, que este principio, si las condiciones así lo disponen.

Ahora bien, hechas las consideraciones anteriores, según lo expuesto en este segundo capítulo es posible determinar que las consecuencias del principio de supremacía constitucional, frente a la actividad del legislador, son las siguientes:

1. El principio de Supremacía de la Constitución, establecido en el artículo 4 de la misma, es el principio que consagra a la Constitución como norma de normas, declarando así su preponderancia en el ordenamiento jurídico colombiano y por supuesto frente a la actividad del legislador. Además de acuerdo al contenido de este principio, es que la Constitución tiene carácter vinculante y principal a la hora de resolver un problema de derecho, todas las demás normas existentes en el ordenamiento jurídico colombiano deben estar acordes a la Constitución, ya que si la contraría es la Corte Constitucional la que debe ejercer su control y ejecutar declaratorias de inexecutableidad, todo el sistema se ha constitucionalizado, a tal punto que conflictos que se resolvían por jueces ordinarios bajo la interpretación de un Código Civil, Código de Comercio, Código Laboral, leyes y demás, ahora se resuelve principalmente bajo la interpretación constitucional, evitando aplicación de figuras jurídicas injustas desde el punto de

vista constitucional y por último, la interpretación definitiva que tiene validez en un caso en concreto es la que realice la Corte muy a pesar que contraríe pronunciamientos de otras instancias judiciales. Es así, que la principal consecuencia de la aplicación este principio, es que la Corte Constitucional toma la función de legislador negativo, lo cual quiere decir que aunque no pueda reemplazar una norma por otra, si puede determinar su inexistencia por inconstitucional.

2. Respecto a la voluntad general de los ciudadanos colombianos, quienes por razones subjetivas u objetivas entregan el poder en los representantes, para que legislen, no puede esto constituir justificación para no considerar la posibilidad de creación de normas injustas en razón a la vigencia de una norma inconstitucional, ya que no se puede consagrar como un sustento valido que el mismo pueblo es quien ha entregado esa facultad de representación. Por lo tanto, la actividad del legislador, aunque sea representar la voluntad general del pueblo se ve supeditada al amparo constitucional, cuando el mismo ciudadano demanda leyes que el legislador ha creado por encima de los mandatos constitucionales.
3. El principio de presunción de validez de la ley, genera en el ciudadano, la confianza en el poder legislativo frente al mandato a ejecutar a partir de la entrada en vigencia de determinada ley, la cual se considera ajustada a la Constitución. Sin embargo, la rigurosidad de aplicación de éste principio, puede ocasionar la obediencia a mandatos injustos, contrarios a la misma Constitución, de los cuales se desprenden perjuicios que los ciudadanos no están en el deber jurídico de soportar y que no se dejen de aplicar hasta que no se demuestre dicha contrariedad.
4. La prevalencia del principio de supremacía constitucional o del principio de seguridad jurídica, frente a la declaración de los efectos de una decisión de la Corte Constitucional colombiana, en cuanto a la determinación de inexequibilidad de una norma, depende de cada caso en concreto.

Sin embargo, el principio de supremacía constitución prevalece frente a la actividad del legislador, cuando dicha actividad contraria la justicia material.

3. Ley inexecutable como causa de Responsabilidad extracontractual del Estado

En el presente capítulo se determinarán las condiciones bajo las cuales la ley inexecutable causa daño antijurídico. Inicialmente se exponen las clases y efectos del fallo de inexecutableidad, desde los pronunciamientos de la Corte Constitucional, en el cual se abordan los 21 tipos de sentencias que puede emitir esta corporación y los efectos que dichos fallos ejercen, específicamente cuando se trata de la modulación que hace alusión a los efectos temporales de las sentencias: efectos *ex tunc* y efectos *ex nunc*. Teniendo en cuenta que en este tipo de sentencias se centran los argumentos del Consejo de Estado para la determinación del daño antijurídico. Seguidamente se exponen los títulos de imputación que se han empleado por el Consejo de Estado para determinar la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador, en donde se realiza un análisis de algunos de sus fallos, desde los primeros pronunciamientos del tema al respecto, bajo el sustento del artículo 90 constitucional. De acuerdo con la recopilación realizada, es posible determinar en una tabla, las sentencias en las cuales se determinó la responsabilidad bajo alguno de los títulos de imputación (falla del servicio y daño especial) y se extrajo la problemática del caso y el sustento para la determinación de alguno de los dos títulos de imputación. Finalmente, en este capítulo se concluye con los lineamientos jurídicos para la determinación del daño antijurídico, como consecuencia de la actividad del legislador frente a la declaración de la ley inexecutable por la Corte Constitucional. A partir del análisis realizado en el anterior subtítulo, es posible crear un cuadro sinóptico en donde se fusionan los elementos de la responsabilidad del Estado con los lineamientos

que tuvo en cuenta el Consejo de Estado en varios casos para la declaración de dicha responsabilidad por el hecho del legislador, en razón a la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000, en los cuales se creó la Tasa Especial de Servicios Aduaneros (TESA).

3.1 Fallo de inexequibilidad: clases y efectos.

La Corte Constitucional a partir de 1992, con las facultades que le ha otorgado la Constitución Política de Colombia de 1991, y con la finalidad de guardar la supremacía e integridad de la Constitución, adquiere diferentes criterios de interpretación que aplica en sus fallos que se emiten a través de sentencias, dichas sentencias de la Corte Constitucional “son actos procesales que ponen término a un proceso, por parte de un órgano colegiado que constituye la instancia suprema constitucional”(Nogueira, 2001, p.369).

Como actos procesales que ponen fin a un proceso, la Corte tiene la fundamental e importante función de que por ejemplo con la declaración de inconstitucionalidad de una ley no ocasione inconstitucionalidades mayores para el ordenamiento jurídico colombiano. Por lo tanto, este tribunal de cierre en Colombia, puede manipular el contenido de sus decisiones. Manipulación que se sitúa dentro del marco normativo de sus posibilidades.

El modelo kelseniano de control de constitucionalidad solo admitía sentencias simplemente declarativas. El tribunal constitucional solo podía decidir si la norma enjuiciada estaba o no ajustada a la Constitución; si se inclinaba por la segunda opción, la norma era retirada del ordenamiento jurídico y el tribunal actuaba como “legislador negativo”³². Sin embargo, el

³² hace referencia a un órgano que, si bien no tiene poder para promulgar una ley, sí que tiene capacidad para derogarla.

carácter normativo de las constituciones contemporáneas ha llevado a los tribunales constitucionales a separarse del rígido patrón Kelseniano y permitir la modulación de las sentencias cuando ello es necesario para asegurar de la mejor manera posible la integridad y supremacía de la Constitución. Dentro de esa tendencia se ubica la Corte Constitucional colombiana (Vila, 2012, p.288-289).

Al respecto de dicha modulación, Hernán Alejandro Olano García, en su artículo titulado: tipología de nuestras sentencias constitucionales. Hace la recopilación de los veintiún tipos de sentencias que puede emitir la Corte Constitucional en Colombia y los divide en 6 modulaciones.

Es así, que la primera modulación es la *modulación tradicional*: la cual se ajusta al modelo Kelseniano, en donde las sentencias se dividen en estimatorias y desestimatorias; las primeras como su nombre lo dice; estiman o acogen las pretensiones de la demanda, en donde se declara inconstitucional el artículo y las segundas rechazan las pretensiones de la demanda y por tanto no declaran la inconstitucionalidad de la norma demanda. La segunda modulación se sale del modelo tradicional, en esta se afecta el contenido de las sentencias a través de las sentencias manipulativas las cuales se dividen en cuatro tipo de sentencias: sentencias interpretativas (la Corte condiciona la constitucionalidad de la norma a una determina interpretación), sentencia integradoras (se declara exequible el artículo pero adiciona ciertas condiciones que lo hace constitucional), sentencias sustitutivas (se expulsa del ordenamiento la disposición acusad y se sustituye el vacío por una regulación específica) y sentencias apelativas o exhortativas (la Corte hace una apelación al legislador para alterar la situación dentro de un plazo expresamente determinado). La tercera modulación hace referencia a los efectos temporales de las sentencias, y se divide en tres tipos: sentencias de inconstitucionalidad retroactivas o *ex tunc*, sentencias

con efecto pro futuro o efectos *ex nunc*, y sentencias de inconstitucionalidad diferida o constitucionalidad temporal. En la primera los efectos de la decisión de la Corte se aplican hacia situaciones consolidadas en el pasado; en las segundas, las decisiones de inexequibilidad solo tienen efectos hacia el futuro, y en las terceras la Corte constata la inconstitucionalidad de la norma, pero se abstiene de anularla ya que es vacío normativo generaría grandes consecuencias; por lo cual le da un lazo al legislador, para que corrija, cambie o cree una nueva ley. La cuarta modulación hace referencia a la modulación del derecho de los jueces; en la cual se encuentran cuatro tipos de sentencias: las sentencias fundadoras de línea, las sentencias hito, las sentencias confirmadoras de principio y la jurisprudencia pop. Las primeras hacen referencia a sentencias de revisión en donde la Corte hace amplias interpretaciones de derechos constitucionales; las segundas generan cambios o giros a la línea de conceptos que se venían tratando de la misma forma; las terceras confirman principio a través de la obediencia al precedente, y las cuartas de este grupo, exige una reivindicación con la teoría local; modelo de Diego López Medina. El quinto grupo se llama otros modelos sin modulación, grupo en el cual entran seis tipos de sentencias: las sentencias de control concreto de constitucionalidad, sentencias declarativas de inconstitucionalidad, sentencias de inconstitucionalidad por omisión, sentencias con efectos en el ámbito personal, sentencias sobre omisiones legislativas y las sentencias atípicas. Las primeras la Corte ejerce el control concreto de constitucionalidad cuando revisa una tutela, en donde cambia la decisión de primera instancia debe solicitar inmediatamente al juez de primera instancia que notifique a las partes interesadas o afectadas; las segundas, declara la inconstitucionalidad del precepto o norma demanda pero no determina la razón de anulación de dicha norma; las terceras, se subdividen en dos: inconstitucionalidad por omisión absoluta e inconstitucionalidad por omisión relativa; la absoluta, se presenta cuando el legislador no

ejecuta todo un mandato constitucional. Y la relativa, se da cuando tal mandato se ejecuta parcialmente. La cuarta, hace referencia a los efectos del fallo respecto a las personas ya se *inter partes*³³ con las tutelas o *erga omnes*³⁴ con las sentencias de inconstitucionalidad. La quinta hace referencia a las omisiones legislativas; la cual se subdivide en dos: inconstitucionalidad por retardo o mora e inconstitucionalidad por negación o por omisión relativa. En la primera, hace referencia al retardo del legislador para dictar leyes de desarrollo constitucional y las segundas, cuando el legislador expide la ley, pero lo hace incorrectamente, no regulando algunas hipótesis que debe regular. Y la sexta, las sentencias atípicas, que son todas en donde la Corte Constitucional interviene como legislador positivo. Y por último se encuentran los modelos específicos de la Corte Constitucional, como lo son las sentencias de unificación y las sentencias sobre el mínimo vital (Olano, 2004, p.576-591).

De acuerdo con lo expuesto, es posible evidenciar todas las clases y efectos de fallos que puede emitir la Corte Constitucional colombiana, en donde no solo actúa como legislador negativo, sino también como legislador positivo, creando obligaciones a partir de sus pronunciamientos que constituyen precedente jurisprudencial y fuente de derecho.

³³Locución latina, que traduce “entre las partes”, genera efectos la decisión solo a las partes vinculadas.

³⁴ Locución latina, que traduce “respecto de todos”, genera efectos la decisión a todos los ciudadanos.

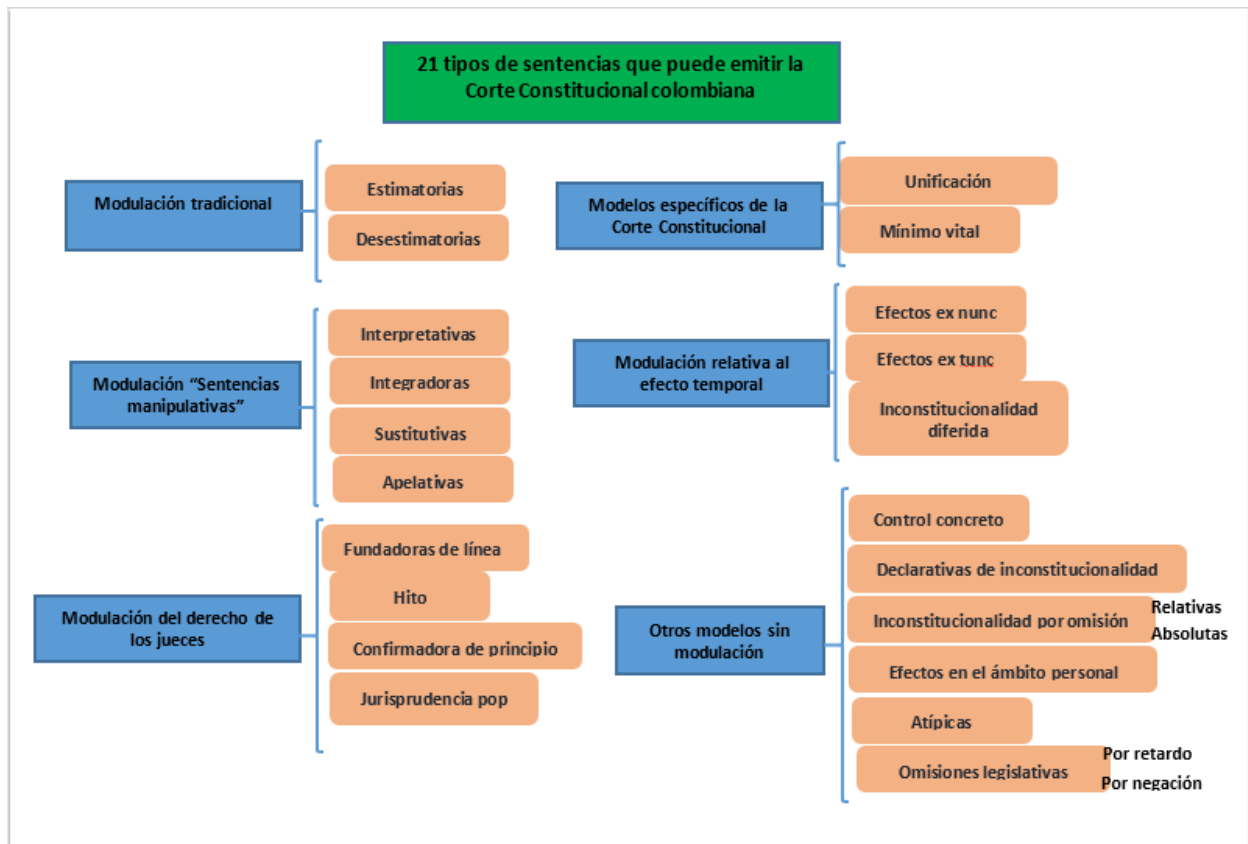


Figura 1. Esquema de los 21 tipos de sentencias que puede emitir la Corte Constitucional colombiana
Fuente: Autor

3.2 Título de imputación de Responsabilidad extracontractual del Estado, como consecuencia de la actividad del legislador.

La responsabilidad del Estado legislador, se fundamenta en Colombia a partir de 1991 con la Constitución en su artículo 90³⁵ tal y como se sustenta en el capítulo I de esta investigación. Por lo cual, es necesario analizar y determinar los títulos de imputación que el Consejo de Estado ha asignado para este tipo de responsabilidad.

³⁵ El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.

Es posible que el legislador actué inconstitucionalmente, como sucede en la práctica, y esa actuación configurara por sí misma una falla del servicio legislativo. Con mayor razón existiendo como existe en Colombia una jurisdicción encargada de declarar la inconstitucionalidad de las leyes. El argumento de la soberanía tiene algún valor en Francia porque allí no existe un juez que pueda declarar inconstitucional una ley...Con fundamento en el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, la Corte constitucional ha considerado que la posibilidad de la responsabilidad del estado colombiano por el hecho de las leyes es claramente viable, independientemente de su declaratoria de inconstitucionalidad, siempre y cuando que el daño causado por la ley pueda clasificarse de antijurídico (Rodríguez, 2013, p.632).

La responsabilidad del estado-legislador en Colombia ha sido un tema desarrollado jurisprudencialmente, en donde no se tiene un concepto unánime al respecto frente a la determinación del título de imputación y de la configuración del daño para el establecimiento de dicha responsabilidad.

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 (artículo 58); la obligación de indemnizar cuando se establece un monopolio (artículo 336), o cuando el Estado decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos (artículo 365 constitucional) (Alonso & Ramírez, 2011, p.93).

Al respecto no solo se pueden presentar los casos que expresamente hace alusión la Constitución, sino además aquellos que se pueden encausar dentro del daño antijurídico, para la determinación de la responsabilidad.

...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. (Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-038 de 2006).

Es decir, la Corte Constitucional con la facultad que tiene de modular los efectos de sus decisiones puede determinar, si se pudiera afirmar “indemnizaciones” a cargo del Estado-Legislator enmarcadas dentro de la orden de la devolución de los dineros recaudados cuando lo estime pertinente. Sin embargo, de que la Corte Constitucional retrotraiga los efectos de su decisión, dando paso a devolución de dineros recaudados por el Estado mediante una ley declarada inexecutable, muy a pesar de dicha decisión, las partes afectadas pueden solicitar el estudio de caso ante el Consejo de Estado, para el análisis de la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado, ya que, la devolución del dinero ordenada por la Corte Constitucional no implica la reparación del daño ocasionado con la ley.

...para que el juicio de responsabilidad prospere, las súplicas de la demanda han de encontrar su sustento jurídico en alguno de los títulos de imputación bajo los cuales es posible declarar responsable a un 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 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 (Colombia, Consejo de Estado, sección tercera, Sentencia 09 de julio de 2014).

Es así, que el Consejo de Estado frente a la declaratoria de responsabilidad extracontractual por el hecho del legislador, ha aplicado no solo el título de imputación de falla del servicio, sino además el título de imputación de daño especial. Por lo tanto, la configuración de esta responsabilidad no solo se concreta a partir del título de imputación, cuando se resuelve que la administración no actuó con diligencia y cuidado, sino además muy a pesar de que su actuación fue lícita, si se rompe el equilibrio de las cargas públicas que puede soportar un administrado también se constituye otro título de imputación para declarar dicha responsabilidad.

Ahora bien, en aras de sustentar y justificar lo anterior expuesto, se presentan a continuación algunas sentencias en las cuales se analiza la responsabilidad del Estado-legislador y se determina el título de imputación de responsabilidad por dicho daño antijurídico, como consecuencia de su actividad en Colombia iniciando con los antecedentes en 1990 y 1995 hasta llegar a uno de los pronunciamientos más importantes al respecto en el 2016.

3.2.1 Antecedentes en 1990 y 1995, sentencias Consejo de Estado frente a la Responsabilidad del Estado Legislador:

Con la sentencia del 18 de octubre 1990 expedida por el Consejo de Estado, sección tercera, se abre la posibilidad de estudiar la responsabilidad del estado-legislador. En esta sentencia se estudia la posibilidad de esta declaración, en donde en definitiva no se declara responsable al Estado. Es una demanda originada por una sociedad “Felipe Garrido” a quien se le ocasionó perjuicio por normas departamentales, a través de la creación de impuestos para licores extranjeros. El tribunal no concede las pretensiones la demanda y el Consejo de Estado lo confirma, en razón a falta de

precedente, sin embargo, el demandante resalta la importancia del tema y toma como antecedente el fallo de “La Fleurette” de Francia³⁶. Fallo el cual se apoya para declarar responsable al estado-legislador en el principio de las cargas públicas.

También se presenta en Colombia la Sentencia 13 de diciembre de 1995, Consejo de Estado-Sala Plena, en la cual “el Consejo de Estado hace referencia a la soberanía que tiene el Estado para proporcionarse por medio de la Asamblea Nacional Constituyente una nueva Carta Fundamental” (Arenas & Jiménez, 2001, p.76). Esta sentencia, se presenta por el senador Mustafá, en razón a la suspensión de su periodo legislativo. En este caso no fue posible declarar la responsabilidad del Estado en razón a que no existía un órgano competente para ejercer control sobre la Asamblea Nacional Constituyente. Quien representa la soberanía nacional.

3.2.2 Primera declaración de responsabilidad del Estado- legislador en 1998

En 1998 el Consejo de Estado hace su primera condena al Estado por el hecho del legislador, a través del fallo de la familia Cuervo Robles en sentencia del 25 de agosto de 1998, Sala Plena, Consejo de Estado.

...demanda la reparación de los daños causados por la inmunidad diplomática avalada por la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, pues en virtud de esta fue

³⁶ La Fleurette era una sociedad que fabricaba una crema sana e higiénica llamada Gradine. cuya composición era un setenta por ciento (70%) de leche y treinta por ciento (30%) de otras sustancias (derivados lácteos, aceite de maní y las yemas de los huevos). El 29 de junio de 1934 se expidió una ley con el único propósito de beneficiar la industria lechera, prohibiendo de esta manera, la fabricación y comercialización de productos distintos elaborados con leche cien por ciento (100%). El Consejo de Estado analizó si realmente la intención del legislador fue la que sufrió esta sociedad, llegando a la conclusión que no. El tribunal también analizó si la actividad ejecutada por La Fleurette era lesiva para la sociedad, llegando a la conclusión que tampoco y que procedía la indemnización solicitada. En esa oportunidad, la reparación fue procedente con apoyo del principio de la igualdad ante las cargas públicas; La Fleurette asumió una carga grave que desencadenó en el cierre de la sociedad, convirtiéndose en la única persona perjudicada por la expedición de dicha ley. Lo importante de este fallo es que puede existir indemnización a pesar del silencio normativo (Gamba, s.f, p.268).

imposible obtener la indemnización correspondiente por parte de la Embajada de los Estados Unidos a raíz de la muerte del señor César Julio Cuervo en un accidente de tránsito que involucraba un vehículo diplomático y al coronel Edmundo Scott Smith de dicha Embajada. En el aludido fallo, la Sala Plena del Consejo de Estado afirmó que la responsabilidad del Estado-Legislator no se deriva del actuar ilegítimo de éste, sino que es consecuencia directa del daño antijurídico que los particulares sufran. De manera que, en este caso, el acto legislativo que aprobó la Convención de Viena no necesitaba violar normas superiores a él para que comprometiera la responsabilidad del poder Legislativo. Además, la sentencia afirma que, si bien la autonomía del Estado en el manejo de las relaciones exteriores está reconocida, el Estado debe responder por los daños que ocasione en el desarrollo de esta actividad y, por lo tanto, los perjuicios derivados de los beneficios diplomáticos que el Estado otorgue deben correr a su cargo, pues no sería equitativo que los soportará una sola persona (Cifuentes, 2016, p.79).

En este caso se concluyó que:

...el título de imputación jurídica sobre el cual se edificaba la responsabilidad estatal, 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 (Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-038 de 2006).

3.2.3 Negación de imputación por el hecho del legislador, frente a la declaración de la norma inconstitucional: Consejo de Estado, sección Tercera, sentencia de 26 de septiembre de 2002³⁷:

En este caso, de acuerdo a los hechos presentados para el Consejo de Estado, no existe responsabilidad extracontractual del Estado-legislador, en razón a que la misma Corte Constitucional no declaró los efectos retroactivos de su decisión y no encuentra fundamento para la generación del daño antijurídico por la aplicación de la ley antes de su anulación.

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 ciudadanos. 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 (Colombia, Consejo de Estado, sección tercera, sentencia de 26 de septiembre de 2002)

³⁷ Se trataba de la demanda impetrada por el municipio de Prado contra el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por medio de la cual se reclamaba las sumas dejadas de transferir a este municipio por concepto de participaciones en los ingresos corrientes de la Nación durante el período 1994-1995. El origen de la demanda era la sentencia C-523 de 1995 por medio de la cual la Corte Constitucional había declarado inexecutable el numeral 2.7 del artículo 1° 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 de la disposición en cuestión dichos recursos ingresaron al rubro de ingresos corrientes de la Nación –rentas contractuales- y 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.

3.2.4 Sentencia del 2003, contrariedad con la anterior: Declaración de procedencia de la acción de reparación directa, con la finalidad de obtener la indemnización frente a una norma declarada inexecutable:

En el siguiente fallo, un año después el Consejo de Estado contraria el fallo del 2002, en esta sentencia del 15 de mayo de 2003³⁸, la misma Sección Tercera establece que la acción de reparación directa sí es procedente para obtener la indemnización frente a una norma declarada inexecutable, bajo el título de imputación de una falla en el servicio.

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. 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 inexecutableidad no obliga al reconocimiento de lo pedido por el demandante, pues debe haber claridad, al menos, sobre su ocurrencia y cuantía...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 (Colombia, Consejo de Estado, Sección tercera, Sentencia del 15 de mayo de 2003).

³⁸ 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.

Seguidamente se encuentra la sentencia del 12 de junio de 2003³⁹ proferida por la Sección Cuarta en sede de acción de grupo. En este pronunciamiento el Consejo de Estado vuelve a establecer que la declaratoria de una ley inexecutable no genera daño antijurídico.

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

³⁹ 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 (Colombia Consejo de Estado, Sección tercera, Sentencia 26 de marzo de 2014).

perjuicio no puede devenir en antijurídico (Colombia, Consejo de Estado, Sección cuarta, Sentencia del 12 de junio de 2003).

3.2.5 Posición de la Corte Constitucional respecto de la responsabilidad del Estado-legislador 2006.

La Corte Constitucional también analiza el tema, a partir de su competencia para la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución. Y a través de la sentencia C-038 de 2006, en este pronunciamiento, se decide la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 86⁴⁰ (parcial) del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 31 de la Ley 446 de 1998 por contrariar el artículo 90 constitucional en donde según el accionante, se presenta una omisión legislativa relativa.

...A juicio del actor el legislador, al regular la acción de reparación directa, incurrió en una omisión pues no incluyó expresamente entre los supuestos que dan lugar a la interposición de dicho remedio procesal la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador. Considera el actor que tal omisión legislativa es inconstitucional debido a que el artículo 90 de la Carta consigna la responsabilidad patrimonial del Estado colombiano por todos los daños antijurídicos que le sean imputables, originados en la acción u omisión de cualquier autoridad pública, término genérico que incluye al poder legislativo (Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-038 de 2006).

⁴⁰ La persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño cuando la causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa...

En esta sentencia la Corte hace un importante recorrido del desarrollo que se ha dado a la Responsabilidad del Estado por el hecho del legislador y analiza las posibilidades de modular manipulativamente la sentencia a través de la tipología interpretativa o la integradora, en razón a que según las pretensiones del demandante en el artículo 86 hay una regulación incompleta y en este caso lo que se esperaría es que la Corte llenara dicho vacío a partir de la integración de la disposición o a partir de la emitir una sentencia interpretativa en donde retire la interpretación de la disposición contraria a la Constitución. Sin embargo, en definitiva, la Corte no determina ninguna de estas posibilidades en razón a que el Consejo de Estado ha dado una interpretación a partir de sus fallos acordes con la Constitución, es decir acordes con el artículo 90, en donde ha afirmado que la reparación directa también se puede interponer en razón a la acción u omisión del legislador. Por lo tanto, la Corte declara exequible dicho artículo.

3.2.6 Sentencia 08 de marzo del 2007 de la sección tercera del Consejo de Estado, cambio de título de imputación por el actor⁴¹

En el presente caso de la sentencia las pretensiones del actor no fueron admisibles, en razón a que el actor primero dice que el acto es ilegal y luego ya cambia sus argumentos afirmando que hay daño especial del acto sobre el cual la legalidad no era la controversia:

⁴¹ Los hechos fueron los siguientes: 1. El actor fue elegido por el Consejo Municipal, como Contralor Municipal del municipio de la Virginia (Risaralda). 2. Posteriormente, el mismo Consejo Municipal, sin que se hubiese surtido el período para el cual había sido elegido el actor, mediante Acuerdo, suprimió la Contraloría Municipal de la Virginia (Risaralda) sin que hubiese lugar a indemnización en cabeza del mismo. 3. La decisión asumida por el Consejo Municipal tuvo por motivación el cumplimiento de lo establecido por la Ley 136 de 1994, atendiendo a la incapacidad económica del municipio para contar con su propio órgano de control fiscal, correspondiéndole entonces dicha labor a la Contraloría del Departamento.

La jurisprudencia nacional de vieja data ha indicado que si el perjuicio tuvo origen en una actividad lícita de la administración como es la que se desprende de la ejecución de un acto administrativo cuya legalidad no se discute, es posible reclamarlo mediante el ejercicio de la acción de reparación directa en la medida en que se configura un daño especial. De modo que no es forzoso reclamar, mediante el contencioso subjetivo, la indemnización proveniente de actos administrativos expedidos con arreglo a la Constitución y la ley y cuya legalidad no se controvierte, sobre la base de que al imponerse al administrado una carga especial que no tiene por qué padecer se presenta un rompimiento del equilibrio en las cargas públicas, idea inserta en la conciencia jurídica moderna como una expresión del principio general de igualdad ante la ley (...) Por manera que, vista la evolución jurisprudencial en punto de responsabilidad por el Estado-Regulador, sea este constitucional, legal o administrativo, la jurisprudencia vigente de esta Corporación se inclina decididamente por admitir la procedencia de la acción de reparación directa cuando quiera que no se cuestiona la “legitimidad” del acto normativo causante del desequilibrio ante las cargas públicas (Colombia, Consejo de Estado, Sección tercera Sentencia 08 de marzo de 2007).

En el presente caso el Consejo de Estado analiza que el título de imputación a aplicar sería el daño especial, en razón a que bajo una actuación legítima de la administración se genera un desequilibrio a una persona frente a las cargas públicas que este debería soportar, sin embargo, se queda solo en el análisis y la enunciación, pero no se le reconoce al autor.

3.2.7 Sentencias Consejo de Estado Responsabilidad del Estado-legislador del 2013:

3.2.7.1 Sentencia 08 de mayo de 2013 Consejo de Estado, Sección tercera, Demandado: Ministerio de relaciones exteriores y Embajada de Egipto, sentencia N°: 25000-23-26-000-1998-02615-01(22886)⁴²:

En la presente sentencia se resuelve recurso apelación interpuesto contra la decisión del Tribunal administrativo de Cundinamarca, frente a los hechos presentados. En donde se acogieron algunas de las pretensiones de la actora, pero otras no. En dicho caso el Consejo de Estado resuelve revocar parcialmente la decisión del Tribunal, en cuanto a la pretensión específica a la indemnización adquirida por actora por concepto de daño material, ya que el Tribunal solo reconoció salarios caídos y cesantías dejadas de recibir. En razón a que, para el Consejo de Estado la indemnización

⁴² Hechos: -La señora Carmen Valdés fue contratada de manera verbal por la Embajada de Egipto en Colombia como secretaria y traductora, bajo la modalidad de contrato laboral a término indefinido. - En marzo de 1993, la señora Valdés elevó una consulta ante la Oficina Regional del Trabajo, para exponer su situación ante el no reconocimiento y pago de cesantías e intereses a las mismas por parte de su patrono. Asimismo, informó que desde el 1° de enero de ese año su salario se volvió integral y debió asumir el pago de aportes a la seguridad social. -El 18 de mayo del mismo año, mediante Oficio 12364, el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, le hizo saber a la actora como se debían pagar las cesantías adeudadas, la improcedencia del pago de salario integral sin que medie la expresa voluntad del trabajador y si el mismo es inferior a diez salarios mínimos. Igualmente, mediante Oficio 16219, liquidó los valores adeudados por concepto de cesantías e intereses. - En el mes de julio de 1993, la señora Valdés solicitó a la Embajada de Egipto, el pago de sus cesantías con los correspondientes intereses, ante lo cual, el Embajador, mediante comunicación de 27 de septiembre, le informó que no procedía el pago reclamado.- El 1° de octubre de 1993, la actora, que venía recibiendo un salario de US\$862.97, suscribió un contrato con la Embajada de Egipto, donde se estableció que recibiría US\$700 de sueldo básico y US\$162.97 por concepto de “cesantías, intereses sobre cesantías y el seguro social o por cualquier otro concepto que exige la ley colombiana en el futuro”, esto debido a un concepto errado en la aplicación del salario integral.- Mediante oficio de 29 de noviembre de 1993, el ISS advirtió sobre el incumplimiento de las obligaciones como patrono, por parte de la Embajada de Egipto. - El 1° de enero de 1995, la actora suscribió un segundo contrato de trabajo, en el que se fijó un salario básico por US\$830,12, US\$76 por cesantías y sus intereses, para un total de US\$906,12 por salario integral. El 15 de noviembre de 1995, la actora fue despedida de su cargo, sin justa causa.- La señora Valdés presentó demanda de carácter laboral que fue rechazada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por ser la parte demandada un sujeto de derecho internacional, conforme a la providencia ejecutoriada el 13 de agosto de 1996.- La señora tenía derecho al reconocimiento y pago de las cesantías causadas y no pagadas con sus respectivos intereses, la indemnización por despido injusto, la indemnización moratoria, los salarios dejados de devengar desde el despido hasta la fecha, la indexación monetaria y la pensión sanción.- La actora no pudo acceder a la justicia para reclamar sus derechos laborales, como consecuencia de la ratificación hecha por Colombia de la Convención de Viena, mediante la Ley 6° de 1972.

equivale a (\$120'122.849,53.), por concepto de daño material, en la modalidad de lucro cesante, ocasionado a la actora, lo cual fue denegado por el Tribunal.

Al respecto el Consejo de Estado, en esta sentencia establece que:

Tratándose de daños causados por embajadas o misiones diplomáticas acreditadas en el país, la responsabilidad del Estado se configura bajo el título de imputación del daño especial, entendido como aquel derivado de actuaciones legítimas de la autoridad pública, en el caso concreto la aprobación y ratificación de la Convención de Viena que estipula la inmunidad de jurisdicción, que pueden causar daños a los administrados rompiendo la equidad frente a los deberes inherentes a los demás y en consecuencia deben ser indemnizados. Para la Sala no cabe duda que el daño es imputable a la Nación, Congreso de la República y Ministerio de Relaciones exteriores puesto que ambas autoridades fueron las encargadas del trámite, aprobación y ratificación de la Convención de Viena que consagra la inmunidad de jurisdicción de los sujetos de derecho internacional en los Estados receptores y la actora no tiene el deber jurídico de soportar la imposibilidad de demandar a su empleador bajo las leyes colombianas, que regían su relación laboral, y su juez natural (Colombia, Consejo de Estado, sección tercera, Sentencia 08 de mayo de 2013)

3.2.7.2 Sentencia 29 de julio de 2013 Consejo de Estado, Sección tercera, Demandado: Congreso de la República, Sentencia N° 25000-23-26-000-1998-15972-01(27228)⁴³

En el presente caso le corresponde a la Sala resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante, contra la sentencia del 18 de febrero de 2004 proferida por la Sección Tercera de la

⁴³ Hechos: -Desde agosto de 1993 la sociedad Protel S.A. promovió la constitución de un fideicomiso a través de la Fiduciaria BIC-SUFIBIC S.A., para construir y poner en servicio un proyecto hotelero que se estructuró financieramente considerando los beneficios fiscales de hasta el 15% del valor de la inversión, que otorgaba el

Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que negó las pretensiones. Debido a que la Ley 223 de 1995 derogó el certificado de desarrollo turístico y la Ley 383 de 1997 no previó el estado de su inversión, de manera que el Hotel no fue incluido en el régimen de transición.

Al respecto, le corresponde al Consejo de Estado analizar la generación del daño antijurídico por la ruptura de la igualdad ante las cargas públicas, por daño especial y defraudación de la confianza legítima. En donde determina que:

La vulneración de la expectativa legítima resultaría de establecerse que, cumplidas las condiciones exigidas para el otorgamiento, a la actora se le haya truncado la probabilidad cierta de acceder al beneficio, solo por el hecho de la nueva ley. Y dado que la Ley 223 de 1995 derogó las normas con arreglo a las cuales se consolidaba la situación jurídica, de cara a la protección de la expectativa legítima no resulta aceptable el entendimiento según el cual como la actora no presentó la solicitud y no obtuvo la decisión favorable antes del 22 de diciembre de 1995 no sufrió un daño antijurídico... está acreditado que la fideicomitente y la actora actuaron con el pleno conocimiento de que para obtener el certificado de desarrollo turístico, además de la ejecución de las inversiones con la aprobación previa del proyecto arquitectónico por parte de la Corporación Nacional de Turismo, debían realizar otras gestiones ante esa entidad, incluidos los trámites durante la etapa de operación del proyecto... no acreditó que con la expedición de la Ley 223 de 1995, derogatoria de las

certificado de desarrollo turístico creado por la Ley 60 de 1968, modificada por el Decreto ley 2274 de 1974 y reglamentada por el Decreto 1361 de 1976.- En diciembre de 1995, cuando el hotel estaba a punto de iniciar la prestación de los servicios, se expidió la Ley 223 que derogó la normatividad anterior y le imposibilitó a la actora acceder al beneficio esperado, en cuanto no estableció un régimen de transición para proteger las inversiones en curso.- La demandante pretende que se le repare el daño ocasionado, fundada en que la imposibilidad de acceder al certificado de desarrollo turístico afectó la estructura financiera del proyecto, imponiéndole una carga que excede la igualdad frente a las que debe soportar y defraudándole su confianza legítima.

normas rectoras del certificado de desarrollo turístico, se le haya vulnerado la expectativa legítima fundada en el hecho de haber cumplido todos los requisitos exigidos para el otorgamiento o la confianza legítima respaldada en conductas o actuaciones de la autoridad que le permitieran creer en que obtendría el beneficio sin el lleno de las condiciones objetivas. (Colombia, Consejo de Estado, sección tercera, Sentencia 29 de julio de 2013).

Es así, que en este fallo por las anteriores razones se confirma la decisión de primera instancia.

3.2.8 Sentencias Consejo de Estado Responsabilidad del Estado-legislador del 2014:

3.2.8.1 Casos del 2014 frente a la ley 633 del 2000:

3.2.8.1.1 *Sentencia 26 de marzo de 2014 Consejo de Estado, Sección tercera, Caso de GOODYEAR Colombia S.A, N. 25000-23-26-000-2003-00175-01 (28.741)* ⁴⁴

⁴⁴ Hechos: 1) La sociedad Goodyear de Colombia S.A., 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] y que posteriormente fueron declarados inexecutable mediante la sentencia C-992 del 19 de septiembre de 2001.-2) El Congreso de la República promulgó la ley 633 del 29 de diciembre del 2000, 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.” 3) 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. 4) el Congreso de la República opugnó las pretensiones y 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”. 5) 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. 6) el daño sufrido es antijurídico por las siguientes razones: i) el importador no estaba obligado a pagar una tasa que

Esta sentencia es una sentencia muy importante fallada por Enrique Gil Botero, quien resuelve 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 condenar 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. Al respecto el Congreso en contraposición a dicha condena, apela la decisión, fundamentándose en que no existe desequilibrio frente a las cargas públicas y además la Corte Constitucional no dio efectos retroactivos a su fallo de inexecutable de la norma que creo dicha Tasa.

Ahora bien, en cuanto al estudio y análisis que el Consejo de Estado realizó al presente caso se tiene que la sociedad Goodyear S.A. afirma que con la expedición de los artículos 56 y 57 de la ley 633 de 2000, que después se declararon inexecutable, por la sentencia C-992 de 2001⁴⁵ se le

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. 7) Manifestó también que el hecho de que la Corte Constitucional al declarar inexecutable 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 (Sentencia 26 de marzo de 2014, Sección tercera, Consejo de Estado).

⁴⁵ 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...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 (Sentencia 26 de marzo de 2014, Sección tercera, Consejo de Estado).

causó un daño antijurídico, ya que la misma tuvo la obligación de pagar la TESA, entre el 31 de enero y el 31 de octubre de 2001.

Como puede apreciarse, el tribunal constitucional declaró la inexequibilidad 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 inexequibles 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 (Colombia, Consejo de Estado, sección tercera, Sentencia 26 de marzo de 2014).

Por lo tanto, en el presente caso el Consejo de Estado confirma la sentencia de primera instancia y actualiza⁴⁶ el monto de la indemnización de acuerdo a los siguientes argumentos:

...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-,

⁴⁶ 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) (Sentencia 26 de marzo de 2014, Sección tercera, Consejo de Estado).

aun 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 (Colombia, Consejo de Estado, sección tercera, Sentencia 26 de marzo de 2014) .

3.2.8.1.2 Sentencia del 29 de enero de 2014. Radicado número 25000-23-26-000-2003-00173-01(26689)⁴⁷

Sobre este asunto procede el Consejo de Estado a analizar y resolver sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del Tribunal administrativo de Cundinamarca proferida el 4 de diciembre de 2003.

Expresa el Consejo de Estado: es jurisprudencia constante de esta Sala que para poder declarar la responsabilidad extracontractual del Estado, el juez debe verificar la existencia de tres elementos, a saber: i) la existencia de un daño antijurídico; ii) la imputación del daño a la acción u omisión de la Autoridad Pública; y iii) el nexo de causalidad existente entre el daño y la imputación.

Las líneas generales de considerar la responsabilidad del Estado- Legislador pueden resumirse en los siguientes puntos⁴⁸:

⁴⁷ En la presente providencia la sociedad Industria de Ejes y Transmisiones S.A. – Transejes S.A., formuló demanda de reparación directa contra el Congreso de la República, alegando la falla del servicio del legislador por la expedición de los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000 con el fin de que se le declare administrativamente responsable por los daños causados “por la expedición y aplicación de las normas abiertamente inexecutable, que crearon la obligación de liquidar y pagar la Tasa Especial de Servicios Aduaneros”. La parte demandante agregó que mediante sentencia C-992 del 19 de septiembre de 2001, la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad de los artículos 56 y 57 de la referida Ley 633 de 2000.

⁴⁸ i) Ninguna autoridad o sus actuaciones escapan a los postulados del artículo 90 de la Constitución Política. ii) En cuanto a la eventual modulación de los fallos de nulidad o de inexecutable en nada puede afectar o incidir en la declaratoria de responsabilidad de la entidad emisora de la norma de carácter general que a la postre resulta contraria

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 particulares, no es menos cierto que de manera alguna podría considerarse que los efectos hacia el futuro de la sentencia de inexecutable 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 (Colombia, Consejo de Estado, Sección tercera, Sentencia 29 de enero de 2014).

Por lo expuesto anteriormente, decide el Consejo de Estado condenar a la Nación Congreso de la República.

a mandatos superiores, legales y/o constitucionales, según corresponda; iii) Los ciudadanos no se encuentran en el deber de soportar la carga que les impone un conjunto normativo que ha debido ser expulsado del ordenamiento jurídico, razón por la cual se entiende configurado un daño antijurídico; iv) Considerar que el deber de cumplir las obligaciones impuestas por normas que posteriormente resultan declaradas ilegales o inconstitucionales constituye una carga que los ciudadanos están en el deber de soportar, comportaría enviar un mensaje completamente equivocado a la ciudadanía, en el sentido de que le puede resultar más rentable y conveniente evadir o no cumplir las obligaciones tributarias —o cuestionar su conformidad a Derecho, administrativa o judicialmente, con o sin fundamento, a fin de evitar que la situación jurídica individual se consolide—, que atenderlas cabalmente. v) El régimen de responsabilidad aplicable para este tipo de eventos lo constituye la falla del servicio, imputable a la autoridad emisora de la disposición normativa de carácter general que haya sido objeto de expulsión del ordenamiento jurídico por parte de la autoridad judicial competente.

3.2.8.2 *Otros casos del 2014*

3.2.8.2.1 *Sentencia 09 de abril de 2014 Consejo de Estado, Sección tercera, Caso de Caja de Crédito Agrario, N. 25000-23-26-000-2001-02665-01(28946)*⁴⁹

En el presente caso se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 24 de agosto de 2004, por la Sección Tercera – Sala de descongestión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la cual se declara probada la excepción de caducidad de la acción de reparación directa, propuesta por el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y el Departamento Administrativo de la Función Pública, en razón a que el actor interpone la demanda 5 meses después de haber caducado, teniendo en cuenta que el término de su caducidad se empieza a contar a partir del día en que fue despedido de su trabajo y no del día en que se declararon inexecutable los decretos ley por la Corte Constitucional⁵⁰. El actor afirma que se constituye daño antijurídico por falla en el servicio, en razón al daño ocasionado por

⁴⁹ HECHOS: -Para el año 2001 se presentó la acción en estudio, por la supuesta ilegitimidad del Presidente de la República para proferir los Decretos-ley con los cuales terminó con la Caja de Crédito Agrario y con el contrato de trabajo del mandante en el presente litigio. Esto es, los Decretos-ley 1064 y 1065 de 1999, posteriormente declarados inexecutable por la Corte Constitucional, los cuales a juicio del demandante fueron el sustento para que se ordenara la liquidación de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero lo que trajo como consecuencia la terminación de su contrato laboral suscrito con dicha entidad 2) al haber perdido LAURENCIO GONZÁLEZ FORERO los derechos laborales por la terminación de forma unilateral, ilegal e inconstitucional del contrato laboral en la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO S.A, hoy en liquidación, le ocasionaron graves perjuicios, en virtud de que contaba con 44 años de edad, cuando le restringieron sus posibilidades de seguir laborando y poder alcanzar la edad de retiro forzoso, es decir a los 65 años de edad, los cuales hubiere cumplido por que se encontraba en plenas facultades mentales y físicas. 3) El Departamento Administrativo de la Presidencia de la República es el que tiene que responder por todos los perjuicios que tales actuaciones administrativas le causaron al demandante, porque dicha institución es la que responde económicamente por los perjuicios que ocasione el Presidente de la República. Que los perjuicios se encuentran absolutamente demostrados y existe relación causal entre el hecho ocasionado del perjuicio y los mismos.

⁵⁰ el presunto perjuicio causado al actor, no lo originó la sentencia mediante la cual la Corte Constitucional declaró inexecutable los Decretos-ley 1064 y 1065 de 1999, sino la expedición de dichos decretos, y su consecuente retiro del servicio, decisión esta última que adoptó el patrono, es decir, la CAJA AGRARIA, hoy en liquidación (...) por tanto, la presente acción caducó el VEINTISIETE (27) de junio de 2001, mientras que la demanda fue presentada el 16 de noviembre de 2001, esto es casi CINCO (5) meses después de haber caducado la acción (Colombia, Consejo de Estado, sección tercera, Sentencia 09 de abril de 2014).

la expedición de un decreto declarado inconstitucional por el cual se genera su despido, sin los beneficios esperados.

En el caso bajo estudio, los decretos anteriormente mencionados fueron proferidos por el Presidente de la República en ejercicio de la facultad extraordinaria para proferir decretos con fuerza de Ley los que por su naturaleza o materialidad son verdaderas normas de carácter general, impersonal y abstracto, por ello resulta pertinente estudiar el tema a la luz de la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador (Colombia, Consejo de Estado, sección tercera, Sentencia 09 de abril de 2014).

Al respecto se pronuncia el Consejo de Estado, modificando la decisión de primera instancia donde declara no probada la excepción de caducidad que justifica las partes demandadas. Sin embargo, no concede las pretensiones, en razón a que:

El término de caducidad de la acción de reparación directa por daños atribuibles al legislador, en este caso, con ocasión a la declaratoria de inexecutable de las normas, se cuenta a partir del día siguiente de dicha declaratoria de inexecutable, conforme lo establece el Numeral 8 del artículo 136 del C.C.A. En este sentido la demanda fue presentada en debida forma el 16 de noviembre de 2001, teniendo como referencia que la declaratoria de inexecutable data de 18 de noviembre de 1999. De modo que, sólo se tuvo conocimiento de la irregularidad en la expedición del acto del legislador con la declaratoria de inexecutable, de dichos decretos, y por ende, quedó al descubierto el daño.

El daño antijurídico no se encontró acreditado, porque, aunque el actor, siguiendo los lineamientos de la Corte Constitucional, logró demostrar que los Decretos-ley fueron declarados inexecutable en su totalidad a partir de la fecha de su promulgación

(Colombia, Consejo de Estado, sección tercera, Sentencia 09 de abril de 2014).

Es decir, no se generó responsabilidad patrimonial del Estado por hecho del legislador, en razón a que no se configuró el daño antijurídico por de la pérdida de su trabajo, ya que la terminación del contrato laboral trajo como consecuencia la cesación de derechos y obligaciones laborales entre las partes.

3.2.8.2.2 Sentencia 09 de julio de 2014 Consejo de Estado, Sección tercera, Medio de control: nulidad simple, N. 44001-23-31-000-2002-00005-01(28184)⁵¹

En el presente caso se decide recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de la Guajira el 27 de mayo de 2004, mediante la cual se negó las súplicas de la demanda declarando probada la excepción de

⁵¹ Los hechos que dieron lugar a la sentencia fueron los siguientes: 1) El 18 de diciembre de 2001, presentó demanda de reparación directa el señor Jorge Luis Mejía Barros, mayor de edad, actuando en nombre propio, por intermedio de apoderado, en ejercicio de la acción del artículo 86 del C.C.A. 2) En la demanda consignó que el Congreso de la República expidió la Ley 443 de 1998, por medio de la cual se establecieron normas sobre la carrera administrativa y se dictaron otras disposiciones. Es así como, en el artículo 39 de la citada ley se regularon los derechos de los empleados de carrera administrativa en casos de supresión de cargos, señalando que el término de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho se contaría a partir de la declaratoria de nulidad del acto administrativo que suprimió el cargo. 3) Por su parte, el Decreto 2479 de 2000, modificó la planta de personal del Instituto Nacional de Adecuación de Tierras (INAT) y en el artículo 3º se facultó al Director del INAT para que distribuyera los cargos de la planta global y se le dio la atribución de ubicar al personal teniendo en cuenta la organización interna, los planes, los programas y las necesidades del servicio. Con base en lo anterior, el Director del INAT expidió la Resolución No.0037 del 31 de enero de 2000, para incorporar unos funcionarios a la planta de personal del INAT. 4) El 31 de enero de 2000 se expidió la Resolución No.00060, por la cual se distribuyeron unos cargos y se ubicaron unos funcionarios incorporados a la planta global de personal del INAT. Luego, mediante comunicación No.00585 del 31 de enero de 2000, el Coordinador del Grupo de Recursos Humanos del INAT, le informó al señor Juan Tomas López Sierra Romero, que el cargo de Auxiliar Administrativo código 5120 grado 13, que venía ocupando, había sido suprimido. 5) En sentencia C-1341 de 2000 la Corte Constitucional declaró la inexequibilidad del parágrafo segundo del artículo 39 de la Ley 443 de 1998, referente a que “los términos de caducidad establecidos en el código contencioso administrativo para instaurar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho se contarán a partir de la declaratoria del acto administrativo que originó la supresión del empleo”. 6) Dicha declaratoria cercenó la posibilidad de incoar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Resolución No.0037 de 2000, por medio de la cual se incorporaron unos funcionarios a la planta de personal del INAT, por cuanto la acción ya había caducado para el actor.

falta de legitimación por pasiva, propuesta por el MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHO. Y se negaron todas las pretensiones.

El problema jurídico a resolver por el Consejo de Estado es el siguiente:

¿Existe o no responsabilidad por el hecho del legislador –Congreso de la República– por los eventuales daños sufridos por los particulares en este caso los alegados por el señor Juan Tomas López Sierra Romero (sic) (sic), como consecuencia de la declaratoria de inconstitucionalidad del parágrafo segundo del artículo 39 de la Ley 443 de 1998? (Colombia, Consejo de Estado, sección tercera, Sentencia 09 de julio de 2014)

Al respecto la tesis del Consejo de Estado fue confirmar la decisión de primera instancia por el Tribunal, en razón a que no encuentra demostrados los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado por el hecho del legislador de acuerdo a los argumentos presentados por el actor, ya que, el señor no interpuso la acción de nulidad y restablecimiento del derecho cuando debía hacerlo para controvertir el acto administrativo que suprimió los cargos y el acto de reincorporo los mismos, tal y como lo expone a continuación:

...el término por el cual la ley tuvo vigencia conlleva necesariamente a que los efectos jurídicos surtidos en los eventos consolidados por la misma, tienen plena obligatoriedad y no se discute la legalidad en el término de su vigencia. Conforme a lo anterior, no puede deducirse una responsabilidad del Estado cuando el alto Tribunal Constitucional haya declarado la inexequibilidad de una norma sin retroactividad, por cuanto los efectos generados hasta la declaratoria de la misma son válidos, y por lo tanto, el juez administrativo no puede desconocer que los efectos de la sentencia son hacia el futuro cuando no se exprese por parte de la Corte Constitucional lo contrario... Ahora bien, de lo expuesto, para la Sala es claro que puede existir responsabilidad del Estado derivada de

una norma declarada inexecutable por la Corte Constitucional, pero para que esta se configure, deben estar plenamente acreditados sus dos elementos constitutivos, esto es la ocurrencia del daño antijurídico y la imputación al ente demandado. En el presente asunto, respecto al primer elemento de la responsabilidad, esto es el daño antijurídico, no se encuentra acreditado, puesto que el actor no logró demostrar que con la inexecutable del inciso final del párrafo segundo de la Ley 443 de 1998, se le haya lesionado su derecho de acceso a la administración de justicia, ya que en primer lugar, las Resoluciones No.0037, por medio de la cual se incorporaron unos funcionarios a la planta de personal del INAT, y No.00060 por la cual se distribuyen unos cargos y se ubican unos funcionarios incorporados a la planta global de personal del INAT, son de fecha 31 de enero de 2000, actos administrativos respecto de los cuales el señor López Sierra Romero tenía la posibilidad de solicitar la declaratoria de nulidad y restablecimiento del derecho, si consideraba lesionados sus derechos como funcionario inscrito en carrera administrativa y buscaba la reparación de los mismos, para lo cual contaba con el término de cuatro meses contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto, según el caso, como lo señala el numeral 2° del artículo 136 del C.C.A...el actor debió ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para controvertir el acto administrativo que suprimió el cargo de Auxiliar Administrativo código 5120 grado 13 del INAT y aquel que reestructuró la planta de personal de la entidad pública, y no la acción de nulidad simple, que puede ejercitarse en cualquier tiempo a partir de la expedición del acto (artículo 136 numeral 1° del C.C.A.). En consecuencia, ante la ausencia de daño antijurídico en el caso en comento, no se configura el primero de los elementos para la responsabilidad de la entidad demandada, siendo imposible para la Sala

proceder al análisis de la imputación. Lo anterior, 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 (Colombia, Consejo de Estado, sección tercera, Sentencia 09 de julio de 2014).

3.2.9 Sentencias del Consejo de Estado al momento de determinar la Responsabilidad de la Nación-Congreso de la República por leyes declaradas inconstitucionales casos fallados en el 2015 frente la ley 633 del 2000:

3.2.9.1 *Sentencia del 29 de abril del 2015 Radicación número: 25000-23-26-000-2003-11190-01(28846)*⁵²

En primera instancia El Tribunal Administrativo de Cundinamarca fallo a favor de la parte actora; argumentando que cuando en ejercicio de la función legislativa se profiere una ley que es declarada inconstitucional se reconoce la existencia de una falla en la función legislativa, por cuanto ello implica que el Congreso no cumplió o se apartó de sus deberes constitucionales y legales. El Tribunal a quo consideró, además, que existe una causalidad directa entre la expedición de la Ley 633 de 2000 y el daño antijurídico sufrido por la sociedad demandante.

⁵² A partir de esta sentencia se busca resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada que para este caso corresponde a la Nación, Congreso de la República, dictado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de Descongestión, el día 7 de julio de 2004, mediante la cual se le declaró patrimonialmente responsable por perjuicios ocasionados al demandante que para este caso en particular es Hyundai Colombia automotriz s.a. como consecuencia de la expedición y aplicación de los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000, mediante los cuales se creó la Tasa Especial por Servicios Aduaneros los cuales posteriormente fueron declarados inconstitucionales por la Corte Constitucional.

El Consejo de Estado resolviendo el recurso argumenta que:

...En el caso concreto se acreditó que la empresa Hyundai Colombia Automotriz S.A., pagó oportunamente los dineros correspondientes a la liquidación de la Tasa Especial de Servicios Aduaneros, en un monto de \$427'228.058, razón por la cual esa suma constituye, en los términos de la jurisprudencia fijada por esta Corporación, el valor que servirá de base para liquidar los perjuicios causados bajo el amparo de la vigencia de las referidas disposiciones normativas (Colombia, Consejo de Estado, sección tercera Sentencia del 29 de abril del 2015).

También se encuentra acreditado que la creación de la referida Tasa Especial de Servicios Aduaneros fue declarada inconstitucional mediante la sentencia C-992 de 2001.

En dicho pronunciamiento se justificó la falla del servicio en el que incidió el Legislador debido a que los pagos que realizó la sociedad Hyundai Colombia Automotriz S.A., por concepto de la Tasa Especial de Servicios Aduaneros, se fundamentaron en una norma declarada contraria a la Constitución Política por dicho Alto Tribunal, motivo por el cual es relevante proclamar la responsabilidad patrimonial de la entidad pública confirmando la decisión de la primera instancia.

3.2.9.2 Sentencia del 27 de mayo del 2015 Radicación número: 25000-23-26-000-2003-02128-01(29901)⁵³

Por su parte el Consejo de Estado decide reiterar dicha decisión y para esto se basa una sentencia en la que se discutía la responsabilidad patrimonial del Estado por los mismos hechos que se

⁵³ En el contenido de esta sentencia se pretende resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (Nación-Congreso de la Republica) contra la sentencia que dictó el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de Descongestión en donde se declaró a la Nación – Congreso de la República, patrimonialmente responsable de los perjuicios ocasionados a la parte actora (sociedad Dow Química de Colombia S.A), debido al daño causado a la sociedad demandante por la expedición y aplicación de los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000,

ventilan en la demanda que ahora se decide en segunda instancia, en donde luego de hacer un recuento jurisprudencial de la Corporación en torno a la relación existente entre la responsabilidad del Estado y las situaciones jurídicas consolidadas, esta Subsección declaró patrimonialmente responsable al Congreso de la República por los perjuicios causados con ocasión del pago de la Tasa Especial por Servicios Aduaneros, generados con ocasión de la declaratoria de inconstitucional de los artículos que la crearon.

Para el caso en particular se confirmó que la empresa Dow Química de Colombia S.A., pagó oportunamente los dineros correspondientes a la liquidación de la Tasa Especial de Servicios Aduaneros, y que la creación de la referida Tasa Especial de Servicios Aduaneros fue declarada inconstitucional, mediante sentencia C-992 de 2001 y aunque la Corte Constitucional no moduló en manera alguna los efectos de la declaratoria de inexequibilidad de los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000, lo cierto es que ese pronunciamiento judicial puso en evidencia la falla del servicio en que incurrió el Estado legislador, toda vez que la sociedad hizo los respectivos pagos fundamentándose en una norma declarada contraria a la Constitución Política por dicho Alto Tribunal.

3.2.9.3 Sentencia del 16 de Julio del 2015 Radicación número: 25000-23-26-000-2003-00198-01(29601)⁵⁴

En primera instancia el Tribunal Administrativo de Cundinamarca rechazó las pretensiones del demandante, debido a que el pago que realizó la parte actora por concepto de la TESA no genera

mediante los cuales se creó la Tasa Especial por Servicios Aduaneros, disposiciones normativas que a la postre fueron declaradas inconstitucionales por la Corte Constitucional y por omitir darle efectos retroactivos al fallo en cuestión.

⁵⁴Mediante el estudio de esta sentencia se busca resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora (harinera del valle s.a.) contra la sentencia que dictó el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, el día 27 de octubre de 2004, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda, las cuales

un daño antijurídico, es decir, existe un deber de soportar el pago de un tributo realizado al amparo de una ley que a la postre sea declarada inconstitucional si la Corte Constitucional no dispone la devolución de las erogaciones efectuadas.

La parte actora en el recurso de apelación argumenta que el daño que le fue causado sí tiene el carácter de antijurídico debido a que i) se le obligó a pagar una Tasa que no retribuía servicio alguno prestado por la Administración; ii) ninguna persona se encuentra obligada a pagar tributos inconstitucionales; iii) el cobro de la referida Tasa, rompió el equilibrio de las cargas públicas; iv) el Estado se enriquece injustamente cuando cobra un tributo que es declarado inconstitucional.

Para el Consejo de Estado en el caso en concreto se acreditó que la empresa Harinera del Valle S.A., pagó oportunamente los dineros correspondientes a la liquidación de la Tasa Especial de Servicios Aduaneros, también se encuentra acreditado que la creación de la referida Tasa Especial de Servicios Aduaneros fue declarada inconstitucional, mediante sentencia C-992 de 2001 en dicho pronunciamiento judicial se pudo constatar la responsabilidad patrimonial atribuible al Estado legislador, ya que los pagos que realizó la sociedad Harinera del Valle S.A, se realizaron con base en una norma declarada inconstitucional por la Corte Constitucional, por lo que es razonable que se declare la responsabilidad patrimonial de la entidad pública demandada y como consecuencia de ello, se decida revocar la sentencia de primera instancia.

buscaban que el Congreso de la república respondiera patrimonialmente por los daños generados a causa de la expedición y aplicación de los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000, a través de los cuales se creó la Tasa Especial por Servicios Aduaneros (TESA), disposiciones normativas que consecutivamente fueron declaradas inconstitucionales por la Corte Constitucional.

3.2.9.4 Sentencia del 16 de julio de 2015. Radicado número (25000-23-26-000-2003-00192-01(31175))⁵⁵

El respectivo tribunal negó las pretensiones de la demanda, al considerar que, el pago realizado por la demandante en ocasión a lo impuesto por la ley constituye un daño jurídico, toda vez que existe un deber de soportar el pago de un tributo realizado al amparo de una ley que sea declarada inconstitucional.

El Consejo de Estado argumentó que, frente a la responsabilidad patrimonial del Estado por el hecho del legislador, el juez debe verificar inicialmente la existencia de la responsabilidad extracontractual, a saber⁵⁶:

Ahora bien, expresa el Consejo de Estado, que para efectos de la declaratoria de responsabilidad del Estado resulta pertinente y necesario deslindar los conceptos de situación jurídica consolidada y reparación de un daño antijurídico, tal y como lo señala el artículo 90 de la Constitución Política. En efecto, aun cuando en determinadas situaciones en materia de acción de nulidad y restablecimiento del derecho pudiere llegar a considerarse como viable la teoría de las situaciones jurídicas consolidadas, desde el punto de vista de la responsabilidad extracontractual del Estado legislador, tal argumento no resulta válido, por cuanto, justamente, lo que se consolidó con el pago

⁵⁵ A partir de la presente providencia, procede la sala a analizar y decidir sobre el recurso de apelación interpuesta por WHITEHALL LABORATORIOS LIMITED al negar el tribunal administrativo de Cundinamarca las pretensiones de la demanda instaurada contra el Congreso de la República con el fin de declarar la responsabilidad por el daño causado por la expedición y aplicación de los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000, mediante los cuales se creó la Tasa Especial por Servicios Aduaneros, disposiciones normativas que a la postre fueron declaradas inconstitucionales por la Corte Constitucional.

⁵⁶ i) la existencia de un daño antijurídico; ii) la imputación del daño a la acción u omisión de la Autoridad Pública; y iii) el nexo de causalidad existente entre el daño y la imputación. Frente a la antijuridicidad del daño, este no puede quedar sometido a la modulación de los efectos de la sentencia que declare la inexecutable de la norma, como lo expresa la sentencia del 27 de mayo de 2015, pues las situaciones que se hubieren consolidado antes de la declaratoria de inconstitucionalidad, se exoneraría a la responsabilidad patrimonial del Estado al no estar modulados los efectos de la sentencia, es decir, se consideraría daño antijurídico solo aquel que se presente con posterioridad a la declaración lo cual generaría un imposible jurídico al ampararse situaciones jurídicas fundamentadas en normas que ya no existen, razón por la cual se imposibilita la configuración de la falla del servicio del legislador (Colombia, Consejo de Estado, sección tercera, Sentencia 16 de julio del 2015).

del tributo inconstitucional fue un daño antijurídico cuya indemnización procede en sede de la acción de reparación directa, en la medida, como es evidente, en que se verifiquen los demás elementos de la responsabilidad patrimonial de las autoridades públicas. Así, al contrario de lo que se ha venido afirmando, la existencia de una situación jurídica particular consolidada bajo el amparo de una ley inexecutable permite determinar o entender configurada la certeza del daño antijurídico acaecido.

3.2.10 Sentencia 31 de octubre de 2016 Consejo de Estado, Sección tercera, Caso de Goodyear Colombia S.A Sentencia No. 25000-23-26-000-2003-00175-01(28741), recurso de apelación por el Congreso⁵⁷

En el presente caso le corresponde al Consejo de Estado en Sección Tercera resolver recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 27 de julio de 2004, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca⁵⁸, en cumplimiento de las órdenes de tutela

⁵⁷ Antecedentes de la demanda: 1) El 30 de enero de 2003, Goodyear de Colombia S.A. formuló demanda de reparación directa contra la Nación–Congreso de la República para que se le declarara patrimonialmente responsable de los perjuicios sufridos con ocasión del pago de la tasa especial por servicios aduaneros TESA. 2) 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 estimó en \$831.931.000. 3) En apoyo de las pretensiones, la parte demandante afirmó que el Congreso de la República aprobó la Ley 633 de 2000, que en sus artículos 56 y 57, creó la tasa especial por servicios aduaneros TESA. Resaltó que dichas normas fueron declaradas inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-992 de 2001 sin modulación temporal de su decisión, ya que la Ley Estatutaria 270 de 1996 permite a la Corte Constitucional dotar de efectos retroactivos a sus decisiones. Así, dicha Corporación ha ordenado expresamente la devolución de impuestos cobrados y posteriormente declarados inexecutable. 4) Adujo que el daño es imputable a título de falla del servicio por la expedición y aplicación de una norma inexecutable y de daño especial por la alteración en la igualdad de las cargas públicas (Sentencia 31 de octubre de 2016 Sección tercera, Consejo de Estado).

⁵⁸ El Tribunal Administrativo de Cundinamarca en primera instancia consideró que, al ser declarados inexecutable los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000, se configuró una falla en la función legislativa que conlleva la indemnización del perjuicio causado. Pues en materia tributaria existe una presunción iuris tantum que sólo puede ser desvirtuado por dos vías: a) Mediante la interposición de una demanda ante la Corte Constitucional como uno de los derechos políticos más significativos del ciudadano y b) Mediante la aplicación constitucional preferente de las normas superiores por vía de excepción de inconstitucionalidad, cuando mediante una incompatibilidad, esto es, una oposición grave y ostensible entre la ley y la Constitución, de tal magnitud, que obliga a no esperar a acudir ante el juez constitucional, pero que sólo tiene efectos entre las partes.

proferidas por la Secciones Cuarta y Quinta del Consejo de Estado, que dejaron sin efecto el fallo de 26 de marzo de 2014 (C.P. Enrique Gil Botero) ya expuesto líneas atrás, y ordenaron proferir una nueva decisión.

Por lo tanto, al respecto, le corresponde a la sala resolver el siguiente problema jurídico, si el medio de control de reparación directa es el idóneo para reclamar la devolución de lo pagado con ocasión de un tributo declarado inexecutable.

Por ende, si un precepto no observa los principios para la creación de un tributo o desatiende uno de los presupuestos de procedimiento fijados en la Constitución o sustantivos para su correcta aplicación, el contribuyente afectado, si desea reclamar, puede hacerlo. No obstante, debe acudir primero ante la administración quien está dotada de la facultad de tomar decisiones ejecutivas, sin intervención judicial previa. La administración detenta el denominado “privilegio de lo previo”, que más que una prerrogativa a favor de la administración, debe ser entendido como un mecanismo a favor del ciudadano, pues está concebido para evitar en lo posible la controversia judicial. En caso de negativa o ante el silencio de la administración, la persona podrá acudir a la jurisdicción a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

La demanda en estos casos no deberá dirigirse contra la Nación-Congreso de la República, sino contra la entidad de la administración de impuestos que sea competente, no solo porque es la encargada de la recaudación efectiva, sino además porque estos proyectos de ley son de iniciativa privativa del gobierno. Cuando una ley, y esto es la regla general, requiere para su materialización efectiva la aplicación por la Rama Ejecutiva, es ésta y no el legislador, quien debe asumir los daños antijurídicos que llegare a generar. Ello, en modo alguno, supone negar la responsabilidad por el hecho de la ley, pero esta debe ser -por principio- excepcional, pues

siempre la legislación para su efectiva aplicación requerirá de la intervención de la administración.

En armonía con este procedimiento, el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, dispone que el medio control procedente es el de nulidad y restablecimiento del derecho para pedir la nulidad de un acto administrativo, para solicitar la reparación del daño causado con dicho acto o para pedir la modificación de una obligación fiscal o la devolución de lo que se pagó indebidamente. De ahí que la sociedad demandante debió pedir la devolución de lo indebidamente pagado con ocasión de la declaratoria de inexequibilidad del cobro la TESA, con fundamento en las disposiciones referidas del Estatuto Tributario y en lo no previsto allí por la primera parte del CPACA, y, en caso de obtener respuesta negativa o silencio de la Administración, demandar en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, vigente para la época (Colombia, Consejo de Estado, sección tercera, Sentencia 16 de julio del 2015).

En consecuencia, en el presente caso se configuró la ineptitud sustantiva de la demanda, en razón a que la sociedad demandante interpuso el medio de control de reparación directa con el propósito de obtener la devolución de lo pagado indebidamente, sin obtener el pronunciamiento previo de la administración, el cual una vez emitido, debió discutirse vía nulidad y restablecimiento del derecho. Por ello, la Sala se inhibió para conocer de las pretensiones de la demanda.

En razón a los anteriores argumentos es que la Sala revoca la sentencia 27 de julio de 2004, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y, en su lugar, declárase de oficio la ineptitud sustantiva y, en consecuencia, se inhibe para conocer sobre las pretensiones de la demanda.

Cabe agregar, un breve aporte en cuanto al último pronunciamiento del Consejo de Estado, con respecto a este caso. La Sección cuarta, de esta Corporación, conoció la tutela interpuesta por el Congreso contra la primera decisión de su condena. Tutela en la cual se argumenta la vulneración al debido proceso. Esta sección le da la razón al Congreso, ya que justifica los argumentos aludiendo, a que el medio de control utilizado no fue el idóneo, por cuanto debía, antes de interponer la acción de reparación directa, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra la DIAN, con la finalidad, de que le devolviera el dinero pagado. Y, solo después si frente a dicha petición no se lograba el cumplimiento de la finalidad, si se podía interponer la acción de reparación directa. Entonces, como se puede apreciar, El Consejo de Estado aún no ha creado un consenso al respecto, ya que contraría lo que se estableció también por la Sección tercera al condenar al Congreso. De esta manera la discusión continúa.

Es así que de acuerdo a lo esbozado se tienen dos títulos de imputación a analizar la falla del servicio⁵⁹ y el daño especial⁶⁰:

...el título de imputación, en punto de la responsabilidad del Estado al emitir normas posteriormente declaradas inconstitucionales, es la falla en el servicio. Así, se sustenta que el legislador está sujeto indiscutiblemente a la supremacía constitucional, en lo que corresponde a aspectos formales como de fondo, y una vez lesionados los postulados superiores al proferir una norma, se ha producido una falla en el servicio del Congreso, quien ha irrespetado las funciones y los mandatos que le han sido asignados en la estructura

⁵⁹ Se refiere a una responsabilidad directa del Estado por incumplimiento de una obligación, consistente en que se produce un daño debido a que dicha persona publica no ha actuado cuando debía hacerlo, ha actuado mal o ha actuado tardíamente (Rodríguez, 2013, p.616).

⁶⁰ Se fundamenta en la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas. Para que se estructure la responsabilidad del estado por daño especial se requiere una actividad legítima del estado y que en virtud de ella se genere la ruptura del principio de igualdad de todos frente a las cargas públicas. en ejercicio de sus obligaciones de control del orden público (ibídem p.621).

estatal. La falla en el servicio implica entonces que el estado ha fracasado en los servicios y funciones que le corresponden por lo que su actuar resulta ilícito, esto es, contrario a las normas establecidas (Ocampo, 2016, p.14).

Al respecto se expone en la siguiente sentencia del Consejo de Estado:

De todas maneras, en la falla probada del servicio, es necesario demostrar la irregularidad en el actuar público, es decir, la culpabilidad de la administración, lo que significa, que además de acreditar la actuación, el daño y el nexo causal, es preciso evidenciar un Estado alejado de criterios de buen servicio público y por el contrario, se presenta como vulnerador de derechos (Colombia, Consejo de Estado, Sentencia 07 de abril de 2011).

Y también se encuentra el otro título de imputación, sobre el cual el Consejo de Estado ha encauzado dicha responsabilidad, es el daño especial.

El daño especial es un título de imputación de responsabilidad estatal de carácter objetivo, esto es, que prescinde plenamente del elemento culpa o dolo. Así, ha sido usado por la jurisprudencia para atribuir responsabilidad al Estado en los casos en los que se ha producido un actuar legítimo de éste que ha desequilibrado las cargas públicas que deben soportar los ciudadanos, y por tanto, ha dado al traste con el principio de igualdad (Ocampo, 2016, p.16).

Sobre la base de las consideraciones anteriores, de acuerdo a los pronunciamientos del Consejo de Estado con respecto al título de imputación asignado a la responsabilidad extracontractual del Estado por el hecho del legislador se puede concretar en la siguiente tabla los dos títulos de

imputación asignados a este tipo de responsabilidad:

Tabla 1. *Títulos de imputación de responsabilidad extracontractual del Estado, como consecuencia de la actividad del legislador según jurisprudencia del Consejo de Estado*

Sentencia	Problemática	Falla del servicio	Daño especial
Sentencia del 25 de agosto de 1998, Sala Plena, Consejo de Estado.	Generación de daños causados por la inmunidad diplomática avalada por la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, pues en virtud de esta fue imposible obtener la indemnización correspondiente por parte de la Embajada de los Estados Unidos a raíz de la muerte del señor César Julio Cuervo en un accidente de tránsito que involucraba un vehículo diplomático y al coronel Edmundo Scott Smith de dicha Embajada.		El título de imputación jurídica sobre el cual se edificaba la responsabilidad estatal, 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 cuál un administrado en particular no tenía el deber de soportar, pues la carga pública que debe ser colectiva no debe correr a cargo de una persona en particular.
Sentencia del 15 de mayo de 2003, Sección tercera Consejo de Estado.	Acción de reparación directa contra la Presidencia de la República y otros por la expedición de los Decretos Ley 1064 y 1065 de 1999, que posteriormente fueron declarados inexecutable mediante sentencia C-918 de 1999.	La acción de reparación directa es la idónea, para declarar la responsabilidad del Estado por los 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. Sí es procedente para obtener la indemnización frente a una norma declarada inexecutable, bajo el título de imputación de una falla en el servicio.	

Tabla 1. (Continuación)

<p>Sentencia 08 de marzo del 2007 de la sección tercera del Consejo de Estado</p>	<p>Reclamación de indemnización proveniente de actos administrativos expedidos con arreglo a la Constitución y la ley y cuya legalidad no se controvierte, sobre la base de que al imponerse al administrado una carga especial que no tiene por qué padecer se presenta un rompimiento del equilibrio en las cargas públicas.</p>	<p>En el presente caso el Consejo de Estado analiza que el título de imputación a aplicar sería el daño especial, en razón a que bajo una actuación legítima de la administración se genera un desequilibrio a una persona frente a las cargas públicas que este debería soportar, sin embargo, se queda solo en el análisis y la enunciación, pero no se le reconoce al autor.</p>
<p>Sentencia 08 de mayo de 2013 Consejo de Estado, Sección tercera.</p>	<p>Reconocimiento y pago de las cesantías causadas y no pagadas con sus respectivos intereses, la indemnización por despido injusto, la indemnización moratoria, los salarios dejados de devengar desde el despido hasta la fecha, la indexación monetaria y la pensión sanción. - La actora no pudo acceder a la justicia para reclamar sus derechos laborales, como consecuencia de la ratificación hecha por Colombia de la Convención de Viena, mediante la Ley 6° de 1972.</p>	<p>Tratándose de daños causados por embajadas o misiones diplomáticas acreditadas en el país, la responsabilidad del Estado se configura bajo el título de imputación del daño especial, entendido como aquel derivado de actuaciones legítimas de la autoridad pública, en el caso concreto la aprobación y ratificación de la Convención de Viena que estipula la inmunidad de jurisdicción, que pueden causar daños a los administrados rompiendo la equidad frente a los deberes inherentes a los demás y en consecuencia deben ser indemnizados.</p>
<p>Sentencia 26 de marzo de 2014 Consejo de Estado, Sección tercera, Caso de GOODYEAR Colombia S.A</p>	<p>Se resuelve la imputación fáctica del Estado, y demás elementos para la configuración de dicha responsabilidad por el hecho del legislador, representado por el Congreso de la República, en razón a que fue quien expidió una norma declarada inexecutable por la Corte Constitucional a través de la sentencia C-992 del 19 de septiembre de 2001.</p>	<p>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-, aun 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.</p>

<p>Sentencia del 29 de abril del 2015, Consejo de Estado, Sección tercera, Caso de Hyundai Colombia S.A</p>	<p>Es patrimonialmente responsable el Estado por perjuicios ocasionados al demandante que para este caso en particular es Hyundai Colombia automotriz s.a. como consecuencia de la expedición y aplicación de los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000, mediante los cuales se creó la Tasa Especial por Servicios Aduaneros los cuales posteriormente fueron declarados inconstitucionales por la Corte Constitucional.</p>	<p>se justificó la falla del servicio en el que incidió el Legislador debido a que los pagos que realizó la sociedad Hyundai Colombia Automotriz S.A., por concepto de la Tasa Especial de Servicios Aduaneros, se fundamentaron en una norma declarada contraria a la Constitución Política por dicho Alto Tribunal</p>
<p>Sentencia del 27 de mayo del 2015, Consejo de Estado, Sección tercera. Caso de sociedad Dow Química de Colombia S.A</p>	<p>Es patrimonialmente responsable de los perjuicios ocasionados a la parte actora (sociedad Dow Química de Colombia S.A), debido al daño causado a la sociedad demandante por la expedición y aplicación de los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000, mediante los cuales se creó la Tasa Especial por Servicios Aduaneros, disposiciones normativas que a la postre fueron declaradas inconstitucionales por la Corte Constitucional y por omitir darle efectos retroactivos al fallo en cuestión.</p>	<p>la empresa Dow Química de Colombia S.A., pagó oportunamente los dineros correspondientes a la liquidación de la Tasa Especial de Servicios Aduaneros, y que la creación de la referida Tasa Especial de Servicios Aduaneros fue declarada inconstitucional, mediante sentencia C-992 de 2001 y aunque la Corte Constitucional no moduló en manera alguna los efectos de la declaratoria de inexecutable de los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000, lo cierto es que ese pronunciamiento judicial puso en evidencia la falla del servicio en que incurrió el Estado legislador, toda vez que la sociedad hizo los respectivos pagos fundamentándose en una norma declarada contraria a la Constitución Política por dicho Alto Tribunal.</p>
<p>Sentencia del 16 de Julio del 2015, Consejo de Estado, Sección tercera. Caso de harinera del valle S. A</p>	<p>El Congreso de la republica respondiera patrimonialmente por los daños generados a causa de la expedición y aplicación de los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000, a través de los cuales se creó la Tasa Especial por Servicios Aduaneros (TESA), disposiciones normativas que consecutivamente fueron declaradas inconstitucionales por la Corte Constitucional.</p>	<p>se pudo constatar la responsabilidad patrimonial atribuible al Estado legislador, ya que los pagos que realizó la sociedad Harinera del Valle S.A, se realizaron con base en una norma declarada inconstitucional por la Corte Constitucional, por lo que es razonable que se declare la responsabilidad patrimonial de la entidad pública demandada</p>

Fuente: Autor del trabajo

3.3 Lineamientos jurídicos para la declaratoria de Responsabilidad extracontractual del Estado, como consecuencia de la actividad del legislador frente a la ley inexecutable.

Luego de haber expuesto los títulos de imputación que se han utilizado por el Consejo de Estado colombiano para la existencia de responsabilidad extracontractual del Estado frente al hecho del legislador y de acuerdo al análisis realizado, se establecerá a continuación los lineamientos jurídicos para la determinación del daño antijurídico, como consecuencia de la actividad del legislador frente a la declaración de la ley inexecutable por la Corte Constitucional en Colombia.

...para la Sala es claro que puede existir responsabilidad del Estado derivada de una norma declarada inexecutable por la Corte Constitucional, pero para que esta se configure, deben estar plenamente acreditados sus dos elementos constitutivos, esto es la ocurrencia del daño antijurídico y la imputación al ente demandado (Colombia, Consejo de Estado, sección tercera, Sentencia 09 de julio de 2014)

Es así, que es importante primero concretar lo expuesto en el capítulo I frente a los elementos de la responsabilidad extracontractual, con la finalidad de constatar si con base en aquellos elementos hay lugar a imputar al Estado colombiano, los daños que se generen, como consecuencia de la actividad del legislador, frente a la declaración de la ley inexecutable.

El artículo 90 de la Constitución Política de Colombia desarrolla la responsabilidad estatal dentro de los siguientes supuestos: 1. Que se cause un daño a una persona; 2. Que ese daño sea imputable, por acción u omisión a una autoridad pública (la administración en sentido anónimo o a un funcionario determinado), y 3. Que ese daño sea antijurídico. El daño es antijurídico no solo cuando la administración que lo causa actúa irregularmente, sino cuando esa conducta lesiva este ajustada al ordenamiento. Cuando se afirma que el daño se produjo sin falta o falla de la administración, pero que el que lo sufre no tenía por qué soportarlo, el acreedor deberá

demostrar el daño y por qué pese a ser legal la actuación de la administración, no tenía por qué sufrirlo. La Constitución, a pesar de su amplitud en la materia de responsabilidad no la hizo exclusivamente objetiva ni borro del ordenamiento la responsabilidad por falla del servicio. Las nociones de imputabilidad y de daño antijurídico así lo dan a entender (Gil, 2013, p.29).

Además, se concretan los elementos del daño antijurídico, para que se genere la Responsabilidad del Estado como parte de su estructura.

El daño antijurídico, a efectos de que sea indemnizable, requiere que este cabalmente estructurado, por tal motivo, se torna imprescindible que se acrediten los siguientes aspectos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama: i) que se lesione un derecho, bien o interés protegido legalmente por el ordenamiento; ii) debe ser antijurídico, esto es, que la persona no tenga el deber jurídico de soportarlo; iii) que sea cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente; por ende, no puede limitarse a una mera conjetura (Gil, 2013, p.36).

De manera que el daño antijurídico se determina como un elemento fundamental para la constitución de la responsabilidad patrimonial del Estado colombiano, no siendo el único, ya que se ha dicho jurisprudencialmente que la actuación (acción u omisión) de la Administración también se debe generar, teniendo en cuenta, que esta se constituye como la imputación fáctica u objetiva determinante de la responsabilidad del Estado. Y que además de esta imputación fáctica, se debe generar la imputación jurídica, es decir, acreditar la conducta bajo el marco normativo, que se enmarca dentro de los llamados títulos de imputación o fundamentos jurídicos de la responsabilidad del Estado.

Teniendo en cuenta la compilación de los anteriores elementos de la Responsabilidad del Estado, ahora es posible entrar a determinar el objeto de esta investigación dentro de cada parte resaltada de acuerdo a las situaciones fácticas analizadas en este capítulo.

Al respecto del caso de las Sentencia del 15 de mayo de 2003, Sección tercera Consejo de Estado se analizan y establecen los siguientes lineamientos para la determinación de la responsabilidad del Estado-legislador por la declaración de la norma inconstitucional. 1) La Existencia del daño: perjuicios al actor por la aplicación de una norma inconstitucional 2) el daño es imputable a una acción de la función legislativa 3). El daño es antijurídico ya que: i) se lesiona el derecho del actor protegido legalmente. ii) el actor no tiene el deber jurídico de soportarlo y iii) es cierto, como se demuestra con las pruebas.

Entonces, se acredita el daño antijurídico, la imputación fáctica, a que la conducta si se atribuye a la función legislativa y la imputación jurídica ya que en este caso el título de imputación sería la falla en el servicio.

En este mismo orden se traen a colación los casos fallados por el Consejo de Estado, frente a la declaración de la Responsabilidad del Estado por el hecho del legislador en razón a la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000, en los cuales se creó la Tasa Especial de Servicios Aduaneros (TESA). Al respecto se analizan los mismos lineamientos para la determinación de dicha responsabilidad en todos los casos ya expuesto líneas atrás.

Al respecto en estos casos en cuanto a la existencia de un daño antijurídico proveniente de la acción legislativa y la causalidad entre estos; dicho daño antijurídico, se entiende como tal, toda vez que los administrados no se encuentran en la obligación de soportar una carga impuesta por la autoridad legislativa que ha sido expulsada del ordenamiento jurídico. Seguidamente reitera la jurisprudencia del Consejo de Estado, en relación a la modulación, expresando que la existencia

de esta, no interfiere a la hora de la declaratoria de responsabilidad, pues si bien la inexequibilidad de la ley se proclamó posterior a su expedición, su génesis devenía inconstitucional, es por ello que todo daño generado a causa de este debe ser indemnizado al tener el carácter de antijurídico. Finalmente, es evidente que el régimen de responsabilidad aplicable para este caso en particular es la falla del servicio, pues al crearse un gravamen que no reportaba ninguna justificación, servicio o beneficio al contribuyente generaba una afectación patrimonial a este, es decir, se establece dicho régimen de imputación por la incorrecta acción legislativa.

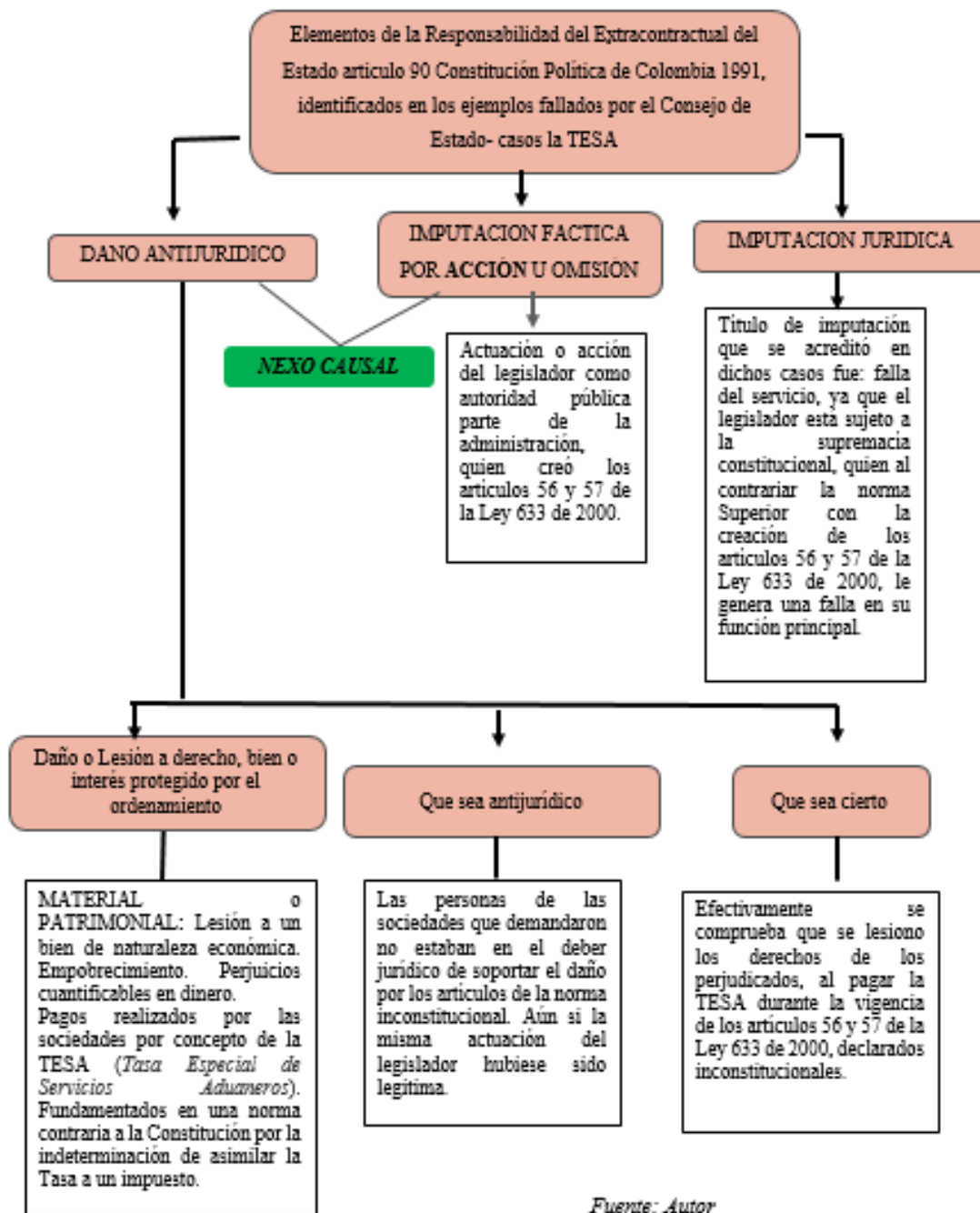


Figura 2. Lineamientos jurídicos para la determinación de la Responsabilidad Extracontractual del Estado como consecuencia de la actividad del legislador frente a la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000, en los cuales se creó la Tasa Especial de Servicios Aduaneros (TESA)

En el anterior cuadro se pueden identificar los lineamientos que, de acuerdo al análisis realizado en la presente investigación, tuvo en cuenta el Consejo de Estado en estos casos para determinar el daño antijurídico como indicador principal para la generación de responsabilidad del Estado por el hecho del legislador. Sin embargo, es importante aclarar que respecto al estudio de estos casos el Consejo de Estado no tiene unanimidad en esta determinación, ya que de acuerdo a la identificación de la falla del servicio se pueden evidenciar dos posturas diferentes la primera:

...el daño causado a los accionantes, si bien existió, no resultó antijurídico ya que las sentencias de constitucionalidad al no tener un efecto retroactivo, permiten deducir que mientras la norma estuvo vigente fue amparada por los principios de legalidad y seguridad jurídica, por lo que, el particular estaba en obligación de soportar el daño originado, en virtud a la consagración normativa existente...Dado que no consideran estos⁶¹ la antijuridicidad del daño, no profundizan en gran medida sobre el título de imputación, aunque dejan establecido que se trata en estos casos de una falla en el servicio, tal como se ha reconocido en el derecho comparado. (Ocampo, 2016, p.11).

Es decir, en algunos casos el Consejo de Estado determino que el daño no era antijuridico, en razón, a que la Corte Constitucional no le dio efectos retroactivos a su declaratoria de inexequibilidad, razón por la cual descarto de entrada la responsabilidad extracontractual del Estado.

⁶¹ - Consejo de Estado. Radicado: 26.690, 24 de octubre de 2013. Magistrado Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.-Consejo de Estado de Colombia. Radicado: 28.864, 26 de marzo de 2014. Magistrado Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.- Consejo de Estado de Colombia. Radicado 27.364, 27 marzo 2014, Magistrado Ponente: Danilo Rojas Betancourth.- Consejo de Estado de Colombia. Radicado: 29.355, 20 de octubre de 2014. Magistrado Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.- Consejo de Estado de Colombia, Radicado: 28.741, 26 marzo de 2014. Magistrado Ponente: Enrique Gil Botero.

En el presente asunto, no se observa cuál es 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 (Colombia, Consejo de Estado, Sección tercera, Sentencia 24 de octubre de 2013).

Y la segunda postura: la que establece que aparte de que si hay daño este daño es antijurídico ya que como se estableció en el mapa conceptual, figura 1, el legislador si es responsable por su mala e ilegítima actuación.

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... Como se advierte, a fortiori resulta incontestable que si se puede decretar en cualquier tiempo la responsabilidad del Estado por la ley executable 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 inexecutable (Colombia, Consejo de Estado, Sección tercera, Sentencia 26 de marzo de 2014).

Sin embargo, pese a la existencia de estas dos posturas con respecto al título de imputación de falla del servicio, para este tipo de responsabilidad la carga de demostrar la culpabilidad del legislador para el perjudicado será mayor, además que los legisladores podrán defenderse con el argumento de la ausencia de negligencia o culpa en la promulgación de la norma (Ocampo, 2016).

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 inexequibilidad 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 (Colombia, Consejo de Estado, Sección tercera, Sentencia 26 de marzo de 2014)

Es así, que, según el análisis realizado, con respecto a cuál sería el título de imputación más idóneo para establecer la responsabilidad extracontractual del Estado, por el hecho del legislador, frente a la norma inconstitucional, podría decirse que depende de los efectos que la Corte Constitucional le dé a su fallo de inexequibilidad. Ya que, cuando ésta Corporación declara los efectos retroactivos en su decisión con respecto a la norma demanda, el título de imputación a aplicar debería ser la falla del servicio, en razón a que se está reconociendo que el legislador desde el momento en que creo la norma y ésta entro a regir, dicha norma siempre contrario los postulados de la Norma Superior, por lo tanto, desde ese momento, la conducta del legislador fue ilegítima,

porque la presunción de validez antes de la inexecutableidad se anuló; así el legislador se ampare en el presupuesto del cumplimiento de sus funciones, consagradas en la misma Constitución. Pero, cuando la Corte Constitucional no declara los efectos retroactivos en su decisión, con respecto a la norma inconstitucional, el título de imputación a establecer frente a la responsabilidad extracontractual del Estado sería el daño especial, en razón a que, bajo el principio de presunción de validez de la norma, cuando el legislador creó la norma y esta entró a regir se presumió válida y, por lo tanto, constitucional. Es decir, que, a partir del juicio de validez de la Corte, al no reconocer retroactivamente con su decisión, el tiempo en que la norma se aplicó, no podría decirse que la conducta del legislador fue ilegítima, en el momento que se ocasiona el daño. Al contrario, dicha conducta fue legítima, pero se ocasionó un daño. Es decir, no importa los efectos que la Corte Constitucional le dé a sus fallos, para determinar la Responsabilidad extracontractual del Estado, ya que independientemente de los efectos, la Responsabilidad se genera en estos casos, si se reúnen los elementos para su configuración. Además, el establecimiento de dicha responsabilidad corresponde al Consejo de Estado. Entonces, independientemente de los *efectos ex tunc* o *ex nunc*, que la Corte le dé a sus fallos de inexecutableidad, si se genera un daño antijurídico y se logra demostrar los elementos para la configuración de la Responsabilidad extracontractual del Estado, ya sea bajo el régimen objetivo de responsabilidad si se declara la existencia de efectos *ex tunc* o bajo el régimen subjetivo de responsabilidad si se declara la existencia de efectos *ex nunc*. El sustento igual es válido para la declaración.

En conclusión, la determinación de los lineamientos, quedan acá expuestos desde el análisis jurisprudencial y doctrinal realizado, frente a los cuales se aclara que; en razón a que hasta el día de hoy no existe una norma que determine estas condiciones para la declaración de dicha responsabilidad, es un tema que no se concreta, se contradice y se adecua al contexto en el cual se

está abordando cada caso en concreto por el Consejo de Estado. Por dicha razón, es una construcción que se puede realizar bajo el criterio de argumentos sustentados por el Consejo de Estado.

No obstante, en definitiva, se puede decir; que actualmente si se encuentra responsable en Colombia al legislador por la expedición de normas que entradas en vigencia son declaradas inexecutable, bajo el título de imputación de falla del servicio, pero este título puede ser inestable para dicha declaración, en razón a los argumentos anteriormente expuestos. Por lo tanto, los lineamientos dependen del caso en concreto, en donde ya existe un precedente, que sirve como fundamento para amparar a los perjudicados por este tipo de acciones.

4. Conclusiones

- ✓ Como primera conclusión, es importante señalar que se dio cumplimiento a lo estipulado en cada uno de los objetivos de la presente investigación, estableciendo las condiciones bajo las cuales el hecho del legislador, compromete la Responsabilidad Extracontractual del Estado frente a la norma inconstitucional.
- ✓ Se analizó la Responsabilidad Extracontractual del Estado colombiano desde sus comienzos, influenciada por el derecho francés y el concepto del daño antijurídico y sus elementos como parte de la estructura de la configuración de dicha Responsabilidad, a partir del artículo 90 constitucional y los pronunciamientos tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional, concluyendo que no sólo basta con la configuración del daño antijurídico, sino además la imputación fáctica al Estado y el nexo o relación de causalidad entre estas dos, acreditando el daño bajo algún título de imputación reconocido vía jurisprudencial, de los cuales

solo se analizan dos; la falla del servicio y el daño especial, en razón a que son los estudiados dentro de la problemática establecida en esta investigación. El primero, inmerso dentro del régimen subjetivo de responsabilidad del Estado y el segundo dentro del régimen objetivo; teniendo en cuenta que en el régimen objetivo no es necesario probar la culpa del legislador, ya que solo basta con la configuración del daño antijurídico y que la conducta provenga del actuar legítimo del legislador. Además, para que se configure el daño antijurídico, también se deben dar otros elementos para el mismo; estos son: la existencia del daño o lesión a un individuo o grupo de individuos, que el daño sea antijurídico, lo cual implica que se genere un menoscabo o perjuicio que sufre la víctima en su patrimonio o en sus derechos personalísimos, sin tener el deber jurídico de soportarlo, y por supuesto que el daño sea cierto.

- ✓ El nexo de causalidad se entiende como la relación causa efecto que debe darse entre la acción u omisión por parte de la administración y el daño antijurídico probado. Su rompimiento se puede generar dependiendo del régimen de responsabilidad, si es régimen subjetivo en donde se encuentra la falla del servicio, el demandado (Estado-legislador) se puede exonerar probando que actuó con diligencia y cuidado además de causa extraña (fuerza mayor, caso fortuito, culpa exclusiva de la víctima o hecho de un tercero) a diferencia si es régimen objetivo en el cual se encuentra el título de imputación de daño especial, el demandado (Estado-legislador) no se puede exonerar demostrado que actuó con diligencia y cuidado, pero si demostrando una de las causas extrañas descritas, ya que en este régimen el Estado compromete su responsabilidad sin que medie culpa.
- ✓ La Responsabilidad extracontractual del Estado colombiano, como consecuencia del hecho del legislador frente a la norma inconstitucional, se puede argumentar bajo el artículo 90 constitucional, teniendo en cuenta que el legislador hace parte de las autoridades públicas, a las

cuales hace alusión el artículo. Sin embargo, en éste caso en específico el legislador se puede salvaguardar bajo el sustento de representar la voluntad general del pueblo colombiano, y que actuó con diligencia y cuidado. Por otro lado, la declaratoria de inexecutable por parte de la Corte Constitucional, respecto a una norma, no constituye el solo hecho de manera automática responsabilidad del Estado, se necesita de la configuración del daño antijurídico y la imputación al ente demandado. Entonces, para que una acción de reparación directa prospere, según algunos pronunciamientos del Consejo de Estado, se necesita inicialmente que la Corte Constitucional declare los efectos *ex tunc* o retroactivos en su sentencia, ya que los hechos consolidados, si no se hace esta declaración por parte de la Corte, se entienden amparados bajo la vigencia en el principio de legalidad y seguridad jurídica. Sin embargo, surgen las siguientes respuestas al análisis realizado: 1) la Corte Constitucional no es la competente para determinar a partir de los efectos en su decisión, cuándo el Consejo de Estado debe evaluar si un ciudadano colombiano no está en el deber jurídico de soportar una carga que le impone el Estado y 2) Si la Corte no declara los efectos retroactivos a su decisión, cuando se ha aplicado a un grupo de ciudadanos una norma declarada inexecutable, no se abre entonces la posibilidad, que este grupo de personas o quien se considere afectado, demande al Estado por el hecho del legislador, y se estudie entonces la posible existencia de la responsabilidad extracontractual del Estado, muy a pesar de que se configuren los elementos para la declaración, a partir del principal elemento que es el daño antijurídico, cuando la Corte Constitucional no le ha dado la posibilidad de analizarlo bajo el sustento de no retrotraer los efectos de su decisión. Sin embargo, existen otros pronunciamientos más actuales y razonables fundamentados en el principio de supremacía constitucional en que, independientemente de que la Corte Constitucional colombiana, pueda declarar los efectos, excepcionalmente retroactivos con su decisión frente a normas aplicadas

bajo su vigencia que se declaran inconstitucionales, no importan los efectos que declare retroactivos o pro futuro, ya que si se trata de responsabilidad extracontractual del Estado, la sola aplicación a los ciudadanos de una norma inconstitucional y declarada inexecutable, puede generar daño antijurídico, en razón a que la obligación dispuesta de la norma, los ciudadanos no tenían por qué acatar, cuando esta contrariaba la Constitución.

- ✓ Cuando se enfrentan el principio de supremacía constitucional y el principio de seguridad jurídica, la prevalencia de alguno de los dos principios, frente a la declaración de los efectos de una decisión de la Corte Constitucional colombiana, en cuanto a la determinación de inexecutableidad de una norma, depende de cada caso en concreto. No obstante, como lo ha reiterado la misma Corte, el principio de seguridad jurídica debe ceder siempre ante los criterios de justicia material, y otros principios como el de supremacía constitucional, no siendo menos importante, que éste principio, si las condiciones así lo disponen.
- ✓ Respecto a la voluntad general de los ciudadanos colombianos, quienes por razones subjetivas u objetivas entregan el poder en los representantes, para que legislen, no puede esto constituir justificación para no considerar la posibilidad de creación de normas inconstitucionales declaradas inexecutables, ya que no se puede consagrar como un sustento válido que el mismo pueblo es quien ha entregado esa facultad de representación. Por lo tanto, la actividad del legislador, aunque sea representar la voluntad general del pueblo se ve supeditada al amparo constitucional.
- ✓ El principio de presunción de validez de la ley genera, en el ciudadano, la confianza en el poder legislativo frente al mandato a ejecutar a partir de la entrada en vigencia de determinada ley, la cual se considera ajustada a la Constitución. Sin embargo, como se ha descrito, la rigurosidad de aplicación de este principio, puede ocasionar la obediencia a mandatos contrarios a la

Constitución, de los cuales se desprenden perjuicios que los ciudadanos no están en el deber jurídico de soportar y que no se dejarán de aplicar hasta que no se demuestre dicha contrariedad. Pero, muy a pesar de que se demuestre dicha contrariedad, si se trata de una ley inconstitucional, la Corte Constitucional tiene el deber de sacarla de la vida jurídica. Es entonces, en este instante, donde se reafirma por parte de la corporación competente de guardar la supremacía e integridad de la Constitución, que la aplicación de la norma fue eficaz, pero no fue válida, ni fue constitucional.

- ✓ La primera condena al Estado por el hecho del legislador fue en 1998, en la cual se afirmó que el título de imputación por dicha problemática era el daño especial, el cual se constituyó por 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 el particular no tenía el deber jurídico de soportar, pues la carga pública que debe ser colectiva, no debe correr a cargo de una persona en particular. Seguidamente, en el 2003 en un caso similar, el título de imputación cambió a la falla del servicio teniendo en cuenta que la aplicación de una norma que ha sido declarada inexecutable, deja a la vista una falla en el ejercicio de la función pública. Y en el 2014, se da uno de los antecedentes más importantes para declarar responsabilidad al Estado por la declaración de una norma inconstitucional y es el caso de GOOD YEAR S.A Colombia, en el cual se determina que el título de imputación es la falla del servicio, ya que el legislador está sujeto a la Supremacía constitucional, y al contrariar la norma Superior con la creación de los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000, se genera una falla en su función principal. Al respecto se dieron varios fallos en razón a que con este precedente otras sociedades también habían pagado la TESA. En los cuales, se

establecieron los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado. 1) El daño antijurídico: 1.1) Daño patrimonial o lesión a un bien de naturaleza económica por los perjuicios cuantificables en dinero, de acuerdo a los pagos realizados por las sociedades por concepto de la TESA fundamentados en una norma contraria a la Constitución. 1.2) El daño fue antijurídico ya que las personas de las sociedades que demandaron no estaban en el deber jurídico de soportar el daño por los artículos de la norma inconstitucional. 1.3) el daño fue cierto ya que, efectivamente se comprueba que se lesionó los derechos de los perjudicados, al pagar la TESA durante la vigencia de los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000, declarados inconstitucionales. 2) la imputación fáctica fue la actuación o acción del legislador como autoridad pública parte de la administración, quien creó los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000. 3) y la imputación jurídica: fue el título de imputación que se acreditó en dichos casos, siendo la falla del servicio. Sin embargo, en algunos casos, el Consejo de Estado determinó que el daño no era antijurídico, en razón, a que la Corte Constitucional no declaró los efectos retroactivos a su declaratoria de inexequibilidad, razón por la cual descartó de entrada la responsabilidad extracontractual del Estado. Y, en otros si se justifica el título de imputación estableciendo que si hay daño y este daño es antijurídico ya que el legislador si es responsable por su mala e ilegítima actuación. Y no importa los efectos temporales que la Corte Constitucional le dé a sus fallos.

- ✓ La jurisprudencia del Consejo de Estado en Colombia, ha asignado la falla del servicio como régimen jurídico de responsabilidad imputable al Estado por el hecho del legislador, cuando expide una ley que posteriormente es declarada inconstitucional, con la cual se ocasiona daño antijurídico. Dicho daño debe reunir los elementos descritos para hacer parte de la estructura de esta responsabilidad, con la finalidad de ser indemnizable.

- ✓ Pese, a que dentro del ordenamiento jurídico colombiano, existe un régimen aplicable a la responsabilidad del legislador por leyes declaradas inconstitucionales, el reconocimiento de la responsabilidad Estado-legislador por la declaratoria de inconstitucionalidad, sólo se ha presentado en casos muy particulares, tal como lo son los casos estudiados por el Consejo de Estado, frente al pronunciamiento de la Corte Constitucional en la sentencia C-992 del 19 de septiembre de 2001, donde se declaró la inconstitucionalidad de los artículos 56 y 57 de la referida Ley 633 de 2000, dentro de los cuales se consagraban la creación de una tasa especial como contraprestación por el costo de los servicios aduaneros.

Al respecto queda claro que el título de imputación aplicado por el Consejo de Estado, para la problemática enmarcada en esta investigación, es la falla del servicio, sin embargo, luego del análisis realizado, es posible afirmar que muy a pesar de los argumentos del Consejo de Estado, en cuanto al título de imputación más idóneo, para establecer la responsabilidad extracontractual del Estado, por el hecho del legislador, frente a la norma inconstitucional, podría decirse, que la afirmación, depende de los efectos que la Corte Constitucional le dé a su fallo de inexequibilidad. Ya que, cuando ésta Corporación declara los efectos retroactivos en su decisión con respecto a la norma demandada, el título de imputación a aplicar debe ser la falla del servicio, en razón a que se está reconociendo que el legislador, desde el momento en que creó la norma y ésta entro a regir, dicha norma siempre contrarió los postulados de la Norma Superior, por lo tanto, desde ese momento, la conducta del legislador fue ilegítima, porque la presunción de validez, antes de la inexequibilidad se anuló; así el legislador, se ampare en el presupuesto del cumplimiento de sus funciones, consagradas en la misma Constitución. Pero, cuando la Corte Constitucional no declara los efectos retroactivos en su decisión, con respecto a la norma inconstitucional, el título de imputación a establecer, frente

a la responsabilidad extracontractual del Estado, es el daño especial, en razón a que, bajo el principio de presunción de validez de la norma, cuando el legislador crea la norma y ésta entró a regir, se presumió válida, y, por lo tanto, constitucional. Es decir, que, a partir del juicio de validez de la Corte, el no reconocer retroactivamente con su decisión, el tiempo en que la norma se aplicó, no podría decirse que la conducta del legislador fue ilegítima, en el momento que se ocasiona el daño. Al contrario, dicha conducta fue legítima, pero se ocasionó un daño. En últimas, no importan los efectos que la Corte Constitucional le dé a sus fallos, para determinar la responsabilidad extracontractual del Estado, ya que independientemente de los efectos, la responsabilidad se genera en estos casos, si se reúnen los elementos para su configuración. Además, el establecimiento de dicha responsabilidad corresponde al Consejo de Estado. Entonces, independientemente de los *efectos ex tunc* o *ex nunc*, que la Corte le dé a sus fallos de inexecutableidad, si se genera un daño antijurídico y se logra demostrar los elementos para la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado, ya sea bajo el régimen subjetivo de responsabilidad si se declara la existencia de efectos *ex tunc* o bajo el régimen objetivo de responsabilidad si se declara la existencia de efectos *ex nunc*. El sustento igual, es válido para la declaración.

- ✓ Respecto a la postura del Consejo de Estado en la determinación de la responsabilidad extracontractual del Estado, por el hecho del legislador cuando se declara la inexecutableidad de una norma por parte de la Corte Constitucional, se puede considerar que no están establecidas las condiciones con claridad, ya que su determinación es cambiante, siendo necesario estudiar cada caso en concreto, a partir del sustento constitucional del artículo 90 y del precedente en sus mismos pronunciamientos, en cuanto a la configuración de los elementos. Dicha falta de unanimidad de criterio, respecto a determinar la existencia o no de la

responsabilidad, a partir de los efectos que la Corte Constitucional le da a sus fallos de inexecutableidad, continua, contrariándose entre las mismas secciones sobre esta afirmación, tal y como está pasando con el caso más controversial que se ha dado en el tema, el caso de GOOD YEAR S.A. Colombia. Y es en este punto donde se concluye con el aporte de afirmar que la generación de dicha responsabilidad, no depende de los efectos en el tiempo que la Corte Constitucional establezca a sus fallos, sino de las condiciones que se determinan con esta investigación a partir del sustento jurídico encontrado.

- ✓ Con todo y lo anterior, en definitiva, las condiciones que dan lugar a la responsabilidad extracontractual del Estado por el hecho del legislador, cuando es declarada la inexecutableidad de una norma son: **1) La identificación del daño antijurídico:** equivale a verificar 1.1) *La existencia del daño*, perjuicio o lesión a un derecho, bien o interés de un individuo o un grupo de individuos protegido por el ordenamiento jurídico colombiano, con la aplicación de la ley. 1.2) *Que el daño sea antijurídico*, lo que implica examinar que el sujeto o los sujetos que sufren el daño, no están en el deber jurídico de soportarlo, con lo cual se analiza si se dio la injustificada aplicación de la norma inconstitucional declarada inexecutable al sujeto o a los sujetos afectados, por la obligación de acatar un precepto que no tiene validez por ser contrario a la Constitución Política y que, desde la óptica del principio de igualdad, puede llegar a ser una carga mayor en relación con la que asumen los demás ciudadanos, cuyas relaciones jurídicas no resultan afectadas por el precepto invalidado. 1.3) *Que el daño sea cierto*, en donde se debe comprobar la lesión al derecho del perjudicado o los perjudicados. **2) Se debe generar la imputación fáctica por acción u omisión de un agente del Estado:** lo que implica verificar la actuación por parte del Estado-legislador, con la creación y la aplicación de la norma declarada inexecutable por la Corte Constitucional. Además, entre la actuación imputable al

agente del Estado y el daño antijurídico causado, debe existir una relación de causalidad, ya que el daño debe ser efecto o resultado de aquella actuación. Si el daño no puede imputarse al legislador no habrá responsabilidad, puede ser por rompimiento del nexo de causalidad **3) Se debe acreditar la imputación jurídica**, bajo el marco normativo, que se da dentro de los llamados títulos de imputación o fundamentos jurídicos de la responsabilidad extracontractual del Estado. En esta última condición, la determinación del título de imputación, depende de los efectos temporales que la Corte Constitucional le dé a su fallo de inexecutableidad, ya que:

3.1) Será falla del servicio, cuando la Corte Constitucional haya declarado los efectos *ex tunc* en su decisión, en razón a que se está reconociendo que el legislador, desde el momento en que creó la norma y ésta entro a regir, dicha norma siempre contrarió los postulados de la Norma Superior, por lo tanto, desde ese momento, la conducta del legislador fue ilegítima, porque la presunción de validez, antes de la inexecutableidad se anuló; así el legislador, se ampare en el presupuesto del cumplimiento de sus funciones, consagradas en la misma Constitución. 3.2) Será daño especial, cuando la Corte Constitucional, no declare los efectos *ex tunc* de su decisión, en razón a que, bajo el principio de presunción de validez de la norma, cuando el legislador creó la norma y ésta entró a regir, se presumió válida, y, por lo tanto, constitucional, no obstante, se ocasiono un perjuicio con la aplicación de la norma, así la conducta del legislador haya sido legítima, si se verifica el rompimiento de la igualdad del afectado o los afectados frente a las cargas públicas se declara la existencia de este título de imputación.

Referencias bibliográficas

- Asamblea Nacional Constituyente (1991) *Constitución Política de Colombia*. Título I, de los principios fundamentales, Artículo 4.
- Alonso M. Y Ramírez E. (2011) La responsabilidad del Estado por el hecho del legislador. Universidad la Gran Colombia y Universidad Castilla la Mancha.
- Arenas C. & Jiménez M. (2001) Responsabilidad del Estado por el hecho del Legislador. Tesis. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá
- Barros B. E. (2006) Tratado de responsabilidad extracontractual. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.
- Botero M. P (s. f) Efectos retroactivos de las sentencias de inconstitucionalidad: consecuencia necesaria de la supremacía constitucional. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, Colombia.
- Belloso Martin N. (2015) El neoconstitucionalismo y el “nuevo” constitucionalismo latinoamericano: ¿Dos corrientes llamadas a entenderse? Universidad de Burgos, Brasil.
- Berrocal Guerrero L. E. (2009) Manual del Acto Administrativo, Librería Ediciones del Profesional, Bogotá.
- Barreto M. y Sarmiento L. (1997) Constitución Política de Colombia, de los derechos garantías y deberes, comentada por la Comisión de juristas.
- Bernal C. y Fabra J. (2013) La Filosofía de la Responsabilidad Civil. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la Responsabilidad Civil Extracontractual. Editores: Universidad Externado de Colombia.

Cifuentes González R. J (2016) *La Responsabilidad del Estado-Legislator: desde la irresponsabilidad hasta un nuevo título de imputación*. Pontificia Universidad Javeriana.

Bogotá.

Constitución Política de Colombia. Artículo 90. Gaceta Constitucional N°127 del 10 de Octubre de 1991.

Constitución Española. Artículo 106, numeral 2. Aprobada por las Cortes el 31 de octubre de 1978.

Código Civil Colombiano, Ley 57 de 1887, art. 4o. Con arreglo al artículo 52 de la Constitución de la República. Sancionado el 26 de mayo de 1873.

Colombia, Consejo de Estado, Sección tercera, Sentencia del 18 de octubre 1990. M.P Julio Cesar Uribe Acosta. Radicación: 5396

Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, julio 30 de 1992, Radicación: 6941, C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

Colombia, Consejo de Estado, sentencia del 25 de febrero de 1993, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Magistrado Ponente Carlos Betancur Jaramillo.

Colombia, Consejo de Estado, sentencia del 02 de marzo de 1993, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Magistrado Ponente Carlos Betancur Jaramillo

Colombia, Consejo de Estado, Sentencia sección tercera, julio 12 de 1993, Radicación: 7622. Consejero ponente, Carlos Betancur Jaramillo.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-149 de 1993. M.P José Gregorio Hernández Galindo. Referencia: Expedientes D-184, D-185, D-189 y D-194 (acumulados).

Colombia, Consejo de Estado, Sentencia sección tercera, agosto 5 de 1994, Radicación: 8485. Consejero Ponente, Carlos Betancur Jaramillo.

Colombia. Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia 17 de febrero 1994. M.P Alvaro Lecompte Luna. Radicación: 6264.

Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 2 de febrero de 1995. Radicación: 9.273

Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena, Sentencia 13 de diciembre de 1995. M.P Diego Younes Moreno. Radicación: S – 470.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-245 de 1996 M.P Vladimiro Naranjo Mesa
Referencia: Expediente D-1275

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-055 de 1996. M.P Alejandro Martínez Caballero.
Referencia: Demanda No. D-1017.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-037 de 1996. M.P Vladimiro Naranjo Mesa.
Referencia: P.E-008.

Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena, Sentencia del 25 de agosto de 1998. M.P Jesús María Carrillo Ballesteros. Radicación: IJ-001

Colombia, Consejo de Estado, Sentencia del 21 de octubre de 1999, Sección Tercera, Radicación: 10948 y 11643, Consejero Ponente, Alier Hernández Enríquez.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996, Referencia: Expediente D-1111.
Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

Colombia, Consejo de Estado, Sentencia 03 de febrero del 2000, Radicación número: 10399, Sala de lo contencioso administrativo, Sección tercera, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-918 de 2002, Referencia: expediente D-3996.
Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-285 de 2002, Referencia: expediente D-3736.

Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia, T-502 del 2002 M.P Eduardo Montealegre Lynett.

Referencia: Expediente T-554767.

Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 26 de septiembre de 2002. M.P Alier

Eduardo Hernández Enríquez Radicación: 25000-23-26-000-1997-4458-01(20945)

Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 15 de mayo de 2003. M.P Alier

Eduardo Hernández Enríquez Radicación: 22051

Colombia, Consejo de Estado, Sección cuarta, Sentencia del 12 de junio de 2003. M.P. Juan Ángel

Palacio Hincapié. Radicación: 13262.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-619 de 2003. M.P Clara Inés Vargas Hernández.

Referencia: expediente RE-131

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-043 de 2004. Magistrado Ponente: Marco Gerardo

Monroy Cabra.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sentencia 27 de julio de 2006, Sala de Casación Penal.

Magistrado ponente: Álvaro Orlando Pérez Pinzón

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia, C-038 del 2006 M.P Jaime Araujo Rentería,

Referencia: Expediente D-4167.

Colombia, Consejo de Estado, Sección tercera Sentencia 08 de marzo de 2007. M.P Ruth Stela

Correa Palacio. Radicación: 66001-23-31-000-1997-03613-01(16421)

Colombia, Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 13 de agosto de 2008; Radicación:

17042; Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sentencia 07 de julio de 2011, sección tercera, subsección c. Radicación número: 25000-23-26-000-1997-03369-01(19707). Consejera Ponente: Olga Melida Valle de la Hoz
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-441 de 2011. M.P Juan Carlos Henao Perez. Referencia: Expediente D-8350.
- Colombia, Consejo de Estado, Sección tercera, Sentencia 08 de mayo de 2013. M.P Olga Mérida Valle de la Hoz Radicación: 25000-23-26-000-1998-02615-01(22886)
- Colombia, Consejo de Estado, sección tercera, Sentencia 29 de julio de 2013. M.P Stella Conto Díaz del Castillo. Radicación: 25000-23-26-000-1998-15972-01(27228)
- Colombia, Consejo de Estado, sección tercera, Sentencia 24 de octubre de 2013. .M.P Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Radicación: 26.690
- Colombia, Consejo de Estado, Sección tercera, Sentencia 09 de julio de 2014. M.P Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Radicación: 73001-23-31-000-2003-01736-01 (35413).
- Colombia, Consejo de Estado, Sección tercera Sentencia 26 de marzo de 2014. M.P Enrique Gil Botero. Radicación: 25000-23-26-000-2003-00175-01 (28.741).
- Colombia, Consejo de Estado, Sección tercera, Sentencia 29 de enero de 2014. M.P Mauricio Fajardo Gomez. Radicado número 25000-23-26-000-2003-00173-01(26689)
- Colombia, Consejo de Estado, sección tercera, Sentencia 09 de abril de 2014. M.P Olga Mérida Valle de la Hoz Radicación: 25000-23-26-000-2001-02665-01(28946).
- Colombia, Consejo de Estado, sección tercera, Sentencia 09 de julio de 2014. .M.P Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Radicación: 44001-23-31-000-2002-00005-01(28184).
- Colombia, Consejo de Estado, sección tercera Sentencia del 29 de abril del 2015. M.P Hernán Andrade Rincón. Radicación: 25000-23-26-000-2003-11190-01(28846).

Colombia, Consejo de Estado, sección tercera, Sentencia del 27 de mayo del 2015. M.P. Hernán Andrade Rincón Radicación: 25000-23-26-000-2003-02128-01(29901).

Colombia, Consejo de Estado, sección tercera, Sentencia del 16 de Julio del 2015. M.P. Hernán Andrade Rincón. Radicación: 25000-23-26-000-2003-00198-01(29601)

Colombia, Consejo de Estado, sección tercera, Sentencia del 16 de julio de 2015. M.P. Hernán Andrade Rincón. Radicado: (25000-23-26-000-2003-00192-01(31175)

Colombia, Consejo de Estado, Sección tercera, Sentencia 31 de octubre de 2016. M.P. Enrique Gil Botero. Radicación: No. 25000-23-26-000-2003-00175-01(28741).

Cifuentes (2016) La Responsabilidad del Estado Legislador: desde la irresponsabilidad hasta el nuevo título de imputación. Universidad Pontificia Javeriana, Bogotá.

Domenech Pascual G. (2010). *El principio de presunción de validez*. España. Nueva imprenta S.A

Duguit, L (1975) Las transformaciones de derecho público y privado. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina.

García de Enterría, E. (2005) *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador*, Editorial Arazandí, Thomson-Civitas, Madrid.

Gil, Botero (2013) Tesauro de la Responsabilidad Extracontractual del Estado. Elementos de la Responsabilidad Patrimonial del Estado. Tomo I. Editorial Temis S.A Bogotá, Colombia.

González; O. (2009). La responsabilidad del Estado por el daño antijurídico derivado de la falta de regulación o por la regulación legítima. Universidad Industrial de Santander, Facultad de Ciencias Humanas. Tesis de grado Maestría en Hermenéutica jurídica y derecho.

Gómez Suarez J. L. (2008) *Lineamientos constitucionales. Lo que todo ciudadano debe saber*. Universidad Santo Tomas Bucaramanga.

- García, E. & Fernández, R. (2008). Curso de Derecho Administrativo, Tomo II. Temis – Palestra. Bogotá, Colombia.
- Guastini, R. (2001) La constitucionalización del ordenamiento: el caso italiano, en Estudios de teoría constitucional, IJ-UNAM, Fontamara, México.
- Hoyos, R. (1984) La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública. Primera edición. Editorial Temis, Bogotá, Colombia.
- Irisarri, C. (2000) El daño antijurídico y la responsabilidad extracontractual del estado colombiano, Universidad Pontificia javeriana, facultad de ciencias jurídicas, Bogotá.
- Motta, D. y Baracaldo, D. (2011) Responsabilidad civil extracontractual del Estado colombiano por violación a los derechos humanos. Bogotá: Universidad Autónoma de Colombia.
- Marienhoff, Miguel, S. (1997) *Tratado de Derecho administrativo*. Tomo IV, Buenos Aires.
- Moreno Millán F. (2008) La acción pública de inconstitucionalidad: efectos temporales de los fallos, Bogotá, Leyer.
- Nader, R. (2010) Evolución jurídica de la Responsabilidad Extracontractual del estado en Colombia. *Advocatus*, Edición especial No. 15: 55 - 71, Universidad Libre seccional Barranquilla.
- Nino C.S. (2013) La validez del Derecho. Editorial Astrea Buenos Aires. Bogotá.
- Nogueira Alcalá, H. (2001) Consideraciones sobre la tipología y efectos de las sentencias emanadas de tribunales o cortes constitucionales, en: Jurisdicción constitucional en Colombia - La Corte Constitucional 1992-2000, realidades y perspectivas, edición de la Corte Constitucional y del Consejo Superior de la Judicatura, con el apoyo de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” y de la Fundación “Konrad Adenauer”, Bogotá, Colombia.
- Olano García H. A. (2004) Tipología de nuestras sentencias constitucionales. Vniversitas. Bogotá.

- Ocampo, Y. (2016). La responsabilidad del Estado legislador al expedir normas declaradas inconstitucionales. En *Revista Derecho al Debate*, (1) 5-19.
- Pérez Ortiz R. E. (2013) Eficacia y Validez del Acto administrativo. Tesis de investigación de grado. Maestría en Derecho. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá. D.C.
- Prieto Sanchís L. (2005) Teoría del Derecho. Editorial Trota S.A. Madrid
- Prieto Sanchís L. (2001) Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. Universidad Castilla la Mancha. Madrid.
- Quinche Ramírez, M. F (2012) *Derecho Constitucional Colombiano: de la carta de 1991 y sus reformas*. Bogotá. Temis S.A.
- Rousseau J.J (1836) el Contrato Social, principios de derecho político. La imprenta de los herederos de Roca. Barcelona.
- Rosario Rodríguez, Marcos Francisco del. *La supremacía constitucional: naturaleza y alcances*. Dikaion, 2011, Año 25, Volumen 20, Número 1, pp. 97-117. Bogotá, CO: D - Universidad de La Sabana, 2011. ProQuest ebrary. Web. 15 March 2017.
- Rodríguez L. (2013) *Derecho administrativo general y colombiano*. Décimo octava edición. Bogotá. Temis S.A
- Rocha Ochoa C. (2010) Manual de Introducción al derecho. Tercera edición. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá.
- Rodríguez, L. (2013) Derecho Administrativo General y colombiano, décimo octava edición. Editorial Temis, Bogotá, Colombia.
- Saavedra, R. (2008) Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública. Primera edición, cuarta reimpresión. Grupo editorial Ibáñez.

Tamayo J. (1997) *La Responsabilidad del Estado. El riesgo excepcional y las actividades peligrosas. El daño antijurídico.* Editorial Temis

Vila Casado I. (2012) *Fundamentos del derecho constitucional colombiano.* Segunda edición actualizada. Bogotá. Legis.

Villacorta Mancebo, L. (2004) *El pleno sometimiento a la constitución y al resto de ordenamiento jurídico en la aplicación judicial del derecho.* Madrid, ES: Dykinson, ProQuest ebrary.