

**Responsabilidad Estatal por el Hecho del Legislador**  
**Desarrollo Jurisprudencial en Colombia**

**Sergio Eduardo Reyes Cuervo**

**Universidad Santo Tomás**

**Facultad de Derecho**

**Maestría en Derecho Administrativo**

**Tunja**

**2021**

**Responsabilidad Estatal por el Hecho del Legislador**  
**Desarrollo Jurisprudencial en Colombia**

**Sergio Eduardo Reyes Cuervo**

**Proyecto para optar al título de**  
**Magister en Derecho Administrativo**

**Universidad Santo Tomás**

**Facultad de Derecho**

**Maestría en Derecho Administrativo**

**Tunja**

**2021**

*Por el acompañamiento en el camino recorrido a Dios y a mi madre.*

### **Agradecimientos**

El autor expresa sus agradecimientos a:

Doctor Leandro López director del presente trabajo, por su conocimiento, orientación y tiempo.

Universidad Santo Tomas, por ser un medio de movilidad social a través de la educación.

### **Contenido**

	Pág.
Introducción.....	6
1. Problema de Investigación .....	10
1.1 Planteamiento del problema.....	11
2. Hipótesis .....	14
3. Objetivos.....	15
3.1 Objetivo General.....	15
3.2 Objetivos Específicos .....	16
4. Metodología.....	16
5. Estructura del Trabajo .....	17
6. Responsabilidad Estatal por el Hecho del Legislador. Desarrollo Jurisprudencial en Colombia .....	18
6.1 Jurisprudencia de la Corte Constitucional .....	33
6.2 Jurisprudencia del Consejo de Estado .....	38
6.3 Sentencias de Tutela del Consejo de Estado, que Revocaron Fallos Condenatorios Contra el Estado, en Casos de Cobro y Pago de la TESA .....	67
6.4 Sentencia de Unificación Sobre el Conflicto Generado por la Expedición de la TESA.	75
7. La Necesaria Juridication de la Responsabilidad del Estado por Daño Antijurídico Causado por el Hecho del Legislador.....	81
8. Postura del Autor .....	96
9. Conclusiones.....	112
Referencias Bibliográficas.....	117

## Resumen

El estudio de la Responsabilidad Estatal por los daños antijurídicos causados por el hecho de legislar, se aborda con un breve recorrido por la evolución de la figura, arribando a la realidad colombiana, con su escasa e inacabada normatividad; analizando jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, particularmente en demandas incoadas por importadores contra el Congreso de la República por cuenta de la TESA; revisando finalmente la pertinencia y necesidad de la juridificación frente a la responsabilidad de los congresistas.

Se busca establecer la relevancia y repercusión, de la responsabilidad del Legislativo, así como de la obligación de autorregularse, para asumir patrimonialmente el daño antijurídico que le sea imputable, causado por la aplicación de leyes por él expedidas.

Se emplea en el desarrollo del trabajo, una línea de investigación jurídica - cualitativa, de alcance interpretativo, acerca de una realidad actual pendiente por definir con claridad.

Al final el trabajo muestra, la falta de regulación concreta de la responsabilidad que toca al Legislador; las diversas posturas entre líneas; la preeminencia de la seguridad jurídica y el efecto modulador de los fallos de la Corte Constitucional sobre la justicia material y por ende la necesaria juridificación de tal responsabilidad.

## **Introducción**

El Estado, a través de sus instituciones y servidores, está llamado a la protección de los derechos fundamentales, sociales, económicos y culturales de las personas residentes en el territorio colombiano; en virtud del Estado Social de Derecho, se impone cargas y límites a las actuaciones de las tres ramas del poder público que estructuran el Estado, sin hacer diferenciación o concesión alguna entre ellas respecto de su importancia en el desarrollo armónico y en paz del país, como tampoco acerca de la obligatoriedad de responder por las actuaciones que en el marco del cumplimiento y ejercicio de las funciones públicas, causen daños antijurídicos, que no pueden bajo ningún argumento quedar sin reparar.

Históricamente, la Rama Ejecutiva y posteriormente la Judicial, han venido fortaleciendo el reconocimiento de su responsabilidad frente a la sociedad, porque el ordenamiento constitucional y legal, así lo han previsto. Sin embargo, el Legislativo que tiene a su cargo hacer todo tipo de leyes que han de regir sino todas, sí la mayoría de las actuaciones de los administrados en prácticamente todos los roles de la vida, para hacer realidad los fines del Estado, ha tenido como común denominador, eludir la responsabilidad patrimonial cuando ha causado un daño antijurídico por cuenta de su actividad o inactividad legislativa, gozando de una inmunidad injustificada, totalmente contraria a la Constitución; al punto que han obviado precisamente expedir una norma legal que clarifique y delimite el tema, cediendo tal obligación a las altas Cortes donde ha debido asumirse ese rol, resolviendo los conflictos en que se ve envuelto el Legislativo, pero que no enfrenta como corresponde.

En Europa países como Francia y España, han antecedido en la aplicación paulatina de la responsabilidad por lo que se ha denominado el hecho del legislador, en contra posición

Alemania no concibe este tipo de responsabilidad y el Reino Unido no tiene mecanismos para exigir esta responsabilidad; sin embargo la tendencia de la Unión Europea, se dirige a estatuir la responsabilidad sin exclusión de todas la entidades estatales por el daño que causen con sus actos, así, hay responsabilidad del Estado Legislador por violación al Derecho Europeo<sup>1</sup> (Cobrerros Mendazona, 2016, p. 318).

En Estados Unidos, la declaración de constitucionalidad de una ley, descarta de plano la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador (Corte Constitucional, Sentencia C- 038, 2006).

Algunas legislaciones han incluido en su normatividad, la conocida cláusula general de responsabilidad, otras no; algunos países aceptan la responsabilidad por hechos del legislador mientras para otros es inexistente o existiendo en todo caso, hay diferencias en cuanto a su causa, y aplicación, de ahí que los títulos de imputación de la responsabilidad también difieran.

España y Colombia, contemplan en su normatividad una cláusula general de responsabilidad que obliga absolutamente a todas las autoridades públicas a reparar los daños que su actividad o inactividad genere, sin que se encuentren salvedades frente a la institución quebrantadora.

La diversidad de criterios sobre la existencia, inexistencia o límites de responsabilidad del Estado Legislador, se refleja como es lógico, en la aplicación de diversos fundamentos o títulos de imputación de responsabilidad. Para el Consejo de Estado Francés se trató de la ruptura del principio de igualdad frente a las cargas públicas; para el Tribunal Supremo de España se

---

<sup>1</sup> El establecimiento explícito de la responsabilidad patrimonial del Estado incumplidor se establece, inicialmente, a partir del incumplimiento por un Estado de su obligación de desarrollar o incorporar debidamente a su ordenamiento el contenido de una Directiva.

transgredía el principio de confianza legítima y posteriormente la responsabilidad devino, además, por la inconstitucionalidad de las leyes (Alonso & Leiva-Ramírez, 2011, p. 83).

En cuanto al caso colombiano, la responsabilidad patrimonial de Estado parte del artículo 90 constitucional y los casos que explícitamente la Constitución, dispone la reparación, no obstante, la responsabilidad descansa en la concreción del daño antijurídico, lo que amplía el espectro. Pese a existir jurisprudencia referente a la responsabilidad por los daños antijurídicos causados por el hecho de legislar, materialmente, no se ha proferido condena alguna en ese estricto sentido.

En razón a ello, el interés que concita el tema, radica en revisar en el entorno nacional la evolución y postura jurídica actual, y de allí realizar un análisis reflexivo del mismo, toda vez ser una problemática latente e inacabada, cuyo lastre recae primero en las personas bien naturales, bien jurídicas, pero que finalmente debe asumir el Estado en forma conjunta, sin que los directamente responsables se inmuten y - pese a tanto asesor - senadores, representantes a la cámara y el Congreso en general, continúa su labor desconociendo las consecuencias de sus decisiones legislativas, indemnidad que debe cesar, ya que son otras las entidades estatales que al ejecutar el tenor de las leyes, han asumido responsabilidades ajenas.

La responsabilidad del Estado Legislador, en consecuencia, debe interesar no solo desde el punto de vista académico, sino real y material, principalmente porque tal responsabilidad constituye un límite efectivo de su actividad.

Sin duda la discusión está más que vigente, y sería muy beneficioso que así como las decisiones de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado han venido confluyendo, el Congreso de la República en ejercicio de su propia función, expidiera una la ley de la responsabilidad del Estado por el hecho del Legislador; lo cual redundaría en el fortalecimiento institucional, la transparencia, la aplicación efectiva de los principios democráticos, la consolidación de la seguridad jurídica, reduciría el impacto en el erario y su actuar se sujetaría más aún, al orden constitucional.

### **1. Problema de Investigación**

La pregunta de investigación, que constituirá guía para el desarrollo de este estudio es, ¿Debe el Congreso de la República como Estado Legislador, responder patrimonialmente, por el daño

antijurídico comportado sobre personas naturales o jurídicas de derecho privado o público, derivado de su función genérica de expedir leyes?, interrogante que empieza a resolverse desde su mismo acontecer histórico.

### **1.1 Planteamiento del problema**

La titularidad del Poder Legislativo (en adelante Legislativo) inspirado en la teoría de Montesquieu, ha sido confiada al Congreso de la República, constituido por el Senado y la Cámara de Representantes.

En algunos periodos de la historia política del país, se ha impedido al Congreso cumplir con su misión, entre otros, por cuenta de la guerra civil de 1889 a 1902; al ser disuelto este órgano mediante Acto Legislativo de 1904 en el gobierno de Rafael Reyes sesionando a cambio una Asamblea Nacional; durante la dictadura de Gustavo Rojas Pinilla, hasta la restauración de la república en el año 1958.

Así mismo, durante la transición hacia la Constitución de 1991 se disuelve el Congreso por determinación de la Asamblea Nacional Constituyente, y se convoca a elecciones, sustituyéndose temporalmente aquel, por una Comisión Especial que aprobaría los decretos que expidiera el gobierno en ejercicio de facultades otorgadas por normas transitorias de la Constitución, y de preparar proyectos de ley para someterlos a consideración del futuro congreso (Hernández Becerra, 2002).

Desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, el Congreso ha expedido 1.996 leyes, siendo la última que se referencia la Ley 1996 del 26 de agosto de 2019, de acuerdo con la información de la página web de la Presidencia de la República; del 11 de junio de 1991 al 26 de febrero de 2019, se han radicado 13.369 demandas de inconstitucionalidad (Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, 2019), algunas de las que han sido declaradas inconstitucionales por la Corte Constitucional, totalmente o en parte de su articulado, las cuales durante su vigencia muy posiblemente modificaron situaciones jurídicas a personas naturales y jurídicas, menoscabando su patrimonio y causando variedad de perjuicios, que nunca fueron reparados y sin que encontraran norma o institución que les apoyara en la defensa de sus derechos.

Es la misma Constitución que en el art. 90, de forma imperativa señala, que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. No obstante, la realidad que ha acaecido por años cuando el Legislativo se equivoca provocando ese daño antijurídico al destinatario de la ley, quien no está obligado a asumirlo, es el cubrimiento de esta rama del poder público con un manto de inmunidad, que, a la luz del Estado Social de Derecho, raya en inconstitucional.

Un asunto nada pacífico, esto es así, por cuanto eludir la responsabilidad patrimonial del Legislativo frente al daño irrogado por su actuar, desconoce principios constitucionales fundantes, como el respeto de la dignidad humana, la solidaridad, la justicia material, y por si fuera poco la supremacía de la Constitución.

Ahora, en casos puntuales la Constitución ha establecido con cargo al Estado la obligación de indemnizar, la expropiación por motivos de utilidad pública o interés social (art. 58); la expropiación y ocupación temporal en caso de guerra (art. 59); y el establecimiento por disposición legal de un monopolio (art. 336).

Sin embargo, en el ordenamiento colombiano, no existe norma o ley que como tal su objeto y contenido específico sea la responsabilidad del Estado por el hecho del Legislador, justamente este vacío ha servido para que esa corporación pública no haya sido obligada a indemnizar vía reparación directa el daño antijurídico por ella ocasionado; siendo el desarrollo del tema de orden jurisprudencial en sede de Corte Constitucional y Consejo de Estado.

Sin duda una mala señal para la sociedad - el ejercicio irresponsable de la actividad legislativa - cuando a todo particular, servidor público, y todo tipo organización estatal se impone obligaciones ineludibles de sujeción y acatamiento de las leyes y la Constitución, en particular frente a la reparación del daño, para el caso que se aborda el daño antijurídico derivado de su función de legislar. Así, mientras las ramas Ejecutiva y Judicial, responden por sus actuaciones en ejercicio de sus funciones, el Legislativo no, como si no formara parte de la misma estructura estatal.

Desde luego, la problemática es de vieja data y se remonta siglos atrás cuando desde la dogmática se admitía ciegamente y sin reparos, que dada la soberanía del Estado y siendo la ley su principal manifestación, no podía imputarse responsabilidad al Estado Legislador, como tal. Conceptualizaciones en principio europeas que hicieron curso en diferentes ordenamientos jurídicos, al que por supuesto no escapó Colombia.

Ilustrada grosso modo la procedencia de la irresponsabilidad del Legislativo, debe decirse que el tema ha sido estudiado y decidido en ambas direcciones, unas a favor de endilgar responsabilidad al Estado y otras no; como se verá en la evolución jurisprudencial nacional.

El trabajo se realizará en el marco de la vigencia de Constitución Política de 1991, en la que se analizará la evolución de la figura de la responsabilidad del Estado por el daño antijurídico causado el hecho de legislar, en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y Consejo de Estado. De la valoración, análisis y reflexión de la información, resultarán las conclusiones.

## **2. Hipótesis**

Toda ley que durante su vigencia surta efectos considerados como daño antijurídico, sobre personas naturales o jurídicas de derecho privado o público, genera responsabilidad patrimonial del Estado Legislador. En el entendido que el Congreso colombiano, legisla, para entre otras cosas garantizar la justicia y seguridad jurídica, es preciso que aborde el tema, puesto que no

puede ser esta la única rama del poder público, por cuya acción u omisión funcional no deba responder, máxime dentro del marco de Estado Social de Derecho. De hecho, la falta de legislación sobre el particular, obliga a que por vía jurisprudencial el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, tomen decisiones que van trazando el derrotero sobre el tema, a fin de que no sea el mismo Estado el que viole la Constitución y el afectado sea su víctima sin reparar. De ahí que legislar acerca de la responsabilidad patrimonial del Estado por el hecho del Legislador, con fundamento en los fallos del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, constituiría una talanquera importante para esta práctica omisiva inconstitucional.

### **3. Objetivos**

#### **3.1 Objetivo General**

Determinar los alcances de la responsabilidad del Estado - Poder Legislativo, por los daños antijurídicos causados por el hecho de legislar.

### **3.2 Objetivos Específicos**

Identificar las posturas de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, frente a la figura de la responsabilidad del Estado por el hecho del Legislador.

Establecer la necesaria jurisdicción por los daños antijurídicos causados por el hecho de legislar.

Presentar las reflexiones que la temática suscita.

## **4. Metodología**

La línea de investigación es jurídica, circunscrita a la responsabilidad del Estado por hechos del legislador, es de tipo cualitativo, su alcance es descriptivo e interpretativo y se emplea el método deductivo.

El desarrollo del trabajo requiere la recopilación y selección de la documentación, que aborde el tema, desde las ópticas constitucional, legal y jurisprudencial. Igualmente, la consulta de

trabajos precedentes, que contextualicen la responsabilidad del Estado por hechos del legislador.

De la lectura juiciosa, se decantará la información que aporte a la consecución de los propósitos del trabajo y a la comprobación de la hipótesis, de donde surgirán las propuestas a la problemática estudiada y las conclusiones correspondientes.

## **5. Estructura del Trabajo**

Resumen

Introducción

Problema de investigación

Formulación del problema (pregunta de investigación)

Hipótesis

Objetivos

Objetivo general

Objetivos específicos

Metodología

Responsabilidad por el hecho del legislador una mirada al desarrollo jurisprudencial en Colombia

Corte Constitucional

Consejo de Estado

La necesaria juridication de la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador

Postura del autor

Conclusiones

Referencias bibliográficas

## **6. Responsabilidad Estatal por el Hecho del Legislador**

### **Desarrollo Jurisprudencial en Colombia**

Para arribar al panorama actual, de las posturas jurisprudenciales nacionales, necesariamente debe acudir a los antecedentes sucedidos en otras latitudes, de donde proviene en definitiva nuestra legislación y que siguen siendo referente para la toma de decisiones en el campo del Derecho.

Históricamente el poder del Estado Soberano, marcó la pauta de la irresponsabilidad del Estado, fórmula diseminada con el tiempo en diferentes, persistiendo en regímenes donde se

consolidó la tridivisión de poderes, en que se otorgó un privilegio liberador de toda responsabilidad al Parlamento, ya que dada su representación directa del poder supremo del Estado, mal podría concluirse que sus actuaciones de producción legislativa, pudiesen causar perjuicio y menos que hubiese lugar a indemnizarlo o repararlo, ello era una obviedad. Realidad, que se sostuvo entre otras cosas, por la falta de un control de constitucionalidad de las leyes promulgadas por los órganos legislativos, que determinaran un eventual efecto adverso en las personas a quienes era dirigida. Por tanto, la ley en sí misma, no incluía la posibilidad de la reparación si llegare a causarse el daño, siendo imposible lograr el resarcimiento. Al respecto, los doctores Alonso y Leyva Ramírez (2011), refieren:

El fundamento a tales reparos hay que buscarlo en el principio de soberanía parlamentaria, apasionadamente defendido por las revoluciones burguesas de los siglos xvii y xviii, el cual terminaría por convertirse en uno de los pilares del Estado liberal clásico.

Según este principio, el Parlamento, como órgano depositario de la soberanía, no podía ocasionar con su actuación daños que debieran ser reparados, pues sus decisiones eran una expresión del poder supremo del Estado. Resultan muy esclarecedoras las palabras de Laferrière:

[...] es una cuestión de principio el que los daños causados a los particulares por las medidas legislativas no determinen derecho alguno a indemnización. La ley es, en efecto, un acto de soberanía, y lo propio de la soberanía es imponerse a todos sin que frente a ella pueda reclamarse ninguna compensación. Solamente el legislador puede apreciar, a la vista de la naturaleza y gravedad del daño y de las necesidades y recursos del Estado, si debe acordar tal compensación: la jurisdicción no puede sino evaluar el montante de la misma, sobre las bases y en la forma prevista por la ley (...) De todo lo que precede resulta que las cuestiones de la indemnización que nacen de la ley no derivan sino de la ley; la jurisdicción administrativa no puede conocer de

una acción tendente a establecer una indemnización a cargo del Estado, salvo si el mismo legislador ha creado tal acción.

Entonces, los súbditos estaban obligados a soportar los daños ocasionados por las leyes, y era inconcebible pensar que tales daños pudieran ser antijurídicos, precisamente porque provenían del órgano que encarnaba la soberanía y la potencia del Estado: el Parlamento. El reconocimiento y pago de las eventuales lesiones patrimoniales causadas por una disposición legislativa estaban supeditados a la voluntad del legislador y a que este normativamente, admitiera tal posibilidad (p. 80).

La senda evolutiva de la responsabilidad estatal, según han establecido los teóricos, está marcada por fenómenos bien diferenciados, como la negación o inexistencia de la responsabilidad; la aceptación limitada de responsabilidad que se ha identificado con el Fallo Blanco en Francia; y la ineludible responsabilidad estatal por actos de la administración bajo la óptica de la responsabilidad subjetiva y objetiva, según corresponda.

El primer estadio denominado en general como de irresponsabilidad, proviene de la aplicación del principio de soberanía imperante hasta la segunda mitad del siglo XIX, básicamente se imponía la actividad estatal de manera irrefutable y no era predicable que al Estado pudiera endilgarse responsabilidad por sus actos, aun cuando el daño irrogado fuera evidentemente por causa de su actividad. Según Laferriere “la esencia de la soberanía consiste en imponerse a todos sin compensación alguna” (Rodríguez, 2007, p. 494); por ello deviene obvia la ausencia de positivización tanto como innecesaria o por lo menos muy escasa, frente a la supremacía absoluta del Estado.

El segundo referente histórico, el Fallo Blanco, proferido por el Tribunal de Conflictos francés en el año 1873, amplió la gama de responsabilidad de la administración, con base en la noción de la prestación de servicios públicos que caracterizaba la actividad estatal, en particular sentó las bases de la responsabilidad por falla en el servicio, redirigió la competencia para solucionar el conflicto a la jurisdicción administrativa y propendió en cierta medida por un equilibrio entre los derechos del Estado y los privados. El fallo signó:

la responsabilidad que puede corresponder al Estado por los daños causados a los particulares por las personas que él emplea en el servicio público, no puede regirse por los principios establecidos en el Código Civil para las relaciones de particular a particular;... esa responsabilidad no es general ni absoluta;... ella tiene sus reglas especiales que varían según las necesidades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados (Rodríguez, 2007, p. 495).

Finalmente, la progresión hacia la certeza y concreción de la responsabilidad estatal en diversidad de casos, bajo los regímenes de responsabilidad con culpa y responsabilidad objetiva, frente al daño antijurídico comportado.

Con la ascensión de las nuevas ideas liberales y el Estado de Derecho, y las transformaciones que implicaba sus teorías, se destacarían dos principios de gran importancia, según “Hauriou: a) Que el Estado actúe, pero sujeto a la ley (principio de legalidad) y, b) Que el Estado actúe, pero que pague los perjuicios ocasionados (principio de responsabilidad)” (Jiménez, 2013, p. 68), desdibujándose el carácter divino del poder que ostentaban los monarcas y gobernantes, empoderándose el querer del pueblo, logrando una paulatina transformación en la que el Estado no podía ya actuar caprichosa ni abusivamente, pues de lo contrario debía responder por las

consecuencias adversas para los administrados. Así lo rememoraba el jurista García de Enterría: “Que el gobernante y sus agentes en el ejercicio del poder político ya no pueden disponer de este de manera arbitraria y, por tanto, su actuación debe estar ajustada a la ley” (García de Enterría y Fernández, 2004, p. 424).

Imparables las revoluciones, inglesa a finales del siglo XVII, la francesa en el siglo XVIII; y los movimientos de independencia de los Estados Unidos, y de los pueblos latinoamericanos ya en el siglo XIX, se imponían nuevas ideas, ideas liberales que transformaban la estructura del Estado, bajo principios que se consolidarían en las constituciones, como instrumentos fundamentales que a la postre dieran sostén al Estado de Derecho, gestándose de manera incipiente la responsabilidad patrimonial del Estado, circunscrita en principio a la inviolabilidad del derecho a la propiedad. El doctor William Jiménez, relata brevemente este importantísimo tránsito:

[Con] Las ideas contractualistas de Locke, Montesquieu, Rousseau y Sieyès, se abre paso el constitucionalismo moderno frente al Ancienregime<sup>2</sup>. Se pretendía entonces la limitación y racionalización del ejercicio del poder del gobernante, adoptando unos principios básicos que se estipularían en documentos escritos (constituciones). Tres son los principios esenciales del constitucionalismo: a) La separación de poderes; b) La soberanía nacional o popular, y c) La consagración de derechos individuales y libertades públicas. Para el tema que nos ocupa, reviste especial importancia la consideración de la propiedad privada como un derecho natural e inviolable.

---

<sup>2</sup> Antiguo régimen (francés: "viejo orden") Sistema político y social de Francia antes de la Revolución Francesa. Bajo el régimen, todo el mundo era un sujeto del rey de Francia, así como un miembro de una finca y provincia. Disponible en: <https://www.britannica.com/event/ancien-regime>

Aunque ya Bodin había señalado ciertos límites al soberano absoluto (respetar la libertad natural, las relaciones y la propiedad privada de los súbditos), fue John Locke el primero que incluyó el derecho a la propiedad como un derecho natural, protegido de la intromisión de los hombres y del gobernante. Posteriormente, la Declaración de Independencia (1776) y la Constitución de Estados Unidos (1787) recogerán estos planteamientos. Por su parte, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) en Francia, señaló lo siguiente:

Artículo 2. La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.

Artículo 17. Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie podrá ser privado de ella a no ser que lo exija evidentemente la necesidad pública, legalmente acreditada, y a condición de una justa previa indemnización.

Por lo anterior, se puede decir que la responsabilidad patrimonial del Estado inició con el movimiento liberal que se concretó en el Estado de Derecho, aunque no existía un principio o doctrina jurídica reguladora especial sobre el particular, la cual, como se dijo, solo vendría a formularse en 1873 (Jiménez, 2013, p. 69).

Este hito histórico ha sido catalogado como la fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado, como lo señala Parra Gutiérrez, citado por el doctor Guillermo Jiménez, al sostener que ... del Estado liberal clásico, surge formalmente la implantación de la responsabilidad patrimonial del Estado, pues predica y eleva a la categoría de derechos naturales, la libertad, la

seguridad, y la propiedad, factores cuya violación generan necesariamente la restauración patrimonial del Estado (Parra Gutiérrez, citado por Jiménez, 2013, p. 69).

Siendo innegable que el Estado no podía seguir causando perjuicios, sin la correlativa obligación de responder por ello, el cauce empleado fue la responsabilidad consagrada en las leyes civiles y por ende en sede de la jurisdicción ordinaria. Se aplicaría entonces, primeramente, la responsabilidad indirecta e directa; pasando por la teoría de la culpa o la falla en el servicio. Posteriormente, se discutiría la responsabilidad estatal exclusivamente por la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, donde sigue su desarrollo.

En la responsabilidad indirecta, dado que estando obligado el Estado a elegir y vigilar a sus agentes,

de modo que, si ellos incurrían en culpa en ejercicio de sus cargos, esa culpa del agente o funcionario se proyectaba sobre la persona jurídica, la cual se consideraba que también incurría en culpa, ya fuera en la llamada culpa in eligendo (culpa en la elección) o en culpa vigilando (culpa en la vigilancia) (Rodríguez, 2007, p. 498).

Desde el punto de vista del Derecho Civil su fundamento es la responsabilidad por los hechos ajenos.

En la responsabilidad directa, la persona jurídica Estado, conforma una unidad con sus agentes, por tanto, “la culpa personal de un agente dado compromete de manera inmediata a la persona jurídica, porque la culpa de sus agentes, cualquiera que estos sean, es su propia culpa”

(Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 1962), lo que correspondía en el Derecho Civil a la responsabilidad por el hecho propio.

Alonso & Leiva-Ramírez señalan, que un cambio luego de la terminación de la segunda guerra mundial, con la expedición de leyes ya no tan generales, sino cuya aplicación afectaba a grupos específicos, leyes que eran sometidas al examen constitucional en Checoslovaquia y Austria en 1920; con lo que poco a poco se fue debilitando la argumentación fundante de la irresponsabilidad por hechos del Legislador.

Así mismo, reseñan en el año 1938 en Francia el primer fallo de responsabilidad estatal, a pesar de haberse creado el Consejo Constitucional hasta el año 1958, de donde infieren que puede prescindirse del control de constitucionalidad para declarar al Estado responsable de daño por hechos del Legislador y citan como ejemplos de la autonomía entre inconstitucionalidad y responsabilidad estatal, a Francia como se acabó de mencionar sin el control se responsabilizó al Estado; Reino Unido con carencia de control de constitucionalidad y de medios para demandar responsabilidad del Legislador; Estados Unidos en que no hay interrelación entre estas dos instituciones, ya que una vez la ley haya sido declarada constitucional es imposible pretender responsabilidad estatal; España que cuenta con el control de constitucionalidad, pero ha limitado legalmente los eventos en que ha de responder por los actos del Legislador; y Alemania donde existiendo el control, no se contempla tal responsabilidad (Alonso & Leiva-Ramírez, 2011, p. 83).

De ello se colige, que el control de constitucionalidad no es un requisito *sine qua non* para el reconocimiento de la responsabilidad del Legislador, porque como lo expresa la doctrina, la conexión entre las teorías del control de constitucionalidad y de la responsabilidad del legislador es, cuando menos, problemática pues no toda declaratoria de inconstitucionalidad implica responsabilidad estatal, ni todo reconocimiento de la responsabilidad del legislador tiene como requisito la previa declaratoria de inconstitucionalidad de una norma (Ahumada, 2001, p. 307).

En Colombia, también se llevaría a cabo este proceso con las lógicas particularidades, continuando su evolución ya bajo conocimiento de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (Decreto 528, 1964), cuya jurisprudencia se consolidó alrededor de la culpa o falla del servicio propia del derecho francés, hasta el surgimiento de la Constitución de 1991, a partir de la cual se relievra el daño antijurídico del derecho español.

La culpa o falla en el servicio, se presenta cuando se produce un daño, debido a que una persona pública no ha actuado cuando debía hacerlo, ha actuado mal o ha actuado tardíamente, caracterizada por ser responsabilidad directa; producida ocasión del servicio; bajo el factor de imputación especial (anormal o defectuoso funcionamiento del aparato estatal que ocasiona el daño antijurídico); que exige la demostración de la culpabilidad o negligencia de la administración; y se clasifica en el régimen de responsabilidad subjetiva (Jiménez, 2013, p. 73), entre otras.

El concepto de daño antijurídico hace responsable al Estado, cuando sin importar si hubo actividad irregular y la existencia de culpa, este produce un daño a alguien que no tiene la carga

o el deber de soportarlo, esto es, se presenta una responsabilidad objetiva. Responsabilidad objetiva que se haya en casos de responsabilidad: por daño especial; por riesgo; por trabajos públicos; por expropiación u ocupación de inmuebles en caso de guerra; por almacenaje; por la administración de justicia; y más recientemente por el hecho del legislador.

El concepto como tal, ha sido construido doctrinariamente en el Derecho español, ya que no se encuentra definido ni en la Constitución ni en ley alguna, y ha evolucionado jurisprudencialmente. El Consejo de Estado alude reiterativamente en sus sentencias, al concepto del doctrinante Eduardo García de Enterría, como:

(...) el perjuicio provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo. (...) La Imputabilidad es la atribución jurídica que se le hace a la entidad pública del daño antijurídico padecido y por el que, por lo tanto, en principio estaría en la obligación de responder, bajo cualquiera de los títulos de imputación de los regímenes de responsabilidad, esto es, del subjetivo (falla en el servicio) u objetivo (riesgo excepcional y daño especial)” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, 2011).

El término cobra importancia en nuestro país, a partir de la consagración de la responsabilidad que corresponde al Estado por su actuar, en la Constitución Política de 1991, artículo 90, la denominada cláusula general de responsabilidad del Estado, tanto contractual como extracontractualmente hablando, daño que puede provenir de causas lícitas o ilícitas, y aplica, siguiendo la sentencia citada del Consejo de Estado cuando:

(...) determina que éste responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, de lo cual se desprende que para declarar responsabilidad estatal se requiere la concurrencia de estos dos

presupuestos: (i) la existencia de un daño antijurídico y (ii) que ese daño antijurídico le sea imputable a la entidad pública, bajo cualquiera de los títulos de atribución de responsabilidad, v. gr. la falla del servicio, el daño especial, el riesgo excepcional, etc.

Claramente el art. 90 superior, obedece a los planteamientos del Estado Social de Derecho imperante y está directamente ligado a la garantía de los principios fundantes del mismo, la solidaridad y el derecho de igualdad frente a las cargas públicas, como de antaño lo viene sosteniendo la Corte Constitucional.

(...) [el] daño antijurídico como fundamento del deber de reparación del Estado armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho (CP art. 1º), pues al propio Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la administración. Así, la responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares (...)

Esta concepción de la posibilidad de indemnización de un daño antijurídico incluso originado en una actividad lícita del Estado armoniza además con el principio de solidaridad (CP art. 1º) y de igualdad (CP art. 13), que han servido de fundamento teórico al régimen conocido como de daño especial, basado en el principio de igualdad de todos ante las cargas públicas. (Corte Constitucional, Sentencia C-333, 1996).

Así las cosas, la existencia del daño antijurídico afecta directamente el fundamento de la responsabilidad estatal, es su fuente, responsabilidad que “se desplazó de la ilicitud de la conducta causante del daño (falla del servicio o culpa del Estado) al daño mismo, siempre y cuando este fuese antijurídico” (Rodríguez, 2007, p. 490), en el sentido de que quien sufra el daño no tenga el deber jurídico de soportarlo; por tanto se “amplió expresamente el ámbito de la responsabilidad estatal haciendo que ella desbordara el límite de la falla del servicio y se enmarcara en el más amplio espacio del daño antijurídico” (Corte Constitucional, Sentencia C-285, 2002).

En cuanto a la omisión legislativa, hace referencia a la inactividad del legislador o el incumplimiento por parte de este de su deber de legislar expresamente señalado en la Constitución (Corte Constitucional, Sentencia C – 038, 2006). Puede darse de modo absoluto por la inactividad total de expedición de leyes, pudiendo quedar huérfanos de regulación normativa, algunos temas, fenómenos o problemáticas.

Ante este evento, la Corte Constitucional ha sentido su falta de competencia para pronunciarse, porque:

- (i) no es metodológicamente posible el examen de constitucionalidad en estos casos por la carencia de norma susceptible de control<sup>3</sup>, (ii) es indispensable que la demanda de inconstitucionalidad recaiga sobre un texto real y no simplemente deducido por el actor o implícito, (iii) la declaración de inexequibilidad total o parcial de una disposición legislativa

---

<sup>3</sup> En la sentencia C-543 de 1996 sostuvo este Tribunal: “Lo que se pretende mediante la acción de inconstitucionalidad es evaluar si el legislador al actuar ha vulnerado o no los distintos cánones que conforman la Constitución. Por esta razón hay que excluir de esta forma de control el que se dirige a evaluar las omisiones legislativas absolutas: si no hay actuación no hay acto que comparar con las normas superiores; si no hay actuación, no hay acto que pueda ser sujeto de control. La Corte carece de competencia para conocer de demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta”.

requiere previamente definir si existe una oposición definitiva y verificable entre lo que dispone el precepto acusado y lo que manda la Constitución<sup>4</sup>. Finalmente, la ausencia de regulación de una determinada materia no necesariamente puede ser objeto de reproche constitucional, ya que los silencios del Legislador en determinados casos son expresiones de su voluntad.

O de otra parte, puede ser omisión relativa, porque sí se legisla pero con normas creadas con deficiencias, perceptibles una vez entran en vigencia y son aplicadas, generando el daño, pues al regular una situación determinada, éste no tiene en cuenta, omite, o deja de lado, supuestos de hecho que, al momento de aplicarse el precepto correspondiente, genera tratamientos inequitativos o el desconocimiento de derechos de los destinatarios de la norma respectiva (v. gr. derecho a la igualdad, derecho al debido proceso o del derecho de defensa, derechos adquiridos, etc.) (Ruiz Orejuela, 2010, p. 199) citado por Suárez Tique, 2014, p. 32)

Ahora bien, para la declaratoria de inexecutable de una norma, por omisión legislativa relativa, se requiere que:

(i) El juicio de inexecutable requiere la concurrencia de una norma frente a la cual se predique la omisión; y (ii) la misma debe excluir un ingrediente, condición normativa o consecuencia jurídica que a partir de un análisis inicial o de una visión global de su contenido, permita concluir

---

<sup>4</sup> Sentencia C-504 de 1995. En el mismo sentido sostuvo en la sentencia C-146 de 1998

“(…) son inconstitucionales por omisión aquellas normas legales que, por no comprender todo el universo de las hipótesis de hecho idénticas a la regulada, resultan ser contrarias al principio de igualdad. Pero la omisión legislativa pura o total, no es objeto del debate en el proceso de inexecutable, puesto que este consiste, esencialmente, en un juicio de comparación entre dos normas de distinto rango para derivar su conformidad o discrepancia. Luego el vacío legislativo absoluto no puede ser enjuiciado en razón de la carencia de objeto en uno de uno de los extremos de comparación.”

que su consagración normativa resulta esencial e indispensable para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta Fundamental (Corte Constitucional, Sentencia C – 038, 2006).

De ello reluce un principio elemental de convivencia en una sociedad, llevado al derecho, el de reparar los daños que una determinada actuación genere, quien ocasione un daño debe repararlo, resarcirlo, indemnizarlo, es decir, responder por las consecuencias que sus acciones y omisiones generen. En suma, esa obligación de reparar, es en sí misma la responsabilidad con cargo al causante del daño. Por tanto, es responsable aquel sujeto que queda obligado a indemnizar el perjuicio causado a otro” (Valencia & Ortiz, 2002, p. 159).

Como antecedente normativo de la responsabilidad del Estado, se tienen la previsión hecha en la Constitución Española de 1978, que en el artículo 106 dispone el derecho de los particulares a recibir indemnización por lesión en sus bienes o derechos, bajo condición de ser a consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

En ese sentido, la Constitución Política de 1991 de manera concreta, determina eventos por los cuales el Estado debe asumir responsabilidad patrimonial indemnizando los daños que comporte, pero acerca de la responsabilidad patrimonial del Estado por el hecho del Legislador nada dice el texto constitucional.

Mediante el artículo 58, se consagra el derecho y la garantía de respeto de la propiedad privada, la cual, no obstante, debe ceder ante la utilidad pública y el interés general así definida por el legislador, caso en el que procede la expropiación judicial o administrativa, con la indemnización previa correspondiente.

En el artículo 59, referido al mismo derecho a la propiedad privada, se permite de manera excepcional y temporal, la expropiación en caso de guerra, sin que medie indemnización previa. En todo caso, se determina de forma categórica, que el Estado será siempre responsable por las expropiaciones que el gobierno haga por sí o por medio de sus agentes.

A su turno, el artículo 336 prescribe la responsabilidad del Estado de indemnizar el daño que pueda causar, por el establecimiento por disposición legal de un monopolio, a quien deba marginarse de tal actividad económica. En este caso la indemnización es previa al establecimiento de la ley de monopolio que se profiera.

Descendiendo al referente legal de la responsabilidad patrimonial del Estado se encuentra en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, Ley 270 de 1996, en la que dada la importancia de la justicia dentro del Estado Social y Democrático de Derecho, como garante en la efectivización de los derechos fundamentales, para el logro de la convivencia pacífica, entre otras cosas, se busca establecer la responsabilidad de los actos y decisiones jurídicas de quienes ejercen la administración de justicia, desde la Rama Judicial.

En el capítulo sexto, a partir del artículo 65, se encuentra la concreción de la responsabilidad del Estado y de los funcionarios judiciales, que toma como presupuesto de dicha responsabilidad, el primer inciso del art. 90 superior o cláusula general de responsabilidad del Estado, limitándola en todo caso a responder por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional, y la privación injusta de la libertad.

Error materializado en una providencia debidamente ejecutoriada y en firme, hallada contraria a la ley; privación injusta de la libertad y defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por la que procede demandar al Estado la reparación de perjuicios.

Empero, si las autoridades públicas deben responder por actos, hechos, operaciones, vías de hecho y omisiones que causen daños antijurídicos, como directamente lo prevé la Constitución y como en efecto lo asumen el poder ejecutivo y el poder judicial positivizado en la Ley 270 de 1996; en qué norma se halla expresamente la responsabilidad por el hecho del legislador. En efecto, en el ordenamiento legal colombiano es ausente esta específica regulación.

## **6.1 Jurisprudencia de la Corte Constitucional**

A continuación, algunas sentencias de constitucionalidad que han resuelto demandas en que se cuestiona la labor legislativa, bien por acción u omisión, presentándose en algunos casos daño antijurídico derivado de dicha labor, en cuyas decisiones se observa además el efecto ex nunc o ex tunc, para hacer viable el resarcimiento.

### **6.1.1 Corte Constitucional, Sentencia C-543 de 1993, M.P. Carlos Gaviria Díaz.**

Solicita el ciudadano, que se "declare la inconstitucionalidad por omisión en que incurre el Congreso de la República al no haber cumplido con la obligación de reglamentar los artículos 87 y 88 constitucionales, que consagran las acciones de cumplimiento y las acciones populares, respectivamente.", y para subsanar tal circunstancia, pide se conmine al Legislador a

reglamentar dichos artículos y de persistir la inactividad del Congreso, viabilizar para que el Ejecutivo pueda hacerlo previos los trámites legales para ello.

Del estudio efectuado, la Corte sintetiza algunas formas de contradicción con la Constitución, en que puede incurrir el Legislador en el ejercicio de sus deberes, así:

- Cuando no produce ningún precepto encaminado a ejecutar el deber concreto que le ha impuesto la Constitución;

- Cuando en cumplimiento del deber impuesto por la Constitución, favorece a ciertos grupos, perjudicando a otros;

- Cuando en desarrollo de ese mismo deber, el legislador en forma expresa o tácita, excluye a un grupo de ciudadanos de los beneficios que otorga al resto.

- Cuando el legislador al regular o construir una institución omite una condición o un ingrediente que, de acuerdo con la Constitución, sería exigencia esencial para armonizar con ella. v.gr.: si al regular un procedimiento, se pretermite el derecho de defensa.

Pese a que la decisión de la Corte fue inhibitoria, reconoce en su análisis, que es competente para conocer demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa relativa, esto en garantía del derecho a la igualdad y/o de defensa y aclara, que cuando ha sido evidente y necesario ante los vacíos legislativos, ha invitado al Congreso a la expedición de las leyes correspondientes

Sin embargo, no ocurre lo mismo con la competencia para conocer demandas por omisión legislativa absoluta, de lo que no hay antecedente. En sustento de la inhibición, explicó que

Lo que se pretende mediante la acción de inconstitucionalidad, es evaluar si el legislador al actuar, ha vulnerado o no los distintos cánones que conforman la Constitución. Por esta razón, hay que excluir de esta forma de control el que se dirige a evaluar las omisiones legislativas absolutas: si no hay actuación, no hay acto qué comparar con las normas superiores; si no hay actuación, no hay acto que pueda ser sujeto de control.

Afirma la Corte no ser la acción de inconstitucionalidad la vía para atacar las omisiones legislativas absolutas, pero tampoco señala cuál sí procede; pareciera que no hay camino alguno para que el parlamento responda, cuando se ha negado a reglar asuntos de interés nacional que lo exigen y las altas Cortes tan solo pueden “invitarlas” a legislar.

### **6.1.2 Corte Constitucional, Sentencia C-149 de 1993, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.**

En este fallo se declaró la inconstitucionalidad de los artículo 16, 17 y 18 de la Ley 6a. de 1992<sup>5</sup>, por la emisión bonos para desarrollo social y seguridad interna, que obligaba a algunas personas naturales y jurídicas a invertir en estos bonos, entre otras cosas por ser estos bonos – realmente - un impuesto, configurándose un enriquecimiento ilícito. Así, considerando que, al momento del fallo, ya se había efectuado y continuaba el recaudo, y en aras de impartir justicia,

---

<sup>5</sup> 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.

se ordenó al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, reintegrar esos dineros y terminar cualquier investigación o proceso sancionatorio que existiere contra quienes no invirtieron oportunamente en los bonos.

Mediante los efectos *ex tunc* otorgados en este caso, por la Corte a su jurisprudencia fue posible reparar los daños causados durante la vigencia de una ley inconstitucional, condenando al Estado por hechos del Legislador, pese a no haberse determinado explícitamente así en la decisión y no haber dirigido la condena al Congreso de la República. Así se lo rememoró la Corporación,

Por otra parte, 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 (Corte Constitucional, Sentencia C – 038, 2006).

Recalca, que el propósito de la modulación de los efectos temporales de estas decisiones, no es la reparación de los daños antijurídicos causados por las leyes inconstitucionales, sino que excepcionalmente, bajo ciertas circunstancias, el resarcimiento de algunos de los perjuicios causados por las leyes contrarias a la Constitución, puede ser uno de los efectos de la expedición de fallos con efectos retroactivos.

Obsérvese, como en este caso, se halló una norma inconstitucional con efectos de daño antijurídico, perfectamente atribuible a quien creó la causa del daño, el Legislador, no obstante, la

Corte “para no pisar callos”, no señala responsables, sino opta por ordenar la devolución de lo recaudado ilegalmente.

**6.1.3 Corte Constitucional, Sentencia C-038 de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.**

Se demanda la constitucionalidad del artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, que contempla la acción de reparación directa, por estimarse que adolece de una omisión legislativa relativa, al no incluir expresamente o excluir si se quiere, la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador dentro de las posibilidades ofrecidas en el artículo para solicitar indemnización al Estado, desconociéndose el artículo 90 constitucional que cobija la responsabilidad para todos los daños antijurídicos que le sean imputables, así como generándose una aparente indebida inmunidad para el Legislativo; lo que impide accionar por esta vía para lograr la reparación.

La Corte respecto de la responsabilidad por el hecho del Legislador, subraya que es indiscutible que esta responsabilidad se encuentra establecida en el artículo 90 constitucional, ya que ninguna distinción o excepción se ha realizado en la Constitución, para considerar que el Congreso no deba responder por la generación de un daño antijurídico con ocasión de sus funciones, sostener lo contrario es inconstitucional, máxime en el marco del Estado Social de Derecho.

[Dado que se] establece dos requisitos para que opere la responsabilidad patrimonial estatal, a saber, que haya un daño antijurídico y que éste sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública, sin hacer distinciones en cuanto al causante del daño. **De este modo la**

**responsabilidad patrimonial del Estado por los hechos, acciones u omisiones imputables al Poder Legislativo está expresamente contemplada en el artículo 90 constitucional, pues cualquier otra posibilidad sería abiertamente inconstitucional.** Negrilla ajena al texto.

Reitera que el fundamento de la responsabilidad del Estado es la existencia del daño antijurídico, sin ser necesaria una actividad ilícita o en contravía de la Constitución por parte del Legislador. Así también se entiende, que la vía de acción justamente es la de la reparación directa, recogiendo la postura del Consejo de Estado.

De otra parte, se deja claro que no es imprescindible para declarar la responsabilidad del legislador, la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley, ya que no toda declaratoria de inconstitucionalidad implica responsabilidad estatal, ni todo reconocimiento de la responsabilidad del legislador tiene como requisito la previa declaratoria de inconstitucionalidad de una norma.

## **6.2 Jurisprudencia del Consejo de Estado**

Los fallos que se revisarán, corresponden a algunas situaciones puntuales, por las cuales se ha discutido la responsabilidad del legislador: daño cometido por agentes diplomáticos; daño por no entrega de recursos provenientes de la telefonía móvil celular a entes territoriales; daño a Operadores de televisión por extinción de la posibilidad de prórroga de concesión; y daño por cobro ilegal de impuestos - Tasa Especial de Servicios Aduaneros (TESA). En algunos casos hubo inexecutable de una norma y en otros no.

En las decisiones acerca del cobro ilegal de impuestos, específicamente de la TESA, se destacan los casos de la Empresas Tranejes S.A. y Goodyear, que repercute en la situación de otras empresas, que en sede Contenciosa Administrativa encuentra la concreción del daño antijurídico en cabeza del Congreso de la República, a quien en un primer momento se condena; pero posteriormente por vía de Tutela se deja sin efectos esas decisiones absolviendo al Congreso.

En la sentencia del caso de los operadores de televisión, se encuentran parámetros para responsabilizar al Estado por daño antijurídico por el ejercicio de la función legislativa, tornándose en referente importante en la resolución de variada causística.

**6.2.1| Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 25 de agosto de 1998. Exp. IJ-001. C. P. Jesús María Carrillo Ballesteros.**

Es el caso de una muerte en accidente de tránsito cuyo vehículo comprometido, era conducido por agente diplomático, debiéndose tener en cuenta la Ley 6ª de 1972. Primero se acudió en vano ante la Embajada de los Estados Unidos, acto seguido se demandó para reclamar por el perjuicio ante la Corte Suprema de Justicia, resultando rechazada en virtud de la inmunidad diplomática contenida en la Ley 6ª.

Incoada demanda en la jurisdicción Contenciosa Administrativa, contra La Nación, Ministerio de Relaciones Exteriores y el Congreso de la República, este último por haber aprobado la Ley 6ª, que impide la reclamación directa a la Embajada de U.S.A. para obtener la

reparación, el Tribunal encontró responsable al Estado - Ministerio de Relaciones Exteriores, signando que

el origen de dicha responsabilidad no era el hecho de la ley, sino la ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas, pues a su juicio la responsabilidad del Estado-Legislator sólo podía tener origen en la previa declaratoria de inconstitucionalidad de un precepto legislativo (Corte Constitucional, Sentencia C-038, 2006).

A su turno, el Consejo de Estado indicó que, para declarar la responsabilidad por hechos del Legislador, no se precisaba que una ley fuera previamente declarada inconstitucionalidad; siendo lo relevante la presencia del daño antijurídico. Por tanto, a juicio de la Corporación, hubo ruptura del equilibrio de las cargas públicas en el marco de actividad legítima del Congreso y el Presidente de la República, en que la aplicación del Convenio de Viena aprobado mediante la Ley 6ª de 1972, causó el daño antijurídico siendo procedente su resarcimiento. De esta forma, el Consejo de Estado, aplicó el principio de igualdad ante la ley del artículo 13 superior,

Los demandantes se hallaron, por tanto, privados de la posibilidad de demandar en Colombia la reparación a que tienen derecho, en acción contra el ejecutor material del daño y de otra parte, se desequilibraron las cargas públicas que deben soportar todos los ciudadanos en igualdad de condiciones, al imponérseles la necesidad de demandar ante la justicia del estado acreditante, lo cual sí está permitido por la Convención de Viena. Se condenó a la Nación, Ministerios de Gobierno y Relaciones Exteriores, pero no al Congreso de la República.

**6.2.2 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 8 de septiembre de 1998, Exp. IJ-002, C.P. Daniel Suárez Hernández.**

Otro caso de inmunidad diplomática, en que el Consejo de Estado determinó que había que reparar el daño, pero enfatizó que no por causa de la Ley 6ª de 1972, es decir, no por existencia de error legislativo, sino por la situación de indefensión en que las tres ramas del poder público pusieron al actor, al celebrar y aprobar el tratado (legislativo y ejecutivo) y al rechazar la demanda incoada contra el agente diplomático directamente (judicial).

(...) desde el punto de vista de la aprobación de la convención, no es predicable la existencia de un error legislativo en la ley 6º de 1972, que dicho sea de paso se limitó a aprobar el texto íntegro de la Convención de Viena, sobre inmunidad de jurisdicción, elaborada y fruto de la conferencia realizada en Viena el 18 de abril de 1961, a más de que no podría endilgarse omisión en la labor legislativa, bajo el entendido de que las leyes internas no podrían modificar, derogar o suspender un tratado internacional, lo cual no significa, desde luego, que la necesidad de cumplir con los convenios internacionales impida que a nivel interno, en caso de conflicto entre los intereses nacionales con respecto a las obligaciones internacionales, no pueda ser objeto de revisión observando los procedimientos adecuados para ello que tiendan a una eventual modificación o enmienda del tratado o convenio.

**6.2.3 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 26 de septiembre de 2002, Exp. 4458, C. P. Alier Hernández Enríquez.**

El municipio de Prado demanda al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y reprueba el actuar del Legislador, ya que mediante Sentencia C-523 de 1995 declaró inexecutable el

numeral 2.7 del artículo 1° de la Ley 168 de 1994, con lo cual - en principio - se posibilitaba la entrega de recursos provenientes de la telefonía móvil celular a los entes territoriales que en vigencia de esta ley le fueron desconocidos, lo que en la práctica no se dio porque la Corte Constitucional no estableció efectos retroactivos a su resolución; situación que entró a definir el Legislador a través de la Ley 217 de 1995<sup>6</sup> en que expresamente otorgó efectos ex nunc para la sentencia C-523 de 1995, es decir, con efectos a partir de la fecha de su notificación, por lo que las pretensiones no prosperaron.

Más allá de estar bien o mal otorgados los efectos de la sentencia C-523 de 1995, se subraya, como en esa oportunidad el Legislador sí actuó para definir el alcance de las pretensiones de la parte demandante de cara a la decisión de la Corte, de tal manera que la discusión se cierra por mandato nacido de la Jurisprudencia, pero además de la Ley.

**6.2.4 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. 31 de agosto, Rad. 2015. Rad.25000-23-26-000-1999-00007-01(22637). C.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero. Operadores de televisión, TV 13 y otros contra la Nación - Congreso de la República y otros.**

En apelación de demandas de reparación directa, los demandantes que según la Ley 14 de 1991 eran adjudicatarios de concesión por término de 6 años con posibilidad de prórroga condicionada por otro periodo igual, consideran que con la entrada en vigencia de la Ley 335 del 20 de diciembre de 1996 que implicaba la improrrogabilidad de los contratos vigentes -

---

<sup>6</sup> El artículo 5 de la Ley 217 de 1995 fijó que la sentencia C-523 de 1995 tendría efectos a partir de la fecha de su notificación.

eliminándola - y que fue hallada exequible, se les causó un daño antijurídico al desconocer un derecho adquirido.

La Comisión Nacional de Televisión tenía la obligación de reglamentar las condiciones para hacer viable el acceso a la prórroga, hecho que nunca sucedió, por ende, no fueron evaluados los operadores demandantes antes de finalizar el contrato, perdiendo la oportunidad de acceder a ésta, así como a las expectativas económicas fincadas en la extensión de la concesión en el tiempo, dada la nueva norma que entró a regir.

Argumentan, el Congreso de la República y demás entidades demandadas, total ausencia de derechos adquiridos o siquiera de situaciones jurídicas consolidadas, ya que la prórroga jamás dejó de ser mera expectativa, la cual no se materializó en vigencia del contrato de concesión acaeciendo luego la supresión de la prórroga; adicionando que la parte demandante bien podía participar en igualdad de condiciones en la nueva licitación, descartándose de esa manera el daño alegado.

El Consejo de Estado encontró que pese al cambio de legislación que afectaban los contratos vigentes, no obstante, no se produjo daño, ya que no se agotó el proceso exigido para la prórroga por la Comisión Nacional de Televisión, durante la vigencia de la Ley 14 de 1991 hecho conocido por los demandantes, es decir, la expectativa de los operadores no hizo tránsito a expectativa legítima, como tampoco había un derecho consolidado respecto de la prórroga; y acto seguido, bajo esas condiciones se produjo la nueva legislación, sin que se menoscabara el derecho reclamado.

La Sala precisa para verificar los eventos en los cuales hay lugar a la responsabilidad estatal por el hecho del legislador, la obligada sujeción a la valoración de situaciones jurídicas consolidadas, expectativas legítimas y la confianza legítima, que gozan de reconocida garantía jurídica y cuyo quebranto genera daño antijurídico reparable. Todo en el marco del régimen de responsabilidad objetivo y título de imputación de daño especial, se sostiene.

De la existencia de las expectativas legítimas y los estados de confianza, reseña las condiciones necesarias para que se produzcan:

“Primero. La existencia de una disposición estatal frente a la que se suscitan expectativas legítimas o de actuaciones suyas que generan estados de confianza en los sujetos. Segundo. La existencia de un comportamiento estatal homogéneo y constante que conlleve a consolidar expectativas legítimas y estados de confianza. Tercero. El asociado realiza actos que impactan su ámbito patrimonial o extrapatrimonial. Cuarto. La actuación impredecible e intempestiva genera defraudación de las expectativas legítimas y de los estados de confianza de los asociados. Quinto. La violación de las obligaciones de adaptación y adecuación.

En suma, en los casos en que declarada la exequibilidad de la ley genere daño por desconocimiento del principio de confianza legítima, se condensa en i). No depender la antijuridicidad del daño dado, de la exequibilidad o inexequibilidad, ya que esa cualificación no forma parte de la estructura hasta ahora definida del daño antijurídico y por ser el estudio de constitucionalidad y el instituto consagrado en el art 90 superior independientes. ii). Si el legislador expide leyes alterando sorpresivamente la seguridad jurídica, desatendiendo expectativas legítimas o estados de confianza, sin establecer a la par la debida compensación y

condiciones de transición, causa daño antijurídico y su título de imputación será justamente violación del principio de confianza legítima. Pero si lesionan derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas la imputación será daño especial.

En este punto, recuerda la Corte su postura, el régimen de responsabilidad objetivo y título de imputación daño especial, en el que deben encontrarse todos sus elementos, la actividad legítima del Estado Legislador con la cual afecte una situación jurídica consolidada, quebrantando el principio de igualdad de las cargas públicas frente a la Ley, causando con ello un daño grave y especial, con el probado nexo entre la actividad legítima y el perjuicio sufrido.

La decisión del Consejo de Estado toma en cuenta el devenir de la responsabilidad del Estado-Legislator en el Derecho Francés, desde su más radical negativa a considerar la posibilidad de poner en tela de juicio las normas, por ser tenidas como órdenes soberanas incapaces de producir daño, en una franca irresponsabilidad; pasando por una moderada aceptación de la responsabilidad, no por el hecho de legislar, sino por el efecto de la ejecución de las leyes (fallo La Fleurette) – solo se repararían perjuicios generados por la ley cuyos efectos no fueran previstos por la ley misma y sin revisar en sí el perjuicio, ya que por los daños previstos sencillamente no se respondía.

Con el fallo Lacaussade, la responsabilidad del Estado–Legislador se analizó a través de la gravedad y carácter especial del perjuicio, línea que hizo carrera y se aplicó a casos de diversa índole, lo que se considera el origen del daño especial como título de imputación, que se impondría en adelante, ya que estudiar el perjuicio llevaba a valorar si conforme la igualdad frente a las cargas públicas, el asociado debía padecer una carga por el hecho de la ley.

Posteriormente, el fallo Gardedieu abre un nuevo camino, aceptar la posibilidad de responsabilizar extracontractualmente al Estado –Legislador y el deber de reparar por ignorar sus obligaciones de derecho internacional y de la Comunidad Europea.

Usualmente en la jurisdicción contenciosa administrativa colombiana, se ha responsabilizado al Estado-Legislator, por la agresión de derechos subjetivos o situaciones jurídicas consolidadas a título de daño especial endilgable a este, pero hay dificultad para reconocer daño frente a expectativas legítimas y estados confianza originados por el legislador, dificultad superada con la ampliación vía jurisprudencia del Consejo de Estado de la responsabilidad del Estado – legislador a estas dos particulares situaciones, directamente relacionadas con la confianza legítima.

Por ello estatuye la Sala, que ha de revisarse el daño antijurídico causado por el Estado, por la vulneración de derechos y además, por la vulneración de expectativas legítimas y estados de confianza creados y defraudados, y ordenar reparar en consonancia con el daño comportado, esto es, frente a derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas se resarce la pérdida o deterioro del derecho; frente a expectativas legítimas debe tenerse en cuenta la privación de la oportunidad de adquirir el derecho como daño autónomo; frente a los estados de confianza o confianza legítima, debe adecuarse a la afectación directa producida a una actividad tolerada explícita o implícitamente por el Estado.

De este punto en adelante, se revisarán algunas demandas en reparación directa contra el Congreso de la República, por falla del servicio del legislador por la expedición de los artículos

56 y 57 de la Ley 633 de 2000, mediante los cuales se creó la Tasa Especial de Servicios Aduaneros (TESA), declarados inconstitucionales mediante Sentencia C-992 de 2001, por causarse daño antijurídico consistente en los pagos efectuados por ese tributo, durante la vigencia de la norma.

**6.2.5 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 24 de octubre de 2013, Rad. 25000-23-26-000-2003-00200-01 (26.690). C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Avantel S.A. contra La Nación – Congreso de la República.**

En su defensa el Congreso señaló que debía responder por la actividad legislativa, solo en los casos constitucionalmente consagrados, admitiendo como salvedad, cuando los congresistas actuaran con dolo o culpa grave. Recordó la irresponsabilidad del poder soberano del Legislador cuando expresa la voluntad del pueblo, por ser cargas públicas que debían soportar los destinatarios de las leyes.

Expresó que los efectos de la Sentencia C-992 de 2001 no eran retroactivos, por lo que la presunción de legalidad estaba intacta y por ende el pago y recaudo de la TESA era obligatorio y legítimo, desvaneciéndose la posibilidad del daño antijurídico.

La Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, descartó la excepción de buena fe y ausencia de culpa grave o dolo, por no tratarse de una acción de repetición;

igualmente consideró que la sola presentación de las pruebas de pago del impuesto no demostraba el daño antijurídico, desestimando las pretensiones de la demanda.

El Consejo de Estado, planteó como centro de la controversia, determinar si el Estado era responsable por los daños causado a la demandante con la expedición y aplicación de norma que creó la TESA, luego declarada inexecutable. Para confirmar el fallo del a quo, rememoró algunos fallos:

En sentencia del 18 de octubre de 1990 expediente 5396 la Sección Tercera del Consejo de Estado, frente a lo que se consideraba un daño antijurídico comportado por el Departamento del Valle del Cauca por la expedición de normatividad de un servicio de bodegaje de licores, primero suspendida provisionalmente y después declarados nulos algunos artículos. Negó las pretensiones y sentenció que:

si se pensaba que el hecho dañino era la promulgación de la Ley, ésta no podía ser objeto de crítica, por cuanto ella no era susceptible de ser acusada por falta o violación del derecho, y en segundo lugar, porque correspondía a la esfera del mismo legislador definir si debía concederse alguna indemnización a los particulares.

El Consejo de Estado, Sección Cuarta, en Sentencia de junio 12 de 2003, expediente AG-2002-0014, en caso en que se solicitaba la devolución de lo pagado por el impuesto a transacciones financieras del dos por mil, declarado inexecutable mediante Sentencia C-1403 de 2000, fijó con vehemencia que no podía deducirse daño antijurídico de una norma declarada inconstitucional, pues era obligado su cumplimiento, tanto de los usuarios del sistema financiero como de la DIAN, durante su vigencia; además la Corporación carecía de

competencia para modificar los efectos ex nunc de este tipo de sentencias, con el propósito de reparar daños por la aplicación de norma inconstitucional.

Retornando al caso Avantel, se recuerda que el deber de reparar por el hecho del Legislador, puede basarse en el régimen de imputación subjetivo por falla en la prestación del servicio, u objetivo por violación del principio de igualdad frente a las cargas públicas, según el fundamento fáctico. En el presente asunto es necesario revisar qué sucede cuando la Corte Constitucional declara inexecutable unas normas bien sea con carácter ex nunc o ex tunc. Conforme a lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia, “Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario”<sup>7</sup>. (Se subraya).

Por lo tanto, las decisiones sobre la constitucionalidad de una norma cuya competencia es atribuida a la Corte Constitucional (artículo 241 C.N), pueden tener efectos en el tiempo en el evento en que éstas sean declaradas inexecutable<sup>8</sup> o executable condicionalmente<sup>9</sup>. Tal como lo ha sostenido la Corte Constitucional, la regulación de los efectos temporales de estos fallos se han diseñado a partir de varias fuentes normativas; la Constitución (arts. 243), la Ley Estatutaria

---

<sup>7</sup> La Corte Constitucional ha desarrollado pues, la tesis según la cual, por regla general los efectos de sus sentencias de constitucionalidad son ex nunc, salvo que la misma Corte asigne otros efectos temporales, en los términos del artículo 45 de la Ley 270 de 1996. Sentencia T- 389 de 2009.

<sup>8</sup> Se trata de la “(...) expulsión del ordenamiento de la norma juzgada, con efectos generales o erga omnes, los que son apenas naturales considerando que esta clase de pronunciamientos judiciales se encaminan a restablecer el ordenamiento jurídico desde el punto de vista constitucional, lo cual implica que la sociedad entera tiene interés en lo que se decida (...)” (Muñoz, 2010, p. 18-21).

<sup>9</sup> “(...) permite la entrada en vigencia, o deja la norma vigente en el ordenamiento jurídico, pero siempre que se interprete como la Corte expresamente lo establezca. (Sentencia T- 389 de 2009).

de Administración de Justicia (Ley 270/96, art. 45), la aplicación de los principios generales del derecho sobre la vigencia de las normas jurídicas y la jurisprudencia constitucional.

Por regla general las decisiones sobre el control de constitucionalidad tienen efectos *ex nunc*, esto es, genera efectos inmediatos, hacia el futuro y vinculantes para todas las situaciones jurídicas originadas en el pasado y en curso.

La Corte Constitucional está facultad para modular las sentencias objeto de control de constitucionalidad, que por regla general, de acuerdo con lo establecido en el artículo 45 de la ley 270 de 1996 tienen efectos hacia el futuro, a menos que sea la propia Corte “*de manera expresa*”<sup>10</sup> quien resuelva algo contrario, esto es, darle efectos retroactivos a la sentencias de constitucionalidad.

Ahora bien, de acuerdo con lo sostenido por la parte demandante, la responsabilidad de la entidad demandada se concreta al haber creado y aplicado unas normas que posteriormente fueron declaradas inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C- 992 de 2001. El artículo 56 de la ley 633 de 2000 hacía referencia a la creación de una tasa especial como contraprestación de servicios aduaneros prestados por la DIAN, equivalente al 1.2% del valor FOB de los bienes objeto de importación. A su turno, el artículo 57 establecía que la administración y control estaba a cargo de la DIAN. La norma también expuso que se trataba

---

<sup>10</sup> Sentencia T- 389 de 2009. *Cr.*, entre otras la sentencia C-426 de 2007. En esta sentencia se declaró inexecutable una norma derogatoria de otra que consagraba la autoridad competente para organizar y disponer el concurso para notarios públicos. Como quiera que la norma derogatoria no incluyó lo relativo a la autoridad en mención, fue excluida del ordenamiento (declarada inexecutable) desde el momento de su entrada en vigencia, es decir la sentencia tuvo efectos retroactivos, y se ordenó la reincorporación de la norma derogada. Otras sentencias con efectos retroactivos son C-870 de 1999, C-002 de 1999, C-080 de 1999, C-037 de 1994.

de un ingreso corriente de la Nación de conformidad con el inciso 2 del artículo 357 de la Constitución Política y teniendo en cuenta que no se trataba de ningún impuesto, creó un fondo de servicios aduaneros el cual se financiaría con los recursos que se recaudaran por la tasa. Los recursos de dicho Fondo se destinarán a recuperar los costos incurridos por la Nación en la facilitación y modernización de las operaciones de comercio exterior, mediante el uso de su infraestructura física y administrativa y para la financiación de los costos laborales y de capacitación de la DIAN.

La Corte Constitucional al examinar la exequibilidad de las normas demandadas, lo hizo con base en lo establecido en el artículo 338<sup>11</sup> superior. Sostuvo dentro de las consideraciones expuestas en sentencia C- 992 de 2001, en términos generales, que la creación de una tasa debe venir acompañada por la identificación, en la propia ley, del servicio a la que la misma corresponde y por cuya utilización serán gravados los contribuyentes. Pese a lo anterior, consideró el alto Tribunal Constitucional que 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.

---

<sup>11</sup> Dispone el artículo lo siguiente: *En tiempo de paz, solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales. La ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos.*

*La ley, las ordenanzas y los acuerdos pueden permitir que las autoridades fijen la tarifa de las tasas y contribuciones que cobren a los contribuyentes, como recuperación de los costos de los servicios que les presten o participación en los beneficios que les proporcionen; pero el sistema y el método para definir tales costos y beneficios, y la forma de hacer su reparto, deben ser fijados por la ley, las ordenanzas o los acuerdos.*

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

Se expuso que el legislador señalaba que la tasa correspondía a los servicios aduaneros, pero no determinó el contenido de los mismos ni la manera como el gravamen se vinculaba a ellos. La tarifa no se establecía en función de la utilización del servicio sino, exclusivamente, en relación con el valor del bien importado. Tal indeterminación conducía a borrar la frontera entre tasa e impuesto y a que la tasa por los servicios aduaneros se asimilara a un impuesto sobre las importaciones, caso en el cual su destinación especial resultaría contraria a la Constitución.

Finalmente, concluyó que

(...) Lo anterior se corrobora si se tiene en cuenta que, de acuerdo con el segundo inciso del artículo 57, el destino de los recaudos no se restringe a la recuperación de los costos del servicio, con los cuales, por otro lado, en la medida en que no se conocen, no es posible establecer una relación de equivalencia al menos aproximada, sino que se extiende para cubrir los costos incurridos por la Nación en la facilitación y modernización de las operaciones de comercio exterior, mediante el uso de su infraestructura física y administrativa y para la financiación de los costos laborales y de capacitación de la DIAN, propósitos que claramente exceden el ámbito del gravamen definido en el inciso primero del artículo 56, en la medida en que no se refieren exclusivamente a los costos que se generan por los servicios aduaneros que se prestan a los contribuyentes de la tasa, sino que comprenden, o pueden comprender, servicios que correspondan a exportaciones y porque en la financiación de los costos laborales y de capacitación de la DIAN, caben conceptos que nada tienen que ver con las importaciones, o incluso, con el comercio exterior (...).

Con fundamento en tales consideraciones declaró inexecutable los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000 sin que la Corte Constitucional modulara los efectos de la sentencia en sentido retroactivo.

Dentro del *sub lite* es importante considerar que la vigencia de la normas, esto es, desde enero de 2001 hasta el día en que se profirió la decisión<sup>12</sup> la parte demandante canceló el valor por concepto de tasa hasta el mes de agosto de 2001, de conformidad con las copias de las declaraciones de importación allegadas al plenario.

1) Ahora bien, la parte actora discute que el pago realizado se efectuó sin la contraprestación del servicio aduanero que debió reglamentar el ente o autoridad competente para ello. Pese a ello, la recurrente no acreditó la falta de la prestación del servicio, sino que, dentro de las declaraciones de importación arrimadas al expediente, canceló por concepto de la tasa especial, por lo que se deduce que el servicio era prestado en atención a lo expuesto en el artículo 56 de la ley 633 de 2000. Por lo tanto, se deduce del pago de esta tasa que efectivamente se prestó el servicio por parte del Estado.

Así mismo, contrario a lo sostenido por el recurrente y de conformidad con lo expuesto en líneas anteriores, los hechos consolidados en vigencia de las normas se encontraban amparadas por el principio de legalidad y garantía constitucional y, por el contrario, no era una carga que la sociedad demandante no debía soportar, por cuanto se itera, se encontraban amparadas por el ordenamiento jurídico en dicho momento.

---

<sup>12</sup> La Corte Constitucional en sentencia C- 973 de 2004 se refirió respecto la publicidad, comunicación y efectos de las sentencias de constitucionalidad, indicando que “*cuando en una sentencia no se ha modulado el alcance del fallo, los efectos jurídicos se producen a partir del día siguiente a la fecha en que la Corte ejerció, en el caso específico, la jurisdicción de que está investida, esto es, “a partir del día siguiente a aquél en que tomó la decisión de exequibilidad o inexecuibilidad y no a partir de la fecha en que se suscribe el texto que a ella corresponde o el de su notificación o ejecutoria.*”

2) Por otra parte, sostuvo la sociedad actora que la sentencia de constitucionalidad sólo declaró la inexecutable de la TESA. La Corte no podía pronunciarse sobre la responsabilidad patrimonial que debía asumir el Estado por los daños antijurídicos causados con ocasión de ese tributo, por lo tanto, la decisión no era imprescindible para la cuestión que se debate. En este aspecto, es indispensable reiterar lo que la propia Corte Constitucional ha sostenido en este punto en cuanto a que

(...) si bien no corresponde a la Corte Constitucional la reparación de los daños antijurídicos causados por la actividad del Legislador, excepcionalmente, en algunas ocasiones, mediante la técnica de modular los efectos temporales a sus decisiones ha permitido el resarcimiento de algunos de los perjuicios patrimoniales causados por leyes inconstitucionales, de manera específica al darle eficacia retroactiva a sus sentencias (...) Lo anterior no quiere decir que la modulación de los efectos temporales de las decisiones de inexecutable tenga como propósito la reparación de los daños antijurídicos causados por las leyes inconstitucionales, pues como antes se dijo esta labor no es propia del juez constitucional, sino que excepcionalmente, bajo ciertas circunstancias, la expedición de fallos con efectos retroactivos puede tener entre sus efectos el resarcimiento de algunos de los perjuicios causados por las leyes contrarias a la Constitución (...)<sup>13</sup>.

En el presente asunto, no se observa cuál es el la falla del servicio o el rompimiento de las cargas públicas causado a la parte demandante, por cuanto se insiste, los hechos acaecidos en vigencia de las normas, se encontraban amparados por la presunción de legalidad<sup>14</sup> y seguridad

---

<sup>13</sup> Sentencia de la Corte Constitucional C- 038 de 2006. Por ejemplo, en el caso de la sentencia C- 149 de 1993 se declaró la inexecutable de los artículos 16, 17 y 18 de la Ley 6ª de 1992 y se ordenó al Ministerio de Hacienda y Crédito Público reintegrar la totalidad de las sumas recaudadas por concepto de las disposiciones inconstitucionales. En esta oportunidad la Corte Constitucional encontró que al momento de proferir el fallo la mayor parte del tributo declarado inexecutable había sido recaudada, por lo tanto, la única manera de realizar la “justicia querida por el Constituyente” era mediante la devolución de las sumas ilegítimamente percibidas por el Fisco.

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.

En vista de lo anterior, el pago efectuado por la parte demandante al Estado de conformidad con lo establecido en los artículos consagrados en la ley 633 de 2000, y que posteriormente fueron declaradas inexecutable, no resultó antijurídico y, por lo tanto, no puede desconocerse por parte de esta jurisdicción los efectos de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional, quien al ser la única que puede modular los efectos de sus fallos, lo hace bajo unos parámetros que responden a la:

necesidad imperante de garantizar, en determinados casos, el respeto a la supremacía constitucional y la defensa de los derechos fundamentales. Siendo la Constitución la norma jurídica principal y primordial del ordenamiento jurídico (Quinche Ramírez, 2008, p. 84).

o que en palabras de la Corte:

los efectos concretos de la sentencia de inexecutable dependerán entonces de una ponderación, frente al caso concreto, de los principios encontrados: la supremacía de la Constitucional – que aconseja atribuir a la decisión efectos *ex tunc* (...)– y el respeto a la seguridad jurídica –que, por el contrario, sugiere conferirle efectos *ex nunc* (Corte Constitucional, Sentencia C- 055, 1996).

---

<sup>14</sup> La presunción de legalidad, entendida ésta como “(...) *el cabal sometimiento de la administración y de sus actos a las normas superiores (...) previamente proferidas como garantía ciudadana y para la estabilidad estatal. Debemos agregar a lo anterior, que la legalidad así entendida no es un simple presupuesto de la actuación administrativa; todo lo contrario (...) la legalidad de los actos se proyecta tanto en su procedimiento formativo como en la vigencia plena de los mismos. Se caracteriza de manera consecuente por su naturaleza previa, concomitante y subsiguiente a la manifestación del órgano administrativo.* (Santofimio Gamboa, 2003, p. 54).

Por lo tanto, en este caso, no se observa que los efectos de la sentencia hayan sido con efectos retroactivos, por lo que la obligatoriedad e irretroactividad de lo establecido por la Corte Constitucional en sentencia C- 992 de 2001 conlleva a que los hechos acaecidos en vigencia de los artículos cumplieron lo establecido por el ordenamiento jurídico y se insiste, cobijado por la presunción de legalidad. El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “C”, confirmó la sentencia proferida en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A del 4 de diciembre de 2003, negando las pretensiones.

**6.2.6 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia de enero 29 de 2014, Rad. 25000232600020030017301 (26.689). C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Industria de Ejes y Transmisiones S.A.-Transejes S.A. contra La Nación-Congreso de la República.<sup>15</sup>.**

El Consejo de Estado, condena al Congreso de la República, por el hecho del legislador, bajo la premisa que como toda autoridad estatal debe responder patrimonialmente en el marco del art. 90 superior, cuando le sea atribuible un daño antijurídico.

Reprocha el fallo, la ausencia de modulación de la Sentencia C-992 de 2001, pero a la vez, es contundente en sostener que la declaratoria de responsabilidad estatal por el hecho del legislador, no puede depender irrestrictamente de la modulación. Igualmente, califica como

---

<sup>15</sup> Ver también, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 24 de junio de 2015. Rad 25000-23-26-000-2003-00191-01 (29148). C. P. Hernán Andrade Rincón. TRANSEJES S.A. contra La Nación - Congreso de la República.

falla en el servicio, cuando declara la inexecutable de leyes tributarias y los tributos fueron efectivamente asumidos por el contribuyente durante su vigencia. Resalta la postura jurisprudencial de la jurisdicción contenciosa, que resume, así:

i) Ninguna autoridad o sus actuaciones escapan a los postulados del artículo 90 de la Constitución Política, es decir al estudio que deba realizarse en cada caso concreto acerca de si la conducta -activa u omisiva- de las autoridades públicas pudo haber causado un daño antijurídico que les resulte imputable; ii) 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 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”; y, 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.

Es consciente el juzgador, de la complejidad que ha entrañado el efecto ex nunc de las decisiones de inconstitucionalidad de cara a las situaciones jurídicas consolidadas<sup>16</sup>, en particular frente al reconocimiento de la falla en el servicio, lo que ha sido un verdadero obstáculo para responsabilizar al Legislador y de contera indemnizar a quien se ha causado perjuicio, y realiza el siguiente análisis.

La construcción jurisprudencial de la materia ha terminado por excluir injustificadamente toda una porción, quizá la más evidente, de la responsabilidad patrimonial que en el ordenamiento jurídico nacional le podría caber a la actividad legislativa; en efecto, se ha reconocido, con las dificultades que eso conlleva, la responsabilidad patrimonial del Estado por el hecho del legislador cuando con la actuación legítima del Congreso de la República se rompe el equilibrio de las cargas públicas -daño especial que por su carácter objetivo ha sido reconocido por esta Sala como de procedencia excepcional- mientras que, paradójicamente, se ha negado cualquier posibilidad de que se reconozca la responsabilidad del Estado por razón de la falla del servicio en el que incurra el legislador, la cual precisamente se evidencia e incluso se configura a partir de la declaratoria de inexecutable de las disposiciones normativas que hayan creado el respectivo tributo o impuesto determinados deberes oportunamente pagados por los contribuyentes. El principal argumento que ha sustentado la improcedencia de la falla del servicio respecto del Estado legislador en los casos de declaratoria de inexecutable de las leyes tributarias encuentra su fundamento en la postura según la cual, debido al efecto ex nunc que el ordenamiento jurídico le ha atribuido a las decisiones de constitucionalidad -a menos que

---

<sup>16</sup> En Sentencia de 23 de febrero de 2012, exp. 24655, la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, confirmó condena a la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público, al considerar, entre otras cosas que, “[E]n el sistema jurídico colombiano el artículo 90 superior no excluye a autoridad pública alguna del deber de reparar los daños antijurídicos imputables a su acción o a su omisión (...) con independencia del mantenimiento de las situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de la norma general que consagraba la obligación tributaria declarada inexecutable o nula (...) [el daño causado por una norma declarada inexecutable o nula es] “a no dudarlo, antijurídico, comoquiera que carece de sustento en el ordenamiento el deber de hacer frente al pago de una exacción que fue establecida de manera irregular por una autoridad pública a través del ejercicio contrario a Derecho de su potestad normativa” .

se haya dispuesto otra cosa por parte de la Corte Constitucional-, éstas no pueden afectar las situaciones jurídicas que se hubieren consolidado durante la vigencia de la norma objeto de reproche constitucional.

Además, examina los efectos nocivos del sometimiento a los efectos ex nunc, encontrando un sinsentido en ello, dado que el tratamiento que se viene dando a las situaciones jurídicas consolidadas – per se - no tendrían posibilidad alguna del resarcimiento del perjuicio. Por ello estima la Corporación:

la verificación de la antijuridicidad del daño generado por la conducta de las autoridades públicas, cuyo análisis se realiza en sede de la acción de reparación directa, no puede quedar sometido a la modulación de los efectos de la sentencia que declare la inexecutable o la ilegalidad de la disposición normativa por cuya virtud se concretó el daño. Pretender lo contrario implicaría consolidar una incoherencia lógica que parece insalvable, puesto que si se admite que la responsabilidad patrimonial que se pudiere endilgar al Estado legislador por la expedición de normas inconstitucionales o ilegales solo se verifica a partir de la declaratoria de su inexecutable o de su ilegalidad, pero a la vez se sostiene que dicha decisión judicial no puede modificar las situaciones que se hubieren consolidado con ocasión de la vigencia de la norma cuestionada, ello llevaría a que en ningún caso se podría entender configurada la falla del servicio del legislador en esa particular hipótesis. (...) según la postura que se critica, todas las situaciones que se hubieren consolidado antes de la declaratoria de inconstitucionalidad de la disposición normativa que causa el daño alegado, si los efectos de la sentencia no se modularon, escaparían al régimen de responsabilidad patrimonial del Estado, reservándose este análisis a aquellas situaciones que nacieran con posterioridad a tal declaración, cuestión que resulta en un imposible jurídico puesto que la sentencia de inexecutable o de nulidad, en los más de los casos, tiene por efecto la exclusión automática del ordenamiento jurídico de tal disposición

normativa, razón por la cual no sería lógico que se constituyeran situaciones jurídicas al amparo de una norma que ya no existe, vaciándose así por completo la posibilidad de que se verifique la falla del servicio del legislador en eventos como el que se analiza en esta oportunidad.

Alude la dificultad que se ha presentado, entre la situación jurídica consolidada y la reparación del daño antijurídico, afirmando que no es aplicable en el evento de la responsabilidad extracontractual del Estado Legislador, pues el pago del impuesto inconstitucional es a todas luces, el daño antijurídico, viable de ser exigido por falla en el servicio, mediante el medio de control de la reparación directa.

(...) lo que se consolidó con el pago 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. (...) para la Sala existen argumentos suficientes para considerar que procede el análisis de la responsabilidad extracontractual del Estado por falla del servicio del Estado legislador por la declaratoria de inexecutable de una ley, por cuya virtud se haya creado un tributo, siempre y cuando, se reitera, se verifiquen los demás elementos que integran dicho régimen jurídico.

Por último, condena al Congreso de la República al encontrar probados, la existencia de un daño antijurídico; la imputación del daño a la acción u omisión de la autoridad pública; y el nexo de causalidad entre el daño y la imputación, insistiendo en que “lo cierto es que ese pronunciamiento judicial puso en evidencia la falla del servicio en que incurrió el Estado

legislador, en la medida en que los pagos de Transejes S.A., se hicieron con fundamento en una norma declarada contraria a la Constitución Política.

Es importante tener presente, que estas consideraciones fueron replicadas en varios casos, por el pago de la TESA, entre ellos, el de las empresas Goodyear (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 28741, 2014), Laboratorios Wyeth Inc (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, Sentencia 28811, 2014), Promigas (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia 26702, 2014), Ford Motor (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia 28765, 2015).

En el proceso de Promigas S.A. (como en los de la misma temática), se alegó que el daño antijurídico consistió en 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”. Y como parte de su defensa, el Congreso en sede de apelación, de manera cínica a mi modo de ver, sostiene que “la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador contradice el ordenamiento jurídico nacional y podría generar una “voluminosa y permanente” formulación de demandas contra el Estado”, argumento deleznable que contribuye a mantener desvergonzadamente la irresponsabilidad del Legislador, a costa del patrimonio de los perjudicados, cuando de lo que se trata es precisamente, que realicen los mejores estudios previos y pongan el máximo cuidado en la expedición de leyes, para eso se les eligió, se les

paga muy bien y se les ha dispuesto de asesores; por tanto, como cualquier servidor del Estado deben afrontar el resultado de la ejecución de sus labores.

**6.2.7 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 26 de marzo de 2014. Rad. 25000-23-26-000-2003-00175-01(28741). C.P. Enrique Gil Botero. Goodyear de Colombia S.A. contra La Nación - Congreso de la Republica.**

Recuerda la Sala que el alcance de la responsabilidad por el hecho del Legislador, va más allá del ámbito de expedición de leyes por el Congreso, y se extiende a toda norma a través de la cual el Estado en sus diferentes niveles cumple una función reguladora, de cuyo ejercicio podría devenir el daño, valga decir, “todas aquellas normas que se caracterizan por ser generales, impersonales y abstractas, como los actos administrativos, decretos - ley, decretos expedidos por el presidente en el marco de facultadas extraordinarias, resoluciones, ordenanzas, entre otros”.

En el entendido que la discusión, reside en una pugna entre la seguridad jurídica y la supremacía de la Constitución, es indiscutible a la luz del derecho español, de donde ancla el nuestro, prevalece la segunda, así como el sometimiento absoluto a ella, como lo establece la misma Constitución colombiana, la que en su contenido traduce el deseo popular, de que ello sea así y no de otra manera. “De este modo, aceptar sin más, que no se deriven perjuicios a partir una norma que ha sido declarada inconstitucional equivaldría a decir que la voluntad del constituyente primario carece de valor”.

Viene entonces imperando con fuerza el antecedente español, fundamento de la decisión que tomó la Corporación: el poder legislativo también debe someterse a la Constitución y en consecuencia, las leyes contrarias a la Constitución constituyen un desconocimiento de ese deber, lo que torna la conducta en antijurídica y por ende, la hace fuente de indemnización, porque la sola declaratoria de inconstitucionalidad traía ínsito el deber de indemnizar<sup>17</sup>; se plantea la obligación del legislador de manifestar en la misma ley, su voluntad de indemnizar a los particulares por los perjuicios que le ocasione por la expedición de la ley; siendo innecesario para acceder a la reparación, que el particular haya impugnado primero los actos por los que se ejecutó la ley declarada inexecutable, sino que puede acudir directamente a la jurisdicción para solicitar el resarcimiento de los perjuicios; por último, el deber de reparar recae en el autor de la ley, no en el ejecutor, así como diferente es el resarcimiento del daño a la devolución de lo tributado<sup>18</sup>.

Del título de imputación, en lo que también ha perdurado el disentimiento, se recalca en este fallo, la aplicación de la falla en el servicio, puesto que el factor de imputación no es la ejecución de la norma inconstitucional, sino su creación y expedición ya que desde ese mismo momento era contraria a la Constitución.

En ese discurrir, desliga por completo, por tratarse de dos temas diferentes los efectos ex nunc de las sentencias de inconstitucionalidad y la obligatoriedad de reparar el daño irrogado

---

<sup>17</sup> Tribunal Supremo Español, Sentencias del 29 de febrero, 13 de junio y 15 de julio del 2000 en las que luego de que el Tribunal Constitucional Español declarara inconstitucionales varias leyes que establecían una serie de tributos, se condenó al Estado. Citadas por el Consejo de Estado.

<sup>18</sup> Tribunal Supremo Español, Sentencia del 15 de julio de 2000. Citada por el Consejo de Estado.

por el Legislador, “toda vez que una cosa es la intangibilidad de las situaciones jurídicas consolidadas antes de la declaratoria de inconstitucionalidad y otra muy diferente, es el deber que tiene el legislador de reparar el daño que ha causado con su actuación”.

Como es reiterativo acusar a la jurisdicción de suplantar al Legislador, se afirma que el juez goza de plena competencia para juzgar y condenar las actuaciones del Legislador y si de ello surge una reparación, es solo el resultado de verificar los presupuestos de responsabilidad del artículo 90, sobre la base que “los daños provenientes del hecho de la ley - bien por omisión legislativa, por la ley exequible o constitucional, y por la ley declarada inexecutable, con independencia de los efectos del fallo del tribunal constitucional - son de naturaleza antijurídica y, consecuentemente, reparables de manera integral”.

Y es que la Corte en su labor de estudio de constitucionalidad no se pronuncia sobre la procedencia o no de la reparación de un daño, pues solo hasta cuando se conoce la antijuridicidad de la norma retirada y por consiguiente la falla en el servicio en que incurrió el Legislador, se puede exigir la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado, para la reparación integral del daño, vía reparación directa.

En el caso concreto, en el que previamente la Corte Constitucional encontró que se había creado realmente un impuesto denominado como tasa, que no traía contraprestación o beneficio al contribuyente, el Consejo de Estado encuentra que es allí de donde precisamente dimana la falla en el servicio, siendo innecesario e inexigible demostrar la falta de prestación del servicio cobrado por la imposición de la TESA, pues fue justamente por ello que se declaró la

inexequibilidad, y concluye que hay lugar a declarar la responsabilidad por el hecho del Legislador por el daño antijurídico causado por una norma declarada inexequible, que durante su vigencia causó una lesión, impone su reparación a título de falla del servicio. Por ello condenó al Congreso de la República al pago de los perjuicios materiales en suma cercana a mil quinientos millones de pesos. Así se puntualizó en la decisión:

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

En la aclaración de voto, la Consejera Olga Mélida Valle de la Hoz, disiente señalando que “no es válido generalizar y establecer que también en materia impositiva, la declaratoria de inexequibilidad de la ley, constituya por ese sólo hecho una falla en el servicio por parte del legislador” creando así una especie de título ejecutivo en eventual repetición contra los congresistas, ello teniendo en cuenta que si la Corte Constitucional determina efectos ex tunc a la declaratoria de inexequibilidad habrá falla en el servicio por la actividad del legislador, porque la norma tachada desde su expedición jamás tuvo presunción de constitucionalidad;

distinto de si el efecto es ex nunc, pues allí se aplicará el daño especial ya que durante la vigencia de la ley estuvo amparada por la presunción de legalidad y los efectos del fallo serían a futuro, de donde deduce, que el actuar del Legislador en este interregno fue legítimo y solo cumplían con sus funciones, tratándose de un daño especial. En consecuencia, debe analizarse cada caso particular.

Así mismo puntualizó, que los efectos de las sentencias de inexecutableidad rigen hacia el futuro y por lo tanto las situaciones jurídicas consolidadas con anterioridad a la notificación del pronunciamiento de la Corte Constitucional, no pueden ser moduladas por el juez contencioso administrativo so pretexto de ordenar la reparación de presuntos perjuicios causados como consecuencia de la aplicación de la ley inconstitucional. En todo caso la jurista se aparta, de cualquier manifestación de la providencia tendiente a endilgar actividad ilegal o ilícita a los legisladores en el caso concreto de la ley declarada inconstitucional, en cuanto el ejercicio de dicha actividad, no fue otro que, el propio y legítimo autorizado constitucionalmente.

El doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa salvó voto, manifestando que se apartaba completa y abiertamente de la sentencia proferida por la Sala, por considerar que es un error asirse exclusivamente de la doctrina española para resolver el tema; que es un “absoluto equívoco plantear que la mera inconstitucionalidad de una Ley es suficiente y se convierte por sí solo en daño antijurídico y fundamento de la imputación”, lo que contradice el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado fundado en el artículo 90 de la C.P.; que como los efectos de toda Ley declarada inconstitucional rigen hacia el futuro, no hay lugar para que el juez contencioso invocando la protección del derecho a la reparación, pueda abrogarse competencias que constitucionalmente no tiene; entiende el Consejero que al expedir la norma,

el Legislador cumplió con su función por tanto la inexequibilidad de la misma no se origina en una falta de diligencia, en una negligencia, en la ocurrencia de un dolo o en el despliegue de actividad culposa alguna, sino que operó uno de los contrapesos del Estado de derecho, recordando la inviolabilidad de los votos y opiniones de los congresistas y de su protección convencional de todo lo cual se plantea un interrogante que deja abierta la discusión, “¿la sentencia está fijando una presunción de responsabilidad o un régimen objetivo en el que los legisladores siempre terminarían convertidos en sujetos pasivos del daño antijurídico imputado?”<sup>19</sup>.

La aclaración y salvamento de voto, dejan entrever básicamente, la preocupación por la posible presentación de numerosas demandas de repetición en contra de los congresistas, visto de otra manera, se hace defensa ad honorem de estos personajes, como si todos los servidores públicos no estuviesen expuestos a ser demandados y condenados por el ejercicio de sus funciones, despreocupándose totalmente del daño efectivamente producido, al que no le dan la importancia debida.

### **6.3 Sentencias de Tutela del Consejo de Estado, que Revocaron Fallos Condenatorios Contra el Estado, en Casos de Cobro y Pago de la TESA**

En seguida se registran Sentencias del Consejo de Estado, que revocaron fallos que habían sido favorables a las empresas Goodyear y Transejes S.A., resultado del amparo de Tutela de

---

<sup>19</sup> Ver también Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 26 de marzo de 2014, expediente No. 44001-23-31-000-2001-00282-01(28864). C.P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Luis Alberto Cobo Corzo contra el Ministerio del Interior, Ministerio de Justicia y del Derecho y el Congreso de la República.

la Sección Cuarta, que echaron por tierra uno a uno los argumentos de sus pares en sede de apelación, “absolviendo” de manera definitiva al Legislador de cualquier responsabilidad indemnizatoria reclamada estas empresas, respecto del cobro y pago de la TESA.

**6.3.1 Acción de Tutela - Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta C. P. Martha Teresa Briceño de Valencia, 7 de abril de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 11001-03-15-000-2014-02171-00 Actor: Congreso de la República y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Demandado: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C.**

Mediante acción de Tutela se solicita dejar sin efectos la sentencia en la que fue condenado el Congreso de la República a indemnizar con más de mil quinientos millones de pesos a la empresa Goodyear por la expedición de la TESA<sup>20</sup>, bajo la tesis de haberse violado el debido proceso. Dentro de los antecedentes están:

La Sentencia C – 992 de 2001, que declaró inexecutable los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000, no fijó sus efectos, luego los mismos son a futuro – ex nunc.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, condenó al Congreso al considerar que el daño se determinó con la Sentencia C-922 de 2001 y además se concretó el perjuicio a Goodyear con el pago de la TESA creada por la Ley 633 de 2000.

---

<sup>20</sup> Sentencia del 26 de marzo de 2014. Rad. 25000-23-26-000-2003-00175-01(28741)

El Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, por sentencia del 26 de marzo de 2014, al desatar la alzada, confirmó el fallo, pues al margen de los efectos de la sentencia C-992 de 2001, lo cierto era que Goodyear sufrió un daño antijurídico, desde la promulgación – ya viciada - de la Ley 633 de 2000, por tanto, se evidenció falla en el servicio por parte del Congreso de la República.

Para los recurrentes, el único argumento esgrimido en el fallo, para responsabilizar objetivamente al Congreso fue que, mediante sentencia C-992 de 2001, se había declarado la inexecutable de los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000 y sostuvieron como errores adicionales los siguientes:

No se tuvo en cuenta, el principio de libertad de configuración del Legislador.

No se estudió la antijuridicidad del daño, el cual no existió por encontrarse vigente la norma y cobijada por presunción de constitucionalidad, siendo la imposición y pago del tributo antes de la declaratoria de inexecutable, un daño jurídico.

La sentencia C- 992 de 2001 conllevaba al decaimiento no a la invalidez, de los actos administrativos que liquidaron y ordenaron el pago del tributo. De lo que concluyen que, debía cuestionarse judicialmente tales actos, con el objeto de lograr la devolución de lo pagado, pero en vigencia de los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000.

Estudiados los cargos, la Sala señala entre otras cosas, que es indudable que la sentencia C – 992 de 2001, tiene efectos ex nunc – a futuro, dejando de ser ejecutable la norma a futuro, pero antes de la declaratoria de inexecutable la norma estuvo vigente y era de obligatorio cumplimiento, de lo que se colige que la disminución en el patrimonio del contribuyente no constituyó el daño antijurídico pretendido; toda vez la antijuridicidad no provenir de la legalidad de la fuente dañosa (vicio de inconstitucionalidad), sino del hecho de que quien lo sufre no está en el deber jurídico soportarlo, y para el caso si estaba en el deber jurídico de soportarlo.

Hasta este punto, se concluye que la sentencia favorable a Goodyear, “se equivocó al imputar al Congreso de la República un daño que ni siquiera produjo, pues, si se admitiera que existe un daño reparable, el llamado a responder no es el Congreso de la República, sino la entidad recaudadora del tributo en favor de la Nación, es decir, la DIAN”.

De la falla en el servicio, sostiene que no puede equipararse un error en la función pública legislativa con la falla de un servicio público prestado por el Estado, porque además debe demostrarse la responsabilidad subjetiva, negligencia, omisión o defectuoso cumplimiento del servicio, lo cual no es realizable respecto de la actividad legislativa, además de hallarse una actuación del Congreso dentro del marco de sus funciones. Tampoco puede dejarse de lado, la autonomía del Congreso de la República y su sujeción al control de la Corte Constitucional.

En síntesis, en sede de Tutela se encontró que el fallo acusado desconoció los artículos 90 Superior; 45 de la Ley 270 de 1996 - efectos ex nunc; 850 y siguientes del Estatuto Tributario acerca del trámite para la devolución de tributos.

Deja sentado la Sección Cuarta del Consejo de Estado que Goodyear, no debió acudir directamente a la reparación directa, sino solicitar a la DIAN según lo previsto por el legislador, la devolución de los dineros tributados “ilegalmente”, en caso de negativa, agotar la reconsideración y por último accionar mediante la nulidad y restablecimiento del derecho, única acción procedente para obtener la reparación del daño. De ello resulta, que Goodyear equivocó la vía para exigir la indemnización a la que consideraba tener derecho.

En ese sentido se dice, se violó el debido proceso, lo que llevó a dejar sin efecto la sentencia del 26 de marzo de 2014 de la Sección Tercera del Consejo de Estado, dictada en el proceso de reparación directa 25000-23-26-000-2003-00175-01 (28.741), dejando a salvo la responsabilidad del Congreso de la República.

**6.3.2 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera – Subsección A. Sentencia del 10 de mayo de 2017. Rad. 25000232600020030017301 (26.689) C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. TRANSEJES S.A. contra La Nación – Congreso de la República. Apelación sentencia de reparación directa.**

Es necesario recordar en este punto, que Transejes accionó, en al menos dos oportunidades por causa de la TESA (rad. internos 26.689 y 29.148) cuyas resultas en sede de apelación a

instancia del Consejo de Estado, fueron favorables a esa empresa, con la consecuente condena para el Congreso de la República.

En este caso (26.689), habiendo el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el día 4 de diciembre de 2003 denegado las pretensiones de Tranejes y en sede de apelación la Sección Tercera revocado el mismo, concediendo lo pedido; la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (ANDJE), interpuso acción de Tutela contra la decisión de la Sección Tercera de apelación del fallo condenatorio contra el Congreso, la cual conoció la Sección Cuarta del Consejo de Estado.

Así entonces, la Sección Tercera emite este nuevo fallo dentro de la causa (26.689), basado en el fallo de Tutela del 26 de enero de 2017, en que se concedió el amparo del derecho a la Tutela Judicial Efectiva al Congreso de la República, fallo impugnado que fuera confirmado por la Sección Quinta el 09 de marzo de 2017<sup>21</sup>, tomando en cuenta las siguientes consideraciones de Juez Constitucional:

El disenso de la Sección Cuarta, se fundó en los siguientes apartes de la Tutela<sup>22</sup>:

**los cobros que se hicieron por la TESA mientras la Ley 633 de 2000 estuvo vigente no constituyen un daño antijurídico, en cuanto tenían respaldo legal. Se trata de pagos legales, en virtud de la presunción de constitucionalidad con que nacen las normas que expide el Congreso de la República.**

---

<sup>21</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta. Rad. 11001-03-15-000-2016-01875-01, C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.

<sup>22</sup> Consejo de Estado, Sección Cuarta. Tutela del 26 de enero de 2017, presentada dentro del Rad. 25000232600020030017301 (26.689), que se cita.

(...)

**Empero, la función pública de dictar las leyes, de conceder el derecho, no es ningún servicio público que pueda fallar o no fallar. Una cosa son las necesidades básicas de la gente que deben ser satisfechas por empresas de servicio público, ora a cargo del Estado ora a cargo de los particulares, y otra cosa es la función pública legislativa, que claro que tiene control, pero es un control normativo que no puede asimilarse al control de calidad o de oportunidad o de mérito, que es el control propio de los servicios públicos. Las leyes se controlan mediante la acción de inconstitucionalidad, cuya competencia es de la Corte Constitucional**

(...)

**“En definitiva: no era posible que la sentencia objeto de tutela concluyera que el Congreso de la República era patrimonialmente responsable del daño causado a Transejes S.A. por los pagos que realizó por la TESA mientras los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000 estuvieron vigentes. Indudablemente, esa conclusión desconoce los efectos ex nunc de la sentencia C-992 de 2001 y, de contera, los principios de seguridad jurídica y de buena fe”**

(se destaca). Resalto original.

Entrando en materia y bajo su autónomo razonamiento, sostiene la Sección Tercera que no es suficiente con el pago de la TESA y la declaratoria de inexecutable alegada – además y principalmente - por cuanto Transejes debía demostrar y no lo hizo, que hubiera reclamado a la DIAN y en vigencia de los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000, su derecho a la devolución de lo pagado (como pago de lo no debido), antes de acudir a la jurisdicción contenciosa, de acuerdo con el procedimiento establecido en el art. 850 del Estatuto Tributario de devolución de saldos a favor del contribuyente, para lo que contaba con 5 años, según ha establecido la Corporación.

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

Sin embargo, ante la falta de demostración de la existencia de daño antijurídico, se imposibilitaba continuar con el estudio de la imputación correspondiente, porque tampoco había un acto administrativo como fuente del daño.

En esas condiciones, se confirma la sentencia de primera instancia emitido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 4 de diciembre de 2003, favorable al Congreso de la República.

Obligatoriamente la Sección Tercera debió proferir nuevos fallos, los cuales también fueron objeto de aclaración de voto y de pronunciamientos con algún grado de desacuerdo. Así se pone en tela de juicio, la ruta administrativa de reclamación ante la DIAN, y ante la jurisdicción contenciosa mediante la nulidad y restablecimiento del derecho, pues poca era la probabilidad de lograr la devolución de los dineros, sin existir aún la inexequibilidad<sup>23</sup>. De otra parte se cuestiona el viraje intempestivo en materia probatoria, toda vez, venir la Corporación sosteniendo que la prueba del daño, como en los casos estudiados de la TESA, se demostraba con la prueba del pago que de suyo comportaba un detrimento patrimonial, cambio argumentado en la posibilidad de trasladar el importador como intermediario, el costo de la tasa al usuario final – lo cual es solo un supuesto – que limitaría en extremo no solo la posibilidad de emprender una demanda de reparación directa, sino en efecto, de ganarla, y a la par le impediría en la

---

<sup>23</sup> Sentencia plena de la Sección Tercera, exp. 28.486, C.P. Marta Nubia Velázquez Rico, actor Hyunday Colombia Automotriz

dinámica mercantil realizar tal traslado, abstención que adicionalmente tendría que probar en sede jurisdiccional, con implicaciones económicas para las empresas<sup>24</sup>.

En ese orden, se afirma que la normatividad de la TESA no obstante se aplicaba solo cuando el importador realizaba el supuesto de hecho, tales normas de suyo imponían la carga a los importadores, a la cual no podían sustraerse, entre ellas la liquidación y pago de la TESA si querían realizar su objeto económico. Finalmente, persiste la convicción de ser la ley la fuente directa de la obligación impuesta a los particulares, siendo la DIAN la entidad que recaudó la TESA en cumplimiento de la ley y no podría por ello imputársele la generación del supuesto daño.

#### **6.4 Sentencia de Unificación Sobre el Conflicto Generado por la Expedición de la TESA.**

**6.4.1 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de Unificación del 13 de marzo de 2018. Rad. 25000232600020030020801 (28.769), C. P. Danilo Rojas Betancourth. Mercedes Benz Colombia contra La Nación – Congreso de la República. Apelación sentencia de reparación directa.**

Luego de tantos ires y venires, en los litigios acerca de la TESA con fallos a favor y en contra, en ambos casos unos confirmados otros revocados y viceversa, llevados hasta sede de Tutela debidamente impugnadas, y luego de más de 15 años de indefinición acerca de la responsabilidad del Legislador frente a la inexequibilidad de la liquidación y pago de esta tasa,

---

<sup>24</sup> Aclaración de voto, consejera Stella Conto Díaz del Castillo a la sentencia de reemplazo proferida por el pleno de la Sección Tercera en el expediente 28.486.

estando pendientes de decisión varios casos homólogos, el Consejo de Estado por fin tomó una decisión unificada, en la que bajo ninguna circunstancia encuentra responsabilidad del Legislador por los pagos que las diferentes empresas desembolsaron por la importación de productos gravados con la TESA, por considerar: i) que no había posibilidad alguna de dar efectos *ex tunc* a la Sentencia C- 992 de 2001; ii) que no existió daño antijurídico, pues era deber de los contribuyente pagar la tasa, mientras estuvo vigente; iii) que el mero hecho de haber realizado el pago de la tasa, no probaba el daño antijurídico; iv) se presume que el Estado cumplió con la prestación de servicios que le obligaba la TESA, ello por no haber prueba en contrario y por el hecho mismo de haber liquidado y pagado la tasa, sin reparos; v) no era la reparación directa el mecanismo idóneo para exigir la indemnización por el pago, porque primaba el principio de decisión previa, exigiendo entonces la devolución del dinero pagado directamente a la DIAN, vía administrativa conforme el Estatuto Tributario, so pena de carecer de aptitud sustantiva su alegación en sede judicial.

Como primera medida, el 27 de julio de 2004, la Sala de Descongestión de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, accedió a las pretensiones de la demanda y condenó al Congreso de la República; apelada la decisión la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, emite esta sentencia de unificación.

La actora, subrayó la irresponsabilidad del legislador en el ejercicio de sus funciones, insistiendo en haber sufrido un daño antijurídico, por causa de la declaratoria de inexecutable de la norma creadora de la TESA, a la vez que hubo ruptura del principio de igualdad frente a las cargas públicas.

La Nación – Congreso de la República expuso en su defensa, i) que la expedición de leyes no causa perjuicios susceptibles de ser indemnizados, salvo en las excepciones consagradas por la Constitución Política; ii) Las normas que consagraban la TESA no eran abiertamente inexequibles, pues fue muy complejo el análisis realizado por la Corte Constitucional; iii) no hubo daño antijurídico, dado que los efectos de la Sentencia C- 992 de 2001 no son retroactivos.

Que para condenar, se entendió que había una falla en el servicio legislativo, el cual debía estar precedido por un estudio técnico que impidiera que la norma fuera contraria a la Constitución; que el daño antijurídico se determinó con la sentencia C-992 de inexequibilidad de la TESA y se concretó en el perjuicio consistente en el pago de la misma, el cual devino ilegal con la declaratoria de inconstitucionalidad, cuyos efectos no descartan la obligación del Estado de reparar el daño causado.

En apelación insiste el Congreso, que se equivoca el a quo al no tener en cuenta los efectos hacia futuro de sus fallos, por lo que no puede desconocerse la presunción de constitucionalidad y legalidad de la norma luego declarada inexequible, no siendo indemnizables los daños amparados por esa presunción y que de otra parte los congresistas no actuaron con dolo o culpa.

La Sala realiza un recorrido, por las diversas sentencias proferidas frente a la responsabilidad del Legislador, resaltando que la responsabilidad del Estado legislador se funda en la noción de daño antijurídico, no en las actuaciones del Legislador contrarias a la Constitución; siendo

antijurídicos los daños en casos de rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas; el quebrantamiento del principio de confianza legítima de los particulares; y la desaparición de la ley como consecuencia de una sentencia de inexecutableidad ciñéndose estrictamente al efecto que la Corte determine.

Los fallos de reemplazo, que debieron proferir las Subsecciones A y C de la Sección Tercera del Consejo de Estado matizaron entre la ineptitud sustantiva de la demanda, por no haber reclamado previo a demandar ante la DIAN y no estar probado el daño antijurídico.

Razón por la cual, la Corporación al adentrarse en el caso concreto, fijó como problema jurídico, la aptitud de la demanda y si el pago de la TESA constituyó o no un daño antijurídico, para lo que fijó los siguientes presupuestos.

En el marco de los juicios de responsabilidad estatal, reafirma que la misma no puede erigirse sobre la base solitaria de una decisión de inexecutableidad o nulidad, sino que debe emerger en cada caso, la existencia del daño antijurídico y su atribución a las autoridades públicas, ello acompañado del juicio de legalidad.

Si la norma es inexecutable y la sentencia correspondiente conserva los efectos temporales de esta, se asegura, que el juez en sede de reparación hallándose frente a una disyuntiva para dictaminar si hubo o no daño antijurídico, esto es, la declaratoria de ser una norma contraria a la superior o la decisión adoptada en torno a su vigencia, no tiene otro camino que aprehender lo decidido por el juez de la legalidad.

En cuanto al daño antijurídico demandado, de entrada, advierte la Sala, que es inexistente, no obstante, la liquidación y pago de la TESA en la declaración de importación, porque de ello además se infiere que la empresa pagó por haber recibido en contraprestación el servicio aduanero estipulado en la norma o por lo menos no se probó la no prestación; así mismo, ya que lo usual es que este tipo de gastos se desplacen a los compradores o usuarios finales. También, se indica cómo no haber reclamado ante la DIAN significaría que en realidad no hubo daño.

En esa misma línea, que el daño posible por el pago no constituye responsabilidad directa del Congreso, pues para llegar a cancelar el valor de la TESA, la Mercedes Benz utilizó el servicio aduanero, valga decir, realizó el hecho generador del cobro, porque la ley por sí misma no llevaba a la erogación.

Y si luego de esos argumentos quedara alguna posibilidad de declarar el daño, la puerta se cierra con seguro, al sentenciar que, al margen del vicio de inconstitucionalidad, prima la validez y vigencia de aquella norma, dada según la modulación de los efectos en el tiempo de los fallos de la guardiania de la Constitución, y lo preceptuado en el art. 45 de la Ley 270 de 1996 que confirió efectos a las sentencias de inconstitucionalidad, a futuro.

Al efecto, se explica que las normas obedecen en el marco de la Democracia y la pluralidad, entre otras circunstancias, a decisiones políticas y legislativas, que el intérprete constitucional busca respetar al máximo, basado en la libertad política del legislador en la configuración de las regulaciones de la vida en sociedad; así, como propender por armonizar los valores y derechos consagrados en la Constitución y la seguridad jurídica.

Bajo esa premisa, es permitido y válido, que normas declaradas inconstitucionales, conserven su validez, vigencia y obligatoriedad, con anterioridad a tal declaración, no obstante encontrarse posteriormente que riñe con la Constitución. De lo que resulta, que siendo este tipo de decisiones con efectos erga omnes y a futuro, imposible es aplicar con éxito la excepción de inconstitucionalidad a situaciones acaecidas antes de la declaratoria de inexequibilidad.

En definitiva, para revocar el fallo que accedió a las pretensiones de la Mercedes Benz, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, puntualiza como mejor opción para determinar la antijuridicidad del daño, causado por normas declaradas inconstitucionales, la de tener en cuenta tanto la declaratoria de inexequibilidad como los efectos de la misma; y sobre esa base declara no probado el daño antijurídico por el pago de la TESA, durante el tiempo que la norma estuvo vigente.

## **7. La Necesaria Juridication de la Responsabilidad del Estado por Daño Antijurídico Causado por el Hecho del Legislador**

Ni más ni menos en medio del Estado Social de Derecho, en que gravita el Estado colombiano, multiplicidad de actividades están reguladas por el Legislador y así se tiene entendido, ya que hoy día antes de ejecutar cualquier acto por sencillo, obvio e inocuo que parezca, debe examinarse primero qué leyes le rigen y las consecuencias jurídicas. Esta tendencia a controlar diferentes entornos de la vida individual y colectiva no se detiene.

No obstante, hemos validado la preeminencia de la estatalización y judicialización – por así llamarlo - de la vida misma y lo continuamos haciendo, siempre estamos cediendo espacio de nuestra esfera a la espera de qué norma vendrá o qué acción jurídica se tomará, porque hemos entendido que la regulación de nuestros actos viene de fuera de nosotros mismos, de nuestros hogares, de nuestras empresas, de los centros de educación, de nuestro entorno, esperando las instrucciones para vivir bajo un respeto irrestricto a una norma. Y es que

El reconocimiento del dominio estatal y el sistema jurídico implica la restricción de los fines particulares de individuos que como ciudadanos políticos confirman al Estado, porque pueden realizar sus intereses solo en la medida en la que se abstraen de ellos mismos sometándose al Estado y al derecho como medio de y regulación (Müller Uhlenbrock, 2008, p. 4).

De antaño el logro de los intereses de la humanidad, fueron dirigidos – limitados, por normas relativamente informales y consensuadas dentro de grupos o comunidades y paulatinamente se fueron estatuyendo, luego de ser decantadas en agregados escritos sobre esas pautas de obligatoria observancia.

Con el advenimiento del Estado en las culturas milenarias en tiempos anteriores a la cristiandad, diversos procesos de juridificación han estado presentes, cada vez de una forma más elaborada y visible (Müller Uhlenbrock, 2008, p. 7).

Con la emisión de normas provenientes de la institucionalidad, se ha propendido por la convivencia pacífica, armónica e integradora de los miembros del Estado y de este con otros estados, haciéndose así posible la existencia misma de esta abstracción.

El concepto de juridificación se refiere a la penetración del derecho en ambientes sociales que hasta entonces se mantuvieron como espacios no regulados jurídicamente; este proceso ocurre de manera expansiva regulando en mayor medida relaciones sociales que anteriormente no habían sido reguladas Müller Klaus (Delgado Gómez, 2008, p. 126).

Una muestra de la resultante de la juridificación es el surgimiento de la propiedad privada institución fundamental del derecho que ha permanecido, la imposición de impuestos, el ejercicio del ius puniendi, etc., como “un modo de socialización de validez universal” (Delgado Gómez, 2008, p. 134). En tal sentido, “La consecuencia de la juridificación es la organización de la sociedad, mediante el reconocimiento de individuos definidos por el Estado simultáneamente como personas jurídicas y propietarios” (Müller Uhlenbrock, 2008, p. 10).

Para Habermas, la juridización es la tendencia que se observa en sociedades modernas a un aumento del derecho escrito, tendencia a regular asuntos sociales que lo han sido hasta el momento de manera informal, y el adensamiento del derecho, es decir, la desmenuzación de una materia jurídica global en varias materias particulares (Müller Uhlenbrock, 2008, p. 11).

En los asuntos sociales carentes de regulación jurídica, modulados por las vivencias cotidianas, está ausente el Derecho (Müller Uhlenbrock, 2008, p. 11), por esta razón la jurisprudencia penetra todas las dimensiones de la vida.

La instancia legítima proveniente de la voluntad popular, para limitar todo tipo de actividades, libertades, deberes y derechos, es la legislativa, en la teoría normativa de las relaciones sociales de Kant, se basó en la paz, la libertad y el progreso del género humano (Müller Uhlenbrock, 2008, p. 24), bienes superiores que para Kant necesariamente se alcanzaban mediante la práctica de máximas universales o imperativos categóricos, reguladores del libre arbitrio en la sociedad, que confluyen en leyes jurídicas y morales que en todo caso posibilitan el progreso (Müller Uhlenbrock, 2008, p. 27), un convencido de la necesidad de la moralización y la juridificación de las relaciones sociales (Müller Uhlenbrock, 2008, p. 29), para lograr ese cometido.

La travesía hacia la juridificación ha transitado por modos de pensar la ciencia jurídica, entre algunos, Schmit refiere al del pensamiento de orden concreto y luego el pensamiento normativo; y el pensamiento de decisiones (decisionismo) (Maldonado Simán, 2008, p. 46).

El orden concreto nace del comportamiento y la convivencia cotidiana, en tiempo real, de manera espontánea, libre de fórmulas revestidas de ley, pero reconocido y acatado, un nomos impetuoso y vigente en el devenir, luego de lo cual vendría con el paso del tiempo la consolidación de un pensamiento con estructura normativa y a posteriori con el positivismo un

compendio de normas abstractas, desvaneciéndose así el orden concreto de que habla Schmit.

Para Schmit como registra el autor,

El nomos, en su sentido original, sin embargo, es precisamente la plena inmediatez de una fuerza jurídica no atribuida por leyes; es un acontecimiento histórico constitutivo, un acto de legitimidad, que es el que le da sentido a la legalidad de la mera ley” (Maldonado Simán, 2008, p. 46).

Así, el orden jurídico no es solo una regla sino un instrumento del orden, siendo el Nomo, principio de orden para cada momento histórico concreto, y por lo mismo sitúa Schmit al Derecho y al Estado más antiguos que la norma misma.

En el decisionismo Schmit relieves la capacidad de elección de los hombres, sobre lo que anhelan, aspiran y buscan; para lo cual definitivamente deben tomar decisiones. Traslada entonces a la decisión como resultado de un acto de voluntad, como el fundamento último de toda existencia del derecho y de todo valor jurídico (Maldonado Simán, 2008, p. 47).

Para el jurista de tipo decisionista, la fuente de todo “derecho”, es decir, de toda norma y ordenamiento que de él deriven, no es el mandato como tal, sino la autoridad o soberanía de una última decisión que viene dada con el mandato (Maldonado Simán, 2008, p. 47).

Siendo fuente de derecho la decisión judicial, unida a la ineludible aplicación normativa, ya en la orilla del positivismo, la decisión podría - como en verdad suele suceder - sacrificar la búsqueda de la justicia por la obligación de conseguir la realización y salvaguarda de las normas, frente a esta patente preocupación

Schmitt alude a los riesgos de centrar las cuestiones jurídicas y la búsqueda de una decisión judicial, a partir del posible punto conflictivo, generándose solo meros puntos de vista para orientar las decisiones que buscan atinarle a la norma o regla específica, poniendo en juego la sistemática jurídica. Esta mixtura de pensamientos busca a juicio de este autor, satisfacer una necesidad positivista: la seguridad y la inviolabilidad de la ley (Maldonado Simán, 2008, p. 48).

Nada más cierto que lo intuido por Schmit, basta ver cómo alegada la responsabilidad del Estado Legislador, hubo algunos destellos de justicia en las decisiones de los jueces administrativos de primera instancia, inclusive en la Sección Tercera del Consejo de Estado en sede de la alzada; intentos rápida y contundentemente reprimidos con decisiones que buscaban “satisfacer una necesidad positivista: la seguridad y la inviolabilidad de la ley”, pues no bastaron argumentos desde varios flancos a todas luces demostrativos del daño jurídico generado directa y específicamente por el Legislador, en el caso de la TESA que se extiende a otros innumerables temas, en lo que se desconoce flagrante y desvergonzadamente la responsabilidad del Legislador, por acción u omisión de sus funciones, manteniendo eso sí, la seguridad y la inviolabilidad de la ley, como una máxima, como el derrotero, como del deber ser de la jurisdicción, construido sobre las ruinas de la justicia y los derechos quebrantados, en un inusitado retorno al Estado Legal.

En ese sentido para Schmit El rasgo peculiar positivista consiste siempre en el interés por la seguridad objetiva, la fijeza y la previsibilidad de lo que vale como objetivamente obligado, ya sea la decisión del legislador, ya sea una ley precedente de esta decisión, ya la decisión jurídica previsible procedente de esta ley. El valer “positivo” de la ley es, a diferencia de otros modos de

validez, siempre algo objetivo, exigible de modo inmediatamente fáctico por el poder humano (Maldonado Simán, 2008, p. 49-50)

El pensamiento decisionista tiene cabida allí donde el derecho positivo es insuficiente. Aludiendo a las normas de derecho internacional sobre la guerra, se muestra como muy por encima del esfuerzo de dar un marco normativo, siempre emerge el carácter político en las decisiones de los Estados, dejando de lado ese intento de subsumir en el Derecho de manera objetiva la realidad fáctica, en la que al final prevalecen la solución de los conflictos desde la decisión política, que llega precisamente a ser la base de la norma y el orden; siendo en definitiva el decisionismo ese punto medio que posibilita la existencia válida y praxis del proceso jurídico (Maldonado Simán, 2008, p. 63).

La indeterminación jurídica, exige la definición en forma excepcional (Maldonado Simán, 2008, p. 72), la cuestión es que esa definición que debiera ser extraordinaria, se convierte en usual y se perpetúa decisión tras decisión. Así, ante la inexistencia de una legislación clara y bien definida sobre la responsabilidad del Estado Legislador, el Consejo de Estado no mira en demandas como las de las importadoras comentadas, el fondo, el quid del asunto, sino que busca con argumentación sesgada y de sastrería, en los efectos temporales de las decisiones de la Corte Constitucional, esquivar el incómodo tema de matices políticos, y a través de fallos de unificación obliga a tomar en adelante la misma decisión, la que no consultó la realidad fáctica en su total dimensión, despreciando su facultad de impartir una justicia real y material, aviniéndose pobremente al cumplimiento del derecho positivo y sin exigir perentoriamente al Congreso a proferir las leyes que le comprometían seriamente con su labor y los efectos dañosos en la producción y aplicación de la misma.

Esto porque “El poder político ya no está orientado simplemente a legislar y a preservar el orden de los asuntos públicos, sino que necesita poner en juego la producción de las relaciones sociales en todos los aspectos de la vida (Maldonado Simán, 2008, p. 72), luego si el poder político interviene prácticamente todos los actos y actividades humanas, a través de la juridificación, los legisladores como protagonistas también en lo político, son los primeros que deben someterse sin excusas al imperio de la Constitución y la Ley, en ese orden, es impostergable que Representantes a la Cámara y Senadores por fin se asuman su responsabilidad frente a las leyes que profieren en ejercicio de sus funciones, lo que se consigue en mayor medida partiendo de la juridificación de su qué hacer de cara a la posibilidad de tener que asumir las consecuencias de ese ejercicio.

En esta forma razonado el derecho, análogamente hablando, urge ser tenida en cuenta en las decisiones judiciales colombianas, decisiones que se basen en valores comunes y no principalmente en la aplicación secuencial de una decisión, que infortunadamente no siempre son las más acertadas, cesudas, claras y justas; sacrificando no en pocas ocasiones esos valores provechosos para la mayoría, segando la dinámica productora propia del pensamiento en derecho. Desde esta óptica, es verdaderamente insostenible que las normas y su aplicación, reporten beneficio exclusivamente unilateral, como sucede en el caso en estudio, beneficio sí o sí para el Estado Legislador y la Rama Ejecutiva, so pretexto de una seguridad jurídica, encubridora de la irresponsabilidad del Legislador

Bastante conveniente resulta, claro, estarse al efecto en el tiempo de las decisiones de la Corte Constitucional, ello es más cómodo, menos desgastante y menos arriesgado, si se quiere,

pues su resultado no contraría a quien mayor cualificación y peso tiene en la controversia, al Legislador, dado su influencia en tan diversos e importantes ámbitos de la vida nacional.

La juridificación es necesaria, para no divagar peligrosamente entre el pensar del uno y el sentir del otro, inspirada en objetivos y valores comunes, cuya premisa no sea que la justicia material puede esperar, privilegiando las decisiones que ofrecen soluciones meramente legales. La decisión legal – per se- no es justificación del resultado a que se arriba, es apenas, una decisión, a medias, inconsistente, huérfana e inconsecuente.

La creación jurídica nos guste o no, obedece a intereses diversos e incluso a tendencias, en el tema tributario brevemente observado, es evidente el tratamiento discriminatorio entre las entidades estatales y los individuos en contienda, se trata de la aplastante fuerza de un sistema y de una estructura deliberativa construida cuidadosamente para sacar adelante bajo cualquier circunstancia al Estado Legislador, sin duda la politización de la justicia y el derecho.

Obviamente en el mercado de antivalores en que suele desenvolverse el mundo político, los congresistas no van a expedir normas, frente a las cuales puedan no quedar en pie si son juzgados, en esas condiciones es mejor que la jurisprudencia imponga el orden, mientras los legisladores se hacen los de la vista gorda. Igual ocurre con la rogada creación de legislación clara y contundente que ponga en cintura a los congresistas corruptos, no lo van a hacer, porque no van a exponerse, pudiendo evitarlo a través del derecho mismo, “pues el derecho al final de cuentas es un conjunto de creaciones mentales que surgen de la observación de la práctica y que se acomodan a los intereses de los creadores” (Becerra Ramírez, 2008, p. 118).

Dado que una de las manifestaciones de la juridificación es la expedición excesiva de leyes, bola de nieve hoy incontenible y sin la cual al parecer no se concibe la convivencia en todos los niveles de la existencia, esa práctica debe redireccionarse constantemente hacia una juridificación diáfana garante mínima de derechos, para una debida protección estatal de los individuos, los sectores o las actividades, para fortalecer la relación institución – individuo, para conocer de antemano reglas claras de juego, para prevenir, para sancionar, para otorgar obligaciones y derechos, para definir procesos, resultados, donde haya fluida comunicación y entendimiento entre las partes. No se trata entonces, de demostrar la obvia supremacía del Estado sobre un individuo o grupo de individuos, sino de hacer realidad el imperio del Estado Social de Derecho, que la voluntad popular ha elegido.

Para bien o para mal nos movemos en un mundo cuyo motor es la economía ligada a la política, y ni siquiera con autonomía local sino sujeto al ritmo global, instituciones reguladas en gran medida con intervención del derecho, derecho sometido a los intereses de quienes detentan el poder dirección en la que se emiten las normas, impactando la totalidad de actividades humanas individuales y colectivas. Razón por la cual la juridificación lejos de buscar justicia, es una herramienta de dominación y provecho de potencias locales y extra locales.

Comparativamente en Colombia ello suceder por acción y aplicable al caso en estudio por omisión, cuando el Legislativo dado su poder se impone a través de las leyes que deja de expedir, inactividad que cuando trae consecuencias negativas en una población específica, automáticamente el Estado Legislador despliega un blindaje para evadir su responsabilidad en

la indemnización de perjuicios, dejando que las decisiones las tome el aparato judicial, postergando el cumplimiento de sus deberes constitucionales.

De otro lado el impacto nefasto de la juridificación, cuyos procedimientos en la práctica son de indeterminada duración, manteniendo en vilo las reclamaciones y el cumplimiento de los derechos, irrogando perjuicio en lo humano, lo económico y administrativo; lustros y hasta décadas para resolver los conflictos, por lo cual no hay garantía jurídica de pronta procuración de justicia (Delgado Gómez, 2008, p. 126-142).

Para Blichneri una de las dimensiones de la juridificación es “el incremento de la tendencia de los ciudadanos a pensarse a sí mismos y a los demás como sujetos de derechos” (Blincheri & Molander, 2005, p. 5, citador por Silva Sánchez, 2007, p. 36), quizá este preciso hecho sea la razón para hacer exigible hoy día, con mayor frecuencia y fuerza, la legislación en variedad de temas, porque se espera que en todas las esferas de la vida se pueda reclamar y hacer valer los derechos, los cuales se confía tienen una garantía real de realización, para su pleno disfrute y respeto. Ello legitima el apremio de legislar acerca de la responsabilidad de quien impone, limita, regula, etc., desde el Congreso, porque es un derecho de los ciudadanos y la población en general, que confía en que respetando y acatando las normas, recibirán el mismo trato del Estado Legislador por ser también sujeto de derechos y obligaciones.

Habermas en su Teoría de la Acción Comunicativa, además de referirse a la extensión de regulación jurídica de nuevos asuntos que se resolvían fuera de la jurisdicción, censura el adensamiento del Derecho - el exceso en la producción de leyes en las que cada vez hilan más

fino cada tema, sin embargo, valga anotar en aplicación de ese aserto, como en el tema tributario colombiano existe un voluminoso Estatuto Tributario y una infinidad de leyes especiales aplicables a temas particulares, así como los estatutos tributarios y de rentas de los entes territoriales, saturando aún más el de por sí atestado y complejo mundo mercantil y tributario, la administración, la jurisdicción y la DIAN, lo que dificulta el cumplimiento de la ley y pone en constantes y serios aprietos a los contribuyentes (Silva Sánchez, 2007, p. 38).

La producción legislativa en masa, no se traduce necesariamente en una mayor y mejor realización de justicia, argumento sólido anti juridificación, en gran medida porque la producción legislativa es visceral, coyuntural, populista, electoral, hecha para favorecer grandes capitales y en esa dirección poco loable es la labor legislativa, que pasa a los terrenos de la juridificación.

La juridificación termina permeando íntegramente la vida de las personas y las organizaciones, y su impacto con apariencia de beneficioso y conveniente, no es su mayor virtud. Ya lo sentenciaba Habermas (Silva Sánchez, 2007, p. 44). “El Derecho colonizaría el mundo de la vida”, destruyendo la necesaria interacción proactiva entre los miembros de la sociedad, para la convivencia y la superación de sus conflictos.

Los efectos de la juridificación moderna se pueden exponer de la mano de múltiples ejemplos. Así, la juridificación del mercado se traduce en regulación estatal de la economía. El Estado tiene presencia directa en la economía como sujeto productor de bienes o servicios (sector público) al tiempo que incrementa su dimensión intervencionista, inspectora y prestacional. Pero es la propia vida la que se somete a regulación estatal. Así, por ejemplo, las relaciones familiares, la escuela, la relación con el médico, que ciertamente tienen un esqueleto jurídico, se abren a la intervención

burocrática y al control judicial, lo que acaba produciendo disfunciones en el respectivo contexto de acción integrado socialmente. En el ámbito familiar pueden hallarse manifestaciones especialmente reveladoras del fenómeno. Por ejemplo, la proliferación de contratos matrimoniales en los que no se trata de configurar la construcción de una comunidad, sino de asegurar mediante reglas jurídicas la "causa propia" de cada uno de los otorgantes (Silva Sánchez, 2007, p. 44).

En la escuela, por su parte, la juridificación constituye una amenaza para la libertad pedagógica y la iniciativa del profesor y riesgos semejantes se generan para la relación médico-paciente en el nuevo entorno del Derecho de las prestaciones sanitarias (Silva Sánchez, 2007, p. 45).

Si en efecto, es la realidad la expansión y sumisión del ser humano al yugo de la juridificación, cómo no reivindicar el auténtico derecho popular de poner en cintura a los legisladores, con ocasión de su función legislativa, despojándolos de privilegios que auspician su irresponsabilidad, su mediocridad, su falta de seriedad y compromiso con lo que firman y convierten en ley. Paralelamente muchos abogan por la desaceleración de la juridificación, devolviendo algo de autonomía y libertad, especialmente a las personas naturales y aún a las jurídicas de diversos renglones que mueven en últimas la economía, disminuyendo el constreñimiento, proveniente de tanta norma, que al final nos hace desconfiados y prevenidos.

Si bien pensar en la desjuridificación como algunos juristas plantean, en mi concepto es ilusorio, Habermas defiende el ámbito social fortalecido por normas, valores y procesos de entendimiento, que deben quedar fuera del alcance de la manipulación proveniente de la juridificación, aunque él mismo reconoce en ello dificultades reales (Silva Sánchez, 2007, p. 66). Al tiempo que otros en cuanto a la actividad económica hablan de un Derecho reflexivo

que incentive y encause la propia actividad de moderación y contención de los intervinientes, mediante procesos de autorregulación (Silva Sánchez, 2007, p. 48).

En lo que si hay confluencia es, que, en todo caso, en los escenarios en que las cosas funcionan por estar regidas por valores y formas de vivir definidas, el Derecho sobra porque hay herramientas sociales y confianza para zanjar diferencias y vencer obstáculos en conjunto, consiguiendo resultados satisfactorios en términos de justicia sino a todos por lo menos a la mayoría. En contraposición, en contextos donde lo dicho no sea posible, La regulación jurídica se orientaría, pues, a la generación de confianza y legitimidad: a conseguir la justicia mediante la juridificación (Silva Sánchez, 2007, p. 49).

Es innegable sin embargo, la necesidad de reglamentación frente a conductas y comportamientos abiertamente lesivos contra derechos fundamentales, por ejemplo (Silva Sánchez, 2007, p. 50), como todo el tema es relativo y lo deseable sería que la juridificación obedeciera a propósitos justos, a la generación de confianza social e institucional, que condujeran a resultados materialmente importantes, consecuentes con la realidad, que facilitara la vida en este mundo tan rápidamente cambiante, juridificación limitada en número, ilimitada en legitimidad basada en la búsqueda de justicia, más que en repetición técnica de decisiones, en la que todos los involucrados incluyendo obviamente al Estado Legislador respondan por sus actos, para que la cura no resulte más cara que la enfermedad.

Difícilmente se encuentra un justo medio para justificar la juridificación, vivimos en una búsqueda incesante de protección amalgamada con exigencia de castigo, pero simultáneamente

despotricamos por la coacción y la limitación. Nos horrorizan especialmente muchos acontecimientos violentos muy frecuentes, los cuales la demagogia busca castigar con límites extra constitucionales como si la solución fuera atacar sancionatoriamente el resultado sin atender estructuralmente la causa de la descomposición. El desazón y la impotencia se siente ante tanta normatividad y controles inservibles en casos de resonada corrupción con evidencia absoluta, inclusive indignación y rabia frente a un sistema legal y jurisdiccional inoperante, retardatario en ocasiones, un sistema franqueable y burlable en la práctica, por quienes tienen esa posibilidad política y económica de maniobrar para evadir la ley.

Tal desconcierto, constituye en sí mismo, justificación válida y poderosa para dudar de las bondades de la juridificación, normas mediáticas, una norma para enderezar otra, una norma para reprimir con mayor fuerza ante la falta de resultados, normas para encubrir la falta de políticas públicas y la incapacidad estatal, leyes cortinas de humo de delitos y delincuentes ya cotidianos.

Con todo, y en especial las materias que tengan que ver con la protección de derechos fundamentales y el patrimonio económico, una sociedad como la colombiana espera del Estado una juridificación, pero no densa sino clara, segura, erigida sobre estudios serios acerca de su necesidad, utilidad, efectos, validez, legalidad y legitimidad; esto teniendo en cuenta, para el caso, el fuerte y creciente intervencionismo en la economía. Por ejemplo, “En materia tributaria, todos los aspectos deben ser definidos por la Ley impositiva de forma exhaustiva y con suficiente precisión y claridad” (Aguilar, s.f., p. 467). Lo que viene ligado por elemental lógica

a la necesidad imponer la responsabilidad que corresponda, al Legislador el primer llamado a cumplir la Constitución y la Ley.

Ideal sería mermar la sumisión y dependencia, que supone una juridificación asfixiante y entrometida, extensa, con tanta especificidad, y que más bien se lograra una autonomía y conciencia tal, que se recobrará el tejido social en todas las esferas de la vida, que empoderara a la sociedad civil, las relaciones interpersonales, el respeto, la responsabilidad individual y colectiva. De este modo, se trataría de conseguir una revitalización de la sociedad civil (Zivil-, Bürgergesellschaft), con el fin de que este alcance un nuevo protagonismo, que permita en alguna medida desjuridificar y deconstruir, para reinventar.

Ello claro, no significa que el Derecho quede relegado, pero sí hay que revitalizarlo, volverlo práctico, no convertirlo en bagatela, en atracadero, en artículo que se produce en serie poco creíble y contrario al bien común, frente al cual y especialmente si la contraparte es el Estado no haya defensa que valga. Esto en el entendido que el Derecho es consustancial a la estructura de la sociedad, “Sin el elemento jurídico no es posible la existencia del todo social (ubi societa ubi ius)” (Becerra Ramírez & Müller Uhlenbrock, 2008, p. 122-22).

### **8. Postura del Autor**

A medida que se avanza en la lectura y comprensión, de los antecedentes de la responsabilidad patrimonial del Legislador, a través de los diversos regímenes políticos y posturas jurídicas, se va pasando del desconcierto que la injusticia provoca, a la progresiva sorpresa esperanzadora que suscitan los cambios que van socavando la impunidad y la inmunidad de quienes rigen los destinos de la nación desde el parlamento, con la expedición de leyes.

Ese tránsito centenario y tortuoso, entre el desconocimiento absoluto de la responsabilidad del legislativo frente al efecto dañoso de las normas e ir aceptando poco a poco la posibilidad de responder, para finalmente, adquirir la conciencia y la voluntad de obligarse a responder por el daño antijurídico, ha sido asimilado en otros países, mientras que en nuestras - Ramas Legislativa y Judicial - se atragantan ante esta posibilidad.

En el tema tributario, que ha tendido un importante desarrollo frente a demandas contra el Legislador, algunas de ellas brevemente revisadas aquí, luego de varios fallos en contra de la Nación – Congreso de la República por ley declarada inexecutable, a instancias del Tribunal de Cundinamarca y en especial de la Sección Tercera del Consejo de Estado, se consideraba francamente grosero pretender, poner una cortina de humo, para legitimar el pago de la TESA. Sin embargo, luego de declarada su inconstitucionalidad y efectuada la erogación, quedó clara la postura del Consejo de Estado, no hay daño antijurídico imputable a la Nación – Congreso

de la República, cuyo argumento principal descansa sobre la modulación de los fallos de constitucionalidad, los efectos *ex tunc* o *ex nunc*.

El escenario actual no podía ser peor, en mi concepto, con la sentencia de unificación en el caso Mercedes Benz, se ha demolido lo que se había construido en años, aceptar que el Estado Legislador es susceptible de generar daño antijurídico y debe responder patrimonialmente por ello, todo el desarrollo académico y jurídico hasta ahora decantado en la jurisprudencia colombiana, en un lamentable retroceso en el contexto internacional de justicia. Y como siempre en este cruce de conceptos y criterios que no convergen, están de por medio los particulares, sufriendo las consecuencias de la falta de claridad y unidad, respecto de cómo, cuándo y a quién, se exige la reparación de perjuicio proveniente de las leyes que profiere el Congreso de la República.

En el tema tributario en el escenario de la declaratoria de inexecutable, tan sensible, a estas alturas y como se desprende de las decisiones del Consejo de Estado en casos como Transejes S.A., Avantel, Promigas, Laboratorios Wyeth, Goodyear, Ford, Epson Colombia Ltda., Hyundai Colombia, Sociedad Dow Química de Colombia S.A, y Mercedes Benz, ya reseñadas, que es el mismo de muchas importadoras para esa época, el daño antijurídico de estatus constitucional, queda subyugado a criterios como: **i)** el efecto modulador de los fallos de Constitucionalidad; **ii)** el alegado daño fue jurídico, por estar la norma vigente; **iii)** el pago de la tasa, no es prueba de daño antijurídico; **iv)** si se liquidó y pagó la TESA, es porque el Estado prestó el servicio aduanero, de lo contrario no lo habrían cancelado; **v)** no puede predicarse falla en el servicio del quehacer legislativo; y **(vi)** no procede el medio de control de

reparación directa. Igualmente se discutieron temas como la inmunidad que protege a los parlamentarios y la posibilidad de repetir contra los legisladores como sujetos pasivos del daño antijurídico imputado.

Decisiones que como en múltiples oportunidades, se tomaron desde la acción constitucional, ya que en estricto sentido la ausencia de legislación sobre la responsabilidad del Legislador, lo impone, porque como se advirtió en la jurisdicción contenciosa las posturas son diversas y la decisión de cierre es claramente cercana a un fallo político y de amparo fiscal del establecimiento, distante y desapasionado frente a la tarea de restablecer una verdadera justicia.

Así se extrae de la casuística brevemente analizada, ya que en los caso de Transejes (2 procesos), Promigas, Laboratorios Wyeth, Good Year, Ford, Hyundai S.A., Sociedad Dow Química de Colombia S.A. y Mercedes Benz Colombia, que es una pequeña muestra del número total empresas demandantes afectadas, en segunda instancia el Consejo de Estado condenó al Congreso de la República, decisión que se cayó por cuenta de las acciones de Tutela y que luego con la unificación del Consejo de Estado, quedó sepultado el derecho en apariencia reconocido a estas empresas. Decisión que sin duda será referente cuando de responsabilidad del legislador se trate, independientemente del tema concreto que se someta a la jurisdicción.

**i) Del efecto modulador de los fallos y del alegado daño fue jurídico, por estar la norma vigente.** Como se ha dicho, el daño antijurídico se ha materializado de forma más evidente en el tema tributario, especialmente luego de la declaratoria de inconstitucionalidad de leyes que imponen impuestos, tasas o contribuciones; en casos puntuales como los examinados.

En general, los fallos de constitucionalidad de la Corte Constitucional tienen efectos hacia el futuro salvo que la Corte resuelva lo contrario<sup>25</sup>, y aunque no necesariamente la declaratoria de inconstitucional conlleva responsabilidad estatal, ni para declarar tal responsabilidad debe preexistir la declaratoria, este aspecto es el argumento más fuerte, para sostener la imposibilidad de reconocer e indemnizar el daño, así este se haya realmente presentado y probado, como considero aconteció en el caso de las importadoras.

De esta manera, se supedita la responsabilidad patrimonial estatal por el hecho del Legislador, exclusivamente a los efectos moduladores de la sentencia de inconstitucionalidad, sujeción que excede las limitaciones que la misma Constitución ha fijado en el artículo 90, un daño que no se tenga el deber jurídico de soportar y su imputabilidad al Estado.

Esta talanquera puesta desde la misma decisión de la Corte Constitucional, privilegia decisiones políticas y fiscales, no de otra manera se explica que todos los razonamientos en sede jurisdiccional fueran sistemáticamente conducidos a la negación de la responsabilidad del Estado Legislador, frente a las demandas por la TESA. Se incluye a la Corte Constitucional, porque al definir los efectos de su decisión de inexecutable de los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000, debía ponderar como ella misma la ha determinado, entre 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 - (**Sentencia No. C-055/96**) y al final puso por delante la seguridad

---

<sup>25</sup> Conforme el art. 45 de la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia y el art. 241 constitucional.

jurídica, camino expedito para librar al Estado de devolver sumas millonarias, por lo pagado por las importadoras, más las indemnizaciones, consecuencia del indebido recaudo.

En ese orden, no es claro cómo por ejemplo en Sentencia C-149 de 1993 anotada en líneas anteriores, al declararse la inconstitucionalidad de la emisión bonos para desarrollo social y seguridad interna, que resultó ser un impuesto a través del que el Estado se enriqueció ilícitamente, la Corte Constitucional optó resueltamente mediante efectos *ex tunc*, por “impartir justicia” y devolver lo recaudado; aunque no hubiese condenado al Legislador; y en el caso de la TESA, sencillamente se lavó las manos al guardar silencio, promoviendo la injusticia, el enriquecimiento ilícito y la irresponsabilidad del Congreso.

Ahora, que la carga impuesta por la TESA era un deber que estaba obligado a soportar las empresas importadoras en el periodo en que la norma mantuvo su vigencia, confirma la aseveración que antecede, porque si bien, este argumento surge del estudio de legalidad, deviene inseparable de los efectos de los fallos de inconstitucionalidad, por lo que basta estarse a ese efecto temporal para condenar al fracaso las demandas por la TESA.

No pocos pronunciamientos se alzaron previo a la sentencia de unificación, luego de análisis exhaustivo, para justificar la existencia del daño antijurídico, al margen del efecto modulador de la sentencia de inexecutable, pero todo esfuerzo fue vano, y se tuvo que sucumbir frente a la necesidad de consolidar una postura única, que especialmente, no lesionara al Estado.

Ello lleva a considerar peligroso, que a falta de rigor, claridad y contundencia en las normas, pero sobre todo ante su inexistencia, la suerte de quien sufre un daño irrogado por el Estado Legislador, quede en manos de las decisiones de la Corte Constitucional, vía modulación; pues hay riesgo de que esas decisión jures se tornen coyunturales, ajustables a las circunstancias del momento; en cuyo caso, el efecto cargado hacia la seguridad jurídica, también se desdibujaría, por la posibilidad constante de cambio de postura. Agréguese a ello, que lógicamente ningún juez de la República puede ir en contravía de ese imperativo sea o no justo, sea o no correcto, salvo que asuman el reto argumentativo del disenso y logren imponerse.

Flaco favor se hace a la justicia y la moralidad del país, con un único objetivo bien definido, respaldar al Legislativo. De este modo se auspicia el enriquecimiento sin causa del Estado, la irresponsabilidad, la inmoralidad y la falta de ética de los llamados padres de la Patria.

**ii) El pago de la tasa, no es prueba de daño antijurídico - si se liquidó y pagó la TESA, es porque el Estado prestó el servicio aduanero, de lo contrario no lo habrían cancelado.** Concluyó el Consejo de Estado, que no hubo esfuerzo dirigido a demostrar la existencia del daño, limitándose las empresas demandantes a señalar que habían pagado una tasa posteriormente declarada inexecutable, y que tampoco hubo prueba alguna de no haber recibido retribución del Estado por lo pagado.

Valga recordar, que guiados precisamente por el principio confianza legítima<sup>26</sup> que según el Consejo de Estado se materializa en la seguridad jurídica en las relaciones con sus asociados,

---

<sup>26</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia 440123330020130005901 (48762014), 01 de septiembre de 2016, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez

lo que le obliga a no alterar súbitamente dichas relaciones, los demandantes tenían por cierto que el pago de la tasa, por sí solo probaba el daño teniendo en cuenta el correlativo detrimento patrimonial, de este modo obraron de buena fe y guiados por ese derrotero dirigieron su demanda, ya que para aquel momento bajo esas reglas preestablecidas, no era necesaria más probanza del daño. Pero para esta decisión se desconoció esa línea de la Corporación y en un análisis sesgado se sometió la valoración del daño, a juicios que no pasaron de ser hipotéticos, al afirmarse, que no debería haber pagado la TESA si no se recibió el servicio tributario respectivo y que el valor correspondiente a la TESA, bien podía desplazarlo al consumidor final.

Lo anterior bien podría leerse, como que voluntariamente el obligado tributario tenía la opción de elegir entre pagar o no el impuesto, dicho de otra manera, habría podido evitarse él mismo el daño si no hubiese pagado, o dentro de las estrategias de mercado desplazar su costo. Sin duda, divagaciones inadmisibles que no son ciertas, toda vez que, para importar cualquier bien, era obligado pagar la TESA, lo que no equivalía a que efectivamente hayan recibido el servicio en retribución, como tampoco puede obligarse a desplazar o no una carga al consumidor final, pues ello es potestativo del empresario dentro de la actividad de competencia mercantil. Se trata de verdaderas cortinas de humo, una correlación de temas a los que no hay lugar, para sacar de la controversia al Legislativo.

Como abstenerse de pagar la TESA no era factible, si se hubiera dado el desplazamiento del costo de la TESA, la ocurrencia del daño no se desvirtuaba o desaparecía y en todo caso sí encarecía los costos, bien para el importador, bien para el consumidor final. Es decir, el yerro del Legislador alguien debía asumirlo, por su puesto alguien excepto el propio Legislador. Así

se disertó bajo una óptica indefectible para absolver al Estado Legislador, para denegar un derecho reclamado sobre bases objetivas y ciertas, al punto de establecer una presunción hecha a la medida, si pagó la tasa entonces recibió el servicio.

Así lo pondría de presente la Consejera Stella Conto Díaz del Castillo, en aclaración de voto en la sentencia de sustitución en el caso de la Hyundai, de tiempo atrás, se tenía como prueba del daño el pago, para este caso de la TESA, dado el detrimento patrimonial, sin embargo, la valoración probatoria fue diametralmente opuesta, lo que impuso una mayor carga a las empresas demandantes, de manera que ya procesalmente no podían ser presentadas oportuna y en debida forma.

**iii) No puede predicarse falla en el servicio del quehacer legislativo.** Si faltare sumarle al panorama, bajo el entendido que la labor legislativa no es comparable con la prestación del servicio de acueducto y alcantarillado, por ejemplo, de contera los yerros que allí se produzcan no conllevan falla en el servicio, como ningún otro título de imputación en la práctica.

Miope concepto y alcance de los servicios públicos, pues si bien la actividad legislativa no es un servicio público domiciliario<sup>27</sup>, no por ello deja de ser un servicio público mediante el cual se cumplen los fines del Estado Social de Derecho. Baste recordar que aludiendo a la prohibición de huelga, el mismo Legislador definió el servicio público en el Código Sustantivo del Trabajo art. 430, que desde entonces no ha sido modificado, como “toda actividad organizada que tienda a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial, bien que se realice por el Estado, directa o

---

<sup>27</sup> Ley 142 de 1994, acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía fija pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural

indirectamente, o por personas privadas” e incluyó por cumplir todos estos atributos, a las “actividades que se prestan en cualquiera de las ramas del poder público”, entre muchas otras, sin distinción, ni exclusión alguna, y que obviamente es concordante con lo establecido en el art. 365 de la Constitución Política sobre servicios públicos.

Así las cosas, se cae por su propio peso este falaz argumento, y, en consecuencia, siendo la labor legislativa concretada en la creación de leyes, por precepto constitucional y legal, un servicio público, evidentemente si hay lugar a predicar la falla en el servicio.

Este lamentable aserto rompe el saco, no importa que el Legislativo cometa errores en la creación de las leyes y del derecho con el efecto dañoso de que aquí se trata, porque según la teoría retardataria en principio de las secciones cuarta y quinta y luego del pleno del Consejo de Estado, no le cabe ninguna responsabilidad, dado que, bajo la óptica de la falla en el servicio, también estatuyeron que el Legislativo no causa daño antijurídico.

Este panorama refleja un viraje inexplicable en la línea que durante varios años, venía sosteniendo el Consejo de Estado frente a la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador, que en temas tributarios mayormente, tenía por cierto que la declaratoria de inconstitucional de una norma – entre otras situaciones – revelaba una falla en el servicio imputable al Legislador, generándose un daño antijurídico verificable en el pago de los tributos durante la vigencia de esa norma, separado ello del efecto modulador de la decisión; pues en la realidad el daño se causó al obligarse ilegalmente al contribuyente a realizar el pago de impuestos provenientes de una norma inexecutable.

(v) **No procede el medio de control de reparación directa.** Luego de establecerse por varios años, que en efecto, la reparación directa era la vía natural e idónea para reclamar la indemnización por el daño antijurídico de responsabilidad del Legislador, ahora se signa, que no lo es, habida cuenta que en lo atinente al tema arancelario debe reclamarse primero a la DIAN la devolución del dinero pagado por una tasa ilegal, a manera de pagos en exceso o de lo no debido, como si se tratase de un saldo a favor, conforme el Estatuto Tributario y luego sí en sede jurisdiccional, a través de la nulidad y restablecimiento del derecho. Cambio que a mi juicio solo encuentra asidero en toma de decisiones políticas no jurídicas, en favor del Legislador.

En este punto ha de decirse, que es una arbitrariedad imponer como único y admisible ese procedimiento de reclamación, cuando el mismo Legislador ha dado la oportunidad de optar por demandar al Estado directamente, la reparación del daño antijurídico, valga decir, por el medio de control de reparación directa según las voces del art. 140 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), lo que puede verse como una forma más de favorecimiento del Congreso en el órgano de cierre.

Surge otra vez la inestabilidad, ese vaivén, respaldando al Estado Legislador, porque en gracia de discusión, si los fallos de Tutela del Consejo de Estado hubiesen reconocido el daño antijurídico por cuenta de la TESA, y el deber de resarcirlo en cabeza del Legislador, de todas formas, para las numerosas empresas demandantes, habría prescrito la oportunidad de la reclamación administrativa a la DIAN, como se les exigió.

Para nadie es un secreto que las probabilidades de éxito de solicitud de inaplicación por inconstitucionalidad de una norma, a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, son mínimas, y ante una sentencia de inexecutableidad le está vedado al juez de lo contencioso administrativo realizar nuevamente juicio de legalidad, por el efecto erga-omnes de aquella, concomitante con la obligatoriedad de atenerse a los efectos del fallo. Luego, poco o nada podría esperar una importadora, reclamando la devolución a la DIAN y luego a la jurisdicción, por estar la norma para ese momento vigente.

En suma, se cerraron todos los caminos y cualquier posibilidad, no de reclamar justicia, sino de efectivamente obtenerla frente a quien hace las leyes, cuando lo cierto, es que la reparación directa es un medio válido para exigir al Estado Legislador que responda por sus actos, de cara al daño antijurídico infligido.

**Ahora bien, como tema accesorio, pero en últimas definitivo, la decisión unificada abordó la inmunidad que protege a los parlamentarios y la posibilidad de repetir contra los legisladores como sujetos pasivos del daño antijurídico imputado.** Como ha venido ocurriendo en nuestro país, la Corte Constitucional y hasta hace poco el Consejo de Estado, han tenido por cierto, por lo menos en teoría, que no existen excepciones para responder patrimonialmente para ninguna autoridad o funcionario público, que ha causado daño antijurídico por su acción u omisión; por lo tanto, no hay manera que pueda predicarse que los miembros del Poder Legislativo, puedan librarse de este imperativo constitucional.

En contravía de ello, se ha esgrimido con vehemencia que el Legislador dada su inmunidad – prácticamente - no tiene por qué responder por el daño antijurídico por causa de la normatividad que dicte, porque simplemente cumple una de las funciones que la Constitución misma les impone, que de ser así, se convertirían en sujetos pasivos del daño antijurídico imputado, contra quienes habría que repetir, que la sentencia de inconstitucionalidad se convertiría en un título ejecutivo, haciéndose imposible su labor.

Dicho argumento, es exagerado y sin fundamento sólido, más bien sí hace defensa a ultranza de los congresistas, como si se tratara el poder legislativo de una autoridad supraconstitucional, que esté por encima del bien y del mal, como si se tratase de intocables. Una cosa es la responsabilidad patrimonial que se discute y otra la posibilidad de repetir, y esta última, salvo ser una posible consecuencia de la de declaratoria responsabilidad estatal, nada tiene que ver con su configuración positiva o negativa, razón de más para descartar la necesidad de calificar la conducta de los parlamentarios en la expedición de leyes.

Repetir contra todo funcionario cuando el Estado haya reconocido y pagado una indemnización con ocasión de una condena, que sean consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del servidor o ex servidor público, es de manera genérica, obligación de todas las entidades estatales y es condición a la que se somete a todos los servidores públicos, ninguno está exento de ser sujeto pasivo en demanda de repetición, y todos deben ser medidos con el mismo rasero constitucional y legal.

Por lo tanto, que haya lugar o no a repetir es un asunto distinto y no es óbice para desconocer la responsabilidad patrimonial de resarcir el daño antijurídico comportado con la labor

legislativa, no siendo este un elemento del daño antijurídico, ni debiendo desplazarse la carga del congresista al particular. El Legislativo debe responder, con independencia de una posible repetición.

Adicionalmente, en favor del Congreso y liberándolo totalmente de cualquier carga, se manifiesta que no produjo daño antijurídico, pero de considerarse que por la norma declarada inconstitucional derivara el daño, el llamado a repararlo sería la DIAN, quien efectuó el recaudo; dejando al gairete la responsabilidad parlamentaria.

En mi sentir, endilgar responsabilidad como en este caso a la DIAN, tiene como fin principal - blindar a los legisladores y de paso promover la irresponsabilidad del Estado Legislador y del Estado en general, pues de ese modo sí se tendría en cuenta las situaciones jurídicas consolidadas, no habiendo lugar ni a la devolución, ni a la indemnización del daño antijurídico, pues técnicamente el mismo sería inexistente.

Así las cosas, si el daño antijurídico se reconociera, termina condenándose al ejecutor de la ley y no a su creador, de quien se afirma, no puede incurrir en responsabilidad alguna por cuenta del ejercicio de sus funciones, así en la práctica se cause perjuicio a los destinatarios de las leyes promulgadas por el Congreso, valga recordar, que Representantes a la Cámara y Senadores, acusan e investigan, respectivamente, cuando hay quejas o denuncias contra los magistrados del Consejo de Estado, parlamentarios que además influyen en sus nombramientos. Esto para concluir que esta decisión va precedida de la práctica popular de no pisarse la manguera entre bomberos, porque en manera alguna unos van a perjudicar a otros, a sabiendas que se necesitan.

En este escenario, no puede menos que asombrarse frente a esta voltereta de 180 grados, en que las empresas afectadas tardaron cerca de 15 años en este litigio, en la mayoría de los procesos ganados en segunda instancia, hasta la unificación y así lo registró un medio informativo en su titular “Consejo de Estado condena y luego salva al Congreso de multimillonario pago”, titular bastante ilustrativo en él se concreta las dos preocupaciones fundamentales que originaron el fallo, la primera evitar al Congreso el pago de millonarias indemnizaciones, que para el finales del año 2014 ascendían a 7.000 millones de pesos e iba en aumento dado el número de empresas demandantes afectadas. La segunda, que, a los congresistas vía acción de repetición, terminaran pagando con su propio capital la falla de su labor legislativa. (Consejo de Estado condena y luego salva al Congreso de multimillonario pago, 2016)

Acaso, las Ramas Ejecutiva y Judicial desde el cargo más sencillo al más importante no deben responder por las consecuencias de sus actuaciones funcionales y si es del caso responder con su patrimonio – al menos en teoría – porque en la realidad la acción de repetición difícilmente llega a condena y de suceder así, no hay bienes con qué responder. Entonces qué tienen de especial senadores y representantes a la cámara que de antemano se les exima.

Memorando, la aplicación de leyes españolas opuestas a las de la legislación de la Unión Europea, que han dado lugar a reclamaciones indemnizatorias y han alcanzado el reconocimiento de responsabilidad patrimonial, se han basado exactamente en ello, en la

aplicación de una ley declarada posteriormente inconstitucional, sin más cualificación o esfuerzos por demostrar el daño<sup>28</sup>.

Claro, se trata de otra latitud jurídica, ética y deontológica, bastante lejana a la predominante en el ámbito jurídico – político de nuestra colombianidad.

Para Kant uno de los bienes más preciados como la paz, es posible realizando acuerdos, lo que se materializa con la juridificación (Becerra Ramírez & Müller Uhlenbrock, 2008, p. 35), por ello expresa, que la instauración de la voluntad unificada de un pueblo catalogado como Estado, consiste en obligar al legislador a producir leyes de tal modo que pudiera haber nacido de la voluntad general (Becerra Ramírez & Müller Uhlenbrock, 2008, p. 36).

La Propiedad, la guerra, la paz, la seguridad, la soberana, el comercio, la política, la economía, las relaciones interpersonales, la convivencia, el sistema educativo, el desarrollo; todo tipo de relación o en el ámbito internacional, etc., han sido regulados por la juridificación al compás de la evolución de los pueblos; buscando de una manera u otra, equilibrio, armonía,

---

<sup>28</sup> A) Para el caso de la responsabilidad del legislador Conviene advertir que este supuesto es especialmente importante en el tema que nos ocupa porque la gran mayoría de las indemnizaciones solicitadas (y de las concedidas, podemos añadir) lo ha sido, como ya se ha apuntado, por reclamaciones planteadas tras la aplicación de leyes españolas contrarias al derecho de la Unión. Pues bien, del análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo para el caso de la responsabilidad patrimonial derivada de leyes inconstitucionales —que debe ser el *tertium comparationis*— se deduce, resumidamente, lo siguiente: 1º) En todos los supuestos en los que ha reconocido la responsabilidad por la aplicación de una ley declarada posteriormente inconstitucional, le ha bastado con tal dato, sin ulteriores cualificaciones sobre la pura inconstitucionalidad. La propia Sala Tercera es perfectamente consciente de esta situación, pues ha reconocido de manera paladina que «la responsabilidad patrimonial del Estado por leyes declaradas inconstitucionales no exige, en principio, hacer ninguna valoración sobre la gravedad de la infracción de la Constitución»(...) En nuestro efectivo sistema jurisprudencial de responsabilidad por leyes inconstitucionales no se requiere, por tanto, cualificación alguna similar a la de la violación suficientemente caracterizada, con lo que su exigencia parece ir en contra de lo establecido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (Cobrerros Mendazona, 2016, p. 334)

entendimiento, cooperación, progreso, o ventaja, cualificación, dominación, sometimiento, explotación, reconocimiento, etc.

La vida moderna no permitir una fragmentación entre la vida cotidiana y el Derecho, como tampoco del Estado y el Derecho, en el marco interno ni en el internacional, pues Estado y Derecho están íntimamente ligados y el desarrollo de los dos es hoy día inseparable, pero ello no obsta para buscar y lograr un equilibrio entre intereses públicos y privados (Delgado Gómez, 2008, p. 150) y ser respetuosos y cautelosos con asuntos y conflictos que no necesitan de leyes para solucionar conflictos, sino de educación en toda su amplitud y construcción de tejido y cohesión social, entre otros.

**Finalmente, de la responsabilidad por el daño antijurídico causado por leyes declaradas exequibles.** Es importante destacar la ampliación del espectro de protección de los asociados, dando la oportunidad de ser reconocidos y reparados los daños antijurídicos por lesión de las expectativas legítimas y los estados de confianza o confianza legítima, lo que trae consigo una mayor responsabilidad al legislador, quien debe circunscribir su función de hacer leyes observando con cuidadoso rigor los delgados límites que separan y distinguen a un Estado - Legislador respetuoso y garante ya no solo de derecho ciertos, sino de expectativas legítimas de derecho que no siempre aparecen diáfanas, pero que si deben ser materia de análisis.

Tal ampliación de la línea jurisprudencial acerca del daño antijurídico reparable, resta en alguna medida la inmunidad de los congresistas o por lo menos da esa sensación a los asociados; también equilibra un poco más a las partes en contienda, pues el margen de los asociados para

alegar y conseguir la protección de sus derechos siempre ha sido sustancialmente menor al de la defensa que puede llegar a realizar el Estado, especialmente cuando las decisiones pueden contaminarse por diversos intereses y tener marcados tintes políticos coyunturales.

En cuanto al régimen objetivo y el título de imputación de daño especial, frente a la exigencia de reparación de daño antijurídico, cuando la ley es acorde con la Constitución, relieve positivo, el hecho de tener el Consejo de Estado una postura definida al respecto, de manera que no se divague frente a estos esenciales aspectos.

## **9. Conclusiones**

Negar la responsabilidad estatal por el hecho del legislador, como este y los órganos de cierre lo han hecho, ancla al Derecho, en el principio de soberanía parlamentaria de los siglos xvii y xviii, en el que, en definitiva, el reconocimiento y pago de las eventuales lesiones patrimoniales causadas por una disposición legislativa estaban supeditados a la voluntad del legislador y a que este normativamente, admitiera tal posibilidad”. (Alonso & Leiva, 2011, p. 80).

Sigue siendo una obligación indeclinable del Congreso, expedir la normatividad legal, acerca de la responsabilidad del Estado Legislador, a fin de que los asociados tengan certeza de las normas que delimitan su actuar, así como su verdadero alcance indemnizatorio, cuando las mismas han sido aplicadas y luego retiradas de la vida jurídica por inconstitucionales y cuando

a pesar de erigirse constitucionales causen un daño antijurídico. No se puede seguir patrocinando un actuar legislativo que en la vida práctica y real cause daño patrimonial y el Legislador siga indemne, desconociendo y desplazando su responsabilidad.

La ausencia de regulación acerca de la responsabilidad del Legislador y en general de cualquier materia relevante, merece el mayor reproche de la sociedad, pues contrario a ser ese silencio expresión de la voluntad del Legislador, claramente es un acto de irresponsabilidad, en el cumplimiento de sus funciones, lo que trae graves consecuencias en distintos órdenes. A la vez que con su inactividad cede despreocupadamente sus facultades a la Rama Judicial.

El establecimiento de la responsabilidad del Legislador, no puede quedar sin más en manos de los órganos jurisdiccionales de cierre, pues si bien son guardianes de la Constitución y el orden jurídico, no deben a través de sus decisiones reemplazar al Legislativo o detraer las responsabilidades del parlamento, ni parcial ni totalmente, ya que terminan definiendo cuando se repara y cuando no. Ello además, porque las decisiones jurisdiccionales sobre el particular - como está demostrado - son volátiles, maleables, sujetas a la calidad de las partes en contienda; en tanto que la Ley por su carácter abstracto y general, podría minimizar el riesgo de aplicar uno u otro criterio a conveniencia.

Los efectos modulatorios de los fallos de la Corte Constitucional, no debe ser el factor decisivo, de la responsabilidad del Legislador, tal decisión debe basarse en la aplicación de una ley expresa, de ahí la necesidad de legislar sobre el tema, de manera que no queden vacíos o dudas frente a su alcance y efecto.

En ese sentido, muchos asuntos que tienen que ver con conductas de carácter subjetivo, filosófico, de creencias, modas, humanista, etc., no deberían ser penetrados abusivamente por procesos de juridificación. Empero la determinación de la responsabilidad patrimonial por daños antijurídicos encabeza del Legislador, requiere a no dudarlo una positivización concreta, específica, particular; rasero de las decisiones jurisdiccionales, ya que a nivel Constitucional se concibe la responsabilidad del artículo 90.

La decisión de unificación del Consejo de Estado a raíz del cobro de la TESA, y la responsabilidad del legislador, el cual - por lo menos en el tema tributario - parecía estar decantado y superado, ha dado un incomprensible retroceso que tuerce el cuello a la supremacía de la Constitución, referido a los efectos ex tunc, la seguridad jurídica frente al tratamiento en materia tributaria, a la igualdad frente a las cargas públicas, y en general a la debida protección estatal. Estado de cosas que se extiende al amplio espectro fáctico - no solo tributario, que puede acaecer de cara a la aplicación de leyes contrarias a la Constitución o a la falta de legislación.

Someter el reconocimiento de responsabilidad del Legislador y su correlativa indemnización a los efectos moduladores de los fallos de inconstitucionalidad, es dar por sentada la imposibilidad de reclamar de manera efectiva, en razón a que tal responsabilidad jamás se reconocerá; a la par que se entrega un poder desmedido y peligroso a la Corte Constitucional. Estas consideraciones son suficientes para exigir que la justicia se imparta desde la aplicación directa de la Constitución y la Leyes y no desde la jurisprudencia, pues su naturaleza es subsidiaria.

La falta de legislación que responsabilice al Legislador, promueve notoriamente un favorecimiento indebido a las finanzas públicas, en el entendido que trata de evitarse una posible avalancha de demandas contra el Congreso, cuando en realidad lo mínimo que debería hacerse – en los casos revisados - es devolver el dinero ilegalmente recaudado, al menos indexado, y no apropiarse descaradamente de los recursos de los particulares, so pretexto de la presunción de legalidad, la modulación de los fallos de la Corte Constitucional, la libertad de configuración legislativa o la inmunidad parlamentaria, que terminan respaldando una suerte de libertinaje de la acción legislativa, que no mide sus efectos y que de resultar nocivos, sencillamente no estarán obligados a responder en ningún caso ni bajo ninguna circunstancia.

Este tipo de decisiones deja en total desconcierto, pues como el mismo cuerpo colegiado expresara en múltiples procesos, el daño antijurídico era evidente y el responsable era el Congreso. Dónde queda, la responsabilidad del Legislador, que como todo servidor público debe actuar con sujeción a la Constitución y a la Ley, y por ende reparar el daño antijurídico que con su actuar cause.

Lo que pretende hoy día darse como discusión irreconciliable, con relación a la responsabilidad del Estado Legislador, no lo es, son menester dos requisitos para que opere la responsabilidad patrimonial estatal del Legislador, que haya un daño antijurídico y que este sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública. Bajo ese preciso entendido, nada dice la Constitución ni la Ley, que para la determinación del daño antijurídico deba establecer los efectos ex tunc de un fallo; tampoco si el funcionario responsable del daño antijurídico tiene

fuero especial o inmunidad; menos que el legislativo esté fuera del sometimiento a la Constitución.

Urge determinar en forma precisa la responsabilidad patrimonial del Legislador, desde el Congreso, ello permite poner en cintura el quehacer de los congresistas, impone al cumplimiento de todas y cada una de sus funciones el rigor, la seriedad, la disciplina, estudio y cuidado que su labor exige.

La responsabilidad del Estado Legislador, se materializa por el daño antijurídico causado e imputable a la entidad, por el cumplimiento o incumplimiento parcial o total de cualquiera de las funciones asignadas a esta rama del poder, incluso hablando de la labor legislativa, si se profieren leyes constitucionales o inconstitucionales (Alonso & Leiva-Ramírez, 2011), siendo lo medular para la responsabilidad administrativa reparar el daño, con recursos del erario.

La falta de legislación acerca de la responsabilidad del Estado Legislador, atenta contra el Estado Social de Derecho, lo desnaturaliza, lo disminuye y deja al ciudadano de a pie el lastre de la falta de compromiso, honradez y lealtad de los congresistas, para con los intereses superiores de la Nación.

La Corte Constitucional tiene el deber de conminar al Congreso a legislar, en un tiempo razonable, cuando a ello haya lugar y a endilgarle la responsabilidad que corresponda, cuando desacate ese mandamiento.

### Referencias Bibliográficas

- Aguilar, N. (s.f.). *Tributación y contabilidad: una perspectiva histórica y de derecho comparado*. Granada, España: Luis de Aloza.
- Ahumada Ruiz, M. A. (mayo-agosto 2001). Responsabilidad patrimonial del Estado por las leyes inconstitucionales (o el derecho a no ser perjudicado por una ley inconstitucional). *Revista Española de Derecho Constitucional*, 62, 307.
- Alonso, M. C. & Leiva, E. (2011). La responsabilidad del Estado por el hecho del legislador. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 13(2), 77-106. Recuperado de <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/1761>
- Arenas Uribe, C. (2001). *La responsabilidad del Estado por el hecho del Legislador*. Bogotá: Universidad Javeriana.
- Becerra Ramírez, M. & Müller Uhlenbrock, K. (Coords.). (2008). *La juridificación de las relaciones internacionales: un análisis plural*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

- Bernal Rico, L. (2016). *Responsabilidad por el hecho del constituyente, entre el daño antijurídico, los derechos fundamentales y la irresponsabilidad actual* (Trabajo de Grado). Universidad Nacional. Bogotá.
- Cobrerros Mendazona, E. (2016). La pertenencia a la Unión Europea y su repercusión en la responsabilidad patrimonial. *Revista de Administración Pública*, 200, 315-339. Doi: <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/rap.200.16>
- Consejo de Estado condena y luego salva al Congreso de multimillonario pago. (abril, 2016). *Semana.com*. Recuperado de <https://www.semana.com/economia/articulo/congreso-se-salva-de-multimillonaria-indemnizacion-por-caso-goodyear/469293>
- Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. (25 de agosto de 1998). Sentencia Exp. IJ-001. [C. P. Jesús María Carrillo Ballesteros].
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta. (7 de abril, 2016). Sentencia Radicación número: 11001-03-15-000-2014-02171-00. [MP Martha Teresa Briceño de Valencia]. Recuperado de [http://consejodeestado.gov.co/documentos/sentencias/13-04-2016\\_11001031500020140217100.pdf](http://consejodeestado.gov.co/documentos/sentencias/13-04-2016_11001031500020140217100.pdf)
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (31 de agosto, 2015). Rad.25000-23-26-000-1999-00007-01(22637). Operadores de televisión, TV 13 y otros contra la Nación - Congreso de la República y otros. [C.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero].
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. (29 de abril de 2015). Rad.25000-23-26-000-2003-00196-01(28765) Ford Motor Colombia Sucursal contra Congreso de la República. [C.P. Hernán Andrade Rincón].

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Tercera. (27 de marzo de 2014). Sentencia expediente 25000-23-26-000-2002-02117-01(29146). [C.P. Stella Conto Díaz del Castillo].

Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo. (26 de marzo de 2014). Sentencia N° 28741. Rad. 25000-23-26-000-2003-00175-01. Goodyear de Colombia S.A. contra La Nación - Congreso de la Republica. [C.P. Enrique Gil Botero].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A. (9 de abril de 2014). Sentencia Radicación: 25000232600020030120702 (28811). La Sociedad Laboratorios Wyeth Inc. demandó mediante reparación directa a La Nación – Congreso de la República. [C.P. Mauricio Fajardo Gómez].

Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. (11 de junio de 2014). Sentencia Rad. 25000232600020030118501(26702). Promigas S.A. contra Congreso de la República. [C.P. Hernán Andrade Rincón (E)].

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. (20 de octubre de 2014). Sentencia radicación 25000-23-26-000-2003-00204-01, demandante EPSON Colombia Ltda., en la que la misma autoridad judicial demandada, frente a un caso idéntico al decidido por el fallo objeto de tutela, negó las pretensiones de la demanda de reparación directa.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (26 de mayo de 2011). Rad. 19001-23-31-000-1998-03400-01(20097). [CP Hernán Andrade Rincón].

Recuperado

de

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=44490>

Consejo de Estado. (23 de noviembre de 2004). Sentencia C-1172. [MP. Clara Inés Vargas Hernández].

- Corte Constitucional. (1996). Sentencia C-333. [MP Alejandro Martínez Caballero]
- Corte Constitucional. (1998). Sentencia SU-747. [MP Eduardo Cifuentes Muñoz]
- Corte Constitucional. [2002]. Sentencia C- 285. [MP Jaime Córdoba Triviño]
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (30 de junio de 1962). [MP José J. Gómez R.]
- Da Silva Santo Filho, I. (2012). *La responsabilidad del Estado legislador por las leyes tributarias inconstitucionales y el enriquecimiento sin causa*. (Tesis doctoral). Universidad de Salamanca. Salamanca.
- Dávila, J. A. (2014). Derechos humanos en tanto derechos morales: dos concepciones. *Ius et Praxis*, 20(2). Recuperado de [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122014000200015](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122014000200015)
- Delgado Gómez, F. (2008). La impartición de justicia dentro de las políticas de globalización en la propiedad intelectual. El caso mexicano. En Becerra Ramírez, M. & Müller Uhlenbrock, K. (Coords.). *La juridificación de las relaciones internacionales: un análisis plural* (pp. 125-153). México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Enciclopedia Británica. (s.f.). *Antiguo régimen*. Recuperado de <https://www.britannica.com/event/ancien-regime>
- García de Enterría, E. & Fernández, T.R. (2004). *Curso de Derecho administrativo I*. Madrid: Civitas.
- Hernández Becerra, A. (2002, enero). El congreso de Colombia. *Revista Credencial Historia*, 145. Recuperado de

<http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/revistas/credencial/enero2002/elcongreso.htm>

Hinestrosa, F. (1996). *Derecho civil – obligaciones*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Jiménez, W. G. (2013, enero – junio). Origen y evolución de las teorías sobre la responsabilidad estatal. *Diálogos de Saberes*, 38, 63-78. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4696257.pdf>

Maldonado Simán, B. (2008). El pensar científico del derecho como referencia: metodológica del sistema del control internacional. La guerra en la tendencia imperial. En Becerra Ramírez, M. & Müller Uhlenbrock, K. (Coords.). *La juridificación de las relaciones internacionales: un análisis plural* (pp. 43-74). México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Mañalich R., C. P. (2010). ¿Reglas del entendimiento? Acerca de la “juridificación” de la comunicación en la pragmática universal de Jürgen Habermas. *Estudios Públicos*, 119, 121-149. Recuperado de [https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160304/asocfile/20160304095326/rev119\\_mañalich.pdf](https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160304/asocfile/20160304095326/rev119_mañalich.pdf)

Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. (2019). *Normas demandadas - Demandas públicas de Inconstitucionalidad (1992 - junio 2019)*. Recuperado el 8 de septiembre de <https://www.datos.gov.co/Justicia-y-Derecho/Normas-demandadas-Demandas-p-blicas-de-Inconstituc/2xsr-9ybb>

Müller Uhlenbrock, K. (2008). Del Ius Publicum Europaeum a la gobernabilidad global. Estrategias, fases y fundamentos de la juridificación. En Becerra Ramírez, M. & Müller

- Uhlenbrock, K. (Coords.). *La juridificación de las relaciones internacionales: un análisis plural* (pp. 1-42). México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Muñoz, G. (2010). Efectos en el tiempo de las sentencias de inconstitucionalidad y de nulidad de las normas tributarias. *Revista Impuestos*, 18-21.
- Presidencia de la República de Colombia. (2017). *Leyes*. Recuperado de <http://es.presidencia.gov.co/normativa/leyes>
- Quinche Ramírez, M. F. (2008). *Derecho constitucional colombiano: de la Carta de 1991 y sus reformas*. Bogotá: Ibáñez.
- Rodríguez, L. (2007). *Derecho administrativo general y colombiano* (5 ed.). Bogotá: Temis.
- Santofimio Gamboa, J. O. (2003). *Tratado de derecho administrativo*. (T. II., 4 ed.) Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Suárez Tique, H. A. (2014). *Responsabilidad del estado legislador: criterio de responsabilidad administrativa por el daño antijurídico derivado de la actuación u omisión del Congreso de la República en Colombia*. Bogotá: Universidad Santo Tomás.
- Silva Sánchez, J. M. (2007). La injerencia de las leyes: problemas de la juridificación de las relaciones sociales. *Persona y Derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, 56, 35-57.
- Valencia, A. & Ortiz, Á. (2002). *Derecho civil* (10 ed.). Bogotá: Temis.