

**LA RESPONSABILIDAD
EXTRACONTRACTUAL DEL LEGISLADOR
COLOMBIANO, POR EXPEDICIÓN DE LEYES
DECLARADAS INEXEQUIBLES (ANÁLISIS
JURISPRUDENCIAL)**

JOHN WILSON CARVAJAL RUIZ

**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA
LATINOAMERICANA**

FACULTAD DE DERECHO

MEDELLÍN

2016

**LA RESPONSABILIDAD
EXTRACONTRACTUAL DEL LEGISLADOR
COLOMBIANO, POR EXPEDICIÓN DE LEYES
DECLARADAS INEXEQUIBLES (ANÁLISIS
JURISPRUDENCIAL)**

JOHN WILSON CARVAJAL RUIZ

Para optar por el título de Abogado

ASESOR

JUAN ESTEBAN ARBOLEDA JIMÉNEZ

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINOAMERICANA

FACULTAD DE DERECHO

MEDELLÍN

2016

DEDICATORIA

A la luz de mis ojos, la mujer por quien cada día me levanto, el ser humano que Dios me dio para entender el amor en su completo esplendor, a quien espero guiar y ver crecer, **MAIRA ALEJANDRA URREGO RUIZ**, mi amada hermana. Simplemente mi **MAUR**.

Y a quien espere durante años y años, de quien espero aprender cada día desde muy cerca, mi sueño hecho realidad, **JUAN JOSE LEON SANCHEZ**, mi ahijado.

NOTAS DE ACEPTACIÓN

Jurado

Jurado

Jurado

Medellín, -Septiembre – 2016

Agradecimientos

He querido reservar estas líneas para dar agradecimiento primeramente a DIOS, y a cada una de estas personas que me han apoyado de una u otra forma en la realización de este sueño:

A mi Madre y Hno, por la bendición que me regalaban cada día desde la distancia, siempre la sentía y la llevaba conmigo a donde iba como inicio de la mañana y hasta el final del día para fortalecer mi energía que en muchas ocasiones sentía desfallecer.

Andrés, Maria y Saby, que siempre confiaron en mí y no solo me dieron de su tiempo sino también sus sabios consejos para mirar y buscar un nuevo horizonte, el cual empiezo a vislumbrar y espero seguir recorriéndolo a sus lados con la victoria que estoy seguro tiene Dios para Colombia.

Usuga y Astrid, dos seres invaluable, extraordinarios profesionales, en quienes siempre encontré la explicación más sencilla, amable y sustanciosa de lo que es el Derecho así como de la vida misma.

A mis amigos **Tatiana, Adriana, Lina, Paola; Ana**, quienes siempre me extendieron sus brazos cuando por un motivo u otro sentía que mis energías no me alcanzaban, encontrando un “si se puede, eres capaz.”

A mi **UNAULA, Asesor JUAN ESTEBAN ARBOLEDA y Profesores** por la oportunidad tan grande que nos dan de su tiempo y de tener un horario flexible para con los estudiantes, formando así no solo en el saber sino en el ser.

GRACIAS INFINITAS

LINEA DE ENFASIS

El derecho público en general y en específico el derecho administrativo, sin embargo adentrándonos un poco más, es la responsabilidad del Estado y el tópico su responsabilidad extracontractual.

JUSTIFICACIÓN

El Congreso de la República de Colombia expide leyes que tienen un control en la Corte Constitucional colombiana desde 1991, toda vez que esta corporación nació con esta carta política y venía de ser la sala constitucional de la Corte Suprema de Justicia, ahora, esta revisión la hace bien motu proprio o bien por acción de los ciudadanos en la acción pública de inconstitucionalidad que consagra el artículo 241 numeral 4 de la carta y que nacería al constitucionalismo latinoamericano con la reforma constitucional originada por la dimisión del presidente Rafael Reyes en 1910.

Estas acciones promovidas por ciudadanos o incluso a veces por los propios congresistas se tardan en fallarse por la congestión de esta corporación y se tiene efectos cuando son declaradas bien parcialmente o totalmente inexequibles dichos textos legales, toda vez que los efectos de las mismas leyes ya se hubieren dado

en la cotidianidad de los ciudadanos que por ejemplo hubieran sido objeto de las leyes.

Por poner un ejemplo, cuando una ley fue surtida con todo el rigor del proceso legislativo colombiano sin embargo en su esencia misma tiene vicios de inconstitucionalidad y estos son omitidos al ser sancionada por el señor presidente y la misma ley genera por ejemplo obligaciones de tipo dinerario como tributos o aranceles, los ciudadanos no pueden incumplir con las cargas impuestas para ellos por el hecho de que la ley tenga pendiente un control de constitucionalidad en la corte.

Así las cosas , es crucial entender el fenómeno que sucede cuando los ciudadanos ya se vieron afectados por los efectos o cargas que el legislador impuso y luego la corte declara que dicha ley adolecía de constitucionalidad, pues bien , los ciudadanos que fueron afectados por esta norma legal deberán acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa en acción (o medio de control) de reparación directa que era consagrado por el decreto ley 01 de 1984 o código contencioso administrativo y hoy en el artículo 140 de la ley 1437 o código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo con algunas modificaciones .

Pero este medio de control siempre se gestiona invocando el artículo 90 de nuestra carta de 1991 y que es la piedra angular de la responsabilidad estatal en

Colombia, figura que se trajo de la carta política de España de finales de los años setentas cuando cae la dictadura de Franco en el país ibérico.

En síntesis el análisis jurisprudencial propuesto es de las sentencias o fallos que el máximo órgano de la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia – el Honorable Consejo de Estado- en su sala de lo contencioso y en específico de su sección tercera, han proferido bien condenando o absolviendo a la Rama Legislativa del poder y que elementos han ido variando en dicha jurisprudencia con la evidente evolución tanto normativa como jurisprudencial y cuáles son las posturas y posiciones de los diferentes consejeros que han liderado esos debates al interior de la corporación.

De acuerdo a lo anterior nos preguntaremos cuál de los tres regímenes de responsabilidad extracontractual que han desarrollado en la sección tercera se ha acogido para estos casos, si es el mismo factor de imputación en todos los casos o ha variado de uno a otro y más importante aún cual está siendo aplicado en este momento.

PREGUNTA PROBLEMA

Cuál ha sido el régimen o la tesis de responsabilidad que ha desarrollado la sección tercera del Honorable Consejo de Estado en cuanto a la responsabilidad extracontractual del legislador colombiano por la expedición de leyes declaradas inexequibles por parte de la corte constitucional.

MARCO DE REFERENCIA

Artículo 90 de la constitución política de Colombia, decreto ley 01 de 1984 (artículo 86), ley 1437 de 2011 (artículo 140).

CONTENIDO.....

INTRODUCCION.....

CAPITULO I.....

Antecedentes históricos y contexto de la acción pública de inconstitucionalidad y las acciones contenciosas.

CAPITULO II.....

La historia de los regímenes de la responsabilidad extracontractual en Colombia y conceptos básicos desde el derecho administrativo.

CAPITULO III.....

El Daño Especial en Colombia.

CAPITULO IV.....

Análisis jurisprudencial de la sesión III del Honorable Consejo de Estado.

CONCLUSIÓN

REFERENCIAS

PALABRAS CLAVES

Responsabilidad, Contractual, Extra-contractual, Omisión, Violación de Reglamentos.

CAPITULO I

Antecedentes históricos y contexto de la acción pública de inconstitucionalidad y las acciones contenciosas.

Empezaré por indicar, que el primer indicio sobre normas positivas de la responsabilidad civil que terminaría llegando a Colombia, sería mediante el Código Civil de Napoleón (esto es, de la orden de compilar dada por él) que en realidad fue hecho por *Tronchet, Maleville, Portalist y Bigot De Prémeneu* que se inspiraron en *Potier*, quien ya había fallecido para esa época y que la verdad, lo que hizo fue traer las figuras del digesto romano (*corpus iuris civile*, las glosas y los edictos de los pretores) aunada a las siete partidas españolas, para determinar muchas de las figuras que posteriormente tomaría el gran Andrés Bello para escribir el Código Civil chileno y que se convertiría sin muchas modificaciones en nuestro Código Civil de 1887.

Pues bien, esa disposición de muy al inicio del siglo XIX, se convertiría en faro, norte, luz y guía de las disposiciones civiles de occidente y en general de quienes adoptamos el modelo romano germánico a diferencia del modelo *common law* que adoptarían los anglosajones y que se basa en el precedente jurisprudencial que es utilizado en países como Inglaterra, Estados Unidos o Australia.

Debemos hacer la conexión de ese referente francés, porque precisamente sería esa revolución, la misma que en 1808 tomaría la península ibérica y que generaría

posteriormente o se convertiría en la causa directa de nuestro grito de independencia de 1810 y la posterior guerra independentista liderada por ese joven venezolano que había vivido la coronación de Napoleón en París, mientras viajaba por Europa como un señorito rico y entendería la importancia de los referentes franceses y de la lucha con la España decimonónica, católica a ultranza y anti francesa, los mismos lineamientos que habían inspirado a Don Antonio Nariño a traducir los derechos del hombre y del ciudadano, lo cual, le conllevaría tantos años tras las rejas.

Ahora bien, en 1817 Simón Bolívar crea el Consejo de Estado, sin terminar aun la guerra de independencia ni en Colombia ni en la misma Venezuela, pero tomando dicha figura de una que ya venía del poder francés y que había sido modificada por el gran Napoleón Bonaparte al momento de salvar la revolución del mito de Cronos, el cual mostraba como el comité de salubridad pública se había convertido en un Cronos que devoraba los propios hijos de la revolución francesa o al menos a sus inspiradores en cabeza del propio Maximiliano de Robespierre.

Así las cosas, dicho Consejo de Estado, fue la fiel copia de la estructura francesa al momento de dar inicio a la primera versión del estado moderno, también llamado estado liberal clásico o estado liberal, que la verdad difería bastante de como evolucionaría y de lo que hoy conocemos en Colombia como la cabeza de la jurisdicción contencioso administrativa y que es la corporación de la cual estudiaremos sus pronunciamientos en cuanto a una discusión filosófica política, frente a la responsabilidad que les cabe a los legisladores (la otra rama del poder

público, que nacería en la revolución francesa, pero que venía de la inspiración de la cámara de los comunes y de los lords y del congreso norteamericano) por la expedición de sus leyes y cuando las mismas han sido declaradas inexequibles parcial o totalmente por la Corte Constitucional Colombiana.

El Consejo de Estado, como órgano político administrativo, tuvo su origen en un decreto del General Simón Bolívar, expedido en la Ciudad de Angostura el 30 de octubre de 1817 (el año entrante se cumplirán 200 años de su creación), en su calidad de Jefe Supremo de la República de Venezuela y Capitán General de sus Ejércitos y los de la Nueva Granada.

Posterior a esa creación, vendría la constitución de 1821 en Cúcuta donde dicha figura seguiría estando consagrada en la estructura constitucional colombiana, de este primer intento por positivizar los límites al poder de la incipiente nación, pero solo sería hasta tiempo después, cuando el propio Bolívar desconociendo los orígenes democráticos de la nación, tornaría la República en una dictadura, por las luchas intestinas después de la campaña del sur con el general Santander, pero aun así la figura seguiría estando en la arquitectura constitucional colombiana.

En 1828 el presidente dictador establece la conformación del Consejo de Estado y mediante Decreto Orgánico, se establece que el Consejo de Estado estará conformado por el Presidente del Consejo de Ministros, los Ministros Secretarios de Estado y al menos, un consejero por cada uno de los departamentos de la

época, cuya función sería preparar todos los decretos y reglamentos que expediera el Jefe de Estado. Aquí, es importante recordar que, en Colombia no existían legisladores y todas las normas las estaba dictando el presidente Bolívar como quedaba bastante claro en dicha conformación, por lo cual no se le podría hacer control a ninguna de estas órdenes ni de tipo político ni de tipo judicial, ya que, no era ni siquiera pensable que un juez pudiera cuestionar las decisiones del presidente, lo cual nos deja ver que, la tal tri-división de poderes que había sido consagrada por Sieyés en la constitución francesa aquí no llegaba aun, esto es, solo se tomaban las figuras de la constitución francesa que más le servían a quien detentaba el poder, pero no todas, dado que, las mismas le restaban poderío a la figura presidencial de ese Bolívar absolutista.

En 1830 moriría Bolívar y las luchas por el poder no morirían con él, cómo aspiraba en su última proclama del 10 de diciembre en San Pedro Alejandrino, muy por el contrario, los que evocaban su memoria siguieron con la idea de continuar su legado, pero el general Santander podría volver de su exilio y tomar las riendas de otra gran facción de la política nacional, lo cual, nos llevaría desde ese momento a vivir bajo regímenes de exclusión, que se acentuaría con el nacimiento de los partidos liberal y conservador a mediados de siglo, pero que, también nos haría sufrir con unas constituciones pasajeras llamadas por el autor Hernando Valencia Villa, como cartas de batalla en ese memorable libro del año 1987 y posteriormente adicionado luego de la constitución de 1991.

Para poner un ejemplo con el tema que nos convoca, en 1843 se dio la Abolición del Consejo de Estado por parte de La Constitución Política de la República de la Nueva Granada de ese año y solo volvería a existir hasta 43 años después, lo cual, nos da cuenta también de que aunque hubieren jueces en la incipiente nación colombiana, los conceptos de responsabilidad civil y mucho menos del estado existirían para esta época, donde cada grupo político que llegaba al poder por medio de una guerra civil (generalmente de excombatientes de la guerra de independencia) imponía su constitución, su cosmovisión y de contera excluía a los contrarios, con lo cual, generaba una nueva guerra civil y así estuvimos por 56 años.

Pero antes de que llegara Núñez y Caro, aparecería en Francia el 8 de febrero de 1873, el famosísimo fallo blanco, que por primera vez vincularía a una empresa que para el momento era estatal en la municipalidad de Gironde en Francia, que producía o comercializaba tabaco y había generado un daño a una familia con las lesiones o la muerte de una menor y un tribunal vinculaba a la municipalidad, lo cual, daría origen o sería el mito fundacional no solo de la responsabilidad estatal sino del propio derecho administrativo, que luego desarrollarían León Duguit y Jean Rivero en ese país y que llegaría al nuestro país, con juristas como Jaime Vidal Perdomo y Libardo Rodríguez, ya en los años 70s y 80s luego de hacer estudios en dicho país y venir a la academia y la administración pública a implementar dichos criterios.

Ahora volvamos al orden cronológico colombiano; llegaría 1886 y la Constitución de Rafael Núñez, retomaría la existencia del Consejo de Estado, esta carta que duraría más de 104 años vigente, revivió la institución del Consejo de Estado y lo previó, por primera vez no solo como cuerpo consultivo del Gobierno, sino como máximo juez de la administración, es decir, le asignó la función de órgano supremo de lo Contencioso Administrativo, sujeto a que la estableciera esta jurisdicción.

Antes de continuar con el devenir constitucional y de la jurisdicción especial, se debe tener en cuenta que en 1887, solo un año después de esta carta política vería la luz el Código Civil colombiano y en él, se conocería el artículo 2341 y siguientes del libro tercero de las obligaciones y los contratos, disposiciones normativas que serían las primeras a las cuales se les haría hermenéutica jurídica para la conexión con la responsabilidad estatal.

Dicha constitución de 1886, a pesar de ser concebida como el tratado de paz definitivo entre liberales y conservadores y que la habría inspirado un presidente liberal como Núñez y que fuera redactada por un conservador como Miguel Antonio Caro, no cumplió con las expectativas de la unión nacional por encima de los partidos, situación que, generaría el mayor conflicto civil que hemos padecido, como lo fue, 14 años después de este texto la guerra de los mil días, con lo cual, prácticamente habíamos regresado al estado original, primario y no deseado del sesgo partidista, razón por la cual, no se convertía en el mejor de los escenarios para que un tribunal de ningún nivel juzgara los actos, omisiones y

extralimitaciones del gobierno o de la administración pública, pues se prestaba a vendettas partidistas y demás situaciones alejadas de todo rigor jurídico y del equilibrio que debe practicarse en la rama judicial de cualquier época.

Tomando en cuenta que dicha guerra civil la ganarían los conservadores y que estarían en el poder hasta el año de 1930, será importante decir que fue en este periodo donde se consolidó el nacimiento o renacimiento del Consejo de Estado y su labor como máximo tribunal o juez de los actos administrativos y todavía no de las acciones y otros aspectos que generan responsabilidad del estado, que llegarían mucho después.

Entonces, en el año 1905 El General Rafael Reyes, suprimió el Consejo de Estado por una cantidad de problemas políticos que se le presentaban y así fue como Mediante el Acto Reformatorio (de la constitución) número 10 de 1905, se suprimió expresamente el Consejo de Estado y se derogaron las normas de la Constitución que se referían a este organismo. Es imaginable como sería el constitucionalismo de la época, cuando el presidente de la república de forma autónoma suprimía figuras de la constitución y de la misma forma las incluía sin ningún tipo de control por parte de las otras dos ramas del poder.

Pero, los problemas de Reyes no terminarían con dicha disposición, en 1910 ordena la creación de la Jurisdicción Contenciosa, luego de que éste presidente que había sido exitoso en varios aspectos, se descompensará con un tema electoral en la Guajira, lo que terminaría en que tuvo que dejar el país, lo cual,

trajo unas reformas bastante importantes, por mencionar las dos más importantes para nuestro tema, la acción pública de inconstitucionalidad y el renacimiento definitivo del Consejo de Estado, el mismo que hoy opera pero sin las mismas facultades.

Ahora bien, el congreso mediante el Acto Legislativo número 3 de 1910, reformativo de la Constitución Nacional, dispuso la creación mediante ley de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, esto es, da pie a la creación tres años después de los tribunales o mejor de algunos de los tribunales administrativos, entre ellos el de Antioquia que nacería en el año de 1913 y que sería un referente muy importante en su jurisprudencia incluso a nivel nacional, posteriormente.

Como veníamos diciendo en el año de 1913 y con la Ley 130, se crea la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y dicha La Ley establece que la Jurisdicción estará conformada por un tribunal supremo de lo contencioso administrativo y unos tribunales seccionales, cuyo objeto era la revisión de los actos de las corporaciones o empleados administrativos en ejercicio de sus funciones.

Esta ley, puso en práctica por primera vez en Colombia, el sistema de dualidad de jurisdicciones en cuanto contiene las normas necesarias sobre distribución de competencias y procedimientos para su ejercicio y constituyó el primer Código Contencioso Administrativo.

Pero a pesar de que ya la norma existía y como es costumbre en nuestro estado aun hoy, solo hasta 1914 se da el restablecimiento del Consejo de Estado y se comienza con la historia verdadera de la actual jurisdicción en el gobierno de Carlos Eugenio Restrepo, jurista antioqueño y conservador, real artífice de lo que hoy se puede decir como el inicio del máximo órgano de esta jurisdicción.

Si reconocemos a Carlos Eugenio Restrepo como presidente de ese nacimiento, no podemos olvidar que también había una comisión constituyente de 1910 y ésta olvidó recrear, a nivel constitucional, el Consejo de Estado, por lo que fue necesario, posteriormente, expedir el acto reformativo de la constitución del 10 de septiembre de 1914, el cual restableció el Consejo de Estado como supremo cuerpo consultivo del gobierno en asuntos de administración y como tribunal supremo de lo Contencioso Administrativo.

En conclusión, cuando se creó la jurisdicción contenciosa y los tribunales el Consejo de Estado no tenía el nivel constitucional que se requería y por eso a los cuatro años debió hacerse otro acto legislativo para elevar el Consejo de Estado al nivel requerido, para que hiciera parte de la rama judicial con la Corte Suprema de Justicia, ya que, para la época no existían ni la Corte Constitucional, ni el Consejo Superior de la Judicatura, ni la Fiscalía General de la Nación.

Pasaría un buen tiempo y los cambios políticos fueron modificando el país pero en la década de los 30 tendríamos una situación muy interesante llamada la Corte de

Oro, esto es, la Corte Suprema de Justicia, tendría una pléyade de juristas que expedieron una calidad de sentencias tal, que marcarían de allí y para siempre la jurisprudencia colombiana y en especial en los temas de responsabilidad civil y también del estado.

En 1941 y en plena republica liberal durante el gobierno el presidente Eduardo santos (tío abuelo del actual presidente) se dio la reorganización de la Jurisdicción mediante la ley 167 de 1941, donde se estableció un nuevo estatuto general sobre la organización y funcionamiento de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que constituyó en la práctica, el segundo Código sobre la materia, conservando la estructura de la jurisdicción y el carácter tanto consultivo como jurisdiccional del Consejo de Estado.

Vendría el problemático segundo gobierno de López Pumarejo y la asunción al poder del delegado Alberto Lleras Camargo y en ese mismo año de 1945 se produciría la división del Consejo de Estado en Salas y Secciones, pero aun faltarían 20 años más para que fuera clara la función de consulta del alto gobierno en una sala aparte y que solo se dedicaría a ello sin intervenir en las decisiones jurisdiccionales que tomarían las otras salas.

A mediados de siglo aparecerían obras tan importantes como la de los hermanos León, Jean Y Henry Mazeaud en compañía de Francois Chabais, en la ya quinta república francesa y esa teoría de las obligaciones depuraría dicha teoría y la de la responsabilidad civil para siempre o mejor dicho hasta este momento, ya que, los

postulados de estos franceses influirían incluso al derecho público, el cual supuestamente estaba excluido de estas cátedras y textos del derecho privado.

Sería en 1967 cuando nace la sala de Consulta y Servicio Civil en pleno gobierno del gran reformista Carlos Lleras Restrepo (tío abuelo del actual vicepresidente) y donde se darían las grandes transformaciones del estado en su estructura y nacerían figuras como las empresas industriales y comerciales del estado y los establecimientos públicos (que aunque hoy van en declive, vieron la luz en ese gobierno asesorado por Jaime Vidal Perdomo). La integración de la Sala de Consulta y Servicio Civil por cuatro (4) Consejeros fue ratificada por la ley 50 de 1967, número de magistrados que se mantiene actualmente, cuyos miembros no participan de las funciones jurisdiccionales y solo emiten conceptos para el alto gobierno, cuando se presentan dudas con respecto a los temas de la administración pública, pero que como cualquier concepto no tienen el carácter vinculante.

Solo un año después en el mismo gobierno y mediante la reforma constitucional de 1968 (que por poco produce la renuncia del presidente), se estableció que en cada Departamento habría un Tribunal Administrativo, lo cual, fortaleció de forma significativa o inicio mejor aún la búsqueda de la descentralización de la jurisdicción, pero que tristemente se ha visto bastante retrasada y sin voluntad política para dicho propósito, incluso aun después de la constitución de 1991 donde se hizo expresa dicha disposición, pero sin llegar a ese ideal por temas de

miopía de los gobernantes centralistas, incluso los que han surgido de la provincia como Belisario Betancur, Virgilio Barco o Álvaro Uribe Vélez.

Luego de varios intentos de modificar la constitución de 1886 sin éxito, llegaría el gobierno conservador del Presidente Belisario Betancur – Abogado egresado de la Universidad Pontificia Bolivariana, quien convocaría un grupo de expertos (que no especialistas, ya que, para la época no existía dicha especialidad en Colombia) y en 1984 expediría un “Nuevo” Código Contencioso Administrativo.

Así las cosas, Se expide el decreto ley 01 de 1984, reformado por el Decreto Ley 2304 de 1989 y con la claridad que aún nos encontrábamos bajo la égida del modelo del estado de DERECHO, lo cual se introyectaba en dicha norma, mostrando claramente que la superioridad del estado sobre los ciudadanos del común era indiscutible y la razón de estado prevalecía sobre la dignidad humana incluso, tema que cambiaría solo hasta 7 años después, con la llegada del nuevo modelo de estado de la carta de 1991.

En este decreto ley se incluyeron por primera vez, la distribución de competencias y los procedimientos correspondientes a cada una de las secciones y salas del Consejo de Estado y sin mencionar que dichas distribuciones se hicieran a los tribunales que ya eran más de 20 desde 1968, los mismos actuarían por decirlo así, de forma “promiscua”, esto es, dirimiendo conflictos tanto de actos administrativos como de acciones, omisiones, extralimitaciones, contratos y elecciones que se dieran en el sector público.

En 1991 y luego de que la Asamblea Nacional Constituyente se arrogara la potestad de cerrar el congreso, aduciendo que este no podía legislar al mismo tiempo que la asamblea, pero que adicionalmente había sido elegido bajo la constitución que ya ellos habían decidido no reformar (como había sido el mandato inicial) sino cambiar, las dos cortes que existían para ese momento y luego de ires y venires y dimes y diretes, logran conservar su forma de elección (cooptación) pero negociando con dicha asamblea y con el propio gobierno unos temas electorales que a la postre afectarían bastante la credibilidad de las mismas y en general de la administración de justicia como vemos claramente que pasa el día de hoy.

Así las cosas, se logra la ratificación constitucional del Consejo de Estado como venía en su constitución, pero adicionalmente le entregarían la posibilidad de participar directamente en la conformación de la nueva corte, la constitucional con tres de los nueve miembros, situación que como lo dije anteriormente no ha sido positiva para la imagen de la jurisdicción contencioso administrativa que denota un tufillo de feudos clientelistas de los magistrados en todo el país e intercambio de favores con las otras ramas del poder y con los otros magistrados de las otras cortes para mantener el *statu quo* de los mismos, indefinidamente.

Mediante la Constitución de 1991, se ratificó la existencia del Consejo de Estado y de la Jurisdicción administrativa, con las características que hoy identifican a estas

instituciones, tanto desde el punto de vista de su organización como de sus competencias.

Sin embargo, cinco años después y mediante la Ley estatutaria de la Administración de Justicia, Ley 270 de 1996, se crearon los jueces administrativos, integrándolos a la jurisdicción, posteriormente, a través de la ley 954 de 2005, se modificó y adicióno la ley 446 de 1998 respecto a cuantías, con la proyección de la entrada en funcionamiento de los jueces administrativos.

Pero como todos los procesos necesarios en este país, la implementación de dichos jueces se haría solo 10 años después de expedida la ley y en el año 2006 entran en funcionamiento los Juzgados Administrativos en todo el país y por ejemplo, aquí en Antioquia, se iniciarían 31 juzgados administrativos, 30 en Medellín para atender 8 subregiones de Antioquia y 1 en el municipio de Turbo para atender la subregión del Urabá antioqueño.

El 1 de agosto de 2006 entraron en funcionamiento 257 jueces administrativos en toda Colombia, en cumplimiento de las normas establecidas. Se rompe la tradición histórica de jueces colegiados en la jurisdicción administrativa ingresando los jueces unipersonales, lo que, implicó un cambio cualitativo en la producción de las sentencias. El Consejo de Estado dejó de ser tribunal de apelación y se convierte en el órgano límite en la Jurisdicción Contenciosa, esto es, se creaba una primera instancia en los jueces y la segunda se daría en el tribunal donde se daba la primera anteriormente y las 5 secciones del consejo de estado solo recibirían los

litigios no en grado de apelación a menos que la primera instancia según la norma procesal vigente, la dirimiera el tribunal administrativo, pero la regla general era que la misma se produjera en los juzgados y la segunda en el tribunal.

Mientras esto ha estado sucediendo, esto es, mientras cambiamos de modelo de estado, reformamos las normas, las adecuamos al nuevo modelo, el artículo 90 de la constitución comienza a influir de forma significativa en la jurisprudencia del Consejo de Estado después del 4 de julio de 1991, donde se reconocen situaciones que antes no era posible y a la luz incluso de los tratados internacionales de derechos humanos y políticos que comienzan a ratificarse por el estado colombiano y que se verán reflejados en fallos de consejeros que juiciosamente hacen una hermenéutica acompañada por ejemplo a los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos e incluso de la Corte Penal Internacional, pero paradójicamente para este momento se continuaban aplicando unas normas procesales preconstitucionales que se habían concebido con otro modelo lo cual era una gran contrasentido, pero igual se expidió jurisprudencia valiosa que fue tornándose cada vez más en el modelo del estado social, democrático y constitucional de derecho que invocaba el nuevo modelo.

Solo hasta 20 años después de la expedición de nuestra nueva carta política se expidió el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo o CPACA, bajo la premisa de la nueva constitución que ningún código podría ser expedido después de 1991 por decreto como precisamente era el llamado código contencioso administrativo anterior y adicionalmente donde los

autores de este nuevo código que ya no solo era contencioso sino procesal previamente, esto es, favorecía la conciliación con el estado, previo a congestionar a los jueces, era diseñado por una comisión del propio Consejo de Estado, que eran quienes habían venido sufriendo las incongruencias del otro Código con la desarmonización frente a la constitución y los nuevos principios estatales.

Mediante la ley 1437 de 2011, se dio un giro en positivo a la Jurisdicción, se logró, luego de casi cuatro años, la expedición del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que se ajustaba a los requerimientos normativos actuales y a la Constitución de 1991. Su entrada en funcionamiento se dio en julio de 2012 y redefinió el objeto de la Jurisdicción, sus competencias e instituyó el sistema mixto: sistema escrito y sistema oral en los procesos administrativos.

Por último, es importante resaltar en este capítulo que la responsabilidad de la que hablaremos, es tan exótica que se tiene escasa literatura o doctrina sobre el tema y los casos son realmente muy puntuales, pero sea esta la oportunidad para iniciar con esta gran discusión o debate en la academia y que ojala se pudiera legislar sobre el mismo, aunque comprendo que es difícil sobre todo por el tema de que sería prácticamente legislar para sí mismos y ya hemos visto que dichos intentos o ni se intentan o funcionan muy mal, porque terminan consagrando beneficios en vez de poner límites a los honorables congresistas de este país, como ejemplo de ello tenemos la bochornosa reforma a la justicia de 2012 o el equilibrio de poderes de 2015, de la cual apenas empezamos a ver sus nefastos efectos.

CAPÍTULO II

LA HISTORIA DE LOS REGIMENES DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL EN COLOMBIA Y CONCEPTOS BÁSICOS DESDE EL DERECHO ADMINISTRATIVO.

Como bien sabemos y mencionamos anteriormente, nuestro derecho administrativo es y ha sido altamente influenciado por el derecho francés y en este caso específico no es la excepción, así las cosas, es bastante claro que los casos que primero marcaron la jurisprudencia francesa y su posterior llegada a Colombia mediante los estudiantes o profesores que visitaban dichas tierras delinearían nuestros perfiles jurisprudenciales y aun hoy siguen operando y siendo base de la visión de nuestros jueces administrativos en cualquier nivel.

Por lo anterior, comenzaremos por decir que a principios del siglo XX en nuestro país, como lo mencionamos anteriormente, no se había consolidado de forma fuerte nuestra jurisdicción contencioso administrativa y era entendible, en razón de los vaivenes que el Consejo de Estado había tenido en el siglo XIX y que esta institución solo se armaría de forma sólida en los inicios del siglo XX, a partir del año 1910, cuando surge la Jurisdicción Contencioso Administrativa, pero adicionalmente y ya entrando en materia sobre el objeto de este escrito, solo para esa época, esto es, inicios del siglo XX, también estaban sucediendo los casos que en Francia marcarían nuestras posteriores líneas, en materia contencioso administrativa.

Sin embargo, no debemos dejar de lado que la llamada Corte de Oro, esto es, la Corte Suprema de Justicia de los años 30's, dejaría una impronta muy significativa en cuanto al tema de la responsabilidad extracontractual en nuestro país, pero no se deslindaba en ese entonces la responsabilidad del estado, de la de los particulares, lo cual, complejizaba un poco la delimitación y el nacimiento de una línea propia y exclusiva del derecho público.

Pues bien, volviendo a Francia, recordaremos que los tratadistas León Duguit y Jean Rivero influenciarían y marcarían la pauta para el nacimiento de la escisión o la independencia del derecho administrativo y de su vida propia y separada del derecho privado y fue justamente con el fallo BLANCO y el fallo CADOT que esta labor se iniciaría, pero que se consolidarían aún más con fallos en 1938 como el fallo LA FLEURETTE y en 1944 con el fallo CAHETEUX (Todos ellos del Consejo de estado francés), ambas sentencias que solo conoceríamos por estas latitudes por los escritos del profesor MARIENHOFF, padre del derecho administrativo argentino, también con gran influencia francesa y que precisamente sería el primero en comenzar a reconocer la responsabilidad del estado legislador que es el objeto de esta tesis.

Así las cosas, básicamente esa decantación de nuestras líneas jurisprudenciales se tardarían mucho más y aproximadamente hasta finales de los años 60's y comienzos de los 70's, cuando profesores como Jaime Vidal Perdomo con gran influencia en el gobierno nacional y en la academia bogotana, comenzarían a

esgrimir los regímenes que hoy aún operan como lo son la falla del servicio, el riesgo excepcional y por último el daño especial, que será precisamente en el cual nos enfocaremos con la responsabilidad extracontractual del estado por el hecho del legislador.

Comencemos por mencionar el primero de ellos, la falla del servicio, que es la que se entiende se ha provocado por un agente estatal, bien por impericia, por negligencia, por descuido o por la violación de algún reglamento legal, administrativo o técnico reconocido por parte de ese agente, generando un daño en un ciudadano y con una consecuencia posterior como lo será la mencionada acción de repetición, que hasta ahora y solo con la expedición de la ley 1437 de 2011, Código Procesal Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, vino a tener vida propia y separada como acción de reparación directa, hoy denominada medio de control y que estaba consagraba el artículo 86 del llamado Código Contencioso Administrativo o Decreto Ley 01 de 1984.

Este régimen en el cual no profundizaremos demasiado, presume la existencia de un servicio que presta el estado, bien por orden constitucional, legal o incluso por voluntad propia y supone también que dicho servicio ha sido prestado de forma tardía, errática o defectuosa, incompleta o en el peor de los casos que no se ha prestado en lo absoluto el servicio que se debía prestar y por ello se ha generado un daño en el ciudadano que era objeto de ese servicio o se vio afectado por esa acción, omisión o extralimitación del agente estatal que ha generado el daño y por tanto este daño habiendo sido valorado como un perjuicio que se puede probar,

deberá ser indemnizado por parte de la agencia que estaba representando dicho ciudadano agente estatal y posteriormente esa misma agencia deberá reintegrar su patrimonio con la acción de repetición, hoy denominada medio de control, contra el patrimonio del ciudadano, agente estatal y así, no se vea afectado el patrimonio estatal, de todos los ciudadanos que fue integrado por parte de todos los impuestos que se pagan y las demás rentas que conforman la hacienda pública, dineros los cuales, no deben estar para pagar errores de los agentes estatales, sino en la búsqueda del bienestar general con las inversiones que los gobernantes de turno deben surtir en salud, vivienda, empleo, educación, saneamiento básico y demás obligaciones estatales.

En este régimen, ni el legislador Colombiano, ni los jueces de la república, ni la academia habían reparado con estricto rigor, por la muy escasa diferencia que vislumbraban en cuanto a la responsabilidad estatal y privada y por la evidente falta de maduración de la jurisdicción contenciosa, lo cual, incluso llevó a entender que todos los daños provocados por el administrador publico colombiano fueran considerados una **falla o falta del servicio** sin discriminar la causa u origen de la falla y con la óptica del artículo 2341 del código civil colombiano y siguientes para delimitar la ocurrencia o no del daño, lo cual, presentaba bastantes dificultades para los jueces, en tanto, las obligaciones estatales superaban de lejos las de un particular, pero los mismos, sin más herramientas legales positivas para fallar debían acudir a esa única norma que existía para la época y sin que la propia constitución de 1886 hubiera positivizado de forma alguna dicha responsabilidad.

Pero no quiere decir esto, que el legislador colombiano no pueda ser, procesado o incluso condenado con base en este tipo de factor de imputación, lo que sucede es que en ese caso estaría no juzgándose al congreso de Colombia por su función legislativa sino como a cualquier otro organismo público que cometiera un acto antijurídico, como por ejemplo, un accidente en uno de sus vehículos que tenga asignado algún parlamentario, la caída de un trozo de la fachada que genere daños en la humanidad de un ciudadano o en otro bien como un vehículo, inclusive hasta la misma actuación por parte no de un congresista, sino de cualquier servidor público que pertenezca a esas corporaciones y que genere un daño en cualquier asociado al estado colombiano, debe producir una condena en contra de la nación colombiana – rama legislativa del poder, pero debe ser en el caso de precisamente una negligencia por parte del mismo, una impericia, un descuido o la violación de un reglamento, por ejemplo, la violación del reglamento más importante de todos los que tiene la administración pública, en cabeza del legislador, cual es, la ley 5 de 1992 o reglamento del congreso de la república y en este caso en especial será tratado como daño especial, en el cual más adelante se enfocará el interés, en el desarrollo de este trabajo.

En segundo lugar debemos mencionar el llamado **riesgo excepcional**, que no es otra cosa, que el traslado del concepto de las actividades peligrosas de la legislación civil en sus artículos 2356 y ss, que tienen su más frecuente ejemplo en los accidentes de tránsito, pero que en el estado y por las características especiales de la función pública, verbigracia, en las fuerzas armadas del estado colombiano (compuestas por la fuerza del ejército, la fuerza aérea, la armada y la

fuerza de policía) o de cualquier estado occidental, se ve superlativizado, en tanto, en cuanto, se sabe que la manipulación de armamento para defensa o seguridad, el depósito y operación de explosivos, de carros de combate, tanques de guerra, naves y aeronaves, etc, denotan que no existe ninguna organización, sociedad u otro tipo de agrupación humana o persona jurídica que implique más riesgo que el propio estado y es por ello, que este riesgo excepcional luego de bastante tiempo ha sido decantado en nuestra jurisprudencia como un riesgo objetivo, lo cual implica que al momento de que el estado sea encontrado responsable en razón de un riesgo de este tipo, el agente, bien operador o actuante en el marco de esta clase de actividades, no debe necesariamente responder con su patrimonio luego de que el estado debiere sufragar la indemnización correspondiente, esto es, en condiciones normales, no es dable que el agente que se vio involucrado en algún riesgo excepcional por acción u omisión y habiendo demostrado diligencia y cuidado a pesar del resultado negativo de cualquier tipo de siniestro, no se le exigirá resarcir el recurso que la entidad paga al ciudadano afectado, o sea que, no opera la acción de repetición.

Y por último, miraremos en primera instancia y grosso modo el llamado **daño especial**, que no es otro que el que infiere el estado en cualquiera de sus niveles a un ciudadano, pero este daño tiene la característica de un actuar LICITO, esto es siguiendo todas las normas del ordenamiento y que se hace necesario infringir dicho daño, solo en búsqueda del bien común y que se está dispuesto a afectar a unos ciudadanos más que a otros para que el interés general se vea satisfecho, lo cual, implica necesariamente que dichas cargas públicas que fueron

desequilibradas deban ser resarcidas por el estado en virtud del principio y el derecho a la igualdad, consagrado en nuestra carta del 90 en el artículo 13 de la misma.

Pues bien, es así como el daño que infringe el legislador colombiano con la expedición de leyes que posteriormente sean declaradas inexequibles, esto es, contrarias a la norma superior, que desconocen los valores, principios o incluso las normas de la constitución nacional, se encuentra para la academia no absolutamente delimitado y nace la duda si este tipo de perjuicio se enmarca en una falla del servicio por violación de reglamentos o en un daño especial y como se explicará brevemente, cada una de esas líneas tiene consecuencias y efectos distintos, pero por mencionar uno solo de los mismos y creería yo, que el más importante, es la responsabilidad de resarcir los daños por parte de las personas naturales que infirieron el daño con la expedición de la ley, es decir, los propios legisladores, en tanto, no hubieren depositado su voto negativo al entonces proyecto de ley o estuvieren incurso en una causal probada y decretada de impedimento para votar, por parte de la mesa directiva de la respectiva cámara, al momento de los debates de plenaria o incluso de comisión.

En ese orden de ideas, se plantea la pregunta central de esta investigación: **¿Siempre que una ley hubiera sido declarada inexequible por la corte constitucional colombiana, necesariamente el congreso violó su reglamento interno, esto es, la ley 5 de 1992 que prohíbe como cualquier ley violar la Constitución Política de Colombia?”**

Tendremos que empezar por saber que la evolución en el modelo de estado durante el siglo XX en Colombia, implica que el modelo normativo y jurisprudencial también tenga sus modificaciones y que la responsabilidad estatal extracontractual, -tema central de este escrito- no es ajeno a dichas variaciones, las cuales, se consolidan con la expedición en 1964 del decreto 528, el cual finalmente le entrega al Consejo de Estado la jurisdicción plena y la cláusula general para asumir los conflictos con el estado, luego vendría el decreto 01 de 1984 o Código Contencioso Administrativo que aclara al menos las acciones que venían siendo delimitadas jurisprudencialmente e incluían la llamada de plena jurisdicción (lo que hoy es restablecimiento del derecho y que está inmerso en la nulidad del artículo 85 CCA y hoy 138CPACA) y con mayor ahínco luego del año 1991 y la llegada del artículo 90 de la carta política, modelo copiado de la constitución de 1978 en España y del derecho administrativo tanto alemán, francés, español e incluso argentino, más desde sus doctrinantes que desde sus estructuras normativas, con excepción de la española de rango constitucional y positivo.

Como lo mencionamos anteriormente son dos casos los hitos en Francia que fueran luego transportados a nuestro ordenamiento jurídico vía jurisprudencia en específico el fallo LE FLEURETTE, que en sí mismo, es el reconocimiento de perjuicios producidos por el estado francés pero no por la expedición de una norma, sino por la omisión en expedir una que permitiera que fueran desalojados de unas tierras unos ocupadores de hecho, que venían haciéndolo y que la

normatividad francesa era insuficiente para garantizar la propiedad privada del accionante y así lo reconoció el Consejo de Estado Galo.

Pero la materialización de la transportación de los modelos franceses (Roger Bonnard) y en específico del daño especial, tendría su génesis en Colombia con el fallo en favor del periódico el siglo en 1944, cuando salió de circulación por poco menos de un mes (10 de julio a 7 de agosto) obedeciendo un mandato del gobierno nacional (sin expedición de un acto administrativo) y en reacción al llamado “golpe de pasto” contra el presidente de la época Sr. Alfonso López Pumarejo y que aunque podía hacer lo que hizo (bloquear el edificio de dicho periódico y dejarlo sin servicios públicos domiciliarios y revisar todo el material destinado a la publicidad en las redacciones de las publicaciones de la ciudad) y aunque el periódico el siglo no estaba incluido en ninguno de los decretos específicos, también fue cobijado de facto con esa medida, la misma que afectó de forma significativa los ingresos de dicha casa editorial y debió resarcir estos perjuicios económicos según sentencia del Consejo de Estado, con ponencia del Dr. Gustavo Valbuena, fallo que adujo, que la administración aunque obro en derecho y acorde a las normas existentes para el momento, también se veía obligado a resarcir los daños sufridos por dicha casa editorial y es allí donde surge para Colombia el concepto del Daño especial, en el año de 1947 con esta sentencia.

Así las cosas, este tipo de línea jurisprudencial esta ad´portas de cumplir los 70 años en nuestra institucionalidad, pero a pesar de ello no es muy conocida. En tal

sentido, no se tiene mucha producción jurisprudencial, sobretodo, en la expedición bien de leyes o decretos con fuerza de ley que posteriormente fueran declarados inexequibles o en menor nivel ordenanzas o acuerdos que fueran decretados nulos en tribunales administrativos y desde 2006 acuerdos municipales en el mismo sentido.

La pregunta entonces se reitera y se convertirá en una hipótesis jurídica: ¿Cuál de los dos factores de imputación, deberá tanto invocar el actor (ciudadano afectado luego de la declaración de inexequibilidad o nulidad de la norma que lo afecto en su patrimonio) y el juez fallador al momento de evaluar las consecuencias y el medio de control de la reparación directa, si la falla del servicio por violación de reglamentos con la consecuencia necesaria y legal de la acción de repetición o el daño especial donde la responsabilidad es objetiva y no se obliga la entidad pública que expidió la norma (congreso-asamblea-concejo municipal) a buscar el resarcimiento de perjuicios en los corporados que colaboraron en la expedición de la norma?

En este momento del análisis, es importante observar con detenimiento el pronunciamiento hecho por el Consejo de Estado el 28 octubre de 1976 como sentencia hito del Daño Especial en Colombia (anales del Consejo de Estado tomo 91 números 451 y 452, páginas 710 y 711) para ver que reza lo siguiente:

“... la existencia del estado y su funcionamiento implica incomodidades o inconvenientes para los asociados, que estos deben soportar en aras del bien

colectivo, en tanto y en cuanto (sic) esas incomodidades no sobrepasen un determinado umbral: el de la igualdad de los ciudadanos ante la ley y las cargas públicas. Cuando quiera que se quiebre esa igualdad, aun por el obrar legítimo y ceñido al derecho de la administración, será preciso restablecerla, resarcando los perjuicios que de tal manera hayan podido causarce, porque la equidad, así lo impone. Con base en similares argumentos ha dicho esta corporación:

“Responde el estado, a pesar de la legalidad total de su actuación, de manera excepcional y por equidad, cuando al obrar de tal modo, en beneficio de la comunidad, por razón de las circunstancias de hecho en que tal actividad se desarrolla, causa al administrado un daño especial, anormal, considerable, superior al que normalmente deben sufrir los ciudadanos en razón de la especial naturaleza de los poderes y actuaciones del estado, rompiéndose así la igualdad de los mismos frente a las cargas públicas, o a la equidad que debe reinar ante los sacrificios que importa para los administrados la existencia del estado... “

“...Esta teoría se aplica de manera excepcional y por equidad, precisamente porque es subsidiaria, de modo que habrá de recurrirse a ella tan solo en eventos en los que el caso concreto examinado no logre un encasillamiento dentro de los otros regímenes de responsabilidad y se aprecie por el sentenciador que esa ausencia de tipicidad, si así puede decirse, comporta vulneración injustificada del principio de equidad. Por ello es quizás, aquella en la cual el fundamento mediato de la responsabilidad, que consiste en la violación del principio de igualdad frente a las cargas públicas que campea en la constitución, opera de manera directa...”

CAPÍTULO III

EL DAÑO ESPECIAL EN COLOMBIA

La teoría del daño especial como bien vimos en los capítulos anteriores, esta aún en desarrollo y debemos aclarar que hoy no existe norma positiva al respecto, sin embargo, lo más cercano a ello es la expedición de la norma legal – ley 270 de 1996- pues la misma consagra en su artículo 45 lo siguiente:

ARTICULO 45. REGLAS SOBRE LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS PROFERIDAS EN DESARROLLO DEL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD. *Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario.*

Pero dicha disposición legal, deberá ser entendida, en tanto, en cuanto, precisamente a los actos sujetos de ese control, pero no aclara ni discrimina que dichos efectos a futuro también pueden producir efectos, que tiene que ver con el pasado, como es precisamente el caso que hemos querido analizar, esto es, aunque se entiende que dicha disposición en caso de que una norma hubiere sido declarada inexecutable por parte de la Corte Constitucional, no tendrá como ser invocada para que derechos que estuvieran previamente consagrados revivan con dicha declaratoria de inexecutable, no dice nada sobre los perjuicios que se pudieren haber causado por esas afectaciones que se produjeron en virtud de la entrada en vigencia de dicha ley.

Para entender mejor el tema vamos a un ejemplo concreto:

Si la empresa A es sujeto pasivo de un tributo que fue consagrado en la Norma legal o ley "X" y dicha empresa cumple con todas sus obligaciones tributarias sagradamente por tanto se encuentra al día con la dirección de impuestos nacional, departamental o incluso municipal y de hecho la ordenanza departamental invocaba la ley "X" para la expedición del acto administrativo (ordenanza) de la duma o igual caso con la expedición de un acuerdo municipal y luego de pasado un tiempo donde la empresa "A" ha cumplido a cabalidad con dichos pagos, la norma ha sido demandada ante la Corte Constitucional en virtud del artículo 241 numeral 4 de la Constitución Nacional y en efecto es declarada inexecutable por parte de esa corporación en su totalidad, por simple reflejo normativo no solo saldría del ordenamiento jurídico la ley inconstitucional, sino también los actos administrativos que la invocaban para su nacimiento (por la llamada pérdida de fuerza ejecutoria o decaimiento, según, tanto el Código Contencioso Administrativo (D.L 001 de 1984), como el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), pero ahora bien, ¿Qué debe hacer la empresa " A" para recuperar los dineros que hubiera sufragado a la administración de impuestos, para que los mismos retornen a su patrimonio?

Precisamente es allí donde encontramos la teoría del daño especial y de plano descartaríamos la de la falla del servicio según los pronunciamientos de la sección tercera de la sala de lo contencioso administrativo del Honorable Consejo de

Estado, pero no es tan claro como parece, miremos las dos perspectivas en el mismo caso:

- Si lo vemos desde el punto de vista de la Falla del Servicio por violación de reglamentos (reglamento del congreso), tendremos que probar que la violación del reglamento fue lo que devino en inconstitucional la norma y esta prueba es tan fácil de obtener como la misma sentencia de constitucionalidad de la Corte, donde observaríamos bien la *obiter dictum* o bien la *ratio decidendi* y si en ese texto jurisprudencial aparece que la declaratoria de inexecutable obedece a una violación de este tipo, esto es, del último supuesto "...tanto por vicios de procedimiento en su formación.." y así las cosas, es una prueba plena que demuestra una responsabilidad absolutamente subjetiva, como lo ha entendido la jurisprudencia del Consejo de Estado, pero lo cual tendrá consecuencias sobre el patrimonio de todos los congresistas que hubieren votado positivo ese proyecto de ley que se convirtió en ley de la república y fue declarado inexecutable .
- Pero si el supuesto o punto de vista que tomamos es el Daño Especial, por el hecho del legislador, ya la prueba no será tan fácilmente objetiva como lo requiere dicha vertiente y le dificultará un poco más las cosas al accionante pues a dicha empresa le tocará probar que su carga impositiva fue más onerosa que la de los demás ciudadanos y se convierte en una discusión casi que de sociología y de temas maltusianos por cuanto es difícil decir que si 100 empresas se vieron afectadas con dicha medida como es

medible este número frente a miles de empresas o a cientos de empresas pero no se tomará en cuenta la ubicación de cada empresa su sector de influencia su Rankin en el mercado y demás variables que se convierten en más onerosas probatoriamente para dichos ciudadanos .

Por lo anterior, vemos que el Consejo de Estado ha desconocido según las sentencias que se han proferido en dicho sentido y que son de los últimos años, el carácter del estado social democrático y constitucional de derecho que trajo la carta del 91, pues aunque reconoce los perjuicios de los ciudadanos afectados ha impuesto una carga probatoria más onerosa a los ciudadanos que la que podría invocar y es lamentable, toda vez que, también se vieron las reacciones en el famoso caso Good Year por parte de los legisladores, en el sentido de negarse a pagar o resarcir lo que debió desembolsar las arcas del congreso y posteriormente la postura sumisa y tibia del propio Consejo de Estado ante esta reacción y en fallo del Honorable Magistrado Jorge Octavio Ramírez, de la sección cuarta de la sala de lo contencioso administrativo, se retrocede en las intenciones de que los servidores públicos con los sueldos más altos del país como bien se sabe son los honorables congresistas, restituyan al patrimonio público lo que este debió erogar para surtir las justas pretensiones de una empresa que se vio afectada, bien por el desconocimiento supino de la norma superior o bien de forma ramplona por el desconocimiento de su propio reglamento.

Así las cosas y en conclusión queda el cuestionamiento para el debate académico ya en el más alto nivel de constitucionalistas y administrativistas, cuál debe ser el

camino que se debe tomar, tanto por los accionantes, como por los jueces administrativos, teniendo en cuenta que situaciones como el posconflicto y las leyes que se han expedido en este gobierno, como la ley de tierras y otras renombradas, ya empiezan a cobrar víctimas por el mal diseño de dichas leyes y normas de menor jerarquía que las reglamentan.

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DAÑO ESPECIAL POR EL HECHO DEL LEGISLADOR

En este capítulo, a pesar de la poca jurisprudencia existente frente a este específico título de imputación, denominado Daño Especial por el Hecho del legislador, a mi parecer, escogí las dos sentencias más recientes y completas que en las consideraciones de la Sección Tercera del Consejo de Estado, aborda y explica los requisitos que debe tener para que se configure.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCION TERCERA

Consejero Ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ

Radicación número: 28811

Fecha: 9 de ABRIL de 2014

Actor: SOCIEDAD LABORATORIOS WYETH INC.

Demandado: LA NACION-CONGRESO DE LA REPÚBLICA

En reiterada jurisprudencia, se han decantado las hipótesis en las cuales resulta procedente la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado por el hecho del legislador, así como su evolución histórica tanto en el derecho nacional como en el derecho comparado; así, en sentencia de 2007, la Sala realizó un extenso

análisis acerca del estado de la cuestión en el derecho comparado, ocasión en la cual se afirmó:

“La responsabilidad del Estado-legislador, que durante el siglo XIX fue negada como una “cuestión de principio” (Laferrière), poco a poco se fue abriendo paso en Francia gracias la labor decisiva de la jurisprudencia del Consejo de Estado. El famoso arrêt La Fleurette (14 de enero de 1938, Sté des produits laitiers “La Fleurette”) a propósito de la expedición de la ley de 29 de junio de 1934 sobre protección de la producción lechera puso de relieve por primera vez que “no puede descartarse la indemnización de los perjuicios especiales que derivan del ejercicio del poder público”

“Línea jurisprudencial que luego -como señala Garrido Falla- fue afianzada por decisiones posteriores como el arrêt Caucheteux et Desmont (21 de enero de 1944), el arrêt Société des Ateliers du Cap Janet (28 de octubre de 1949), el arrêt Lacombe (1 de diciembre de 1961), en éste último el Consejo de Estado Francés señaló que el perjuicio causado a un funcionario por una ley era susceptible de comprometer la responsabilidad del estado “sobre la base del principio de igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas”

“Evolución jurisprudencial que encuentra en el arrêt Boyero (25 de enero de 1963) un hito destacado al reconocer los daños ocasionados por una ordenanza que tiene valor de ley, y al configurarse una ampliación de la jurisprudencia anterior, sin embargo -como advierte Rivero- “la cuestión, desde entonces, no se ha planteado de nuevo al juez, lo que no permite confirmar esta interpretación optimista”

“Sin embargo, como advierte el profesor Vedel, la responsabilidad del Estado que se deriva de la ley es un punto de conflicto entre dos tendencias contradictorias del derecho público francés: „Por una parte, la ausencia de todo control sobre la regularidad de la ley promulgada, indiscutible e irrecusable como se ha dicho anteriormente, tiende a mantener la idea de que sólo hay responsabilidad derivada del Estado legislador en virtud de un régimen de reparación explícita o implícitamente aceptado por este. Sin embargo, en desarrollo del principio de igualdad ante las cargas públicas incita al juez administrativo a interpretar de forma más benévola para las „víctimas“ el silencio del legislador”

“En España, como advierten García de Enterría y Fernández, la imputación a la administración de daños producidos „por hecho de las leyes” es reciente y tuvo lugar a propósito de la expedición de la ley 30 de 1984, el Tribunal Supremo luego de plantear la cuestión de inconstitucional ante el Tribunal Constitucional, frente al hecho de que este último desestimó esa supuesta inconstitucionalidad en varias providencias, propició que aquel entendiera una primera oportunidad - aunque la decisión no tocara el asunto y por lo mismo fuese un simple obiter dicta-“que esas modificaciones legales „en cuanto originaron una frustración de expectativas y determinados perjuicios económicos pueden merecer algún género de compensación“. Es un hecho que el Tribunal Supremo se apoya en esa declaración para proclamar con énfasis que leyes perfectamente válidas pueden dar lugar a una responsabilidad del Estado por los actos del legislador”

Luego, en sentencia del 25 de agosto de 1998, la Sala Plena del Consejo de Estado declaró, por primera vez en Colombia, responsable al Congreso de la

República y al Ministerio de Relaciones Exteriores por los perjuicios causados a la parte actora por la aplicación de la Ley 6ª de 1972, por medio de la cual se aprobaba la Convención de Viena. Al respecto se dijo:

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

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

“En esta sentencia se concluyó entonces lo siguiente: “La responsabilidad del Estado legislador no tenía origen exclusivo en la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley sino en la antijuridicidad del daño.

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

“En pronunciamiento de fecha 26 de septiembre de 2002, expediente: 20945, se estudió la posibilidad de imputar la responsabilidad al legislador en los eventos en los cuales se causara un daño como consecuencia de los efectos generados por una norma declarada inexecutable. La sentencia en cuestión analizó si era posible que el juez, por medio de la figura de la excepción de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 4 de la Carta Política, extendiera hacia el pasado los efectos de la sentencia de inexecutable y reconociera los perjuicios causados por la normatividad mientras estuvo vigente

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

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

“(...) 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 inexecutableidad 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 (...)”

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

Todo lo hasta ahora expuesto conduce a la Sala a concluir que existen sobradas razones para reiterar su jurisprudencia en virtud de la cual el Estado sí debe asumir la responsabilidad patrimonial por los daños antijurídicos que causen preceptos reglamentarios que consagren obligaciones tributarias y sean anulados por la Jurisdicción, comoquiera que las personas que en esas condiciones pagaron el impuesto no están en el deber jurídico de soportar los consecuentes perjuicios, menos aún si se tiene en cuenta que semejante proceder por parte de las autoridades constituye una evidente falla en el servicio consistente en el ejercicio de facultades administrativas que autorizan la expedición de normas de alcance general, impersonal y abstracto, las cuales deben siempre ceñirse a la Constitución y a la ley, pues la contravención de éstas últimas constituye título jurídico de imputación suficiente para atribuir responsabilidad al Estado, sin

necesidad de que deba entrar a examinarse si ha mediado, o no, culpa o negligencia individual de uno o varios servidores públicos, según tradicionalmente lo ha señalado esta Corporación e, igualmente, lo asevera la doctrina ...

“Los razonamientos que llevaron a la Sala a declarar la responsabilidad patrimonial del Estado en el fallo que se acaba de transcribir resultan perfectamente aplicables al caso que se examina en esta oportunidad; las líneas generales de dicha postura jurisprudencial pueden resumirse en los siguientes puntos: 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

Como se puede evidenciar, a partir de los acápites transcritos de la sentencia C-992 de 2001, aun cuando la Corte Constitucional no moduló en manera alguna los efectos de la declaratoria de inexecutable de los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000, lo cierto es que ese pronunciamiento judicial puso en evidencia la falla del servicio en que incurrió el Estado legislador, en la medida en que los pagos que realizó la sociedad Laboratorios Wyeth Inc., por concepto de la Tasa Especial de Servicios Aduaneros, se hicieron con fundamento en una norma declarada contraria a la Constitución Política por dicho Alto Tribunal, razón por la cual se declarará la responsabilidad patrimonial de la entidad pública demandada.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCION TERCERA

Consejero Ponente: HERNAN ANDRADE RINCON

Radicación número: 25000-23-26-000-2003-01185-01(26702)

Fecha: 11 de JUNIO de 2014

Actor: PROMIGAS SOCIEDAD ANONIMA

Demandado: LA NACIÓN - CONGRESO DE LA REPUBLICA

En una muy reciente sentencia, en la que se discutían la responsabilidad patrimonial del Estado por los mismos hechos que se ventilan en la demanda que ahora se decide en segunda instancia, tras realizar un extenso recuento de la jurisprudencia de la Corporación en torno a la relación existente entre la responsabilidad del Estado y las situaciones jurídicas consolidadas, esta Subsección declaró patrimonialmente responsable al Congreso de la República por los perjuicios causados con ocasión del pago de la Tasa Especial por Servicios Aduaneros, generados con ocasión de la declaratoria de inconstitucionalidad de los artículos que la crearon; en aquella ocasión se realizaron algunas consideraciones que por su evidente pertinencia para el caso concreto se transcribirán in extenso, así:

“De esta manera, es posible concluir que en la jurisprudencia de la Sala se ha reconocido sin hesitación alguna la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador, la cual se sustenta en dos ideas fundamentales: la inclusión de todas las autoridades públicas en el ámbito de aplicación del artículo 90 de la Constitución Política y la existencia de un daño antijurídico.

“(…) 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 inexecutableidad 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 (...)” (Sentencia de la Corte Constitucional C- 038 de 2006).

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

“Al respecto resulta particularmente significativo señalar que, en sentencia de 2012, la Sala, utilizando argumentos que resultan de suma pertinencia para el sub lite, declaró la responsabilidad patrimonial de la Nación – Ministerio de Hacienda frente a una sociedad comercial que había liquidado y pagado unas obligaciones tributarias cuyo sustento se encontraba en un aparte de la letra b) del artículo 8º del Decreto reglamentario 650 de abril 3 de 1996, aparte que posteriormente fue anulado por parte de la Sección Cuarta del Consejo de Estado¹⁴; en aquella oportunidad se analizaron con detenimiento las razones que imponen la declaratoria de responsabilidad de la Administración, cuando quiera que se

hubieren ejecutado y cobrado obligaciones de carácter tributario cuyo fundamento se encuentre en una norma de carácter general que ha sido excluida del ordenamiento jurídico por su inconformidad con la normativa superior a la cual debió ajustarse”.

“Así pues, el examen de la responsabilidad extracontractual del Estado en casos como el sub lite en manera alguna supone que el Juez de la acción de reparación directa se arrogue la facultad de modular temporalmente los efectos de las referidas decisiones emitidas en sede de control abstracto de constitucionalidad y/o de legalidad, pues tales efectos continúan siendo los que el Tribunal competente —y, en ocasiones, el propio derecho positivo— haya decidido en o para cada específico pronunciamiento; tampoco se trata de que el juez, en la acción de reparación directa, lleve a cabo —nuevamente— una ponderación entre justicia y seguridad jurídica. No. Simplemente se trata de dar cabal cumplimiento, por una parte, al imperativo contenido en el artículo 4 constitucional y, por otra parte, de materializar el postulado que expresa el artículo 90 superior, de suerte que no queden en el Estado de Derecho daños antijurídicos —esto es, daños que quien los padece no se encontraría jurídicamente en el deber de soportar— cuya reparación no sea ordenada por los jueces ante la reclamación en ese sentido elevada por los ciudadanos afectados.

“c. El daño sufrido por los ciudadanos que se vieron compelidos a pagar el impuesto creado por la norma posteriormente excluida del sistema jurídico por virtud de decisión judicial 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; tal circunstancia abre la procedibilidad de la instauración de la acción de responsabilidad extracontractual en contra del Estado, con independencia de que se hubieren iniciado e incluso decidido ya procesos judiciales como resultado de los cuales se hubiere declarado conforme a Derecho —antes de proferido el fallo de inconstitucionalidad o de nulidad de la norma general que establecía la correspondiente carga impositiva— la negativa de la Administración a devolver al “contribuyente” lo que éste indebidamente pagó, pues en un escenario —el de la legalidad de un acto administrativo— se produjo tanto la decisión administrativa enjuiciada como el pronunciamiento que avaló su juridicidad y en otro completamente distinto debe desatarse la cuestión relacionada con la responsabilidad extracontractual del Estado derivada de la causación de daños antijurídicos.

“Todo lo hasta ahora expuesto conduce a la Sala a concluir que existen sobradas razones para reiterar su jurisprudencia en virtud de la cual el Estado sí debe asumir la responsabilidad patrimonial por los daños antijurídicos que causen preceptos reglamentarios que consagren obligaciones tributarias y sean anulados por la Jurisdicción, comoquiera que las personas que en esas condiciones pagaron el impuesto no están en el deber jurídico de soportar los consecuentes perjuicios, menos aún si se tiene en cuenta que semejante proceder por parte de las autoridades constituye una evidente falla en el servicio consistente en el ejercicio de facultades administrativas que autorizan la expedición de normas de alcance general, impersonal y abstracto, las cuales deben siempre ceñirse a la Constitución y a la ley, pues la contravención de éstas últimas constituye título jurídico de imputación suficiente para atribuir responsabilidad al Estado, sin

necesidad de que deba entrar a examinarse si ha mediado, o no, culpa o negligencia individual de uno o varios servidores públicos, según tradicionalmente lo ha señalado esta Corporación e, igualmente, lo asevera la doctrina ...

“e. Síguese de lo anterior que el fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado en casos como el que aquí se decide lo constituye el irregular ejercicio de su potestad normativa o reglamentaria por parte de la Administración, de suerte que al proferir ésta una norma de alcance general que contraría la Constitución o la ley, se incurre en una falla en el servicio; no se trata, entonces, de aquellos casos en los cuales “la Sala ha aceptado la posibilidad de declarar la responsabilidad de la Nación por los perjuicios causados como consecuencia de la aplicación de normas jurídicas -cuya validez no se discute- por virtud del desequilibrio que generan frente a las cargas públicas materializado en un daño especial” 19. Es la mencionada falla en el servicio la que debe sustentar, entonces, el deber del Estado de indemnizar los perjuicios ocasionados a los demandantes como consecuencia de la ejecución de actos administrativos de alcance general, consagradorios de obligaciones tributarias y violatorios de la Constitución y/o de la ley, los cuales por razón de dicha contrariedad fueron a la postre anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

“Los razonamientos que llevaron a la Sala a declarar la responsabilidad patrimonial del Estado en el fallo que se acaba de transcribir resultan perfectamente aplicables al caso que se examina en esta oportunidad; las líneas generales de dicha postura jurisprudencial pueden resumirse en los siguientes puntos: 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 inexecuibilidad 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. “A los anteriores argumentos, que de suyo serían suficientes para la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado por la inexecuibilidad de una ley que crea un tributo que hubiere sido pagado por el contribuyente, habría que añadir otros de igual importancia.

CONCLUSIÓN

La jurisprudencia de la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado, nos muestra en la actualidad una posibilidad frente al tema objeto de estudio, dado que, las variadas posiciones de esta corporación, frente al daño especial y en específico por el yerro del legislador, que constituye uno de los factores de imposición –daño especial- del medio de control de reparación directa, que a mi parecer, es más bien una falla del servicio por violación de reglamentos, en este caso, de la Ley 5 de 1992, no debiera ser contradicho, por la Sección Cuarta, que aunque tiene la competencia para conocer temas frente a contribuciones fiscales, parafiscales o especiales, no tiene la suficiente ilustración en materia de responsabilidad extra contractual del Estado, que se ve incoada por medio de la reparación directa y que tienen tres factores de imputación desarrollados ampliamente por la Sección Tercera y venir por vía de Acción de Tutela y dejar sin efecto la Sentencia condenatoria contra el Congreso de la República, en el caso Good Year y echar por tierra toda la elaboración jurídica y el precedente judicial frente a estos casos, para así, cerrar la puerta a los ciudadanos que sufran un daño especial, por el mal ejercicio del legislador, que es reconocido por la Corte Constitucional, cuando declara inexequibles sus leyes.

Como colofón, se hace un llamado a la academia, a las administraciones públicas de todos los niveles, a los organismos de control y en general a todos los ciudadanos a conocer estos temas que serán de absoluta validez y donde la información está cada vez más a la mano por medio de las tecnologías de información y comunicaciones y donde en el futuro los ciudadanos tendrán más

derechos, pero son los mismos ciudadanos quienes deberán conocerlos y más importante aún, deberán saber cómo los defienden y en caso de verlos vulnerados por parte del estado, estar preparados para saber cómo resarcir los mismos.

REFERENCIAS

- GIL, E. (2013). Tesauro de Responsabilidad Extracontractual del Estado, Jurisprudencia 1991 – 2011, Tomo IV, Aspectos Procesales, Sección XI. Bogotá, Colombia. Editorial Temis.
- GIL, E. (2011). Responsabilidad Extracontractual del Estado. Quinta Edición. Bogotá, Colombia. Editorial Temis.
- TAMAYO, J. (2012). La Responsabilidad del Estado. Medellín, Colombia. Biblioteca Jurídica Diké.
- CHARRY, J. m. (1997). Sistema Normativo de la Constitución de 1991. Segunda Edición. Bogotá, Colombia. Editorial Temis.