
La responsabilidad del Estado por el hecho del legislador, análisis de la sentencia de
Unificación del Consejo de Estado

Juan Domingo Escobar Marsiglia

Jessica Paola Rosa Gonzalez

Corporación Universitaria del Caribe – CECAR

Escuela de Postrados y Educación Continua

Facultad de Derechos y Ciencias Políticas

Especialización en Derecho Administrativo

Sincelejo

2022

La responsabilidad del Estado por el hecho del legislador, análisis de la sentencia de
Unificación del Consejo de Estado

Juan Domingo Escobar Marsiglia

Jessica Paola Rosa Gonzalez

Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de Especialista de Derecho
Administrativo

Director

Dairo Díaz Fernández

Magister en Derecho Administrativo

Corporación Universitaria del Caribe – CECAR

Escuela de Postrados y Educación Continua

Facultad de Derechos y Ciencias Políticas

Especialización en Derecho Administrativo

Sincelejo

2022

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL HECHO
DEL LEGISLADOR



3

Nota de Aceptación

4.5 (Cuatro Punto Cinco)



Director



Evaluador 1

Evaluador 2

Ciudad, Sincelajo, 3 de junio de 2022

Tabla de Contenido

I. Identificación de la providencia	8
II. Posición jurídica de la parte actora.....	9
III. Posición jurídica de la parte demandada.....	11
IV. Problema(s) jurídico(s):	13
V. Fallo(s) de instancia.....	14
VI. Posición del Consejo de Estado	16
VII. Análisis crítico de la providencia	22
Referencias Bibliográficas	27

Resumen

El estudio del fenómeno de la responsabilidad atribuida al Estado por los hechos del legislador ha sido una labor dispendiosa desarrollada en la Corporaciones de cierre, que, mediante la doctrina y la jurisprudencia, han resuelto diversos problemas jurídicos tras la presunta trasgresión de derechos fundamentales, al ser una norma declarada inexecutable con posterioridad a su promulgación. Bajo esta circunstancia el Consejo de Estado o su defecto la Corte Constitucional, son quienes tiene la última palabra en el momento de determinar la responsabilidad de la Nación por el hecho del legislador; para mas claridad en el asunto en comento, se tomó la sentencia Consejo de Estado Sala Plena, Sentencia, 25000232600020030020801 (28769), 13/03/2018, con ello tener más precisión de cuando surge la responsabilidad por el hecho del legislador, surgiendo como interrogante **¿Es responsable la Nación-Congreso de la República por los perjuicios causados por la expedición y posterior declaratoria de inexecutable de un Ley, sin efectos retroactivos por la Corte Constitucional?**

Palabras clave: responsabilidad, Estado, indemnización.

Abstract

The study of the phenomenon of the responsibility attributed to the State for the acts of the legislator has been a wasteful task developed in the Closing Corporations, which, through doctrine and jurisprudence, have resolved various legal problems after the alleged violation of fundamental rights, by be a norm declared unenforceable after its enactment. Under this circumstance, the Council of State or, failing that, the Constitutional Court, are the ones who have the last word at the moment of determining the responsibility of the Nation for the act of the legislator; For more clarity in the matter in question, the judgment Council of State Plenary Chamber, Judgment, 25000232600020030020801 (28769), 03/13/2018 was taken, thereby having more precision of when the responsibility for the act of the legislator arises, emerging as question Is the Nation-Congress of the Republic responsible for the damages caused by the issuance and subsequent declaration of unenforceability of a Law, without retroactive effect by the Constitutional Court?

Keywords: responsibility, State, compensation.

Introducción

Bajo los señalamientos inmersos en el artículo 90 de la Norma Superior donde se señala: *“el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas...”* escenario que promulga que el Estado es responsable de las acciones, hechos u omisiones generados por los agentes de la administración en el desarrollo de las funciones asignadas por el gobierno central.

A groso modo, lo plasmado por constituyente permite colegir que todas las ramas del poder público son susceptibles de imputación por los daños antijurídicos que ocasionen a los administrados, por ende, se puede señalar que existe responsabilidad emanada del actuar que realiza el órgano que representa el poder legislativo.

Ahora bien, las facultades otorgadas a quienes representa el poder legislativo, tienen que ir acorde con preceptos constitucionales y legales, el legislador no se puede soslayar en expedir normas que atente contra la seguridad jurídica colocado en juego la estabilidad judicial e imponiendo una carga sobre los ciudadanos que no están en la obligación de soportar; esta circunstancia produce un daño antijurídico imputable al Estado tras la expedición de una norma que conculca otros derechos al materializar lo señalado por el legislador.

La responsabilidad por el hecho del legislador se concreta cuando la carga la soporta un persona o grupo determinado, al delimitar la afectación o el menoscabo de derechos fundamentales o patrimoniales producto de la entrada en vigencia de los efectos la norma, se hace mas factible calcular la magnitud a indemnizar si hubiera lugar, luego de declarar inexecutable la norma.

1. Identificación de la providencia

Corporación: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo

Sentencia Expediente No: 28 769

Radicación: 25000232600020030020801

Fecha: 13 de marzo de 2018

Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth

Tipo de Acción: Reparación Directa.

Actora: Mercedes Benz Colombia S.A

Demandados: Nación-Congreso de la República

Naturaleza: Reparación Directa

2. Posición jurídica de la parte actora

2.1 Argumentos jurídicos

El demandante jurídicamente planteo lo siguiente:

- La parte actora considera que sufrió un daño antijurídico a raíz de la aprobación por parte del Congreso de la República de la ley 633 de 2000, especialmente por lo establecidos en sus artículos 56 y 57 de dicha norma, por medio de los cuales se crea el cobro de la tasa especial por servicios aduaneros –TESA-, los artículos aludidos fueron declarados inexecutable por la Corte Constitucional. En consecuencia, la Nación-Congreso de la República debe ser declarada responsable por la creación de la TESA.
- La parte actora (el demandante) fundamenta sus argumentos según lo estipulado en el artículo 90 de la Norma Superior, donde se preceptúa la obligación que tiene el Estado de responder por los perjuicios antijurídicos causados, también al legislador.
- Según los argumentos del demandante, se dio una ruptura en el equilibrio de las cargas públicas que se deben soportar por la expedición de las leyes, debido a que fueron obligados a pagar una Tasa por un servicio que el Estado nunca les prestó y que los fundamentos normativos de dicho cobro eran contrarios a la Constitución Política.
- La parte accionante considera que al expedirse por parte del Congreso de la República dicha ley, el órgano legislativo incurrió en falla del servicio en materia de aprobación de leyes.
- Expresa el demandante, que a pesar de que la Corte Constitucional en la declaratoria de inexecutable de los artículos 56 y 57 de la norma mencionada, no le haya dado efectos retroactivos, eso no significa que la Nación-Congreso de la República no deba responder por el daño antijurídico causado y que en este contexto jurídico nada impide que utilicen el medio de la reparación directa para buscar la indemnización del perjuicio ocasionado.

c. Pretensiones

De acuerdo a los hechos y argumentos jurídicos expuestos por la parte demandante, solicito lo siguiente:

1. De acuerdo con el texto narrado en la demanda de reparación directa, la parte accionante pide que a la Nación-Congreso de la República se le declare responsable administrativa y patrimonialmente tras el supuesto daño antijurídico que causaron los artículos 56 y 57 de la ley 633 de 2000, al obligarlos a pagar los conceptos que dicha tasa estableció.

2. Además, que como instrumento indemnizatorio le devuelvan las sumas de dinero pagadas y los intereses causados.

3. Posición jurídica de la parte demandada

a. Excepciones.

La parte demandada (Nación-Congreso de la República) al responder la demanda en primera instancia formulo como excepciones; en primer lugar, la inexistencia de la obligación objeto de debate, buena fe y ausencia de culpa grave y dolo en momento del cobro de la obligación tributaria.

b. Argumentos de defensa.

Dentro de los argumentos de defensa la parte demandada planteó los siguiente:

Sostuvo la irresponsabilidad del Congreso de la República en materia de expedición de leyes, lo que, interpretando a la parte demandada, quiere decir que la expedición de una ley no es susceptible de causar daños que deban ser indemnizados.

Resaltó que sin embargo existen unas excepciones y se presentan cuando el Estado lleva a cabo expropiaciones, cuando la nación establece monopolios o que tendría que demostrarse la culpabilidad de los congresistas que participaron en la aprobación de una ley, esto es, habría que demostrar que actuaron con dolo o culpa grave. Resaltando que esto último no es el caso de los demandados.

Por otra parte, la defensa de los demandados sostuvo que, si se analiza la providencia de inexecutable fundamentada en los artículos 56 y 57 de la ley 633 de 2000, se puede observar de bulto, el complejo esfuerzo analítico que debió adelantar la Corte Constitucional para llegar a concluir que las normas demandadas eran inexecutable, lo que demuestra que no había una evidente falla del servicio, y que por lo tanto las normas en mención “no eran abiertamente inexecutable”.

Reforzando los argumentos de defensa, agregó la parte demandada que la Sentencia C-992 de 2001, que declaró inexecutable los artículos 56 y 57 de la ley 633 de 2002, contó con un salvamento de voto, en cuya aclaración el magistrado que se aparta de la opinión mayoritaria reconoce que la TESA tenía un fundamento normativo acorde a la Constitución Política.

Finalmente, la defensa de la parte demandada señaló que la declaratoria de inexecutable no tiene efectos retroactivos y, por lo tanto, lo cancelado por concepto de la Tasa referida estuvo cobijada bajo el principio de legalidad, por lo tanto, mientras la norma estuvo vigente no constituyó daño antijurídico.

4. Problema(s) jurídico(s)

El problema jurídico planteado por la Sala es el siguiente:

¿Es responsable la Nación, Congreso de la República por los perjuicios causados por la expedición y posterior declaratoria de inexequibilidad de un Ley, sin efectos retroactivos por la Corte Constitucional?

5. Fallo(s) de instancia

Dentro de la sentencia que se está analizando encontramos un fallo de primera instancia que fue emitido por La sala de Descongestión de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 27 de julio de 2004, en donde el Alto Tribunal falló a favor de la parte demandante o actora sociedad Mercedes Benz Colombia S.A.

a. Consideraciones

Las siguientes son las consideraciones que el A-quo tuvo en cuenta para fallar a favor de la parte actora:

-El medio de control iniciado resulta procedente cuando esta; la acción incoada va encaminada a la reparación del daño atribuido al pago de la obligación tributaria declarada inexecutable con posterioridad por la Corte Constitucional.

-El Congreso de la República, como órgano del poder legislativo incurrió aparentemente en una falla en el servicio, en ejercicio de su función legislativa tras transgredir deberes constitucionales y legales, al expedir una ley que determinaba una obligación tributaria, la cual no era acorde con los preceptos del constituyente y era violatoria del derecho a la igualdad.

-Ante las razones que motivaron a la Corte Constitucional a declarar inexecutable el articulado que consagraban la TESA se llega a la conclusión que la excepción exteriorizada de “*inexistencia de la obligación reclamada*” no se logra probar, en razón que el Congreso al momento de proferir la Ley no realizó los estudios técnicos necesarios para determinar la afectación en los contribuyentes, no existió claridad sobre la materia a regular, con el fin de establecer de forma clara la vinculación de la obligación tributaria con el servicio, situación que contraria la Norma superior al promulgar una Ley que su campo de acción no está determinado.

-El perjuicio exteriorizado en medio de control se concreto en la providencia C-992/01, la cual fue tomada como asidero para determinar la inexecutable de la TESA y donde se estableció que el detrimento patrimonial emanaba con el pago de la obligación tributaria, el cual posteriormente se torno ilegal tras la declaratoria de inconstitucionalidad.

-Encuentra sentido reconocer como indemnización lo sufragado por emolumento de la TESA actualizado a partir de octubre de 2001, *“fecha en que quedó ejecutoriada la sentencia C-992 de 2001, puesto que esta tiene efectos hacia el futuro y no retroactivos”*. La obligación tributaria objeto de análisis constitucional desbordaba los límites otorgados por el constituyente al legislador, situación de la cual emana una ley no acorde preceptos constitucionales inherentes al debido proceso y igualdad.

b. Decisión.

La Sala de Descongestión de La Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca falló a favor de la parte demandante o actora, en el escenario expuesto por la sociedad Mercedes Benz Colombia S.A.

Esta Honorable Judicatura declaró no probadas las excepciones exteriorizadas por la parte demanda, donde señalo que el medio de control incoado no existía la obligación reclamada, careciendo de culpa grave o dolo en el momento de la expedición de la ley, donde se obro de buena fe todo momento. Tras no se probadas las excepciones de la parte demandada se declaró a La Nación- Congreso de la Republica patrimonialmente responsable por los perjuicios ocasionados a la parte demandante por el pago de la obligación tributaria, condenándola a pagar por perjuicios materiales ocasionados la suma de (\$ 131.420. 303) ciento treinta y un millones cuatrocientos veinte mil trescientos tres pesos.

6. Posición del Consejo de Estado

a. Consideraciones respecto del problema jurídico planteado

Tesis: Al declarar la inexequibilidad, colateralmente implica la atribución de responsabilidad en cabeza del Estado por el hecho del legislador, la parte accionante tiene el deber de probar que el daño es antijurídico, bajo los términos establecidos en el artículo 90 de la Norma Superior

Fundamento. Bajo señalado por el Consejo de Estado la desaparición de una ley a raíz de su inexecutableidad, es solo uno un escenario jurídico donde se atribuye la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador.

En la fijación de la responsabilidad del Estado, concretamente la determinación de la antijuridicidad del daño aparentemente ocasionado por una norma que ha sido expulsada del ordenamiento jurídico, el juez no puede dejar de tener en cuenta los efectos de vigencia y eficacia y los efectos en el tiempo que fueron fijados en la decisión de inexecutableidad, ya sea de manera retroactiva o hacia futuro, para proferir su decisión.

Sin embargo, de acuerdo con el Consejo de Estado, las sola declaratoria de inexecutableidad no es causa suficiente para dar por probado que dicha norma fue causante de un daño antijurídico al imponer una carga a particulares quienes no tenían lo obligación jurídica de soportar, sino que el daño debe ser probado a la luz de los requisitos y elementos que están establecidos en el artículo 90 de la Constitución Política. Esos elementos de la responsabilidad es que el daño debe ser personal y cierto, debe ser antijurídico y debe ser imputable a la entidad demandada. (Asamblea Nacional Constituyente.1991)

Es así como el Consejo de Estado ha sido contundente en señalar que:

”una decisión de inexecutableidad o de nulidad adoptada en sede de legalidad no podría

considerarse como suficiente para fundar la responsabilidad del Estado por la expedición de la norma o acto declarado inexecutable o nulo, pues en sede de reparación directa siempre será necesario verificar cada uno de los elementos estructurantes del juicio de responsabilidad: la existencia efectiva de un daño antijurídico y su imputabilidad a la demandada, análisis este último dentro del cual bien pueden operar causales eximentes de responsabilidad” (Rojas-Betancourth, 2020, pág. 20)

No obstante, según el Alto Tribunal, la decisión de inexecutable de la norma no indica que se haya configurado de manera inmediata una falla en el servicio por el hecho del legislador, ya que según el Consejo de Estado una cosa es el juicio de legalidad o control de constitucionalidad de una norma y otra muy distinta, es el juicio de responsabilidad el cual es una consecuencia lógica del primer juicio y tiene una finalidad distinta.” (Consejo de Estado.2018)

Es así como el Consejo de Estado sostiene que el juicio de legalidad es abstracto ya que lo que busca verificar es la existencia de una contrariedad entre la norma y el ordenamiento superior, en este caso la Constitución Política, de lo cual se deriva la validez y vigencia de las normas, por su parte, en el juicio de responsabilidad se debe partir del escenario expuesta por el accionante y determinar si bajo dichos supuestos se concreta o no el perjuicio antijurídico plasmado y, posteriormente es atribuible al órgano público demandado.

Precisamente este fue uno de los fundamentos jurídicos tenidos en cuenta por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en la sentencia sub examine, en donde luego de analizar las probanzas presentadas por la parte demandante, el Alto Tribunal al desatar el recurso de apelación determinó que la sociedad actora no demostró el daño antijurídico que supuestamente había sufrido por el pago por la Tasa Especial de Servicios Aduaneros –TESA- y por el contrario estaba probado que la sociedad actora Mercedes Benz Colombia S.A, si había recibido los servicios reglamentados por dicha Tasa en los artículos 56 y 57 de la ley 633 de 2000, obteniendo un beneficio y sosteniendo que el pago de tributos no constituye un daño personal sino que hace parte o es producto de las actividades económicas.

Dentro de los fundamentos de su decisión, la Sala Plena se acoge a la Teoría de la antijuridicidad como ausencia de un asidero normativo válido y vigente que se acople con los preceptos legales y constitucionales. De acuerdo con el Consejo de Estado, un daño puede resultar jurídico o antijurídico, todo depende que efectos produce la declaratoria de inexecutable adoptada, el perjuicio es jurídico, si encuentra cabida en una norma vigente en nuestro ordenamiento, por lo tanto, si en la declaratoria de inexecutable, fue sin efectos retroactivos, las situaciones jurídicas consolidadas entre la expedición de la norma y su declaratoria de inexecutable conservan su validez y vigencia y en consecuencia el conglomerado tendría la obligación de soportar los daños por causa de la expedición de una norma. Así las cosas, al ser extraída la norma del ordenamiento tras su expedición, desaparece la obligación jurídica inherente que recae sobre los particulares, los cuales no tendrían el deber de acatarla.

De acuerdo con lo anterior el Consejo de estado fundamenta su tesis, sosteniendo que en los juicios de responsabilidad de todas maneras no se puede dejar de lado los efectos de la declaratoria de inexecutable, pero que esto no implica que automáticamente aquella constituya un daño antijurídico, sino que, por el contrario, éste debe ser demostrado según los presupuestos del artículo 90 de nuestra Carta Magna.

De esta forma, La Sala Plena, rechaza la teoría denominada, la antijuridicidad como incompatibilidad con la Carta Magna, donde se amparó, la parte demandante para solicitar la indemnización de los supuestos daños que sufrió con el pago de la Tasa Especial de Servicios Aduaneros –TESA. Esta teoría sostiene que ninguna persona está obligado a soportar las consecuencias adversas de una norma que nació a la vida jurídica contrariando la Constitución, pues ello sería desdibujar el principio de la supremacía constitucional, al detrimir otros derechos con su promulgación.

Continuando con la explicación de la teoría precitada, el Consejo de Estado señala que esta teoría afirma que, al evidenciarse una contrariedad entre la norma inferior con la Constitución, esta situación evidencia la existencia de una antijuridicidad sobre las cargas impuestas por la norma respecto a la declaratoria de inexecutable quedando probado el daño antijurídico. En esta teoría

no se tienen en cuenta los efectos establecidos en la providencia de inexecutable.

En esta sentencia, el Consejo de Estado, reitero con contundencia que el concepto de antijuridicidad del daño otorgado por parte del juez de la responsabilidad, no debe estar fuera de los lineamientos de la decisión de legalidad que la Corte Constitucional haya adoptado en la declaratoria de inexecutable ya que en especial debe tener en cuenta, los efectos de la misma, es decir, lo relacionado con su vigencia y validez.

La teoría de la antijuridicidad como incompatibilidad con la norma superior, no fue acogida por la Sala Plena, con el argumento de que *“el criterio de antijuridicidad que mejor se acompaña con el ordenamiento jurídico es aquél que se funda en los efectos de la sentencia proferida en sede de legalidad y no en la constatación que ésta realizó sobre la contrariedad de la norma o acto con las normas superiores.”* (Consejo de Estado.2018)

La Sala Plena rebate la teoría utilizada por la parte demandante, al sostener que hoy en día la misma Corte Constitucional en su jurisprudencia y el ordenamiento jurídico mismo permiten que:

“normas declaradas inconstitucionales sean, temporalmente, de obligatorio cumplimiento para los particulares, sin que ello implique menoscabo del principio de supremacía de la Constitución pues, en realidad, es un efecto de la realización de principios y valores constitucionales”. (Rojas-Betancourth, 2020, pág. 25)

Según el Consejo de Estado es precisamente por eso que el artículo 45 de la Ley 270 de 1996, establece que:

“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.” (Congreso de la República. 1996)

Es decir, generalmente las consecuencias de las decisiones de inconstitucionalidad serán

hacia futuro y que muy excepcionalmente serán retroactivos. Cuando son efectos hacia futuro, los negocios jurídicos consolidados con la promulgación de la norma y luego su posterior declaratoria de inexecutable, son cobijados bajo el principio de la seguridad jurídica; por lo tanto, el ordenamiento jurídico admite mantener vigente una norma temporal que ostenta el rotulo de inexecutable, la cual compagina con la supremacía de la constrictión, ya que se trata de preservar otros principios constitucionales, Es así que según el Consejo de Estado, *“la decisión que se adopta sobre la constitucionalidad de la norma lleva implícita una decisión sobre la constitucionalidad de sus efectos.”* (Consejo de Estado.2018)

Sin embargo, como ya se ha dicho arriba, la declaratoria de inexecutable con efectos retroactivos ni con efectos hacia futuro, no determinan enseguida falla en el servicio ni comprometen automáticamente la Responsabilidad del Estado tras la promulgación de una norma que no cumpla los preceptos constitucionales y legales para su entrada en vigencia, le compete al juez atribuir la responsabilidad, tomando en cuenta el caso concreto y teniendo en cuenta el efecto de la decisión de inexecutable, debe entrar a determinar con base las pruebas existentes si se configuró un daño antijurídico que los particulares no estaban en el deber de soportar.

De allí que la Sala Plena, llegó a la conclusión que el daño exteriorizado por la parte demandante, no lo cobija el concepto de antijuricidad, el cual es ineludible para demostrar que el daño fue causado por la norma, al no superar el juicio de legalidad, deja sin asidero la presunta transgresión.

Finalmente, el Consejo de Estado con el fin de fundamentar su decisión, se apoya en algunos pronunciamientos de la Corte Constitucional, especialmente las Sentencias C-149 de 1993 y C- 038 de 2006, en la cual la Corte sostiene que el hecho de que en alguna ocasión (C-149 de 1993) la declaratoria de inexecutable de la ley, con efector retroactivos hubiere llevado a la reparación de los daños causados durante su vigencia, no

significaba que “*la modulación de los efectos temporales de las decisiones de inexecutableidad [tuviera] 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*” (Corte Constitucional, 2006)

Así las cosas, como se plantea en la tesis antes expuesta, declarar la inexecutableidad de una norma no compromete inmediatamente la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador, sino que se debe probar que el perjuicio es antijurídico, en los presupuestos establecidos en el artículo 90 de la Norma Superior.

c. Decisión.

Antes los hechos objetos de análisis el Consejo de Estado decide revocar la providencia adiada 27 de julio de 2004, proferida por la Sala de Descongestión de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

En su lugar se dispone:

1. PRIMERO: DENEGAR las pretensiones de la demanda.
2. SEGUNDO: Sin condena en costas

7. Análisis crítico de la providencia

En la Sentencia de unificación bajo estudio se observó que el propósito del Consejo de Estado, fue sentar una posición clara en torno a la mejor opción jurídica que se debía escoger para definir en qué casos se configura la responsabilidad del estado por el hecho del legislador, teniendo en cuenta que, como se pone de manifiesto en esta sentencia, desde hacía varios años las distintas secciones y subsecciones del Alto Tribunal, venían asumiendo posiciones distintas que dieron origen a diversas teorías que originaron una contradicción en la línea jurisprudencial desarrollada por el Consejo de Estado. Es así como en la sentencia sub examine, en aras de asumir una posición unificada se acogió la teoría de la antijuridicidad como ausencia de soporte normativo válido y vigente, la cual ya fue explicada en la exposición de los fundamentos jurídicos que tuvo la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo para proferir su providencia.

Lo anterior quiere decir, que como ya existe una sentencia de unificación sobre la materia, todos los fallos que haya proferido y profiera el Consejo de Estado después de la fecha en que se profirió dicha sentencia, relacionados con los mismos fundamentos jurídicos y fácticos, se orientan por los fundamentos de la teoría de la antijuridicidad tras la ausencia de asidero normativo válido y vigente.

Ahora bien, nuestra posición y análisis, si bien el Consejo de Estado logró una posición unificada, eso no quiere decir que el debate sobre la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador haya quedado solucionado, ya que el hecho de que el Consejo de Estado se haya ido por la vía de la teoría de la antijuridicidad como ausencia de soporte normativo válido y vigente, eso no quiere decir que la teoría de **la antijuridicidad como incompatibilidad con la Carta Magna**, no sea digna de haber sido tenido en cuenta por El Consejo de Estado, ya que desde nuestra óptica el principio de la supremacía de la Constitución debe ser defendido por las distintas jurisdicciones existentes en Colombia y más cuando se tiene presente, que existe el artículo 90 de la Constitución que señala que todo daño antijurídico imputable al Estado por su omisión o acción debe ser reparado.

Se infiere que al haber acogido el Consejo de Estado la teoría de la antijuridicidad como ausencia de soporte normativo válido y vigente, existirán daños antijurídicos por los que El Estado Legislador nunca responderá, debido a que cuando la Corte Constitucional declara la inexecutable de una ley, por conducto general modula sus efectos hacia futuro (ex nunc) y como se ha dicho ya, la modulación con efectos retroactivos es excepcional.

Así las cosas, con la decisión tomada en esta sentencia de unificación, en la cual el Consejo de Estado optó por rechazar los fundamentos de la teoría de la antijuridicidad como incompatibilidad con la Carta Magna, la cual afirma que para que una ley se ajusté a la constitución debe imponer una carga abstracta y personal a un particular lo que denota su legalidad con el ordenamiento; ante esta postura creemos que se está planteando una contradicción entre principios constitucionales como la seguridad jurídica y la supremacía de la Constitución, situación que no es fácil de superar jurisprudencialmente.

Esta situación nos lleva a plantearnos que artículo 45 de la Ley 270 de 1996, es inconstitucional, ya que preceptúa que, por regla general, los efectos de las sentencias de inexecutable de la Corte Constitucional, como órgano de cierre son con efectos hacia futuro y excepcionalmente con efectos retroactivos.

Situación que puede llevar a que daños antijurídicos productos del hecho del legislador no sean reparados, ya que por el efecto de irretroactividad de la decisión de inexecutable, las situaciones jurídicas que se presentaron entre el momento en que se expidió la ley y el momento en que fue declarada inexecutable queden consolidadas y en consecuencia no se pueda acudir a la reparación directa para la lograr la indemnización del daño antijurídico en cabeza del Estado o sus agentes.

Es preocupante, desde el punto de vista de la distribución de competencias jurisdiccionales en Colombia, como de alguna manera la tesis que acogió el Consejo de Estado en la sentencia sub examine, afecta la función de la jurisdicción contenciosa administrativo, ya que la labor del juez que debe determinar la responsabilidad del Estado Legislador, de una u otra forma es perturbada

o usurpada por la jurisdicción Constitucional, ya que el juicio de responsabilidad que debe conllevar a determinar el daño antijurídico, queda limitado por el la modulación o el efecto que la Corte Constitucional le dé a la decisión de inexecutable de la ley, que por regla general es hacia futuro y no con efectos retroactivos, lo que quiere decir que las actuaciones jurídicas que se desarrollaron durante la vigencia y validez de la ley quedan amparadas por la irretroactividad de la decisión, quedando atado el Consejo de Estado atado a la teoría que acogió en dicha providencia donde la antijuridicidad como ausencia de asidero normativo válido y vigente en nuestro ordenamiento.

Por lo tanto, acogiendo la postura de Gil Quintero “no es viable supeditar la protección que otorga una institución como la responsabilidad estatal del legislador a los efectos temporales que la Corte Constitucional le confiera a sus decisiones de inexecutable pues en muchos casos el organismo judicial se queda corto al momento de pronunciarse frente a los efectos temporales y, con ello, también se queda corto frente a la protección de derechos constitucionales” (Gil Quintero. 2021)

De acuerdo con la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, fallo en contra el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante bajo el argumento jurídico de que la Sociedad Mercedes Benz Colombia S.A. no probó el daño antijurídico y que por el contrario se benefició con la TESA. Sin embargo, encontramos que aplicando los postulados de la tesis traída a colación por el ejecutante la antijuridicidad exteriorizada no tiene un soporte normativo válido y vigente, de todas formas, la parte actora, no hubiese podido lograr la reparación del supuesto daño debido a que la Sentencia C-992 de 2001, que declaro inexecutable los 56 y 57 de la ley 633 de 2000, fue con efectos hacia futuro, lo que dejo consolidado el pagó que la sociedad actora hizo de la TESA, debido a que la sentencia de inexecutable no produjo efectos de forma retroactiva.

Por lo tanto, podemos inferir que es más garantista, la teoría de la antijuridicidad como incompatibilidad con la norma superior, esto quiere decir que al momento de contrastar la Constitución con la norma que causa daño al bien jurídico, la declaratoria de inexecutable, independientemente de los efectos sobre quien recae la norma y las consecuencias en el tiempo; el daño jurídico proviene de las cargas impuestas por la ley sobre el ciudadano que no tiene la

obligación de soportar.

Por lo anteriormente argumentado, consideramos que el debate en torno a la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador, aun no se ha terminado en Colombia, ya que a pesar de haberse llevado a cabo la unificación de la jurisprudencia en la materia, creemos que continúan las tensiones constitucionales que tienen incidencia en las decisiones que se tomen en la jurisdicción de lo contencioso administrativo en materia del Estado Legislador ya que actualmente en materia de responsabilidad del Estado por la expedición de leyes, se ha privilegiado el principio de la seguridad jurídica y se puso en un segundo plano la primacía de la constitución dejándose condicionado el artículo 90 de la Carta Magna.

Conclusiones

La responsabilidad subjetiva del Estado por el hecho del legislador encuentra asidero en el desequilibrio de las cargas públicas; el cual germina cuando una persona natural o jurídica asume una carga mayor que el resto de los gobernados colocándose en estado de inferioridad, la ruptura en el equilibrio producida tras la promulgación de la Ley afecta derechos fundamentales y patrimoniales que pueden ser susceptibles de ser indemnizados dependiendo la circunstancia jurídica plasmada y la presunta norma que produjo la carga sobre el gobernado.

Ahora bien, la teoría de la antijuridicidad predica que, tras existir incompatibilidad de la norma promulgada con la norma superior, esto provoca el daño en el bien jurídico el cual es atribuible al Estado por el hecho del legislador, el daño jurídico proviene de las cargas impuestas por la ley sobre el ciudadano que no tiene la obligación de soportar; al momento de contrastar la Constitución con la norma que causa daño al bien jurídico, la declaratoria de inexecutable producirá efectos los cuales podrán ser valorados para resarcir el daño.

Finalmente, resulta pertinente aclarar que los daños antijurídicos productos del hecho del legislador no siempre son susceptibles de ser reparados, ya que por el efecto de irretroactividad de la decisión de inexecutable, las situaciones jurídicas que se presentaron entre el momento en que se expidió la ley y el momento en que fue declarada inexecutable queden consolidadas y en consecuencia no se pueda acudir a la reparación directa para la lograr la indemnización del daño antijurídico en cabeza del Estado o sus agentes.

Referencias Bibliográficas

- Gil-Botero, E (2014) *Consejo de Estado, Sección Tercera. Subsección C. Sentencia Expediente 2874*. Bogotá D.C <https://www.pwcimpuestosonline.co/TLSTimes/Boletines/Bolet%C3%ADn%20Abril%202014.pdf>
- Gil-Quintero, N. (2021). *La Expedición De Leyes Inconstitucionales Como Hipótesis De Responsabilidad Del Estado Legislador*. Bogotá D.C Recuperado de <https://bdigital.uexternado.edu.co>
- Gómez-Sierra, F (2020) *Constitución Política de Colombia*. Ed. LEYER. Art. 90
- Granados-Peña, J (2016) *Principio de congruencia y consideraciones probatorias*. Bogotá D.C Recuperado de https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/cuadernos_de_derecho_penal/article/download/381/325/
- Hernández-Enrriquez, A (2002) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. *Sentencia Expediente 20945*. Bogotá D.C Recuperado de <https://vlex.com.co/vid/-52566091>
- Hernández Galindo, J (1993) *Sentencia C-149 de 1993 Sentencia Expedientes D-184, D-185, D-189 y D-194 (acumulados)*. Bogotá D.C Recuperado de <https://www.Corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/c-149-93.htm#:~:text=Las%20leyes%2C%20ordenanzas%20o%20acuerdos,ley%2C%20ordenanza%20o%20acuerdo%22.>
- Parra- Quijano, J. (2004) *Racionalidad E Ideología De Las Pruebas De Oficio*, Temis, Bogotá
- Rojas-Betancourth, D (2018) *Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia Expediente 28769*. Bogotá D.C Recuperado de [https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/25000-23-26-000-2003-00208-01\(28769\)\(IJ\)%20completa.pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/25000-23-26-000-2003-00208-01(28769)(IJ)%20completa.pdf)