



LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR POR DAÑOS TRIBUTARIOS

Cristhian Alexander Pereira Otero



Editorial
Universidad de Nariño

èditorial

Universidad de **Nariño**

**LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO
LEGISLADOR POR DAÑOS TRIBUTARIOS**

**LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO
LEGISLADOR POR DAÑOS TRIBUTARIOS**

Cristhian Alexander Pereira Otero

èditorial
Universidad de **Nariño**

Pereira Otero, Cristhian Alexander

La responsabilidad del Estado legislador por daños tributarios / Cristhian Alexander Otero Pereira – San Juan de Pasto: Editorial Universidad de Nariño, 2026

172 páginas

Incluye referencias bibliográficas p. 155 - 170

ISBN: 978-628-7864-83-2 Impreso

ISBN: 978-628-7864-84-9 Digital

DOI: <https://doi.org/10.22267/lib.udn.070>

1. Responsabilidad patrimonial del Estado 2. Derecho Administrativo – Responsabilidad del Estado legislador 3. Responsabilidad – Fundamento constitucional 4. Daños Tributarios

342 P436r – SCDD-Ed. 22



SECCIÓN DE BIBLIOTECA

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR POR DAÑOS TRIBUTARIOS

© Editorial Universidad de Nariño

© Cristhian Alexander Pereira Otero

ISBN Impreso: 978-628-7864-83-2

ISBN Digital: 978-628-7864-84-9

DOI: <https://doi.org/10.22267/lib.udn.070>

Corrector de estilo: Luz Elida Vera Hernández

Diseño y Diagramación: Alejandra Daniela Garzón Rodríguez

Fecha de publicación: Mayo 2026

San Juan de Pasto - Nariño - Colombia

Prohibida la reproducción total o parcial, por cualquier medio o con cualquier propósito, sin la autorización escrita de su Autor o de la Editorial Universidad de Nariño.

CONTENIDO

<i>INTRODUCCIÓN</i>	8
---------------------------	---

PARTE I

<i>Fundamentos constitucionales y dogmáticos de la responsabilidad del Estado legislador</i>	11
--	----

1. Del Estado inmune al Estado responsable	11
--	----

1.1. La constitucionalización del derecho administrativo y el fundamento constitucional de la responsabilidad	14
---	----

2. Argumentos contra la responsabilidad del legislador y respuestas constitucionales.....	15
---	----

3. Evolución comparada: Francia, España y recepción colombiana	19
--	----

4. La responsabilidad del Estado legislador en Colombia.....	31
--	----

4.1. Constitucionalización del derecho administrativo y responsabilidad por el hecho de la ley	37
--	----

4.2. Cuatro escenarios de responsabilidad por el hecho de la ley.....	38
---	----

5. Daño, antijuridicidad e imputación en la responsabilidad del legislador tributario.....	58
--	----

PARTE II

<i>Tributos inexequibles, daño antijurídico y títulos de imputación</i>	58
---	----

6. El tributo inconstitucional como fuente de responsabilidad patrimonial	63
---	----

7. Modulaci3n de efectos de las sentencias y autonomía del juicio de responsabilidad	72
8. Falla del servicio, daño especial e igualdad ante las cargas p3blicas.....	96
8.1. La falla del servicio legislativo.....	96
8.2. El daño especial y la ruptura de la igualdad ante las cargas p3blicas.....	102
9. Deber de contribuir, validez temporal de la norma y pago de lo no debido.....	108
PARTE III	
<i>Régimen procesal, devoluci3n tributaria y actualizaci3n jurisprudencial..</i>	
10. Actos administrativos tributarios, presunci3n de legalidad y reparaci3n integral.....	128
11. Medio de control, caducidad, conciliaci3n y situaciones jurídicadas consolidadas	136
12. Test judicial para tributos inexecutableos o ilegales	144
12.1. Matriz orientadora para la decisi3n judicial	146
12.2. Regla integradora propuesta.....	148
CONCLUSIONES	150
RECOMENDACIONES.....	153
REFERENCIAS	155

INTRODUCCIÓN

La responsabilidad patrimonial del Estado por hechos del legislador tributario constituye uno de los problemas más complejos del derecho público contemporáneo. Su dificultad radica en que articula, de manera simultánea, tres dimensiones que no siempre han sido tratadas con suficiente claridad: la teoría general de la responsabilidad del Estado, la dogmática constitucional y tributaria, y el régimen procesal mediante el cual los administrados pueden reclamar la reparación de los daños sufridos.

El eje de esta investigación se concreta en una pregunta de responsabilidad pública: ¿quién debe soportar económicamente las consecuencias de un error normativo cuando el legislador, o la administración en ejercicio de potestades normativas, impone una carga fiscal que posteriormente es declarada contraria a la Constitución o a la ley? La respuesta no puede reducirse a la devolución automática de lo pagado ni a la negación absoluta de toda reparación. Exige un juicio de imputación que valore, en cada caso, la existencia del daño, su antijuridicidad, la fuente normativa que lo produjo, el título de imputación aplicable y los límites derivados de la seguridad jurídica.

Desde esta perspectiva, el libro parte del artículo 90 de la Constitución Política como cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado. Esta disposición establece que el Estado debe responder por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas. Dicha fórmula no excluye al legislador; por el contrario, permite sostener que la función legislativa también puede

comprometer la responsabilidad patrimonial estatal cuando, mediante la expedición de normas contrarias a la Constitución, ocasiona perjuicios que los administrados no están jurídicamente obligados a soportar.

El problema adquiere especial relevancia en materia tributaria. Cuando el Congreso de la República crea un impuesto, tasa o contribución que luego es declarado inexecutable, o cuando una autoridad administrativa expide un acto general creador de una obligación fiscal posteriormente anulado, surge la tensión entre la presunción de validez de las normas mientras estuvieron vigentes y el derecho del contribuyente a no soportar cargas patrimoniales contrarias al ordenamiento superior.

La investigación aborda estas preguntas a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado y de la doctrina especializada. En particular, se examina la tensión entre los efectos *ex tunc* y *ex nunc* de las sentencias de constitucionalidad, la presunción de constitucionalidad de la ley, la presunción de legalidad de los actos administrativos, los títulos de imputación de falla del servicio y daño especial, y la figura del pago de lo no debido cuando el Estado ha recibido recursos con fundamento en una norma que posteriormente pierde validez.

La constitucionalización del derecho administrativo en materia de responsabilidad patrimonial extracontractual por el hecho de la ley. Su planteamiento permite ampliar el campo de análisis más allá del tributo inexecutable, pues sistematiza cuatro escenarios en los que puede discutirse la responsabilidad del Estado legislador: el mandato directo y expreso de la Constitución, la aplicación de una ley posteriormente declarada inexecutable, la aplicación de una ley executable que causa un sacrificio especial y la omisión legislativa. Esta clasificación fortalece el hilo argumentativo del libro, porque ubica el caso tributario dentro de una teoría general de la responsabilidad por la función normativa del Estado.

El debate no se agota en la existencia formal de una ley inexecutable, sino que exige reconstruir los presupuestos estructurales de la responsabilidad estatal: daño, antijuridicidad, imputación, control de constitucionalidad, título de imputación, juez competente, caducidad y precedente jurisprudencial. Esta perspectiva fortalece el hilo argumentativo del libro al ubicar la responsabilidad del legislador tributario dentro del tránsito histórico del Estado soberano e inmune hacia el Estado constitucional responsable.

La estructura del libro responde a ese propósito. La primera parte desarrolla los fundamentos constitucionales y dogmáticos de la responsabilidad del Estado legislador. La segunda estudia la responsabilidad derivada de tributos inexequibles, la antijuridicidad del daño, la modulación de efectos de las sentencias y los títulos de imputación aplicables. La tercera ordena el régimen procesal de reclamación: pago de lo no debido, reparación directa, nulidad y restablecimiento del derecho, caducidad, conciliación, situaciones jurídicas consolidadas y test judicial para resolver casos de tributos inexequibles o ilegales.

En suma, este trabajo sostiene que la responsabilidad del Estado legislador tributario no puede resolverse mediante fórmulas absolutas. Ni toda declaratoria de inexecutable genera automáticamente reparación, ni toda modulación hacia el futuro excluye de manera definitiva la existencia de un daño antijurídico. La solución exige un análisis concreto que armonice la supremacía constitucional, la seguridad jurídica, la igualdad ante las cargas públicas, la sostenibilidad fiscal y el principio de reparación integral.

Cristhian Alexander Pereira Otero

PARTE I

Fundamentos constitucionales y dogmáticos de la responsabilidad del Estado legislador

La primera parte fija el presupuesto teórico de la obra: la responsabilidad del Estado legislador solo puede comprenderse si se abandona la idea clásica de inmunidad de la ley y se reconoce que toda función pública, incluida la legislativa, se ejerce bajo límites constitucionales.

La constitucionalización del derecho administrativo obliga a leer la responsabilidad estatal desde la Constitución y no únicamente desde categorías administrativas clásicas, en ese orden de ideas el artículo 90 superior opera como fundamento directo, general y primario de la responsabilidad patrimonial del Estado. Esta idea resulta decisiva para el problema del legislador tributario: la ley, aunque sea expresión de representación democrática, no queda por fuera del control de responsabilidad cuando causa daños antijurídicos imputables al Estado.

1. Del Estado inmune al Estado responsable

Los fallos Blanco y Cadot son las providencias más importantes del derecho administrativo francés en el mundo (Rodríguez Libardo, 2021). Ellas dieron lugar a la institución de la responsabilidad del Estado por daños cometidos en ejercicio de sus funciones, lo que fue determinante en el cambio de paradigma sobre la inmunidad de los poderes estatales.

Esta reducción de la inmunidad o arbitrariedad de los poderes estatales cuando se lesionan los derechos de las personas, jurídicamente protegidos, dan origen al principio de la responsabilidad estatal, que se fortalece con la aparición del Estado social y democrático de derecho que se fundamentan en la dignidad humana, al respecto Pazos-Guerrero (2018) indica:

Por lo anterior, en un Estado democrático de Derecho serio, no es posible aceptar la existencia de ciertos espacios de inmunidad del poder público que lesionen sin justificación los bienes jurídicos protegidos, toda vez que esto se opone a la esencia misma de una organización política de la sociedad establecida a partir de los principios de autolimitación al poder, legalidad, control y responsabilidad. (p. 8)

En el marco del Estado Social de Derecho, todas las ramas del poder público son susceptibles de imputación por los daños antijurídicos que ocasionen a los asociados (Alonso-García y Leiva-Ramírez, 2011).

El carácter expansivo con el que todavía se interpreta la responsabilidad patrimonial no solo ha propiciado un incesante aluvión de reclamaciones formuladas por los ciudadanos, sino que, en lo que aquí interesa, ha implicado una extensión a ámbitos inicialmente exentos. (Ruiz-López, 2013, p. 3)

Actualmente es difícil concebir un Estado de Derecho que no garantice, en su ordenamiento jurídico, el principio de responsabilidad patrimonial del Estado, cuando cause daños en el ejercicio de la función administrativa, judicial y legislativa, lo cual tiene como consecuencia directa la proscripción de la arbitrariedad de los poderes públicos y de la inmunidad del Estado (Tejera-Hernández y Herrera-Molina, 2014).

Lo anterior, permite la existencia de la responsabilidad del Estado por hechos del legislador. El máximo tribunal de lo contencioso administrativo en Colombia ha contemplado la reducción de la inmunidad de los poderes públicos:

De conformidad con los pronunciamientos expuestos, es claro que ningún ente estatal escapa al precepto superior conforme al cual el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. De esta manera, para la sala resulta evidente que el Congreso de la República, como parte integrante de la estructura del Estado, puede ser declarado responsable cuando, en ejercicio de sus funciones legislativas, causa un daño antijurídico a los particulares. (Sentencia 19355 del 20 de octubre de 2014)

Ocampo-Marulanda (2015) muestra que la responsabilidad del Estado legislador solo puede comprenderse a partir de la reducción progresiva de la inmunidad estatal. En los primeros momentos del Estado liberal, la ley se concebía como expresión de la soberanía y, por tanto, como un acto inmune a la reparación. Bajo esa lógica, quien sufría un daño por la aplicación de una ley debía soportarlo como consecuencia de la voluntad general. Sin embargo, el Estado constitucional transforma esa premisa: la ley deja de ser un acto soberano ilimitado y pasa a ser una función pública sometida a la Constitución, al control judicial y al principio de responsabilidad.

Esta reducción de inmunidad no significa desconocer la centralidad democrática del legislador. Significa, más bien, afirmar que la representación popular no habilita la producción de daños antijurídicos. La autoridad legislativa conserva su libertad de configuración normativa, pero dicha libertad se ejerce dentro de límites materiales: supremacía constitucional,

derechos fundamentales, igualdad ante las cargas públicas, legalidad tributaria y prohibición de arbitrariedad. Cuando esos límites se desconocen y se causa una lesión patrimonial concreta, el juicio de responsabilidad se vuelve constitucionalmente necesario.

1.1. La constitucionalización del derecho administrativo y el fundamento constitucional de la responsabilidad

La responsabilidad del Estado no surge solo de una técnica administrativa de control, sino de una transformación constitucional del poder público. El tránsito desde las doctrinas teológicas de irresponsabilidad hacia las doctrinas democráticas de responsabilidad revela que el poder estatal dejó de concebirse como una autoridad inmune y pasó a ser una competencia funcional sometida a la Constitución, a la ley y al control judicial.

En esta lectura, el artículo 90 de la Constitución no es una norma accidental ni meramente declarativa. Constituye el fundamento directo de la responsabilidad porque consagra expresamente el deber estatal de reparar; es fundamento general porque irradia todas las formas de responsabilidad patrimonial del Estado; y es fundamento primario porque sirve de punto de partida para interpretar los demás regímenes constitucionales y legales de reparación. Esta caracterización permite sostener que la función legislativa, incluida la tributaria, no puede invocar su origen democrático como causa de inmunidad frente al daño antijurídico.

La constitucionalización del derecho administrativo desplaza el eje del debate: ya no se pregunta si el legislador puede ser responsable, sino bajo qué condiciones el daño causado por la ley puede imputarse al Estado sin desconocer la libertad de configuración legislativa, la seguridad jurídica y la separación de poderes.

2. Argumentos contra la responsabilidad del legislador y respuestas constitucionales

La oposición a la responsabilidad del legislador se ha construido alrededor de tres preocupaciones: la afectación del erario, la eventual petrificación de la función legislativa y el riesgo de sustitución judicial de la voluntad democrática. El juez de la responsabilidad no reemplaza al legislador: verifica si el ejercicio de una función pública produjo un daño antijurídico imputable al Estado.

En eventos en los que se ha aceptado la responsabilidad del Estado con ocasión de la actividad del legislador, a nivel doctrinal y jurisprudencial, han surgido criterios que se oponen a la existencia de la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador. Según el doctrinante José Núñez Leyva (2011), varios tipos de argumentos pretenden desestimar este tipo de responsabilidad: los práctico-utilitarios, los formalistas de derecho positivo, los de hecho, los ideológicos y los lógico-formales. A continuación, se relacionarán indicando las razones por las cuales no pueden ser tenidos en cuenta.

Los argumentos contrarios a la responsabilidad del legislador responden a tres temores recurrentes: la afectación del erario, la supuesta petrificación de la función legislativa y la sustitución del legislador por el juez. Estos temores son relevantes, pero no pueden convertirse en cláusulas generales de irresponsabilidad. El juez no reemplaza al legislador cuando declara la responsabilidad patrimonial del Estado; simplemente verifica si el ejercicio de una función pública causó un daño antijurídico imputable a una autoridad estatal.

Son los efectos sobre las finanzas públicas ocasionados por la reparación de perjuicios por el desarrollo de la actividad legislativa. Es

ilógico obligar a las personas a soportar daños antijurídicos surgidos de la actividad legislativa por la afectación del patrimonio público. José Núñez Leyva (2011) señala:

Si los Derechos Fundamentales son un ámbito de lo indecible o un coto vedado para todos los poderes públicos –incluso para el legislador–, no resulta lógico obligar a las personas a soportar sobre tales derechos cargas y/o daños antijurídicos –aunque hayan sido impuestos mediante una ley– bajo el pretexto que su resarcimiento resulta gravoso para el Estado. Si la insolvencia no extingue generalmente las obligaciones, ni menos impide su nacimiento, no se ve razón para que en este caso así sea. Tampoco puede ser óbice el temible augurio de una petrificación normativa. Primero, porque la constatación de una regulación legal contraria a Derecho y dañosa constituye una reacción únicamente en contra de la norma en cuestión. De ninguna forma inhibe ni inhabilita al poder legislativo para que vuelva a producir una regulación sobre la misma materia, esta vez, con un contenido no dañoso y plenamente respetuoso del Derecho supralegal. Y segundo, puesto que en los estados de Derecho contemporáneos es el Estado y el sistema jurídico los que están al servicio de la persona y su dignidad, no a la inversa. (p. 285)

El Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, expresó lo siguiente:

Asimismo, aunque el antes mencionado argumento del notable ‘quebranto para la Hacienda Pública’ o el desajuste que al erario ocasiona el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado en casos como el sub judice, no constituye un raciocinio, en estricto sentido, de naturaleza jurídica, pues hunde sus raíces en aspectos esencialmente macroeconómicos y de conveniencia –no por ello menos importantes,

pero en relación con el manejo de los cuales las posibilidades y obligaciones de los jueces permiten márgenes de acción ciertamente limitados—, si se piensa en los efectos que desde esta perspectiva —económica y financiera— podría generar el asentamiento de una línea jurisprudencial que admitiese la irresponsabilidad patrimonial del Estado por razón de los daños antijurídicos causados con la expedición de normas tributarias inconstitucionales, con el consecuente —equivocado y funesto— mensaje que ello enviaría a la colectividad en el sentido de que puede resultar más ‘rentable’ no cumplir con las obligaciones tributarias —especialmente si cabe contemplar algún argumento que permita cuestionar judicialmente su conformidad para con el ordenamiento jurídico—, el desbalance presupuestal que semejante actitud —la cual, por lo demás, no es impensable que tendiese a generalizarse respecto de cualquier carga impositiva— por parte de los ciudadanos podría ocasionar, no es descartable, en absoluto, que sea aún mayor que las dificultades que al erario pueda suponerle afrontar la indemnización de los perjuicios que en este tipo de eventos se causen a quienes no se hallen en el deber jurídico de soportarlos. (Sentencia 24655 del 23 de febrero de 2012)

Otro de los argumentos es el que lesiona a la actividad legislativa al punto de inmovilizarla, total o parcialmente, si cualquier cambio normativo es indemnizado. Al respecto García de Enterría (2002) dice:

Ésa es, más bien, y precisamente, la concepción del Derecho del Antiguo Régimen, más que la de la democracia moderna, la que subyace a la idea de que cualquier cambio legislativo que afecte a la confianza que en el Derecho anterior tuviesen los ciudadanos o grupos de ellos pueda generar en favor de los mismos una pretensión indemnizatoria, lo que conduciría inevitablemente, como han dicho tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo, a una petrificación o congelación del Derecho, a su

inmovilización total o parcial, a su cierre definitivo a los cambios sociales o políticos, que es una de las grandes funciones de un poder legislativo democrático, señor indiscutido de la legis innovatio. Por ello ha podido formular CARBONIER un principio esencial del sistema jurídico sobre el que vivimos: “la costumbre conserva, la Legislación innova. (pp. 181-182)

En relación con este argumento, la supremacía de la constitución impone una serie de límites a la actividad legislativa, entre ellos, que las normas que son promulgadas sean acordes con los principios y preceptos consagrados en ella. La vulneración a este postulado por parte del legislador determina la inconstitucionalidad del precepto normativo promulgado y la reparación de los perjuicios ocasionados durante el tiempo que estuvo vigente, siendo responsable de esta actuación el creador de la ley.

La norma que causa el daño debe señalar la reparación de los perjuicios ocasionados por su aplicación. La falta de un precepto normativo que indique dicha reparación no es un obstáculo para declarar la existencia de la responsabilidad patrimonial. Ahora bien, más adelante se analizarán los eventos en los que ha sido declarada.

La ley tiene como característica principal su generalidad, es decir, no regula situaciones particulares, por lo tanto, no puede ser objeto de responsabilidad patrimonial. Se pueden citar un sinnúmero de leyes que tienen carácter especial y particular, un ejemplo son las normas que crean tributos, en las que se individualiza a un grupo de la sociedad que cumple con una serie de requisitos contables o financieros como sujetos pasivos de un gravamen de carácter fiscal, lo que hace que la ley pierda su generalidad original.

Se refiere a la irresponsabilidad del Estado por el hecho del legislador. Este argumento, explicado en la primera parte de esta investigación, indica

que, de conformidad con el artículo 90 de la Constitución Política, las autoridades legislativas en el desarrollo de su actividad legislativa son objeto de responsabilidad patrimonial.

Como se indicó antes, la actividad legislativa no puede ser objeto de responsabilidad patrimonial, pero, según el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia (1991), el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables por la acción o la omisión de las autoridades, incluyendo a las legislativas, por ende, sí son objeto de responsabilidad patrimonial.

3. Evolución comparada: Francia, España y recepción colombiana

Los primeros casos de responsabilidad del Estado legislador se encuentran presentes en Francia, cuando el Consejo de Estado rompe el paradigma del Estado irresponsable al reconocer la ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas, más tarde, el Tribunal Supremo Español acudió a la violación del principio de confianza legítima, finalmente a la responsabilidad estatal por causa de leyes inconstitucionales (Ocampo-Marulanda, 2015).

El primer fallo se presenta en Francia con la expedición de una ley que prohibía la producción y comercialización de una crema láctea elaborada con materia distinta a la leche (Alonso-García y Leiva-Ramírez, 2013). La empresa afectada por esta norma fue la Société des produits laitiers La Fleurette, encargada de producir el gradine compuesto de leche, aceite de cacahuetes y yema de huevo (Alonso-García y Leiva-Ramírez, 2013). Esta sentencia del 14 de enero de 1938, del Consejo de Estado francés (como se citó en Corte Constitucional, Sentencia C-038, 2006) señaló:

Considerando que nada, ni en el texto de la ley ni en sus trabajos preparatorios, ni del conjunto de las circunstancias del asunto permiten pensar que el legislador ha querido hacer soportar a la interesada una carga que no le incumbe normalmente; que esta carga, creada por el interés general, debe ser soportada por la colectividad, de lo que se infiere que dicha sociedad La Fleurette tiene fundamentos para demandar que el Estado sea condenado a pagar una indemnización en reparación del perjuicio por ella sufrido.

De igual manera, el alto tribunal francés de lo contencioso administrativo en 1944, en el caso “Caucheteux et Desmots” con el fin de proteger el mercado del lúpulo, impuso mediante una ley, aumentar su utilización en la fabricación de la cerveza, lo cual perjudicó a una empresa en particular (Morand-Deville, 2015).

Este alto tribunal determinó que se había ocasionado un daño especial y anormal a la sociedad particular, con la promulgación de la norma, toda vez que el producto expendido era legal (Guerra-Zapata, 2014); esta postura fue ratificada en el caso *arrêt Bover*, el cual tiene origen en:

La demanda interpuesta por el señor Bovero, propietario de una vivienda ocupada por un tercero, quien, a pesar de haber obtenido una sentencia judicial que ordenó el desalojo, no había conseguido el cumplimiento del fallo por la expedición de una ley en el año de 1959 que prohibía el desahucio de los militares en servicio en el norte de África. En esta sentencia del 23 de enero de 1963, se deja claro la vulneración del principio de igualdad frente a las cargas públicas generadoras del daño por normas legales y vigentes, lo que da origen a los criterios de responsabilidad patrimonial del Estado legislador. (Alonso-García y Leiva-Ramírez, 2011, p. 153)

Es así como se dispone que:

Tal perjuicio constituye, para aquellos que lo experimentan, una carga especial con relación al conjunto de cargas normales que incumben al conjunto de propietarios de viviendas ocupadas por terceros; que, por su gravedad y especialidad, tal perjuicio presenta un carácter excepcional suficiente para determinar, en el silencio de los preceptos legales, la responsabilidad sin falta del Estado. (Alonso-García y Leiva-Ramírez, 2011, p. 153; Sentencia C-038 de 2006)

En el mismo sentido, el fallo Bovero de 1963 estableció la responsabilidad del Estado por una ley que obligaba a los propietarios de bienes inmuebles que tenían prohibido lanzar a sus arrendatarios incumplidos, cuando fueran militares o tuvieran familiares militares en la guerra de Argelia. Esta prohibición normativa impuso una obligación jurídica que rompe el equilibrio de las cargas públicas, o que genera un daño especial y grave a las personas, lo que da origen, en ese momento, a la tesis de la responsabilidad del Estado legislador por los daños ocasionados en virtud de normas legales y vigentes.

Asimismo, el carácter excepcional y anormalmente grave que sufre la víctima, se ubica dentro del título de imputación daño especial, el cual según lo explica el profesor Libardo Rodríguez (2017), se fundamenta en el principio del derecho público de la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas, según el cual, cuando un administrado soporta las cargas públicas anormales y excepcionales, que rompen el principio de igualdad, se constituye un daño especial que la administración debe indemnizar. Al respecto el alto tribunal de lo contencioso administrativo en Colombia dispuso:

Responde el Estado, ha dicho el Consejo de Estado en el fallo citado, 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 la equidad que debe reinar ante los sacrificios que importa para los administrados la existencia del Estado. (Sentencia 34254 del 4 de noviembre de 2015)

Además, la responsabilidad del legislador desde el año 2003 comenzó a abordar el tema del medio ambiente, es decir, la obligación de indemnizar perjuicios causados a particulares cuando sufren daños por leyes que amparan la protección de la naturaleza.

En el caso español, como lo menciona la profesora Jacqueline Morand-Deville (2015), la tesis de la responsabilidad del Estado por hechos del legislador se soportó en la violación del principio de seguridad jurídica o de la confianza legítima y del desarrollo de los criterios de la responsabilidad sin falla, acogidos por la jurisprudencia ibérica en importantes sentencias, relativas a las empresas pesqueras desde el año 1993. Estas tienen como punto de partida el mismo hecho: la incorporación de España a la Unión Europea, que determinó, entre otras consecuencias, la rebaja de los cupos de pesca de los armadores nacionales.

Para la doctrina española con García de Enterría (2002) toda ley declarada inconstitucional, da lugar al derecho a reparar a quienes hayan sido perjudicados por la aplicación de la mencionada norma, que no es otra cosa que un imperativo de la política legislativa que debe existir en todo estado de Derecho (Peña-Mateus, 2012).

La hipótesis de responsabilidad por hecho de la ley declarada inconstitucional, encuentra la antijuridicidad en aquella contravención

a la Constitución, constatada por la sentencia de inconstitucionalidad pronunciada por el órgano competente (Núñez-Leiva, 2011a; 2011b). Sin embargo, esta importante conclusión que se asevera desde la doctrina española, no fue siempre así, tardó varias décadas en el cambio de paradigma del Estado nación soberano e irresponsable al Estado de Derecho con límites y responsabilidades, pues una vez derrotado el Estado absolutista, el Estado de Derecho rinde culto a la ley como expresión libre del poder soberano radicado en el pueblo, el cual por sus características, es originario, ilimitado, supremo e incondicional (Pazos-Guerrero, 2018) y, en consecuencia, no es dable pensar que exista posibilidad alguna de reclamar indemnización por los daños que pueda causar una ley a los derechos de una persona. Así se puede apreciar en la siguiente cita:

Las leyes, en efecto, un acto de soberanía, y lo propio de la soberanía es imponerse a todos sin que frente a ella pueda reclamarse ninguna compensación. Solamente el legislador puede apreciar, a la vista la naturaleza y gravedad del daño y de las necesidades y recursos del Estado, si debe acordar tal compensación; la jurisdicción no puede sino evaluar el momento de la misma, sobre las bases y en la forma prevista por la ley. (Peña-Mateus, 2012, p. 21)

En 1911, Leo Duguit (como se citó en la Sentencia IJ-001 del 25 de agosto de 1998) planteó en su obra la base doctrinaria de la responsabilidad del Estado legislador:

Ahora bien, suponiendo el caso de una ley cuya aplicación entrañe un perjuicio para uno o muchos individuos, ¿puede el Estado ser declarado responsable frente a ellos? No, desde la visión del Estado legislador en su condición de soberano, tesis que es irreal y caduca, frente a las concepciones jurídicas actuales, que configura al Estado se configura

ante los administrados como un asegurador de todo riesgo que deriva de su actividad general, ¿no debe concluirse que este seguro cubre igualmente el riesgo resultante de la aplicación de una ley, ya que en definitiva toda ley tiene por finalidad crear un servicio público o regular su funcionamiento. (Sentencia IJ-001 del 25 de agosto de 1998)

Para el profesor Botero-Aristizabal (2007), los elementos importantes en la responsabilidad del Estado legislador, de acuerdo a la jurisprudencia francesa, son los siguientes:

La superación del dogma del legislador irresponsable: el legislador pese a su peso político en la construcción estatal, está sometido a la responsabilidad y por tanto deberá reparar los daños originados en virtud de las leyes que promulga.

Las normas legales y vigentes pueden ocasionar daños, es decir, que la lesión al individuo proviene de la legalidad o ilegalidad.

El daño causado con la norma debe ser especial y anormal, toda vez que el título de imputación es el daño especial y, por tanto, se requiere que la ley expedida, imponga una carga pública desmedida a los obligados con esta.

La actividad lesionada con la norma no debe ser ilegal o ilícita, esto significa que no puede predicarse un daño antijurídico por parte del afectado, pues el Estado no está en la obligación jurídica de proteger a quienes desarrollan actividades contrarias al orden jurídico.

Que la ley o sus antecedentes no excluya la posibilidad de indemnizar. Planteamiento que actualmente es discutible.

En el Derecho francés, la responsabilidad del Estado legislador por la emisión de normas posteriormente declaradas inconstitucionales, no fue fácil, teniendo en cuenta que el sistema de control de constitucionalidad es previo a la promulgación de las leyes, una vez promulgadas, se asumen como constitucionales (Ocampo-Marulanda, 2015). Esto hace complejo el debate, porque el examen de constitucionalidad al ser superado, blinda la responsabilidad estatal por falla del servicio, haciendo que el juicio de reproche desaparezca.

No obstante, en el Derecho español se establecen tres normas que desarrollaron la institución, el artículo 9-3 de la Constitución española que introduce el principio de responsabilidad de los poderes públicos, el artículo 106-2 del mismo texto que establece el principio de indemnización frente a lesiones ocurridas por el funcionamiento de los servicios públicos (Cortes Generales, 1978), y el artículo 139-3 de la Ley 30 de 1992, que establece:

Las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezcan en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos. (Ley 30/1992, art. 139).

Como bien se logra evidenciar, en el Derecho español hay un pronunciamiento expreso de la Constitución y ley en torno a la figura de la responsabilidad del Estado por hecho del legislador; lo cual muestra una rápida evolución de la figura en este derecho, dado que su aparición solo se presentó con la expedición de la Ley 30 de 1984, norma que fue analizada por el Tribunal Constitucional español, que encontró que, aunque esta norma es constitucional, generó perjuicios que son susceptibles de compensación (García de Enterría y Fernández, 2014). A partir de este

hito, el Tribunal Supremo español realiza un importante desarrollo jurisprudencial alrededor de la responsabilidad del Estado legislador sin la necesidad de cuestionar la constitucionalidad de las leyes (Moreno-Fernández, 2009).

Como se aprecia, en el derecho español existe un pronunciamiento expreso de la Constitución y de la ley en relación a la figura de la responsabilidad del Estado.

En España el avance es mayor, pues se han determinado además del daño especial, la confianza legítima y la falla del servicio, como títulos de imputación propios de la responsabilidad del Estado legislador.

En 1993, el Tribunal Supremo determinó la existencia de la responsabilidad del Estado legislador, en el caso en el que el gobierno español había impulsado previamente vía legislativa la actividad de botes pesqueros, generando diferentes medidas para su beneficio, como la exención de aranceles, lo que creó una serie de expectativas económicas a quienes decidieron dedicarse a esta actividad; no obstante, la adhesión de España a la Comunidad Económica Europea abrió las fronteras y desapareció el beneficio (Ocampo-Marulanda, 2015).

El Tribunal Supremo estimó que se había vulnerado las expectativas adquiridas por las sociedades demandantes, en virtud de la firma del tratado y vinculación de España a la Comunidad Económica Europea, lo cual conllevó a la reducción de los beneficios arancelarios concedidos en virtud del Decreto Real No. 830 de 1985 y, por lo tanto, se configuraron los requisitos necesarios para la reparación por parte del Estado de dicha situación, amparada en la lesión del principio de buena fe y seguridad jurídica, esto es, lo que más adelante se conocería con el título de

imputación de responsabilidad del Estado legislador por alteración de la confianza legítima.

En España se encuentra consolidada la responsabilidad del Estado legislador en el artículo 139, numeral 3 de la Ley 30 de 1991 (Sentencias del Tribunal Supremo del 29 de febrero y 13 de junio de 2000, como se citó en Consejo de Estado, Sentencia 28741 del 26 de marzo de 2014), que establecen:

El poder legislativo no está exento de sometimiento a la constitución y si actos - leyes quedan bajo el imperio de tal norma suprema. En los casos donde la ley vulnere la Constitución, evidentemente el poder legislativo habrá consultado su obligación de sometimiento, y la antijuridicidad que ello supone traerá consigo la obligación de indemnizar. Por tanto, la responsabilidad del Estado legislador puede tener, así mismo, su segundo origen en la inconstitucionalidad de la ley.

Precisamente así se desprende, también, de las sentencias citadas, en cuanto rechazaron la inconstitucionalidad de aquellas leyes que anticipaban la jubilación.

En el primer caso (derivada del principio de indemnización expropiatoria), se trata de una actividad lícita que, sin dejar de serlo, comporta la obligación de resarcir el daño que esa actividad lícita hubiere causado: en el segundo (derivada de la inconstitucionalidad de la ley), se trata de la responsabilidad nacida de una actividad antijurídica del poder legislativo.

Se ha mantenido que, si la ley no contiene declaración alguna sobre dicha responsabilidad, los tribunales pueden indagar la voluntad tácita de legislador (*ratio legis*) para poder así definir si procede declarar la

obligación de indemnizar. No debemos solucionar aquí esta cuestión, que reconduce a la teoría de la interpretación tácita la ausencia de prevención expresa legal del deber de indemnizar. No es necesario que lo hagamos, no solo porque la ley de Régimen jurídico de la administraciones públicas y del procedimiento administrativo común es posterior a los hechos que motivan la reclamación objeto de este proceso, sino también porque, por definición, la ley declarada inconstitucional encierra en sí misma, como consecuencia de la vinculación más fuerte de la Constitucional mandato de reparar los daños y perjuicios concretos y singulares que su aplicación pueda haber originado, el cual no podía ser establecido “a priori” en su texto. Existe, en efecto, una notable tendencia en la doctrina y en el derecho comparado a admitir que, declarada inconstitucional una ley, puede generar un pronunciamiento de reconocimiento de responsabilidad patrimonial cuando aquella ocasiona privación o lesión de bienes, derechos o intereses jurídicos protegibles. (Sentencia 28741 del 26 de marzo de 2014)

En ese orden de ideas, en España se reconoce la responsabilidad del Estado legislador al emitir una norma posteriormente declarada inconstitucional, dado que dicha declaración califica de antijurídico el daño causado e implica el deber de reparación del Estado.

En España las sentencias declaraban la inconstitucionalidad y nulidad de la norma, por lo que se brindaba efectos retroactivos a esta y, en tal medida, el daño no podía revestir el carácter de jurídico en momento alguno. El artículo 39 Numeral 1 de la L.O.T.C. dispone:

Cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados, así como en su caso, la de aquellos otros de la misma ley, disposición o acto con fuerza de ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia. (Ley Orgánica 2/1979)

Los requisitos para exigir la responsabilidad patrimonial del Estado legislador según lo ha determinado el Tribunal Supremo son cuatro:

Que se haya producido un daño o lesión patrimonial (en doble modalidad de daño emergente o lucro cesante), por ejemplo, el pago de un tributo.

Que el daño sea real y efectivo, no meramente potencial o futuro, pues el perjuicio tiene naturaleza exclusiva con posibilidad de ser cifrado en dinero y compensado de manera individualizable, debiendo darse el correspondiente nexo causal entre la acción producida y el resultado dañoso ocasionales, es decir, no sirven las meras expectativas de derecho, sino las lesiones actuales, ya producidas.

Que el daño sea ilegítimo o antijurídico y no exista un deber jurídico del afectado de soportarlo, teniendo en cuenta que las restricciones o limitaciones impuestas por una norma, por su carácter de generalidad, deben ser soportadas, en aras del interés público; por ejemplo, el pago de un tributo al amparo de una norma que luego se declara inconstitucional, lo que convierte el pago legítimo en ingreso o antijurídico, al carecer de ingreso de la justificación jurídica que tuvo al efectuarse.

Que exista una relación de causalidad entre la actuación del Estado y el daño provocado, o sea, un vínculo entre la lesión y el agente que la produce, o lo que es lo mismo, entre el acto dañoso y la administración (una actuación del poder público en el uso de potestades públicas), lo que es evidente entre la ley que establece el pago de un tributo y su posterior declaración de inconstitucionalidad (Moreno-Fernandez, 2009).

En los Estados Unidos, se reconoce la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado por los actos del legislador, pero solo cuando la ley haya sido declarada inconstitucional por los tribunales (Restrepo-Pérez, 2020).

En Alemania, con la promulgación de la ley de responsabilidad patrimonial del Estado en 1981, se ha regulado el evento de la responsabilidad patrimonial del Estado por las actuaciones del legislador, en el ámbito de la expropiación sin justa indemnización y cuando el legislador determine que un comportamiento antijurídico suyo, conlleva a una indemnización (Restrepo-Pérez, 2020).

En Italia, el desarrollo jurisprudencial de la teoría del Estado responsable por el acto del legislador nace de la Corte Constitucional, cuando una norma es declarada ilegítima y, siendo materialmente expropiatoria, no incorpora la justa compensación indemnizatoria a los ciudadanos (Restrepo Pérez, 2020).

En esa medida, supone que, para cualquier evento indemnizatorio, es importante tener en cuenta la previa declaración de inconstitucionalidad de la ley. Según el mandato constitucional (artículo 139), dicha declaración de ilegitimidad hace cesar los efectos normativos de la ley al día siguiente de la publicación de la decisión.

La reconstrucción histórica se identifican tres momentos de la evolución comparada. El primero corresponde al derecho francés, donde el Consejo de Estado admite la responsabilidad del legislador por ruptura de la igualdad ante las cargas públicas. Los casos *La Fleurette*, *Caucheteux et Desmonts* y *Bovero* muestran que una ley válida puede causar un sacrificio especial y anormal que no debe permanecer exclusivamente en cabeza de una persona o de un grupo reducido.

El segundo momento se observa en el derecho español, donde la responsabilidad del Estado legislador se asocia, además del daño especial, a la confianza legítima, a la seguridad jurídica y a la responsabilidad por leyes

inconstitucionales. La experiencia española resulta relevante para el caso colombiano porque permite distinguir dos hipótesis: la ley constitucional que causa un sacrificio singular indemnizable y la ley inconstitucional que revela una actuación normativa contraria a la Constitución.

El tercer momento corresponde a la recepción colombiana. A diferencia de Francia y España, en Colombia el fundamento no depende de una habilitación legislativa expresa, sino de la cláusula general de responsabilidad del artículo 90 de la Constitución. Por ello, la pregunta decisiva no es si existe una ley que autorice indemnizar, sino si concurren daño antijurídico, imputación y nexo causal respecto de la actividad legislativa.

4. La responsabilidad del Estado legislador en Colombia

La tesis de la irresponsabilidad con ocasión del desarrollo de la actividad legislativa es citada por Javier Torregroza-Sánchez (2007), como el dogma de Laferrière:

Es de principio que los daños causados a los particulares por medidas legislativas no les confieren ningún derecho de indemnización. La Ley es, en efecto, un acto de soberanía, y lo propio de la soberanía es imponerse a todos, sin que pueda reclamar de ella ninguna compensación. El legislador solo puede apreciar, teniendo en cuenta la naturaleza y la gravedad del daño, en consonancia con las necesidades y los recursos del Estado, si debe acordar esta compensación: las jurisdicciones no pueden situarse en su lugar, no pueden más que evaluar el montante teniendo en cuenta las bases y en la forma previstas en la ley. (Torregroza-Sánchez, 2007, p. 14)

El mismo autor argumenta que:

El legislador se encuentra en la cúspide de la pirámide jurídica; la actividad normativa del legislador se erige como la pieza del ordenamiento jurídico en su totalidad y, por tal razón, era inconcebible que el Estado se viera obligado a reparar un daño causado debido al ejercicio de esa actividad. Como idea basilar de estas proposiciones aparece el principio del derecho público anglosajón según el cual el rey no puede cometer error, expresado en el axioma “the King can do not wrong”. (Torregrosa Sánchez, 2007, p. 17).

De acuerdo con este criterio, es inadmisibles que el Estado pueda ser responsable por su actividad legislativa, sin embargo, este mismo autor señala argumentos que determinan lo contrario:

Esa idea bodiana de soberanía ha sido superada y, en la actualidad, no puede servir de causa justificativa en los eventos en que el Estado cause un perjuicio a los particulares, debido a un acto u omisión atribuible a alguna autoridad pública. La soberanía no reside en el poder legislativo, sino en el pueblo, quien se ha dado una Constitución mediante la escogencia de una asamblea nacional constituyente. El legislador es simplemente un titular de una de las funciones radicadas en cabeza del Estado y, como tal debe sujetarse, al igual que los demás poderes públicos, a los mandatos constitucionales. (Torregrosa-Sánchez, 2007, p. 18).

Al respecto, Hernán García-Mendoza (1997) ha señalado:

Es claro que, cuando el Estado dicta una ley, debe hacerlo de conformidad con los preceptos constitucionales y debe hacerlo respetando las garantías y derechos que la propia constitución asegura a todas las personas. En caso contrario, el perjuicio sufrido por los particulares debe ser reparado. Esta es una de las formas de establecer el imperio del derecho. (p. 21)

Por su parte, el Consejo de Estado frente al tema ha expresado:

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

El aporte de Ocampo-Marulanda es útil para desmontar la idea de que la soberanía legislativa excluye la responsabilidad. La autora advierte que, en el Estado constitucional, el legislador no es titular de un poder absoluto, sino de una competencia funcional sometida a la Constitución. El pueblo es el titular de la soberanía y la Constitución es la forma jurídica superior de esa voluntad. En consecuencia, cuando el legislador desconoce la Carta y causa daños, no actúa como expresión legítima de la soberanía, sino como autoridad pública sometida al régimen general de responsabilidad.

Esta precisión es especialmente importante en materia tributaria. La potestad impositiva es una competencia intensa porque afecta directamente el patrimonio de los particulares. Por ello, la legalidad tributaria no puede analizarse únicamente como habilitación formal para cobrar, sino también como límite material frente a exacciones incompatibles con la Constitución. El tributo inexequible no es un simple error normativo abstracto: puede convertirse en fuente concreta de afectación patrimonial.

La responsabilidad del Estado por hechos del legislador en Colombia

En Colombia “la responsabilidad patrimonial del Estado por los hechos, acciones u omisiones imputables al legislador se contempla directamente

del artículo 90 constitucional” (Alonso-García y Leyva-Ramírez, 2013, p. 168), allí se incluye al poder legislativo, tal como lo determinó la Corte Constitucional, en sentencia hito C-587 de 12 de noviembre de 1992.

No obstante, durante el transcurso del siglo XIX no existió un principio general de responsabilidad que implicara una obligación indemnizatoria en cabeza del Estado, razón por la cual, hasta la segunda mitad del siglo XX las Salas de Casación Civil y de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia acudieron a la aplicación extensiva de las normas del Código Civil que regulan la responsabilidad de los particulares, en todos aquellos casos donde no existía una disposición concreta contentiva de la obligación reparadora del Estado; se recurrió no solo al artículo 2341 que disciplina la responsabilidad directa de los particulares, sino también, aunque de forma menos asidua, al artículo 2356 del Código Civil colombiano (Ley 84 de 1873).

Aun antes de 1964, año en el que, según lo dispuesto por el Decreto 528, el Consejo de Estado asume de manera general la competencia para conocer las controversias de responsabilidad en que esté involucrado un ente público; esta corporación se apartó de las directrices establecidas por la Corte Suprema de Justicia, en cuanto debía acudir a las normas del Código Civil para fundamentar la responsabilidad estatal. En 1960, el Consejo de Estado profiere diversas decisiones (Sentencia del 30 de septiembre de 1960; Sentencia N^o 298 del 2 de noviembre de 1960), que rechazan la aplicación de las normas de derecho privado para fundamentar la responsabilidad estatal, en virtud de las abismales diferencias existentes entre él y el derecho administrativo, en cuanto al objeto, fines perseguidos y plano en el cual se encuentran situados (Henaó-Pérez, 1996), enunciando que tanto el Código Contencioso Administrativo (CCA) como la constitución vigentes en la época, contenían pautas suficientes que permitían estructurar un régimen jurídico autónomo de responsabilidad pública.

Así, con anterioridad a la promulgación de la Carta Política de 1991, la responsabilidad por el hecho de la ley solamente se pudo construir de la disposición contenida en el artículo 31 de la Constitución de 1886, que establecía la obligación de indemnizar previamente a quienes fueran privados del ejercicio de una actividad económica lícita, en virtud del establecimiento de monopolios como arbitrios rentísticos a favor del Estado. En aquellos eventos en los que no existía una norma que consagrara una concreta obligación a cargo del Estado, la jurisprudencia encontró en el artículo 16 de la Constitución Política de 1886 el eje normativo en torno al cual se diseñó el fundamento central de la responsabilidad del Estado (Henaó-Pérez, 1996). Este artículo establecía la finalidad estatal de proteger a los ciudadanos en su vida, honra y bienes, el cual prácticamente se reproduce en el actual artículo 2 constitucional.

Por primera vez, el ordenamiento jurídico colombiano consagra una norma constitucional expresa en el artículo 90 de la Carta Política de 1991: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

Tras la consagración de esta disposición en la Constitución Política de 1991 se generó importantes polémicas frente a la interpretación y alcance de la cláusula general de la responsabilidad desarrollada por la jurisprudencia del Consejo de Estado, la cual se aborda de forma organizada y sistemática por el profesor Alier Eduardo Hernández (2007) en cuatro fases:

La primera etapa influenciada ampliamente por la doctrina española, que estableció la responsabilidad estatal objetiva (Tamayo-Jaramillo, 2000), que hacía innecesario determinar la existencia de la culpa del Estado; ejemplo de lo anterior es la sentencia del 31 de octubre de 1991, donde se

decidió el caso de una familia que viajaba por carretera hacia Pasto, y el conductor resultó herido por una roca que penetró por el parabrisas al desprenderse de una montaña. Citando un fallo del Tribunal Supremo Español del 27 de marzo de 1980 y a varios doctrinantes españoles, el Consejo de Estado concluyó que se había producido un daño antijurídico que la víctima no estaba en la obligación jurídica de soportar (Sentencia 6515 del 31 de octubre de 1991).

La segunda etapa se presenta con la adopción de una postura moderada, ese planteamiento radical fue moderado, en el sentido de considerar que, en algunos casos, debía demostrarse la falla del servicio, verbigracia, la providencia del 30 de julio de 1992, en la que esta corporación expresó que si bien, conforme al artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, la responsabilidad estatal es objetiva, es posible que se presenten eventos como la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones de medio, en los que debe manejarse la falla del servicio, en cuyo caso, la responsabilidad únicamente surgirá cuando no fueron puestos a disposición todos los medios idóneos a efectos de evitar la concreción del daño (Sentencia 6641 del 30 de julio de 1992).

La tercera fase estuvo caracterizada porque, en la resolución de los diferentes casos concretos llevados ante la jurisdicción, se retornó paulatinamente la aplicación de los regímenes de responsabilidad creados por la jurisprudencia anterior a la entrada en vigencia de la Constitución de 1991.

Finalmente, las tendencias jurisprudenciales más recientes apuntan a precisar el real alcance del artículo 90 constitucional, partiendo de la premisa de ser una disposición que consagra un principio general de responsabilidad que, en ningún caso debe ser desatendido, criterio que

fue acogido también por la Corte Constitucional, lo que ha permitido la declaración de responsabilidad estatal en eventos en que nunca antes se había hecho, es decir, la responsabilidad del Estado en sus roles de juez y legislador.

Para el objeto de esta tesis, es menester poner de presente que el texto constitucional transcrito hace referencia a las autoridades públicas, sin hacer ninguna clase de distinción o precisión adicional, motivo por el cual, el Estado debe estar llamado a responder, independientemente de si el perjuicio ha sido causado por una autoridad perteneciente al poder ejecutivo, judicial o legislativo.

Juan Carlos Henao-Pérez (1996) afirmaba que, el concepto de daño antijurídico contenido en el artículo 90 constitucional hacía plausible la extensión de la responsabilidad estatal a los tres poderes públicos y no solo a la rama ejecutiva (pp. 771-772; 802-803) y reconocía que la ley puede ocasionar daños a los particulares, los cuales deben ser reparados, siempre que no se demuestre de manera evidente que el legislador pretendía excluir la indemnización.

4.1. Constitucionalización del derecho administrativo y responsabilidad por el hecho de la ley

La responsabilidad del Estado legislador debe entenderse como una manifestación de la constitucionalización del derecho administrativo. El derecho administrativo contemporáneo ya no puede concebirse como un sistema cerrado de prerrogativas públicas, sino como un derecho sometido a la Constitución, a los derechos fundamentales, a la igualdad ante las cargas públicas y a la reparación integral. Bajo esta perspectiva, la ley deja de ser una fuente normativa inmune y pasa a ser una actuación estatal susceptible de generar responsabilidad cuando produce daños antijurídicos.

El artículo 90 constitucional cumple una función de cierre del sistema: si el Estado responde por los daños antijurídicos causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, no existe razón para excluir de ese concepto a la actividad legislativa. La dificultad no está en la posibilidad abstracta de imputar responsabilidad al legislador, sino en la determinación rigurosa del daño, de su antijuridicidad, del nexo causal y del título de imputación aplicable.

4.2. Cuatro escenarios de responsabilidad por el hecho de la ley

Con fines de sistematización, el análisis de Ibarra Martínez permite ordenar la responsabilidad patrimonial por el hecho de la ley en cuatro escenarios: i) responsabilidad por mandato directo y expreso de la Constitución; ii) responsabilidad por aplicación de una ley posteriormente declarada inexecutable; iii) responsabilidad por aplicación de una ley executable; y iv) responsabilidad por omisión legislativa.

El primer escenario comprende los casos en los que la propia Constitución impone expresamente el deber de indemnizar. Allí se ubican, entre otros, la expropiación por motivos de utilidad pública o interés social, la privación de propiedad en situaciones de guerra, el establecimiento de monopolios estatales que desplazan actividades lícitas previamente ejercidas por particulares, las amnistías o indultos que extinguen la responsabilidad civil frente a terceros y la reserva estatal de actividades estratégicas o servicios públicos. En estos supuestos, el problema de imputación se simplifica porque el constituyente previó de manera directa el deber de reparación.

El segundo escenario se refiere a la aplicación de leyes que luego son declaradas inexecutables. Este es el núcleo del presente libro cuando se trata

de tributos inconstitucionales. La dificultad consiste en determinar si el pago realizado durante la vigencia de la ley se transforma en daño antijurídico por la declaratoria posterior de inexecutable, o si los efectos ex nunc del fallo constitucional mantienen la validez de las situaciones consolidadas. La tesis que aquí se adopta no es automática: la inexecutable es un presupuesto relevante, pero debe complementarse con el análisis del daño cierto, la ausencia de deber jurídico de soportarlo, la situación jurídica del contribuyente y el medio de control elegido.

El tercer escenario corresponde a la ley executable que, pese a su validez constitucional, causa un sacrificio singular, grave o anormal. Esta hipótesis se vincula con el daño especial y con la igualdad ante las cargas públicas: una norma válida puede imponer a una persona o grupo una carga que excede la que ordinariamente deben soportar los ciudadanos. En tal caso, la fuente de la responsabilidad no es la invalidez de la ley, sino la distribución desigual del sacrificio público.

El cuarto escenario es la omisión legislativa. Su configuración es más restringida, porque no toda falta de regulación genera responsabilidad. Para que pueda hablarse de responsabilidad por omisión legislativa debe existir un deber constitucional o legal suficientemente determinado de legislar, un daño antijurídico cierto y una relación causal entre la inactividad normativa y la lesión padecida. En ausencia de un mandato concreto, el margen de configuración legislativa impide convertir toda falta de regulación en fuente automática de responsabilidad.

Esta clasificación permite ubicar con mayor precisión la responsabilidad tributaria por leyes inexecutable. El tributo inconstitucional pertenece al segundo escenario, pero puede conectarse con el primero cuando la Constitución ordena expresamente indemnizar, con el tercero

cuando una carga fiscal válida rompe la igualdad ante las cargas públicas, y con el cuarto cuando una omisión legislativa impide hacer efectivo un mecanismo de reparación, devolución o protección patrimonial.

La responsabilidad del Estado legislador frente a normas inconstitucionales debe examinarse a partir de tres presupuestos: el daño, la antijuridicidad del daño y la imputación al Estado. Esta tríada permite evitar respuestas automáticas, tanto en sentido indemnizatorio como en sentido denegatorio.

El daño exige una lesión cierta, personal, directa y susceptible de valoración económica. En materia tributaria, puede manifestarse en el pago de un gravamen declarado inexecutable, en la pérdida de disponibilidad de recursos, en costos financieros, en afectaciones comerciales o en perjuicios derivados de la imposición de una carga fiscal contraria a la Constitución.

La antijuridicidad no depende exclusivamente de que la Corte Constitucional module o no los efectos de la sentencia. Depende de si el contribuyente tenía el deber jurídico de soportar la carga patrimonial impuesta. Esta distinción es central: los efectos temporales de la sentencia de constitucionalidad ordenan la vigencia de la norma en el sistema, pero no agotan el juicio de responsabilidad sobre el daño sufrido por el particular.

La imputación exige identificar cuál autoridad produjo normativamente el daño. Cuando el perjuicio proviene de la creación legal de un tributo inconstitucional, la imputación se dirige al Estado por la función legislativa, no a la entidad recaudadora que aplicó la ley mientras estuvo vigente. Esta precisión evita desplazar artificialmente la responsabilidad del Congreso hacia la administración tributaria, salvo que el daño inmediato provenga de un acto administrativo particular de liquidación, cobro o rechazo de devolución.

De la inmunidad del legislador al Estado responsable

La tesis doctrinal que plantea Eduardo García de Enterría, es que los tribunales contencioso administrativos carecen de jurisdicción para decidir acciones de condena contra el Estado por daños causados por la legislación, toda vez que los actos emitidos por el legislador son, según la Constitución, expresión misma de la voluntad del pueblo; si se admitiese que un tribunal proferiera una sentencia de condena por perjuicios irrogados por una disposición legislativa, el juez estaría sustituyendo la voluntad del Parlamento y, en últimas, la voluntad del pueblo.

Para García de Enterría (2002), el juicio al Estado legislador por perjuicios causados a las personas, en virtud de las leyes, la jurisdicción encargada de tramitar la controversia debe ser la constitucional, toda vez que es esencialmente declarativa, en cuanto protege la superioridad normativa de la Constitución Política sobre las leyes. A pesar de encontrarse facultada para eliminar del ordenamiento jurídico normas contrarias a la Constitución, jamás podría proferir una sentencia en cuya virtud condene al Estado a reparar un perjuicio causado por la entrada en vigencia de una disposición normativa, ya que ello, pondría en riesgo las bases mismas de la democracia (García de Enterría, 2002). El profesor presenta estos argumentos, y bien vale la pena citar in extenso:

Las sentencias condenatorias al pago de indemnizaciones por el hecho de las leyes interfieren directa y gravemente la propia potestad legislativa me parece una evidencia manifiesta.

Resulta con ello perfectamente claro que la atribución del deber de indemnizar por las posibles y diversas afecciones económicas que cualquier ley puede producir supone una injerencia directa en el contenido mismo

del poder legislativo, la eficacia de cuyos productos normativos quedará condicionada por decisiones judiciales eventuales y aisladas.

Este poder de interferir la eficacia misma de las leyes, adicionando a su contenido decisiones que ellas excluyeron expresa o implícitamente o que ni siquiera consideraron como posible, no está, por de pronto, a la disposición del Tribunal Constitucional, que tiene una competencia específica para enjuiciar leyes y que lo más que puede hacer es eliminar del ordenamiento la ley impugnada en cuanto contraria a la Constitución o incluso hacer preceptiva una determinada interpretación conforme a la Constitución, que excluya lo que en otro caso determinaría su inconstitucionalidad, pero nunca, y esto en términos absolutos, adicionar su contenido con preceptos nuevos, que es un atributo esencial y exclusivo del propio poder legislativo, en cuanto representación del pueblo español. En ningún sistema constitucional, puede afirmarse en términos absolutos, ningún tribunal, ni constitucional ni ordinario, puede enmendar leyes positivas. La sola presencia de un fenómeno de esa naturaleza acusaría, sin más, que el sistema no sería ya, en modo alguno, democrático.

Las sentencias que, declaran la obligación de indemnizar por hecho de las leyes son sentencias de condena que, como todas las de este carácter, sustituyen la voluntad del condenado, aquí del legislador. Solo el Tribunal Constitucional ostenta jurisdicción sobre las leyes, pero esta jurisdicción es puramente declarativa de nulidad de las leyes, nunca de condena.

De este modo, se hace patente que cuando un tribunal condena al pago de una indemnización por un acto del Legislador está sustituyendo la voluntad de éste; voluntad que la Constitución es inequívoca en definir como la voluntad del pueblo. Ahora bien, esta operación está absolutamente fuera del alcance de los poderes de cualquier juez, incluso, por supuesto, del juez constitucional. (García de Enterría, 2002, pp. 119-122)

Luego concluye su planteamiento:

En ningún país, no sólo en España, ocurren las cosas de otra manera. [...] Y hemos de añadir aún: ni pueden ocurrir, pues otra cosa significaría una desnaturalización radical del papel de la justicia, que se vería investida de un sorprendente poder normativo directo frente a la representación popular o soberana. (García de Enterría, 2002, p. 124)

En efecto, no debe soslayarse que a pesar de la inexistencia de una regulación de carácter legal que desarrolle de manera exhaustiva la responsabilidad del Estado con ocasión del ejercicio de su función legislativa o que, al menos, consagre un principio general de responsabilidad, el ordenamiento jurídico colombiano cuenta con una norma que, de forma genérica, consagra una obligación indemnizatoria a cargo del Estado cuando la acción o la omisión de las autoridades públicas causa un daño, sin distingo alguno respecto de la autoridad de que se trate (Alonso-García y Leyva-Ramírez, 2013).

Otro de los argumentos señalados para negar la existencia de la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador, es la falta de competencia del juez contencioso administrativo. La Sentencia C-036 (Corte Constitucional, 2003), establece que el medio de control adecuado para obtener la reparación de este tipo de perjuicios ocasionados por daños antijurídicos es el de pretensiones de reparación directa, con lo cual se otorga competencias a los jueces contencioso-administrativos. Pero, este criterio relacionado a la reparación directa de las normas tributarias declaradas inconstitucionales y su no modulación por parte de la Corte Constitucional de manera retroactiva, ha sido cambiado por el fallo del caso “Congreso de la República-Agencia Nacional para la Defensa Jurídica vs. Consejo de Estado” (Sentencia 2171 del 7 de abril de 2016), que se analizará en párrafos subsiguientes.

Si bien existen argumentos que se oponen a la existencia de la responsabilidad patrimonial del legislador, esto no ha impedido a la jurisdicción contenciosa administrativa declarar la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador tributario. Los eventos en los cuales se ha aceptado son los siguientes: 1) cuando el ordenamiento jurídico así lo señale, 2) cuando la norma es constitucional, pero causa un daño antijurídico, 3) cuando la Corte Constitucional modula los efectos de la declaratoria de inexequibilidad hacia el pasado (*ex tunc*).

En relación con el primero de los eventos, se traerá a colación la jurisprudencia del Consejo de Estado francés Sociedades de Productores lácteos la Fleurette, citado en la Sentencia C-038 de 2006, que dice:

Considerando que nada, ni en el texto de la Ley ni en sus trabajos preparatorios, ni del conjunto de las circunstancias del asunto permiten pensar que el Legislador ha querido hacer soportar a la interesada una carga que no le incumbe normalmente; que esa carga, creada por el interés general, debe ser soportada por la colectividad, de lo que se infiere que dicha sociedad la Fleurette tiene fundamentos para demandar que el Estado sea condenado a pagar una indemnización en reparación del perjuicio por ella sufrido. (Sentencia C-038 de 2006)

Antes de la vigencia de la Constitución Política de Colombia de 1991, el Consejo de Estado cita el fallo de “Sociedades de Productores lácteos la Fleurette” para afirmar que es la ley la encargada de señalar si el daño causado por la actividad legislativa debe o no ser reparado:

Es, pues, un error ver en la responsabilidad derivada de las leyes un supuesto más de responsabilidad del Estado entre otros. Se trata de un régimen jurídico que se diferencia radicalmente, a pesar de algunas

similitudes técnicas, del que preside la reparación de los daños causados por la acción administrativa del Estado. En primer lugar, la actividad dañosa (la ley) queda fuera de toda crítica y no pueden alegarse contra ella ni la falta ni la violación del Derecho. Además, el autor del daño (el legislador) decide él mismo, expresa o tácitamente, si el daño debe o no ser reparado, y el juez, que no se hallaría vinculado por tal decisión si hubiese sido adoptada por una autoridad administrativa, está irrevocablemente vinculado por esta decisión del legislador. (Sentencia 5396 del 18 de octubre de 1990)

La Constitución Política en sus artículos 58, 150 numeral 17, 336 y 365 preceptúan que el Estado está obligado a indemnizar a cierto grupo de personas que se vean afectadas como consecuencia de la actividad legislativa adelantada por el Congreso de la República. En estos eventos, el actuar del poder legislativo es objeto de responsabilidad patrimonial, al encontrarse consagrada en la Constitución.

Frente a la inmunidad del legislador coexisten posiciones contrarias. Uno de esos argumentos fue el señalado en el caso “Goodyear vs. Congreso de la República” (Sentencia 28741 del 26 de marzo de 2014), que establece que el parlamento es tan solo el constituyente derivado, mientras que la Carta Política encarna la voluntad del constituyente primario, quien es, en últimas, el verdadero soberano. Dice textualmente:

Analizado lo anterior, se tiene que el argumento que propende por la inmunidad del legislador como representante de la voluntad del pueblo, cae por su propio peso y no pasa de ser una mera falacia argumentativa o error de razonamiento, pues se insiste, no puede perderse de vista que el legislador es el constituyente derivado y conforme a los más elementales principios del derecho constitucional, jamás podrá reemplazar ni suplir al constituyente primario, quien plasma su voluntad en la Constitución.

De este modo, aceptar sin más, que no se deriven perjuicios a partir una norma que ha sido declarada inconstitucional equivaldría a decir que la voluntad del constituyente primario carece de valor. (Sentencia 28741 del 26 de marzo de 2014)

El artículo 90 de la Constitución Política no excluye a las autoridades legislativas de la responsabilidad patrimonial por daños antijurídicos, por ende, la inmunidad del legislador no es una explicación válida para afirmar que el Estado es irresponsable por las actuaciones adelantadas por el poder legislativo, es decir, el Congreso de la República.

En conclusión, en nuestro sistema constitucional, el Estado se encuentra obligado a reparar los daños antijurídicos causados por la actividad de los poderes públicos sin excepción, siendo procedente que se adelanten ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo los medios de control que buscan la reparación integral de los perjuicios causados por el actuar irregular del poder legislativo.

En Sentencia C-038 de 2006, nuestra Corte Constitucional precisó este punto, a propósito de una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 86 del CCA, por cuanto el accionante consideró que era contrario a lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, bajo el entendido que de acuerdo con la redacción del artículo 86 del CCA no hay lugar para demandar por vía de acción de reparación directa la responsabilidad del Estado legislador, norma que se reproduce en el artículo 140 de la Ley 1437 de 2011, nuevo código administrativo y de procedimiento administrativo.

Frente a los supuestos de responsabilidad del Estado legislador, la Corte en el referido fallo señaló: “no sobra advertir que la Constitución establece expresamente determinados supuestos de obligación resarcitoria

por la actuación del Legislador, tales como la figura de la expropiación” (Sentencia C-038 de 2006, p.), la obligación de indemnizar cuando se establece un monopolio o cuando el Estado decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos.

La Corte Constitucional (Sentencia C-038 de 2006) concluyó que la norma demandada es exequible, puesto que, desde un punto de vista amplio, debe entenderse que al referirse el artículo 90 constitucional a las autoridades públicas, se encuentran incluidos aquellos órganos de naturaleza estatal, encargados de ejecutar funciones de carácter legislativo, sin perjuicio, de que sea la ley la que fije los lineamientos, parámetros y cauces dentro de los cuales se ha de hacer efectiva este tipo de responsabilidad. La Corte Constitucional (Sentencia C-038 de 2006) ordenó la reparación de los daños antijurídicos causados por la actividad del legislador, en esta oportunidad, mediante la técnica de modular los efectos temporales de sus decisiones, se ha permitido el resarcimiento de algunos de los perjuicios patrimoniales causados por leyes inconstitucionales, específicamente, al darle eficacia retroactiva a sus sentencias.

Para arribar a esa conclusión, la Corte acudió a la llamada doctrina del derecho viviente, utilizada por esta corporación en numerosas oportunidades, según la cual:

(...) cuando un texto legal sea objeto de diversas interpretaciones y alguna de ellas resulte cuestionada por su aparente oposición a los mandatos constitucionales, para los efectos de establecer su verdadero alcance y su sentido racional y lógico -a la luz de los acontecimientos y transformaciones sociales-, debe tenerse en cuenta la interpretación que de la misma hayan hecho la jurisprudencia y la doctrina especializada. (Sentencia C-038 de 2006)

En ese sentido, si bien la disposición demandada era susceptible de una interpretación que restringía la procedencia de la acción de reparación directa a las actuaciones imputables a las autoridades administrativas, la Corte Constitucional atendió a aquella interpretación conforme a la cual el artículo demandado incluye las conductas atribuibles a las autoridades que desarrollan funciones de tipo legislativo; interpretación adaptada a la Constitución y acogida por el órgano límite de la jurisdicción contencioso administrativa, razón por la que resultaba improcedente declarar inexecutable la norma e innecesario proferir un pronunciamiento de carácter interpretativo a efectos de retirar del ordenamiento jurídico la interpretación inconstitucional, puesto que “el órgano-encargado de fijar el alcance y contenido del precepto legal demandado -el Consejo de Estado-, ha sostenido de manera reiterada que la acción de reparación directa cabe contra los hechos y omisiones provenientes del poder legislativo” (Sentencia C-038 de 2006).

En ese orden de ideas, se estableció la inclusión del daño antijurídico, institución propia del derecho español como categoría principal de la responsabilidad estatal, que deja de lado los elementos subjetivos de culpa y dolo.

En estas condiciones, podría concluirse que el alcance del artículo 90 de la Constitución Política de 1991, no fue otro, pero tampoco cada más, que el de darle rango constitucional al tema de la responsabilidad patrimonial del Estado y de los funcionarios públicos, los dos inútiles, puesto que la jurisprudencia había llegado a idénticos resultados sin necesidad de una norma constitucional especial. (Navia-Arroyo, 2000, p. 223)

Esta postura se reitera en la Sentencia C-149 de 1993, en el cual se declaró la inconstitucionalidad de los artículos 16, 17 y 18 de la Ley 6 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 (Sentencia C-149 de 1993) encontró que, al momento de proferir el fallo, la mayor parte del tributo declarado inconstitucional había sido recaudado, por lo tanto, la única manera de realizar la justicia pretendida por el Constituyente era mediante la devolución de las sumas ilegítimamente percibidas por el fisco.

Por su parte, el Consejo de Estado (Sentencia 5396 del 18 de octubre de 1990), también ha desarrollado criterios frente a la responsabilidad del Estado por el hecho de la ley, uno de los antecedentes importante sobre la responsabilidad del legislador, se presenta el 18 de octubre de 1990, cuando la Sección Tercera del Consejo de Estado determinó que:

El Estado respondiera patrimonialmente por las consecuencias de su actividad legislativa. El caso se desarrolla con una demanda instaurada por la Sociedad Felipe Garrido Sardi y Compañía Ltda., según la cual, habría sufrido perjuicios con ocasión de la creación de un impuesto a los licores extranjeros mediante la Ordenanza No. 025 de diciembre de 1981 y el Decreto Departamental No. 0623 de marzo 30 de 1982 en el valle del Cauca. En primera instancia; los actos demandados habían sido declarados nulos por considerarse que los impuestos creados eran competencia de una ley de carácter nacional y no local como lo eran la Ordenanza y el Decreto Departamental, decisión que sería confirmada en segunda instancia por el Consejo de Estado. Posteriormente, una segunda demanda fue instaurada por la misma sociedad comercial contra el departamento del Valle del Cauca, por los perjuicios ocasionados con los actos declarados nulos en proceso anterior, ante lo cual el Tribunal Contencioso Administrativo

desestimaría las pretensiones, por considerar que la declaratoria de nulidad de aquellos actos no conllevaba la responsabilidad patrimonial del Estado por ser impersonales y abstractos y no constituir vía de hecho u operación administrativa. (Navia y Chito, 2019, s. p.).

Finalmente, el Consejo de Estado, en esa oportunidad señaló:

(...) la interpretación de la voluntad del legislador no permitía inferir que éste, teniendo en cuenta las circunstancias, tuviera la decisión de que se indemnizara a los posibles damnificados con los efectos jurídicos producidos por la ordenanza y el Decreto citados. (Sentencia 5396 del 18 de octubre de 1990)

El alto tribunal en lo contencioso administrativo negó la pretensión de resarcir los perjuicios (Arenas-Uribe y Jimenez-Uscategui, 2001), no obstante, deja entre ver una posible responsabilidad del Estado.

Un segundo antecedente, es el fallo de diciembre 13 de 1995 de la Sala Plena del Consejo de Estado, que conoce el caso del Senador Feisal Mustafá Barbosa, quien demandó el pago de perjuicios contra el Estado por haberse suspendido su periodo legislativo, lo que ocurrió como consecuencia de una disposición transitoria redactada por la Asamblea Constituyente, que elaboró la constitución de 1991, según la cual se convocaba a nuevas elecciones (Sentencia 470 del 13 de diciembre de 1995). La demanda fue denegada bajo el argumento de que, pese a que el control jurisdiccional al que pueden someterse las actuaciones del Estado pueden dar lugar a declarársele responsable patrimonialmente por los daños que provoque su actividad, en el caso particular que fue consecuencia de un hecho político y jurídico al promulgarse una nueva constitución, no existe órgano competente que juzgue tal actividad ni marco jurídico anterior que permita

juzgar las decisiones de la Asamblea Nacional Constituyente, al redactarse la nueva constitución, lo que se confirma en el artículo 59 transitorio de la Constitución Política, según el cual los actos promulgados por la Asamblea Nacional Constituyente no tienen control jurisdiccional alguno (Sentencia 470 del 13 de diciembre de 1995).

Un tercer antecedente es el fallo de agosto 25 de 1998 de la Sala Plena del Consejo de Estado, cuando se pronunció sobre la responsabilidad del Estado como consecuencia de la aprobación de la Ley 6 de 1972, mediante la cual se aprobó la entrada en vigencia de la convención de Viena sobre relaciones diplomáticas. La demanda surgió bajo la acción de reparación directa y como consecuencia de la muerte de un particular en territorio colombiano a causa de ser arrollado por un vehículo de placas diplomáticas estadounidenses y manejado por un coronel del ejército del mismo país (Sentencia IJ-001 del 25 de agosto de 1998). La inmunidad consagrada en la convención, ratificada y puesta en vigor por ley, impedía a las víctimas obtener la reparación por la muerte de su padre y esposo por parte de la embajada de Estados Unidos (Sentencia IJ-001 del 25 de agosto de 1998).

En primera instancia se declaró la responsabilidad del Estado invocando los principios de *iura novit curia* y de igualdad, toda vez que, los afectados no pudieron obtener una indemnización del directo causante del daño, en razón de la inmunidad que traía consigo la convención de Viena (Derecho de los Tratados) (Sentencia IJ-001 del 25 de agosto de 1998). Este trascendental fallo fue apelado por las partes y en segunda instancia el Consejo de Estado, consideró que la responsabilidad que administrativamente se demandada estaba ligada con el rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas, entonces, el Consejo de Estado orientó la responsabilidad del Estado legislador bajo el régimen o la tesis del daño especial, fundamentándose en el desequilibrio frente

a la ley; al tratarse de la aplicación de un tratado, se concluyó que el daño derivaba de una actividad legítima y compleja, realizada por varias autoridades públicas, el Congreso y el Presidente de la República, quienes aprobaron conceder un privilegio de inmunidad a determinada persona por sus calidades. En el caso de causar un daño a un particular, era el Estado el llamado a responder, precisamente, porque la aprobación de ese tratado podía generar un rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas, el cual, el particular no estaba obligado a soportar. Al no poder recibir una reparación de los daños sufridos por el directamente implicado, por la actuación compleja del Estado, le corresponde al mismo Estado el deber de reparar la desigualdad generada (Sentencia IJ-001 del 25 de agosto de 1998).

Así, el Estado en ejercicio legítimo de sus funciones constitucionales, aprobó a través de una ley de la república la incorporación de un tratado internacional (Convención de Viena), que estableció la inmunidad diplomática, esta actuación del legislador es la causante de la desigualdad de la víctima, quien no puede ser reparada en sus perjuicios por el daño causado, siendo el Estado el llamado a responder.

La Corte Constitucional en la Sentencia C-427 de 2000, desarrolla la línea jurisprudencial sobre la amplia libertad legislativa y determinó que:

La atribución de legislar en materia tributaria, principalmente encomendada al Congreso de la República, es lo bastante amplia y discrecional como para permitirle fijar los elementos básicos de cada gravamen atendiendo a una política tributaria que el mismo legislador señala, siguiendo su propia evaluación, sus criterios y sus orientaciones en torno a las mejores conveniencias de la economía y de la actividad estatal. (Sentencia C-427 de 2000)

En el año 2002, el 26 de septiembre, el Consejo de Estado volvió a referirse a la eventual responsabilidad del legislador por los efectos de una norma declarada inexecutable. En esa oportunidad, el municipio de Prado demandó a la Nación, Ministerio de Hacienda, por el pago de las sumas correspondientes a los ingresos de la concesión de telefonía móvil que había dejado de percibir mientras estuvo vigente la Ley 217 de 1995 hasta la fecha en que fue declarada inexecutable (Sentencia 2094 del 26 de septiembre de 2002).

Según el profesor Juan Pablo Sarmiento Erazo (2010b), el alto tribunal se arriesga a señalar la intervención económica como un valor donde el legislador goza de mayor libertad, modulando el artículo 334 de la Constitución Política, que encarga al Estado la dirección general de la Económica.

En este caso, se negaron las pretensiones al considerar que, la Corte Constitucional al declarar la inexecutable no estableció efectos retroactivos de su sentencia, por lo que no podía determinarse que los daños causados con anterioridad a esa declaratoria eran antijurídicos, haciendo énfasis en que solo la Corte Constitucional podía definir los efectos de sus sentencias y no podía acudir a la excepción de inconstitucionalidad para acceder a la reparación de perjuicios causados, mientras la norma estuvo vigente, pues surtiendo efectos hacia el futuro, el fallo de inconstitucionalidad de la norma y la pretensión de responsabilidad no sería procedente, bajo el argumento de que:

La contradicción con la Carta Política se consolida única y exclusivamente a partir de la declaratoria de inexecutable, de tal forma que los daños generados durante su vigencia no podían ser calificados de antijurídicos, y en ese orden de ideas, no podía ordenarse reparación alguna. (Giraldo, 2018, pp. 14-15)

Luego, en el año 2003, el Consejo de Estado, Sección Tercera, concluyó que:

La acción de reparación directa era procedente para el análisis de la reparación de daños causados por la aplicación de normas declaradas inexequibles, sin embargo, aunque la inexequibilidad no obligaba el reconocimiento de lo pedido, debía acreditarse la existencia o claridad de su ocurrencia y su cuantía. (Auto 23245 del 15 de mayo de 2003)

En el mismo año, el 12 de junio, la Sección Cuarta del Consejo de Estado señaló:

Que los efectos generados por la aplicación de una norma declarada inconstitucional hacia el futuro, no podían desembocar en perjuicio alguno que pudiera reputarse de antijurídico, pues antes de la sentencia de inexequibilidad, el cumplimiento de la disposición era obligatoria desde su promulgación para todos los habitantes de la Nación. Así mismo, dejó claro que no era de su competencia modificar el alcance de los efectos fijados en una sentencia de inexequibilidad so pretexto de ordenar la reparación de los presuntos perjuicios causados como consecuencia de la aplicación de la ley inconstitucional. (Sentencia AG-0014 del 12 de junio de 2003)

El 8 de marzo de 2007, el mismo tribunal recordó lo señalado por la Corte Constitucional cuando estudió la constitucionalidad del inciso primero del artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, el cual fue demandado porque al parecer incurría en omisión legislativa, al no prever dentro de los supuestos de responsabilidad del Estado los hechos y omisiones imputables a la actividad del poder legislativo (Ruiz-Orejuela, 2016). En esa oportunidad, la Corte compartió el criterio del Consejo de Estado, al estimar que su jurisprudencia ha sido conforme al texto constitucional, pues de manera reiterada ha señalado que la acción de

reparación directa cabe contra los hechos y omisiones provenientes del poder legislativo (Sentencia 16421 del 8 de marzo de 2007).

En consecuencia, la jurisprudencia tanto de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado como de la Sección Tercera ha reiterado que la vía procesal para reclamar los daños antijurídicos provenientes de la actuación u omisión del poder legislativo es la acción de reparación directa, como se dejó sentado en las sentencias de 25 de agosto y 8 de septiembre de 1998 de la Sala Plena, y en las sentencias de 26 de septiembre de 2002 y el auto de 15 de mayo de 2003. (Corte Constitucional, Sentencia C-038 de 2006)

En ese orden de ideas, según la Corte Constitucional (Sentencia C-038 de 2006), la interpretación que ha acogido el Consejo de Estado en su jurisprudencia es una interpretación de conformidad con el texto constitucional.

Para el 23 de febrero del año 2012, el mismo Consejo de Estado consideró que:

(...) en el sistema jurídico colombiano, el artículo 90 superior no excluye a autoridad pública alguna del deber de reparar los daños antijurídicos imputables a su acción o a su omisión, razón por la cual cabe entender comprendidos en el enunciado del referido canon constitucional a los autores de normas generales, impersonales y abstractas que ocasionen perjuicios de dicha índole, (...) con independencia del mantenimiento de las situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de la norma general que consagraba la obligación tributaria declarada inexecutable o nula —cosa que no está en discusión—, la persona que haya sufrido un daño antijurídico como consecuencia directa de la aplicación de tal disposición tiene derecho

a que, a través del cauce procesal constituido por la acción de reparación directa, se examine si concurren, o no, los requisitos constitucionalmente exigidos para que se declare patrimonialmente responsable al Estado, vale decir, que el daño antijurídico causado sea imputable a la acción —el ejercicio irregular de su potestad normativa— desplegada por una autoridad pública. (Sentencia 24655 de 23 de febrero de 2012)

Para el año 2014, el Consejo de Estado, precisa los títulos de imputación aplicables en la responsabilidad del Estado por hechos del legislador. Wilson Ruiz-Orejuela (2015; 2016) explica los dos eventos de su procedencia: el primero, cuando el legislador en ejercicio de su competencia, expide una norma conforme a la constitución, causando un daño a quien no estaba en la obligación jurídica de soportarlo, en cumplimiento de una actuación legítima del Estado, el título de imputación es el daño especial. En el segundo evento la responsabilidad del Estado se hace por falla del servicio, toda vez que la disposición legal resultó inconstitucional, es decir que, el legislador falló y causó perjuicios.

Siguiendo la tesis de la falla del servicio del legislador, el Consejo de Estado en sentencia del 26 de marzo de 2014, como se explicará con mejor detalle más adelante, declara la responsabilidad del Estado por hechos del legislador, al condenar al Congreso de la República por los perjuicios causados a la empresa Goodyear de Colombia S. A., lo anterior en virtud de la Ley 633 de 2000 que, en sus artículos 56 y 57 estableció la obligación de liquidar y pagar la Tasa Especial por Servicios Aduaneros (TESA), artículos posteriormente declarados inexecutable mediante Sentencia C-922 del 29 de agosto de 2001.

De la misma manera, en el año 2014, en Sentencia 26702 del 11 de junio, el máximo tribunal de lo contencioso administrativo, de nuevo reiteró su postura sobre la responsabilidad patrimonial del Estado por

hechos del legislador frente a los daños causados a la sociedad Promigas S. A. E. S. P., la cual tuvo que pagar una obligación tributaria declarada como inconstitucional, se trata de la misma TESA contemplada en los mismos artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000, los cuales como se mencionó arriba, fueron declarados inexecutable por la sentencia C-992 de 2001 (Bernal-Corredor, 2017).

Un aspecto importante que identifica el profesor Wilson Orjuela (2016), en el análisis de esta sentencia es que:

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 legislador, en la medida en que los pagos que realizó la sociedad Promigas S. A. E. S. P., 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.

Lo anterior permite concluir que, el alcance del artículo 90 constitucional ha permitido el desarrollo jurisprudencial por hechos del legislador de un régimen de responsabilidad en principio, objetivo que no excluye el subjetivo, lo que para el profesor Wilson Ruiz es un sistema mixto.

La evolución histórica y comparada permite establecer una primera regla: el legislador no es inmune por el solo hecho de representar la voluntad popular. En el Estado constitucional, la ley está sometida a la Constitución y la función legislativa queda comprendida dentro del régimen general de responsabilidad cuando concurren daño antijurídico, imputación y nexo causal.

PARTE II

Tributos inexecutable, daño antijurídico y títulos de imputación

Esta segunda parte se concentra en el escenario más controvertido: la aplicación de una ley tributaria que luego es declarada inexecutable. Sin embargo, el análisis no puede perder de vista que el tributo también puede comprometer responsabilidad por otras vías: por mandato constitucional expreso, por daño especial derivado de una ley válida o por omisiones normativas que impidan la efectividad de la reparación. La categoría tributaria, por tanto, no es un caso aislado, sino una manifestación específica de la responsabilidad del Estado por el hecho de la ley.

La segunda parte traslada la teoría general al campo tributario. El deber de contribuir es una carga constitucional legítima; sin embargo, esa legitimidad se debilita cuando la obligación fiscal nace de una norma contraria a la Constitución o de un acto administrativo ilegal.

5. Daño, antijuridicidad e imputación en la responsabilidad del legislador tributario

El concepto y alcance del daño se concibe como el agravio a un derecho o interés, en palabra de la doctrina y daño es:

El horizonte de quebrantamiento a un interés legítimo, posibilita una visión omnicausal del fenómeno dañoso más allá de las limitaciones que llevaba circunscribirlo al ámbito cerrado del derecho subjetivo y

que implicaba un desconocimiento de la realidad que clamaban por su resarcimiento. (Gil-Botero, 2006, p. 57)

Así, “el daño es a lesión de un interés legítimo, es un hecho de la vida que tiene una consecuencia patrimonial” (Henaó-Pérez, 2007).

En esta construcción, la especialidad del daño es un requisito esencial, porque, como afirma Odent “si el daño causado por la ley fuere general, sería contradictorio pretender repararlo mediante la concesión de una indemnización que gravaría a toda la colectividad”. (Como se citó en Alonso-García y Leiva-Ramírez, 2013)

Por su parte, Juan Carlos Henaó Pérez ha definido el concepto general del daño, de la siguiente manera:

Daño es toda afrenta a los intereses lícitos de una persona trátase de derechos pecuniarios o de no pecuniarios, de derechos individuales o de colectivos, que se presenta como lesión definitiva de un derecho o como alteración de un goce pacífico y que, gracias a la posibilidad de accionar judicialmente, es objeto de reparación si los otros requisitos de la responsabilidad civil -imputación y fundamento del deber de reparar- se encuentran reunidos. (Henaó-Pérez, 2015, p. 35)

De acuerdo con lo expresado, uno de los escenarios en los que se presenta es cuando se lesionan los derechos pecuniarios de manera definitiva y evaluable económicamente; sin embargo, para que sea reparable, la lesión debe ser antijurídico. Según la Corte Constitucional (Sentencia C-333 de 2010), el daño antijurídico debe entenderse como aquel que no es soportable por parte de la víctima del perjuicio, al no existir una norma jurídica que lo justifique, y que no tiene en cuenta el actuar lícito o ilícito de la administración.

Ahora bien, como lo expone el profesor Henao, “el daño es requisito indispensable pero no suficiente para que se declare la responsabilidad estatal” (Henao-Pérez, 2007, p. 38).

La antijuridicidad del daño se refiere a la obligación que tiene el particular de soportar o no el daño ocasionado, en otras palabras, existe justificación jurídica o un título legal que ampare la lesión originada al derecho. El Consejo de Estado lo determinó como “la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extra patrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho” (Sentencia 12158 del 5 de diciembre de 2005); o también se ha entendido como el daño que se produce a una persona a pesar de que “el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo” (Sentencia 12158 del 5 de diciembre de 2005), es decir, el daño carece de causales de justificación.

La imputación del daño al Estado, consiste en la atribución o endilgación de la responsabilidad del Estado, es decir, si el daño ocasionado es atribuible al Estado, entonces, en términos de Luis Botero es “una razón jurídica suficiente por la cual las consecuencias económicas del daño deben ser asumidas por este y no por la víctima” (Botero-Aristizábal, 2007, p. 111).

Afirmar que la responsabilidad del Estado existe sin necesidad de una sentencia declaratoria de inconstitucionalidad, es una reflexión de los profesores María Ahumada-Ruiz (2002), Alonso-García y Leiva-Ramírez (2011) cuando señalan:

La conexión entre las teorías del control de constitucionalidad y de la responsabilidad del legislador es, cuando menos problemática pues no toda declaratoria de inconstitucionalidad implica responsabilidad del Legislador

tiene como requisito la previa declaratoria de inconstitucionalidad de una norma. (p. 307; p. 37)

Estos autores consideran que no existe responsabilidad del Estado legislador cuando no se fijan efectos retroactivos a las sentencias de constitucionalidad, en ese sentido, la Corte Constitucional ha considerado:

Entonces, el control de constitucionalidad no es, es un requisito sine qua non para el reconocimiento de la responsabilidad del Legislador (...) la conexión entre las teorías del control de constitucionalidad y de responsabilidad de legislador es, cuando menos, problemática pues no toda declaratoria de inconstitucionalidad implica responsabilidad estatal, ni todo reconocimiento de la responsabilidad del legislador tiene como requisito la previa declaratoria de inconstitucionalidad de una norma. (Sentencia C-038 de 2006)

Nuestros profesores anteriormente citados concluyen:

Incluso, un examen del derecho comparado demuestra la independencia de ambas figuras, pues es posible apreciar que hay ordenamientos sin control de constitucionalidad de leyes vigentes que reconocen la posibilidad de responsabilidad del Legislador (Francia); ordenamientos sin control de constitucionalidad de leyes y sin mecanismos de exigencia de responsabilidad del Legislador (Reino Unido); ordenamientos con control de constitucionalidad en los que no hay una asociación entre inconstitucionalidad y responsabilidad patrimonial (EE. UU.) (Ruiz, 2005, p. 3); ordenamientos con control de constitucionalidad y reconocimiento -limitado a lo dispuesto por la ley- de un derecho a indemnización por los perjuicios causados por leyes (España), y ordenamientos con control de constitucionalidad en los cuales no se admite la responsabilidad del Legislador (Alemania). (Alonso-García y Leiva-Ramírez, 2011, p. 36)

De lo anterior, se puede deducir que las sentencias de inconstitucionalidad no son constitutivas por sí mismas de la responsabilidad del Estado legislador, toda vez que requieren de los elementos de la responsabilidad, daño antijurídico, nexo de causalidad y actuación del Estado (Moreno-Fernandez, 2009).

Según Ruth Correa-Palacio (2015), este daño:

(...) es el perjuicio patrimonial irrogado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo, sea que la autoridad pública obre en forma contraria a derecho o ajustada a él, y su presencia hace el surgir la obligación de reparar de parte del Estado siempre que sea imputable, con fundamento en el artículo 90 de la Constitución Política, en armonía con los principios y valores propios del modelo colombiano de Estado social de derecho, entre otros los de solidaridad (CP., art. 1º), de igualdad de todos ante las cargas públicas (art. 13, *ibid.*) de buena fe (art. 83, *ibid.*), de equidad y de justicia distributiva, y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos (art. 58 *ibid.*), los fines de promover la prosperidad general y garantizar los deberes consagrados y la responsabilidad de los servicios públicos por la omisión y extralimitación de sus funciones (art. 2º, 6º y 123, *ibid.*). (Correa-Palacio, 2015, s. p.)

Finalmente, la condición es que el perjuicio debe ser directo, es decir, que sea consecuencia del daño, pues el daño es el hecho objetivo en virtud del cual se lesiona un interés legítimo y el perjuicio es la consecuencia patrimonial de este.

La declaratoria de inexecutable no reemplaza el análisis del daño, pero tampoco lo vuelve irrelevante. La sentencia de constitucionalidad acredita la incompatibilidad de la norma con la Constitución; el juez de

responsabilidad debe verificar, adicionalmente, si esa norma produjo una lesión concreta que el particular no estaba obligado a soportar.

En el ámbito tributario, esta precisión permite diferenciar entre el daño puramente abstracto derivado de la existencia de una norma contraria a la Constitución y el daño patrimonial individual producido por su aplicación. La responsabilidad no surge por la simple contradicción normativa, sino por el efecto lesivo que la norma produjo en un sujeto determinado.

También debe distinguirse entre daño y reparación. La devolución del valor pagado puede ser una forma de restitución, pero no necesariamente agota la reparación integral. Si se demuestra que el contribuyente sufrió perjuicios adicionales, el análisis debe desplazarse hacia la indemnización plena del daño antijurídico, siempre que concurren los demás presupuestos de la responsabilidad estatal.

El juicio de responsabilidad debe seguir un orden lógico: determinar si existe una lesión patrimonial cierta, establecer si el contribuyente tenía el deber jurídico de soportarla y definir si la lesión es imputable al legislador, a la administración tributaria o a ambos en planos distintos.

6. El tributo inconstitucional como fuente de responsabilidad patrimonial

De acuerdo con el artículo 2 superior, el Estado tiene unos fines constitucionales que debe cumplir mediante la ejecución de políticas públicas que materialicen los principios, valores y derechos consagrados en la Carta Política; para alcanzarlos es necesario crear tributos (impuesto, tasas, contribuciones) que afectan el patrimonio de los administrados. El encargado constitucionalmente de crear los tributos es el Congreso de la

República, mediante la expedición de leyes que deben tener en cuenta los principios de equidad, eficiencia y progresividad y que relacionen los sujetos activos y pasivos, los hechos, las bases gravables, las tarifas y su no aplicación de manera retroactiva, conforme lo establece el artículo 363.

Esta tarea de creación de tributos se encuentra relacionada con el principio de la reserva legal. Al respecto, Carlos Aroca-Lara (2005) indica que:

Así mismo, la Constitución establece, de manera más estricta, la reserva legal en materia de creación de tributos, y en su artículo 338 dispone: [...]. Esta norma, por su redacción incorrecta, ha generado un sin número de vicisitudes, pero estas han sido bien salvadas por la doctrina y la jurisprudencia nacional; entonces debemos entender que el verdadero sentido de la norma es que solamente el Congreso de la República, a través de las leyes, puede crear tributos, no sólo contribuciones fiscales o parafiscales, que son una especie dentro del género de los tributos, al lado de los impuestos y la tasas. Hasta ahora observamos la potestad tributaria originaria en cabeza del Congreso de la República. Sin embargo, existe una potestad tributaria derivada, la cual es la que ejercen las autoridades administrativas locales en ejercicio del mandato constitucional del artículo 338 antes expuesto; esta potestad derivada denota la posibilidad que tienen los concejos municipales y las asambleas departamentales, como máximos representantes populares a nivel territorial, para adoptar los tributos de carácter local que hayan sido previamente originados en la ley nacional, es decir, existen gravámenes que beneficiarían directamente a las finanzas territoriales, estos gravámenes deberán ser creados por una ley de la República, pero se faculta a las corporaciones territoriales para que los adopten o no en su jurisdicción, dependiendo de la convivencia, inconveniencia y eficiencia que muestren sus particularidades locales, de esta manera, se deriva de la ley la facultad de adopción de tributos en el ámbito territorial. (pp. 21-22)

Así mismo, Juan Carlos Upegui-Mejía (2011) expresa:

La legalidad incorpora, primero que todo, la idea de la reserva de ley. No pueden imponerse tributos en sentido lato, sino en virtud de una norma jurídica que tenga las características formales de la ley, esto significa que sólo un cuerpo colegiado representativo del pueblo puede crearlas y que la administración o los órganos del gobierno, o del poder ejecutivo, carecen de competencia para la creación de las obligaciones tributarias o para la definición de sus elementos. (p. 138)

La Corte Constitucional en Sentencia C-891 de 2012 analizó el principio de reserva legal en materia tributaria así:

El principio de legalidad en materia tributaria se encuentra consagrado en el numeral 12 del artículo 150 y en el artículo 338 de la Constitución Política: el primero consagra una reserva en el Congreso para “establecer contribuciones fiscales y, excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley”, mientras que el segundo exige a la Ley, en algunos casos en concurrencia con las ordenanzas y los acuerdos, la determinación de los elementos de los tributos. Este principio se funda en el aforismo “nullum tributum sine lege” que exige un acto del legislador para la creación de gravámenes, el cual se deriva a su vez de la máxima según la cual no hay tributo sin representación, en virtud del carácter democrático del sistema constitucional colombiano e implica que solo los organismos de representación popular podrán imponer tributos. Históricamente este principio surgió a la vida jurídica como garantía política con la inclusión en la Carta Magna inglesa de 1215 del principio “no taxation without representation”, el cual es universalmente reconocido y constituye uno de los pilares del Estado democrático. (Sentencia C-891 de 2012)

Como es normal, la creación de tributos afecta patrimonialmente a los administrados, situación totalmente permitida según lo dispone el numeral 9 del artículo 95 de la Constitución Política, al establecer la obligación jurídica de toda persona de contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado, imposición que es soportable siempre y cuando no atente contra el principio de igualdad que tienen los ciudadanos frente a las demás cargas públicas impuestas.

Los gravámenes fiscales que nacen por ley son objeto del control de constitucional mediante la acción pública de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional, algunos de estos gravámenes fiscales desaparecerán del ordenamiento jurídico si esta corporación judicial considera que determinado tributo no se encuentra ajustado a la Carta Política; si es el caso surgirán interrogantes acerca de si el Estado, en el desarrollo de la actividad legislativa, es responsable por la creación de tributos contrarios a la norma constitucional que afectan propiamente el patrimonio del sujeto pasivo del gravamen.

Por ejemplo, en la Sentencia C-038 de 2006 antes referida, se dejó claro que a la luz del artículo 90 constitucional, las autoridades del Estado encargadas de ejecutar funciones de carácter legislativo serán responsables por la creación de tributos inconstitucionales.

La responsabilidad del Estado como legislador tributario se relaciona con casos en los cuales la Corte Constitucional declara la inconstitucionalidad del tributo, modulando los efectos de su decisión retroactivamente. El administrado tiene derecho a que se le devuelvan los dineros que fueron cancelados en cumplimiento del tributo.

El precedente jurisprudencial en el que la Corte Constitucional modula los efectos del fallo de manera retroactiva con la Sentencia C-149

de 1993 que declara inexecutable los artículos 16, 17 y 18 de la Ley 6 de 1992, que autorizaba al gobierno nacional para emitir tributos de deuda pública interna, bonos para desarrollo social y seguridad interna (BDSI). En este caso, se dijo en su momento que estos bonos eran un gravamen de carácter tributario, por lo que se ordenó restablecer el equilibrio de los derechos de los sujetos pasivos perjudicados por la imposición tributaria, mediante la devolución del dinero de las sumas pagadas. Los efectos retroactivos de esta sentencia constituirían una forma de reparación para los contribuyentes que se les impuso este gravamen de carácter fiscal; sin embargo, en la devolución de los dineros no se reconocen los intereses o actualizaciones por la pérdida adquisitiva de la moneda, lo cual determinaría que el juez administrativo no perdería la competencia en el restablecimiento del daño antijurídico causado. Juan Pablo Sarmiento-Eraza (2010b) realiza el siguiente análisis:

La sentencia analizada permite evidenciar que el Juez Constitucional, en este caso concreto, no resultó del todo garantista, ni reflejó un ideal para los intereses de las víctimas. La providencia de la Corte expulsó del ordenamiento jurídico una disposición inconstitucional, pero no reconoció adecuadamente el perjuicio al que fue sometido el asociado con ocasión del pago de una suma de dinero trasladada a favor del Estado, que muy seguramente generó algún daño, sea por razón del costo de oportunidad o simplemente por los frutos civiles a los que tiene derecho cualquier individuo que renuncia al disfrute de unos recursos económicos y es afectado por la pérdida del poder adquisitivo de la moneda. (p. 182)

Por esta razón, el juez administrativo debería preservar su competencia para restablecer el patrimonio privado afectado siempre que el daño persista. Parecería adecuado concebir un sistema dual constante de jueces, el constitucional y el administrativo, que permita consolidar una garantía permanente para el asociado. (p. 250)

En el mismo sentido, la Sentencia C-333 de 2010 declaró la inexecutable de los incisos 3, 4, 5, 6, párrafos del artículo 77 de la Ley 1328 de 2009, norma que consagraba un beneficio de carácter tributario a favor de los contribuyentes o responsables de impuestos del orden territorial de vigencias fiscales, anteriores al 31 de diciembre de 2008, que hubieran presentado demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa. Ellos podían conciliar dentro de los seis meses siguientes a la vigencia de la ley, el capital adeudado por el impuesto, las sanciones y los intereses, cancelando un valor inferior al que en realidad estaban obligados. La Corte Constitucional (2010) consideró que, a pesar de que la disposición no estaba vigente al momento de proferirse el fallo de constitucionalidad, el término otorgado por parte del legislador para su aplicación ya había finalizado y no podía constituirse en un obstáculo para proferir una decisión de fondo en aplicación de la teoría de la *perpetuatio jurisdictionis*. Textualmente se señaló:

No obstante, lo anterior, en varias ocasiones y frente a situaciones como la aquí planteada, la Corte ha dado aplicación al principio de la *perpetuatio jurisdictionis*, conforme al cual la pérdida de vigencia de la norma acusada no priva al juez constitucional de la posibilidad de emitir un fallo de fondo. (Sentencia C-333 de 2010, párr. 60)

Ahora bien, una de las razones por las que la Corte Constitucional moduló los efectos de esta sentencia retrospectivamente es que, en el trámite legislativo en el Congreso de la República, la norma acusada no fue objeto de debate en las comisiones constitucionales, declarándola inconstitucional. Esto llevó a que todas las conciliaciones realizadas desde la promulgación de la ley hasta la fecha en que fue proferida la sentencia que declaró su inconstitucionalidad perdieran efectos jurídicos, obligando a los contribuyentes a pagar los tributos adeudados con intereses y sanciones sin ningún tipo de reducción.

En este tipo de casos, la responsabilidad patrimonial del Estado por el hecho del legislador tributario no se encuentra en discusión, por cuanto la Corte Constitucional moduló los efectos de su decisión de manera retroactiva. Pero, cuando no lo hace, puede conllevar a que se configure un daño antijurídico, el cual no están en la obligación jurídica de soportar y que, en vigencia de la ley, se vieron obligadas a cancelar las tarifas impuestas por un tributo inconstitucional, esto es, una responsabilidad de carácter patrimonial a cargo del Congreso de la República, porque en el desarrollo de su actividad legislativa creó un tributo de carácter inconstitucional.

En la Sentencia C-038 de 2006 se determinó que excepcionalmente, mediante la técnica de modulación de los efectos temporales de sus decisiones, es permitido el reconocimiento de perjuicios causados por leyes inconstitucionales, al darle eficacia retroactiva a las sentencias, dando como ejemplo la Sentencia C-149 de 1993, relacionada en párrafos anteriores, y en la cual se ordenó la devolución de tributo declarado inconstitucional; empero, esta providencia reitera que la modulación de los efectos temporales de las decisiones de inexecutable no tienen como propósito la reparación de daños antijurídicos causados por leyes inconstitucionales, pues esa no es una labor “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 C-038 de 2006).

De la responsabilidad del Estado por la declaratoria de inexecutable de la norma y la modulación por parte de la Corte Constitucional de los efectos de la sentencia hacia el pasado (*ex tunc*), se puede citar los fallos C-149 de 1993, que declara inexecutable los artículos 16, 17 y 18 de la Ley 6 de 1992, y Sentencia C-333 de 2010, que declara la inexecutable de los incisos 3, 4, 5, 6, parágrafo del artículo 77 de la Ley 1328 de 2009,

relacionados en la primera parte de esta investigación. En estos eventos, la Corte Constitucional (Sentencia C-149 de 1993; Sentencia C-333 de 2010) se convierte en el juez natural de la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador, al modular los efectos de la sentencia retroactivamente, generando la reparación de los perjuicios que pudieron haberse ocasionado por la aplicación de un precepto normativo contrario a los postulados señalados en la Constitución Política de Colombia.

Otra de las posibilidades para atribuir la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador tributario era cuando se declaraba la inconstitucionalidad de la norma y la Corte Constitucional no modulara los efectos de la sentencia hacia el pasado (*ex tunc*), sino al futuro (*ex nunc*). Este es el caso de la sentencia *Goodyear vs. Congreso de la República*, estudiada anteriormente en este trabajo (Sentencia 28741 del 26 de marzo de 2014). En esta sentencia se señaló que la declaratoria de un tributo inconstitucional origina un daño antijurídico, independientemente de si la Corte Constitucional modula o no los efectos de la decisión de control de constitucionalidad hacia el pasado. Al promulgar este precepto normativo, el Congreso de la República incurrió en una falla del servicio que produjo una lesión patrimonial no justificada en los contribuyentes, obligándolos a cancelar un gravamen fiscal contrario a la Constitución Política (Sentencia 28741 del 26 de marzo de 2014). Este criterio se apartó de la regla general, donde la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador se encuentra supeditada a la modulación por parte de la Corte Constitucional de los efectos de la sentencia de control de constitucionalidad hacia el pasado, conforme al artículo 45 de la Ley 270 de 1996.

Sin embargo, la referida sentencia *Goodyear vs. Congreso de la República* (Sentencia 28741 del 26 de marzo de 2014) dejó de producir efectos jurídicos como consecuencia del fallo de tutela Congreso de la

República-Agencia Nacional para la Defensa Jurídica vs. Consejo de Estado (Sentencia 2171 del 7 de abril de 2016). El argumento principal para revocar esta decisión fue el desconocimiento del artículo 45 de la Ley 270 de 1996, ya que al no modularse por parte de la Corte Constitucional los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad hacia el pasado, sino al futuro, las situaciones ocurridas en vigencia de la ley hasta cuando se declaró su inconstitucionalidad, gozan de la presunción de constitucionalidad, por lo tanto, no pueden ser susceptibles de reparación.

En esta sentencia (Sentencia 2171 del 7 de abril de 2016) se retoma la postura general que existía, según la cual, la responsabilidad patrimonial del Estado por el hecho del legislador tiene su origen en la sentencia donde se declara la inconstitucionalidad del tributo y su modulación por parte de la Corte Constitucional hacia el pasado (*ex tunc*), conforme a lo preceptuado en el artículo 45 de la Ley 270 de 1996.

La supremacía de la Constitución como uno de los fundamentos estructurales de la responsabilidad del Estado legislador por normas inconstitucionales. Desde esta perspectiva, el contribuyente espera legítimamente que el legislador ejerza la potestad tributaria dentro de los límites de la Carta Política. Cuando esa expectativa se frustra por la expedición de una norma inexecutable, el problema no se limita al plano abstracto de la validez normativa, sino que alcanza la esfera patrimonial de quienes cumplieron la obligación impuesta.

La confianza legítima opera aquí en un doble sentido. Primero, como confianza en la constitucionalidad de la ley, que lleva al contribuyente a cumplir la obligación tributaria. Segundo, como confianza en que el ordenamiento no lo dejará sin respuesta cuando esa obligación se revela contraria a la Constitución. Negar toda reparación al contribuyente

cumplido puede producir un incentivo institucional perverso: premiar a quien se abstuvo de pagar o litigó oportunamente, y dejar sin protección a quien obedeció la ley.

7. Modulación de efectos de las sentencias y autonomía del juicio de responsabilidad

La modulación de los efectos de las sentencias de constitucionalidad cumple una función de estabilidad institucional. No obstante, dicha modulación no debe confundirse con la totalidad del juicio de responsabilidad.

En un Estado constitucional la ley se encuentra sometida a la Constitución Política, por ende, su validez depende del cumplimiento de los mandatos constitucionales. José Ignacio Núñez-Leiva (2011) señala:

Así, desde una perspectiva garantista la estructura normativa de los Estados constitucionales de Derecho se caracteriza por la pertenencia de las normas vigentes a diversos planos (Constitucional, legal, reglamentaria, etc.) jerárquicamente ordenados, cada uno de los cuales se configura como normativo respecto del inferior y como fáctico en relación al superior. Lo cual evidencia el sometimiento absoluto de toda fuente de producción normativa al nivel superior de normas, especialmente a la Constitución. En dicho contexto, las prescripciones contenidas en normas superiores condicionan la validez de las normas inferiores, y el cumplimiento de aquéllas, define la eficacia de las normas superiores, lo cual rompe, de paso, con la paleopositivista confusión entre validez y vigencias de las normas. (p. 292)

La Corte Constitucional en la Sentencia C-037 del 26 de enero de 2000 expresó:

El ordenamiento jurídico colombiano supone una jerarquía normativa que emana de la propia Constitución. Si bien ella no contiene disposición expresa que determine dicho orden, de su articulado puede deducirse su existencia, así no siempre resulte sencilla esta tarea. En efecto, diversas disposiciones superiores se refieren a la sujeción de cierto rango de normas frente a otras. Así, para empezar el artículo 4° de la Carta a la letra expresa: ‘La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales’. Esta norma se ve reforzada por aquellas otras que establecen otros mecanismos de garantía de la supremacía constitucional, cuales son, principalmente, el artículo 241 superior que confía a la Corte Constitucional la guarda de la integridad y supremacía de la Carta y el numeral 3° del artículo 237, referente a la competencia del Consejo de Estado para conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuyo conocimiento no corresponda a la Corte Constitucional. Así las cosas, la supremacía de las normas constitucionales es indiscutible. (Sentencia C-037 de 2000)

La Constitución Política, en su artículo 241 numeral 4, establece como función de la Corte Constitucional decidir sobre las demandas que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación, constituyéndose en un mecanismo de control de constitucionalidad de los preceptos normativos que son creados por el legislador. El control de constitucionalidad ha sido definido por Carlos Bernal-Pulido (2005) como:

El Control de Constitucionalidad de las leyes es la competencia que tiene la Corte Constitucional para establecer si una determinada ley es compatible o no con la Constitución. Se trata de una garantía constitucional,

pero sobre todo de los derechos fundamentales. Es un mecanismo contra mayoritario que pretende impedir que las libertades de los individuos, y sobre todo de las minorías, queden al albur de la política de turno. En Colombia, el control de constitucionalidad se ejerce por los medios procesales tipificados en el artículo 241 de la C. P., y por la excepción de inconstitucionalidad prevista en el artículo 4° *ibidem*. (p. 29)

El control de constitucionalidad salvaguarda la constitución de dos maneras, el primero elimina las normas legales que controvierten la constitución con el órgano que monopoliza el poder de la exclusión normativa denominado control concentrando que realiza la Corte Constitucional y el segundo, el control difuso que consiste en la facultad que tienen todos los servidores públicos, cuando en ejercicio de sus funciones y en un caso concreto dejan de aplicar la ley o acto administrativo que sea contrario a la constitución. El control concentrado de constitucionalidad termina con una sentencia que declara la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma, en el caso de ser inconstitucional por vicios de fondo o de procedimiento, la decisión adquiere el atributo de cosa juzgada constitucional y se constituye en un precedente constitucional vinculante.

Una vez declarada la inconstitucionalidad de la norma, el Tribunal Constitucional tiene la facultad de modular el fallo, bien sea ordenando al legislativo la promulgación de una norma o que los efectos sean hacia el pasado, lo cual afecta, en algunos casos, el patrimonio de las personas o el Estado. Juan Pablo Sarmiento (2010b) dice:

Por la modulación de sentencia entendemos aquellos fallos de los tribunales constitucionales que traen en sí mismos normas, como cuando ordena al legislador emitir una disposición, o aquel pronunciamiento de efectos retroactivos que tiene resultados directos sobre el patrimonio del

particular. En este caso donde la función del juez contencioso administrativo se atenúa, quizá hasta el punto de desvanecerse, por la misma intervención realizada por el juez constitucional. (p. 233)

En ese contexto, la declaratoria de inconstitucionalidad de la ley produce como efecto inmediato su desaparición del ordenamiento jurídico y la modulación de los efectos, bien sea hacia el pasado o el futuro. Los efectos sobre el patrimonio de las personas o del propio Estado, conforme a la facultad dada por el artículo 45 de la Ley 270 de 1996, implica que se debe realizar un juicio de ponderación entre dos principios: la supremacía de la Constitución y el de seguridad jurídica. Respecto a la Sentencia C-055 de 1996, dice que:

En cambio, la inexecutable surge de un conflicto normativo entre la Constitución y la ley, que es resuelto jurídicamente por el órgano a quien compete preservar la supremacía de la Carta. El juez constitucional no decide entonces conforme a su voluntad política, sino que se limita a constatar esa incompatibilidad, y a expulsar del ordenamiento la disposición legal, por ser ésta de menor jerarquía. Por ello la declaración de inexecutable no es sólo hacia el futuro, sino que puede tener ciertos efectos hacia el pasado, ya que la validez de la norma estaba en entredicho por su oposición a la Constitución. Los efectos concretos de la sentencia de inexecutable dependerán entonces de una ponderación, frente al caso concreto, del alcance de dos principios encontrados: la supremacía de la Constitución -que aconseja atribuir a la decisión efectos *ex tunc*, esto es retroactivos- y el respeto a la seguridad jurídica -que, por el contrario, sugiere conferirle efectos *ex nunc*, esto es únicamente hacia el futuro. Y, de otro lado, como la norma derogatoria no era válida, por estar en contradicción con la Carta, entonces es perfectamente lógico expulsarla del ordenamiento, por ministerio de la inexecutable, de forma tal que puedan revivir las disposiciones derogadas. (Sentencia C-055 de 1996)

De acuerdo con lo anterior, los efectos que tendrá el fallo de inconstitucionalidad dependerán del juicio de ponderación de los principios de supremacía de la Constitución y de la Seguridad Jurídica. Hugo Marín-Hernández (2007), expresa:

Por el contrario, para ALEXY cuando dos principios entran en conflicto, lo que se impone es la realización de un juicio de ponderación que no implica ni la introducción de excepciones, ni la invalidez de uno de ellos: se trata simplemente de declarar que, bajo las específicas circunstancias del caso concreto examinado, uno de los principios ha de ceder ante el otro, primaría el que tenga mayor “peso”, pero frente a presupuestos fácticos diversos, la cuestión de la precedencia entre ellos puede terminar resolviéndose a la inversa. Así pues, la colisiones entre principios tienen lugar no en la dimensión de la validez – en la que escenifican los conflictos de reglas – sino “en la dimensión del peso”, a través de la “ley de colisión” que no es otra cosa que una ponderación ente los intereses jurídicos opuestos, cuyo resultado será establecer cuál de ellos en abstracto del mismo rango, posee mayor peso en el caso concreto. La colisión se resuelve entonces estableciendo entre los principios en función de las particularidades del supuesto examinado, una relación de procedencia condicionada. (p. 420)

La Corte Constitucional, en Sentencia C-671 de 2015, al respecto señaló:

La ponderación es una técnica que permite resolver tensiones que se presenten entre diversos principios constitucionales. En esencia, se trata de establecer una jerarquía axiológica entre dos o más principios constitucionales, a efectos de determinar cuál de ellos ofrece un mayor valor o “peso”, tomando en consideración las particularidades del caso concreto. (s. p.)

En tal sentido, cuando se declara la inconstitucionalidad de una norma, la Corte Constitucional debería realizar un juicio de ponderación, con el fin de establecer los efectos que tendrá dicha decisión.

De la Sentencia C-034 de 1996, que analizó la constitucionalidad del artículo 45 de la Ley 270 de 1996, se desprende que los efectos del fallo de constitucionalidad son hacia el futuro, salvo que la Corte Constitucional indique lo contrario; no es un deber indicar en la sentencia el por qué no se modula hacia el pasado.

En materia tributaria, los casos en los que la Corte Constitucional realiza un juicio de ponderación son escasos, la razón es el efecto que produce en las finanzas del Estado tener que devolver los dineros cancelados por el tributo inconstitucional. Al respecto, Juan Pablo Sarmiento-Erazo (2010b) dice:

En la mayoría de la legislación, incluida la colombiana, los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad son *ex tunc*, es decir, son sentencias declarativas que producen efectos retroactivos. Cuando se dictan sentencias anulatorias de tributos que se han pagado por los contribuyentes, los efectos retroactivos de aquéllas pueden producir dificultades en las finanzas públicas, pues el Estado se vería obligada a rembolsar aquellas sumas de dinero ilegítimamente recaudadas. (p. 250)

En este marco, si la Corte Constitucional no modula los efectos de su decisión hacia el pasado sino al futuro, no es obligatorio que indique por qué se moduló de esa manera. Las situaciones ocurridas durante el lapso de la promulgación del precepto normativo hasta cuando se profirió la sentencia de control de constitucionalidad gozan de la presunción de constitucionalidad y, por lo tanto, en esa época era vinculantes y obligatorias;

su carácter impositivo desaparece cuando se profiere la sentencia, dejando de ser ejecutable hacia el futuro (Sentencia 2171 del 7 de abril de 2016).

La Sentencia C-619 del 29 de julio de 2003 relaciona las razones por las que la Corte Constitucional modula las sentencias de constitucionalidad hacia el pasado o al futuro:

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

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

El criterio anterior fue acogido en la sentencia del caso “Congreso de la República-Agencia Nacional para la Defensa Jurídica vs. Consejo de Estado” (Sentencia 2171 del 7 de abril de 2016), al establecer que la declaratoria de inconstitucionalidad de la TESA, consagrada en el artículo 56 y 57 de la Ley 633 de 2000, no configura un daño antijurídico por cuanto este tributo era vinculante y obligatorio hasta cuando fue declarado inexecutable.

Si la Corte Constitucional no modula los efectos de la decisión hacia el pasado (*ex tunc*), ello indica que el tributo desaparece del ordenamiento jurídico y deja de ser ejecutable hacia el futuro desde el momento en que se profiere el fallo de control de constitucionalidad (Sentencia 2171 del 7 de abril de 2016).

Si bien esta postura retoma la regla general de responsabilidad del Estado por el hecho del legislador, existen dos condiciones que deben analizarse antes de proferir el fallo de Constitucionalidad que determina si los efectos son hacia el pasado: cuando sea grave la infracción al ordenamiento superior o la notoria trasgresión a un mandato constitucional (Sentencia C-280 de 2014).

Cabe decir que, la Corte Constitucional ha establecido los requisitos para modular los efectos de sus decisiones hacia el pasado; pero, en normas de materia tributaria, estas condiciones no son tenidas en cuenta. Un ejemplo es la Sentencia C-743 de 2015, que declaró inexecutable el artículo 57 de la Ley 1739 (Estatuto Tributario). Este beneficio tributario aplicaba para aquellos contribuyentes que tenían un acto administrativo ejecutoriado, imponiéndoles sanciones tributarias, aduaneras y cambiarias, correspondientes a periodos fiscales del año 2012 y anteriores, cancelando el impuesto y la sanción reducida en un porcentaje, quitando la obligación tributaria que tenían a cargo (Sentencia C-743 de 2015).

Durante la vigencia de esta norma, la Dirección de Impuesto y Aduanas Nacionales (DIAN) terminó procesos de cobro coactivo por la aplicación del beneficio. Más adelante fue declarada inconstitucional, por desconocer el principio de igualdad y equidad en materia tributaria, pues implementaba un tratamiento diferenciado que favorecía a los deudores tributarios morosos, al cancelar sus deudas tributarias en un valor inferior,

en contraposición a los ciudadanos que sí cumplían con el pago de sus obligaciones tributarias de forma oportuna, lo cual, según el fallo de constitucionalidad, atentaba gravemente contra las finanzas del Estado (Sentencia C-743 de 2015).

La declaratoria de inconstitucionalidad de la norma por la vulneración al principio de igualdad y equidad tributaria implicaría que los efectos de la Sentencia C-743 de 2015 fueran hacia el pasado (*ex tunc*), así lo señaló la magistrada Myriam Ávila Roldán en su aclaración de voto, pero se moduló hacia el futuro, lo cual originó que el Estado no continuara con el trámite de los procesos de cobro coactivo contra los contribuyentes morosos que, en virtud del beneficio, no pagaron el monto real de sus obligaciones tributarias, situación que, a juicio de la magistrada originó un detrimento de los recursos públicos del Estado.

Bajo estas circunstancias, quien determina si se tipifica el daño antijurídico con ocasión de la actividad realizada por el legislador tributario es la Corte Constitucional, que modula la sentencia de constitucionalidad hacia el pasado (*ex tunc*), conforme a lo preceptuado en el artículo 45 de la Ley 270 de 1996. Si ello no se presenta, el contribuyente no tiene derecho a que se le devuelva lo cancelado por el tributo inconstitucional, y el detrimento patrimonial causado a estas personas debe ser considerado como un daño lícito.

De acuerdo con este criterio, el control de constitucionalidad y la modulación de los efectos del fallo de inconstitucionalidad hacia el pasado son un requisito *sine qua non*, para el reconocimiento de la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador.

Entonces, el control de constitucionalidad no es un requisito *sine qua non* para el reconocimiento de la responsabilidad por el ejercicio de

la función legislativa, y como bien señala la doctrina, la conexión entre las teorías del control de constitucionalidad y de la responsabilidad del legislador es, cuando menos, problemática pues no toda declaratoria de inconstitucionalidad implica responsabilidad estatal, ni todo reconocimiento de la responsabilidad del legislador tiene como requisito la previa declaratoria de inconstitucionalidad de una norma. (Sentencia C-038 de 2006)

A esto se oponen algunos doctrinantes como María Consuelo Alonso-García y Eric Leiva-Ramírez (2013).

En el derecho comparado existen ejemplos de independencia del control de constitucionalidad y de la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador (Alonso-García y Leiva-Ramírez, 2013). Por ejemplo, Francia tiene un ordenamiento sin control de constitucionalidad de leyes, pero reconoce la posibilidad de responsabilidad del legislador. El Reino Unido también tiene ese tipo de ordenamiento, pero sin mecanismos para exigir responsabilidad del legislador. En Estados Unidos, los ordenamientos con control de constitucionalidad no asocian inconstitucionalidad con responsabilidad patrimonial; una vez declarada una ley constitucional, no es posible una responsabilidad estatal por la producción de dicha ley. Cabe destacar la Quinta Enmienda Constitucional, que establece que quien sea privado de su propiedad debe recibir una justa compensación. En España, que tiene un ordenamiento con control de constitucionalidad, se reconoce de manera limitada el derecho a indemnización por los perjuicios causados por leyes. En ordenamientos como el de Alemania, con control de constitucionalidad, desde 1831 se consideró procedente la responsabilidad patrimonial del legislador siempre y cuando la ley lo consagrara. Posteriormente, la Ley de Responsabilidad Patrimonial del Estado de 1981, en su artículo 5, inciso 2º, afirmaba la responsabilidad del

legislador siempre y cuando la ley lo señalara. Sin embargo, esta norma fue declarada inconstitucional desde el punto de vista formal por el Tribunal Constitucional alemán (Alonso-García y Leiva-Ramírez, 2013).

Ante ese escenario, este tipo de responsabilidad no debería tener una marcada dependencia del control de la Corte Constitucional, por el contrario, su tipificación debería darse a partir de la comprobación de situaciones fácticas ocurridas en el tiempo de vigencia de la ley que crea el tributo, es decir, cuando en realidad se causó una lesión patrimonial que no era obligación del ciudadano soportar.

El tratamiento jurídico de la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado por el legislador tributario a la luz del Consejo de Estado.

El 29 de diciembre de 2000 se profiere la Ley 633 que, en sus artículos 56 y 57, creaba la Tasa Especial por Servicios Aduaneros (TESA), tasas que fueron declaradas inexequibles por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-992 de 2001. En esta sentencia, la Corte Constitucional declaró la inexequibilidad sin que en la providencia se module los efectos de la decisión hacia el pasado (*ex nunc*), con lo cual se da aplicación del artículo 45 de la Ley 270 de 1996.

La declaratoria de inexequibilidad de la norma originó que los sujetos pasivos del gravamen demandaran al Congreso de la República (hechos del legislador) por la creación de un tributo inconstitucional, el medio de control judicial empleado fue de reparación directa, cuya pretensión fue la devolución de los dineros cancelados en cumplimiento del gravamen a título de indemnización de perjuicios.

El máximo tribunal de lo contencioso administrativo, se ha pronunciado sobre el asunto en diferentes oportunidades, asumiendo diversas

posturas, en sus diferentes salas y secciones, la Sección Primera del Consejo de Estado (Sentencia del 19 de mayo de 2014; Sentencia del 28 de abril de 2011; Sentencia del 27 de abril de 2016) ha mantenido una posición uniforme sobre la ausencia de responsabilidad del Estado, toda vez que la Corte Constitucional no estableció efectos retroactivos a la declaratoria de inconstitucionalidad y, en ese orden de ideas, las situaciones jurídicas presentadas antes de la Sentencia C-992 de 2001, se entienden consolidadas, pues se presumen legales, hasta tanto la norma estuvo vigente en el ordenamiento jurídico; como consecuencia de lo anterior, ha negado el derecho a la devolución. En las subsecciones de la Sección Tercera no ocurre lo mismo, pues están divididas en dos posturas diferentes.

La primera postura o tesis niega la responsabilidad extracontractual del Estado por hechos del legislador, entendiendo que no se presenta un daño antijurídico por los pagos realizados en vigencia de la Ley 633 de 2000, ya que estos se aplicaron bajo la presunción de legalidad de las normas; además, la declaratoria de inexecutable de los artículos 56 y 57 tiene efectos hacia el futuro, lo cual impide que afecte una situación consolidada.

La Sección Tercera, Subsección C del Consejo de Estado también conoció algunos de estos procesos, profiriendo un fallo el 24 de octubre de 2013, en el cual se niegan las pretensiones de la demanda, al considerar que la sentencia de constitucionalidad C - 992 del 19 de septiembre de 2001 tiene efectos *ex nunc*, hacia el futuro de conformidad con el artículo 45 de la Ley 270 de 1996, por lo tanto, no se tipificó la falla del servicio o el rompimiento de las cargas públicas que se alegaba, porque los hechos ocurrieron en vigencia de la normas, las cuales se encontraban amparadas por la presunción de legalidad y seguridad jurídica (Sentencia 25981 del 24 de octubre de 2013). El criterio de esta sentencia fue homologado en el fallo proferido el 20 de octubre de 2014 en el expediente 29355, y del 3 de noviembre de 2016 en el expediente 29996.

La segunda postura o tesis, desarrollada por la misma Sección Tercera, establece la responsabilidad patrimonial del Estado (Congreso de la República), toda vez que la inconstitucionalidad de los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000, declarada por la Sentencia C-992 de 2001, a pesar de que los efectos de la sentencia no fueron modulados, demuestra la falla del servicio del legislador cuando se identifica que los pagos realizados por concepto del impuesto (TESA) se sustentaron en normas contrarias a la Constitución. Lo anterior configura los elementos que estructuran la responsabilidad del Estado, es decir, un daño antijurídico que sufre las personas (contribuyentes), al pagar un impuesto amparado en una ley inconstitucional. Tal y como se puede evidenciar en las sentencias del Consejo de Estado, como la proferida el 29 de enero de 2014, que declaró responsable al Estado por el hecho del legislador, que tuvo como precedente jurisprudencial el fallo del 23 de febrero de 2012, en la cual se condenó a la Nación y al Ministerio de Hacienda por la declaratoria de nulidad, presente en el literal b) del artículo 8 del Decreto reglamentario 650 de 1996.

En esta sentencia que profirió el Consejo de Estado (Sentencia 26689 del 29 de enero de 2014), se realizaron una serie de cuestionamientos, entre ellos, el por qué la jurisprudencia no había aceptado la configuración del daño antijurídico cuando se declaró la inconstitucionalidad de una norma que no fue modula por parte de la Corte Constitucional hacia el pasado, pero sí se acepta este tipo de responsabilidad por normas declaradas exequibles.

Ninguna de las actuaciones de las autoridades públicas se escapa a lo señalado en el artículo 90 superior, cuando causan un daño antijurídico, la declaratoria de responsabilidad del Estado por el hecho del legislador no se encuentra sometida a la modulación de los efectos de la declaratoria de nulidad o inexecutable, el daño antijurídico se da porque los ciudadanos no se encuentran en el deber de soportar las cargas que impone una norma

contraria a los postulados constitucionales, el título de imputación es el de falla en el servicio causado por el actuar irregular de la entidad emisora del tributo; en ese orden de ideas, las situaciones jurídicas consolidadas y la reparación del daño antijurídico son diferentes.

En tercer lugar, para efectos de la declaratoria de responsabilidad del Estado, resulta pertinente y necesario deslindar los conceptos de situación jurídica consolidada y reparación de un daño antijurídico, tal y como lo señala el artículo 90 de la Constitución Política. En efecto, aunque en determinadas situaciones en materia de acción de nulidad y restablecimiento del derecho pudiera considerarse viable la teoría de las situaciones jurídicas consolidadas, desde el punto de vista de la responsabilidad extracontractual del Estado legislador, tal argumento no resulta válido. Justamente, lo que se consolidó con el pago del tributo inconstitucional fue un daño antijurídico, cuya indemnización procede en sede de la acción de reparación directa, en la medida en que se verifiquen los demás elementos de la responsabilidad patrimonial de las autoridades públicas (Sentencia 26689 del 29 de enero de 2014).

De la misma manera, mediante Sentencia 28741 del 26 de marzo de 2014, la subsección C de la sección tercera del Consejo de Estado ratifica esta postura, al declarar responsable patrimonialmente a la Nación - Congreso de la República, por falla en el servicio, con motivo de la expedición de los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000, declarados inconstitucionales (Consejo de Estado, 2014).

Así las cosas, se deja claro que la existencia de una situación jurídica particular consolidada bajo el amparo de una ley inexecutable permite determinar o entender la certeza del daño antijurídico acaecido (Sentencia 26689 del 29 de enero de 2014).

Después de esta decisión, la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, profirió sentencias en 2014 (Sentencia 28811 del 9 de abril de 2014; Sentencia 30212 del 11 de junio de 2014) y en 2015 (Sentencia del 29 de abril de 2015; Sentencia 26692 del 13 de mayo de 2015; Sentencia del 16 de julio de 2015; Sentencia 29148 del 24 de junio de 2015), en las cuales se discutía también la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador tributario por la declaratoria de inconstitucionalidad de los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000, que creaba la TESA, decisiones en las que se accede a las pretensiones de la demanda, invocando como argumento principal que, el daño antijurídico no puede estar sometido a que la Corte Constitucional module los efectos de la sentencia de constitucionalidad hacia el pasado (*ex tunc*).

El 26 de marzo de 2014, esta misma Subsección de la Sección Tercera del Consejo de Estado, profirió sentencia sobre el caso “Goodyear vs. Congreso de la República”, frente a los mismos hechos y pretensiones, declarando patrimonialmente responsable al Estado por el hecho del legislador tributario como consecuencia de la declaratoria de inexecutable de la TESA, independiente de que la sentencia de constitucionalidad C-992 de 2001 no modulara los efectos del fallo de manera retroactiva.

En contra de algunas de las sentencias proferidas por la Subsección A - Sección Tercera del Consejo de Estado, se instauraron acciones de tutela invocando como causal de procedibilidad de esta acción constitucional contra providencia judicial el defecto sustantivo por desconocimiento del artículo 45 de la Ley 270, las cuales fueron falladas a favor del Estado. El argumento principal para desestimar la declaratoria de responsabilidad fue porque el daño antijurídico se causa siempre y cuando la Corte Constitucional module los efectos de la decisión hacia el pasado (*ex tunc*).

En la sentencia de tutela dictada el 7 de abril de 2016, la sección cuarta del Consejo de Estado dejó sin efectos la providencia, al considerar la ausencia de responsabilidad del Estado por las siguientes razones: 1) La ley creadora del tributo goza de presunción de constitucionalidad hasta el momento en que se declara inexecutable. 2) El daño causado con el pago de un tributo es jurídico, por lo tanto, no existe daño antijurídico. 3) El artículo 45 de la Ley 270 de 1996, determinó que las sentencias de inexecutableidad tiene efectos a futuro no retroactivos. 4) El juez de la reparación directa no tiene la facultad para decidir sobre los efectos de las sentencias de constitucionalidad, esta es competencia exclusiva de la Corte Constitucional. 5) Resulta contradictorio afirmar que la DIAN actuó conforme a derecho al recaudar un impuesto pero que el contribuyente sufrió un daño antijurídico al momento de pagarlo. 6) El ordenamiento jurídico consagró un mecanismo jurídico para obtener la devolución de lo pagado por concepto de la TESA (Consejo de Estado, 2016). Lo anterior permite concluir que para la sección cuarta (Sentencia 2171 del 7 de abril de 2016) no existe daño antijurídico y en consecuencia no hay lugar a que se declare responsable al Estado; sin embargo, si hay derecho a la devolución, por la existencia del pago de lo no debido.

Tabla 1. Fallos de Consejo de Estado – Sección Tercera - Subsecciones A y C

Nota. Fallos frente a idénticas situaciones fácticas y el mismo problema jurídico y la última sentencia de unificación de la sala plena.

Finalmente, el Consejo de Estado en su sala plena de lo contencioso administrativo en 2018 (Expediente 28769 – 29352), determinó la ausencia de responsabilidad por carecer de antijuridicidad, toda vez que la Sentencia C-992 de 2001 no moduló efectos retroactivos, lo que permitió que no

se evidencie la existencia del daño, durante la vigencia de la Ley 633 de 2000, artículos 56 y 57, disposiciones constitucionales para ese momento.

En ese orden de ideas, se puede afirmar que las sentencias relacionadas establecen una línea jurisprudencial contradictoria en relación con la responsabilidad del Congreso de la República como creador de un tributo inconstitucional, cuando la Corte Constitucional no modula los efectos del fallo en los que se declara la inconstitucionalidad del tributo hacia el pasado.

En suma, existen dos puntos de vista contradictorios. En contra de la tipificación de este tipo de responsabilidad se tiene la Sentencia 5396 del 18 de octubre de 1990, en la cual se analiza lo relacionado con la expedición de la ordenanza 025 del 2 de diciembre de 1981 y el Decreto 0623 del 30 de marzo de 1982, que creó el impuesto al consumo de licores extranjeros, posteriormente, declarado nulo por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa (Sentencia 5396 del 18 de octubre de 1990). Esta decisión se establece con fundamento en la jurisprudencia y la doctrina francesa, donde la responsabilidad del legislador solo procedía cuando se autorizaba por la misma ley, y textualmente señala:

En primer lugar, la actividad dañosa (la ley) queda fuera de toda crítica y no pueden alegarse contra ella ni la falta ni la violación del Derecho. Además, el autor del daño (el legislador) decide él mismo, expresa o tácitamente, si el daño debe o no ser reparado, y el juez, que no se hallaría vinculado por tal decisión si hubiese sido adoptada por una autoridad administrativa, está irrevocablemente vinculado por esta decisión del legislador. (Sentencia 5396 del 18 de octubre de 1990)

Subsiguientemente, se menciona el fallo del 26 de septiembre de 2002 (Expediente 20945), en el que se analizó la situación fáctica de la demanda

interpuesta ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa por parte del municipio de Prado (Tolima) contra el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por los dineros dejados de percibir de la concesión de telefonía móvil durante el tiempo que estuvo vigente la Ley 217 de 1995 hasta la fecha en que fue declarada inexecutable (Sentencia 20945 del 26 de septiembre de 2002). La reflexión que se hace de esta decisión es la siguiente:

Se negaron las pretensiones al considerar que toda vez que la Corte en la sentencia de inexecutableidad no dispuso que las misma tendría efectos retroactivos, no podía considerarse que los daños causados con anterioridad a esa declaratoria devenían en antijurídicos, haciendo énfasis en que sólo el Tribunal Constitucional estaba facultado para señalar los efectos de sus sentencias y no podía acudir a la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad para acceder a la reparación de los daños causado mientras la norma estuvo vigente. (Sentencia 20945 del 26 de septiembre de 2002)

El Consejo de Estado, en Sentencia AG-0014 del 12 de junio de 2003 determinó:

Los perjuicios derivados de la ejecución de una ley que más tarde fue declarada inexecutable, no constituían un daño antijurídico, observaciones que se hizo en el marco de un asunto tributario en el cual se solicitaba la restitución de la suma pagada en virtud del impuesto a las transacciones financieras, creando mediante el decreto 955 del 2000 y que fue declarado inexecutable por la sentencia C-1043 de 2000. (Sentencia AG-0014 del 12 de junio de 2003)

De las decisiones a favor de la tipificación de este tipo de responsabilidad se tiene el Auto 23245 del 15 de mayo de 2003, en el cual se concluye lo siguiente:

Señalando que la acción de reparación directa si es procedente para obtener la indemnización frente a una norma declarada inexecutable, pues tal declaratoria ponía de manifiesto la existencia de una falla en el servicio. En esa ocasión se estudió la admisión de una demanda interpuesta por el contrario la Presidencia de la República, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y el Departamento Administrativo de la función pública, por la expedición de los Decretos – Ley 1064 y 1065 de 1999, que posteriormente fueron declarados inexecutables mediante sentencia C-918 de 1999. (Auto 23245 del 15 de mayo de 2003)

En relación con el reconocimiento de daños antijurídicos con ocasión de la declaratoria de inconstitucionalidad de un tributo, el auto citado analizó el caso del impuesto de telefónica básica conmutada en el municipio de Pereira, se determinó que la expedición de un acto administrativo contrario a la ley o a la Constitución Política entrañaba una falla del servicio que generaba daños antijurídicos. Las autoridades se encuentran sometidas al imperio de la Constitución; de llegarse a conculcar dicha obligación, se puede causar un daño antijurídico imputable a la administración, bajo el título de falla en el servicio (Sentencia 28741 del 26 de marzo de 2014).

Así mismo, los fallos 28221 y 27720 (Sentencia 25981 del 24 de octubre de 2013) que ratifican la postura en cuanto a que, si el juez constitucional guarda silencio frente a los efectos de inconstitucionalidad del tributo, no constituye un obstáculo para que el juez contencioso administrativo determine cuáles fueron las consecuencias de la declaratoria de inconstitucional de la norma y para que ordene las reparaciones pertinentes. La Sentencia 26689 del 29 de enero de 2014 establece que los daños causados mientras la ley declarada inexecutable permanece vigente son antijurídicos, decisión que es relacionada en párrafos anteriores (Sentencia 26689 del 29 de enero de 2014).

La Sala Plena del Consejo de Estado, mediante sentencias proferidas del 13 de marzo de 2018 caso Mercedes Benz Colombia S. A. y GlaxoSmithKline Colombia S. A., unificó la jurisprudencia frente a la responsabilidad del legislador por la expedición de impuestos que, luego sean declarados inexecutable (Sanín, 2018), en el entendido que mientras la norma mantiene su vigencia goza de la presunción de constitucionalidad, siendo de obligatorio cumplimiento para los administrados y asumiendo las cargas que tales normas imponen, surgiría una circunstancia diferente si la norma fuera declarada inexecutable con efectos retroactivos. En tal caso, se evidenciaría la falla en el servicio, configurándose los elementos para estructurar la responsabilidad del Estado por la expedición de normas antijurídicas.

Por otra parte, a efectos de estudiar si el pago de dicho tributo constituyó un daño personal y cierto para las demandantes, que hiciera necesaria una reparación o indemnización, la Corporación indicó que ello no había quedado demostrado toda vez que: i) a cambio de dichos pagos, las importadoras habrían recibido contrapartidas, como serían los servicios que pretendían ser retribuidos por la tasa cancelada; ii) la prueba de los pagos no demostraría por sí misma la afectación del patrimonio de quien los realizó, dado que este tipo de erogaciones “constituyen costos de la actividad económica que se trasladan al consumidor final”; iii) el pago de la tasa no se causó única y exclusivamente por virtud de la ley que lo ordenó sino porque el contribuyente realizó la actuación constitutiva del supuesto de hecho previsto en la norma (Sanín, 2018).

Es decir, debe considerar la declaratoria de inconstitucionalidad y sus efectos para establecer la antijuridicidad de los daños causados por las normas declaradas inexecutable. Esto significa que el criterio que orienta la antijuridicidad se funda en los efectos de la sentencia emanada por la Corte Constitucional.

De acuerdo con las sentencias proferidas por el Consejo de Estado, a favor y en contra de este tipo de responsabilidad, se puede establecer que existen dos posturas contradictorias frente a un mismo problema jurídico: ¿es responsable patrimonialmente el legislador cuando al desarrollar su función legislativa creó una ley que imponía un tributo que posteriormente es declarado inexecutable?

La respuesta a este interrogante, conforme a la línea jurisprudencial que se ha ido desarrollando en las sentencias mencionadas, en sus extremos es bipolar, ya que existe una posición que acepta este tipo de responsabilidad y otra que no, siendo el principal argumento para negar la no modulación por parte de la Corte Constitucional hacia la declaratoria de inconstitucionalidad del tributo hacia el pasado (*ex tunc*).

Es evidente que el principal obstáculo para declarar este tipo de responsabilidad está relacionado con la no modulación por parte de la Corte Constitucional de los efectos de la declaratoria del tributo hacia el pasado (*ex tunc*), consagrado en el artículo 45 de la Ley 270 de 1996.

Las consecuencias de las acciones del legislador tributario tienen carácter patrimonial, pues el tributo como impuesto afecta al contribuyente, disminuyendo sus ingresos. Por esta razón, este tipo de responsabilidad debe proteger a los ciudadanos afectados por las medidas económicas creadas por el legislativo, con el fin de mantener un Estado financiero sólido, que garantice los derechos de todos los miembros de la comunidad. Pero, si estas medidas fiscales contribuyen a que se recauden dineros que luego son invertidos en el cumplimiento de los diferentes programas del gobierno de turno, esos gravámenes fiscales, desde su creación, se encuentran investidos de inconstitucional y no pueden ser impuestos.

La responsabilidad del Estado por el hecho del legislador de carácter tributario tiene como finalidad la protección del patrimonio o propiedad de

los sujetos pasivos de la imposición fiscal, quienes ven cómo disminuyen sus ingresos, no propiamente en los costos o gastos que se generan a diario para satisfacer sus necesidades, sino en el cumplimiento de un deber u obligación por ser miembro de una comunidad. Respecto a la contribución al sostenimiento fiscal del Estado, Rocío Ramos-Huertas (2012) comenta:

La responsabilidad del legislador se asocia forzosamente a la protección del derecho a la propiedad. A través de este nuevo fenómeno se busca que el Estado repare la lesión patrimonial que surge del uso de la potestad legislativa. Si bien ha tenido una incidencia casi imperceptible en la teoría general de la responsabilidad, con grandes creaciones jurisprudenciales para tratar de deslegitimar su aplicación, ésta solo evidencia una contradicción entre los principios y las finalidades del Estado de Derecho y el mantenimiento de la impunidad frente a los excesos de poder en su forma legislativa. Tal circunstancia adquiere una dimensión trascendental tratándose de la legislación tributaria, donde se aprecia una con mayor envergadura la dominación del Estado por el poder del imperio que representa el establecimiento de la carga tributaria. (p. 25)

Teniendo en cuenta lo anterior, el daño antijurídico para este tipo de responsabilidades se causaría por el detrimento patrimonial causado a un ciudadano, consecuencia del cumplimiento de un tributo inconstitucional que no está obligado a soportar, por cuanto esa carga no se la impone un mandato constitucional o legal.

En la Sentencia 28741 “Goodyear vs. Congreso de la República” se relaciona la antijuridicidad del daño de la siguiente manera:

i) que esa alteración o afectación negativa a un estado de cosas favorable sea injusta, esto es, que lesione un interés jurídicamente tutelado,

lícito y legítimo, y ii) que el ordenamiento jurídico en su conjunto – principios, valores y reglas según la clasificación de Robert Alexy– no le impongan a la persona el deber jurídico de soportarlo. (Sentencia 28741 del 26 de marzo de 2014)

Las situaciones relacionadas anteriormente configuran un daño antijurídico, por ende, es válida la tipificación de la responsabilidad del Estado por hecho del legislador tributario.

A partir de la sentencia que declara la inconstitucionalidad del tributo, se tiene conocimiento de que esa imposición fiscal es contraria a los postulados constitucionales, pero el daño antijurídico se causa cuando se promulga la ley que crea el tributo, con lo cual se obligaba al ciudadano a pagar un gravamen fiscal que es contrario a los postulados constitucionales. El daño que se concreta por la declaratoria de inconstitucionalidad de un tributo tiene una noción de daño injusto, ante la inexistencia de una norma que obligue a soportar esa lesión. Los efectos de inconstitucionalidad dados por la Corte Constitucional en la sentencia no inciden en la presencia del daño, que existe porque la persona no está en la obligación de soportar (Sentencia 28741 del 26 de marzo de 2014).

De acuerdo con lo anterior, el daño injusto no tiene en cuenta el actuar del Estado, sino a la víctima a la que se le causó la lesión definitiva de un derecho o bien jurídicamente tutelado por el ordenamiento jurídico; es decir, el menoscabo o disminución del patrimonio de una persona que no debería soportar la falta de norma jurídica habilitante que permita que ello se configure de esa manera.

El daño antijurídico en este tipo de responsabilidades no tiene ninguna relación con los efectos que surgen de la declaratoria de inconstitucionalidad

de una norma, lo cual tiene otra finalidad, la de determinar si surgen de nuevo las normas que fueron derogadas por las disposiciones declaradas inexecutable y la protección de situaciones jurídicas consolidadas.

En esa coyuntura, el daño antijurídico no requiere, para su causación, que se modifique por parte de la Corte Constitucional la sentencia de constitucionalidad del tributo hacia el pasado, como lo establece el artículo 45 de la Ley 270 de 1996; este surge desde el momento en que la norma fiscal fue promulgada hasta cuando estuvo vigente, es decir, durante el lapso en el que se produjo un detrimento patrimonial injustificado al cancelarse un tributo inconstitucional que no se ajustaba a los conceptos de justicia y equidad que establece el artículo 95 de la Constitución Política de Colombia de 1991. Este artículo detalla que la causa de la lesión definitiva al patrimonio del contribuyente debe ser objeto de reparación con ocasión del actuar irregular del legislador, al crear e imponer tributos contrarios a los mandatos constitucionales. Teniendo en cuenta lo descrito, el daño antijurídico causado en este tipo de eventos es aquel que se constituye en un menoscabo patrimonial a los ingresos de un ciudadano, producido por una carga impositiva fiscal que no tenía la obligación de cumplir a título de deber u obligación como ciudadano, ya que dicho gravamen fiscal vulnera postulados constitucionales, en especial, el derecho a la propiedad, no soportable a título de carga pública, ante la ausencia o inexistencia de norma que así lo preceptúe.

La tesis integradora que adopta este libro es la siguiente: la inexecutable de una norma tributaria no genera por sí sola un derecho automático a la reparación; pero la modulación hacia futuro tampoco puede operar como cláusula absoluta de irresponsabilidad.

8. Falla del servicio, daño especial e igualdad ante las cargas públicas

8.1. La falla del servicio legislativo

En la reconstrucción del debate colombiano a partir de las decisiones que muestran la dificultad de estabilizar una regla sobre responsabilidad por normas inconstitucionales, se presentan, los casos Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, Ley 443 de 1998 y TESA revelan que el Consejo de Estado ha oscilado entre reconocer la reparación por el daño causado por la norma inexecutable y negar la antijuridicidad cuando la sentencia constitucional no produce efectos retroactivos.

Este recorrido permite afirmar que el problema colombiano no ha sido la ausencia de fundamento constitucional, pues el artículo 90 es suficientemente amplio. La dificultad ha sido metodológica: unas decisiones analizan el caso desde la validez temporal de la norma; otras, desde la lesión patrimonial y la supremacía constitucional; y otras, desde la necesidad de proteger situaciones jurídicas consolidadas. El resultado es una línea jurisprudencial fragmentada que exige una teoría integradora.

Esa teoría integradora debe diferenciar cuatro planos: la validez de la norma mientras estuvo vigente; los efectos temporales de la sentencia de inexecutable; la existencia del daño individual; y el medio procesal idóneo para reclamar devolución o indemnización. Confundir estos planos conduce a soluciones contradictorias.

Juan Carlos Henao (1996) brinda una noción de la falla en el servicio, (definición que aparece relacionada en lo expresado por el Consejo de Estado en la Sentencia del 28 de abril de 1967):

Es primer deber del Estado procurar la realización del bien común, principio consagrado en el art. 16 de la Constitución; para ello dispone y organiza los llamados “servicios públicos”, ahora bien: si como consecuencia, bien de un mal funcionamiento del servicio o de su “no funcionamiento” o del tardío funcionamiento del mismo se causa una lesión o un daño, el Estado es responsable y por consiguiente está en la obligación de indemnizar los perjuicios ocasionados. Y esto con prescindencia de la culpa personal del agente o agentes encargados de la prestación del servicio, pues bien sea que aquel o aquellos aparezcan o no como responsables del hecho dañoso, la administración debe responder cuando el daño se ha causado como consecuencia de una falla del servicio que estaba obligado a prestar, por cuanto se repite, esa responsabilidad se origina en último término en el deber primario del Estado de suministrar a los asociados los medios conducentes a la efectividad de sus servicios, a la consecución de sus fines; en otras palabras, a la realización del bien común. Pero para que pueda condenarse al Estado por culpa aquiliana se requiere que aparezcan demostrados en el expediente los siguientes presupuestos: existencia del hecho (falla del servicio); daño o perjuicio sufrido por el actor y, relación de causalidad entre el primero y el segundo. (Henaó-Pérez, 1996)

Así mismo, se indica en este escrito que el Consejo de Estado en Sentencia del 30 de marzo de 1990 (Expediente 3410) abandona la definición tradicional de falla en el servicio, para luego indicar que:

(...) es la violación al contenido obligacional que se impone al Estado, y que puede ser infringido ya sea porque así se deduce nítidamente de una norma que estatuye con precisión aquello a lo cual está obligado el Estado frente al caso concreto, ya que sea porque así se deduce de la función genérica del Estado, que se encuentra plasmada prioritariamente en el artículo 16 de la Constitución Política. (Henaó-Pérez, 1996, p. 749)

Para el tema que nos ocupa, la falla en el servicio se tipificaría por la creación de un tributo que es declarado inconstitucional por parte de la Corte Constitucional, por la falta de sometimiento del gravamen fiscal a los postulados dados por la Constitución Política, lo cual constituiría, según lo mencionado, en un mal funcionamiento del servicio por parte del legislador.

La Sentencia C-038 de 2006, que analizó la exequibilidad del artículo 86 del Código Contencioso Administrativo (CCA), en relación con el título de imputación de falla en el servicio por el hecho del legislador señaló:

Se destaca en ese orden en la jurisprudencia del ordenamiento español, la antijuridicidad del daño proviene justamente del hecho de que el legislador, al expedir una norma que es declarada inexecutable, pone de manifiesto su falta de sometimiento a la Constitución. La violación de ese deber constituye entonces el juicio de reproche sobre el cual se estructura la imputatio iuris del daño. (Sentencia C-038 de 2006)

Bajo esa la lógica y perspectiva, se tiene que nadie está obligado a soportar las consecuencias adversas de una norma que nació a la vida jurídica contrariando la Constitución, pues ello sería desdibujar el principio de la supremacía constitucional, que constituye la piedra angular de nuestro ordenamiento jurídico. No cabe duda que la expedición de una norma con esas características y que luego es declarada inexecutable, constituye perse una falla en el servicio que puede generar un daño antijurídico y ello se dice, por cuanto los ciudadanos – y es apenas lógico, esperan legítimamente, con base en el principio de confianza legítima, que el legislador expida normas que se ajusten al texto constitucional (Sentencia 28741 del 26 de marzo de 2014).

Teniendo en cuenta esta sentencia, se puede establecer que el título de imputación de la falla en el servicio se configura por la creación de un tributo que vulnera el ordenamiento constitucional.

Sin embargo, en la Sentencia 20945 del 26 de septiembre de 2002, del Consejo de Estado se establece lo contrario, pues según ella, la falla del servicio puede darse cuando la Corte Constitucional modula los efectos de sus decisiones hacia el pasado, si esto no se presenta, no se puede tipificar este tipo de imputación.

En la Sentencia C-113 del 25 de marzo de 1993 se determina que la Corte Constitucional es la única que puede señalar los efectos de las sentencias dictadas en asuntos de constitucionalidad; entonces, si no se modulan los efectos del fallo de inconstitucionalidad, no se puede afirmar que hay una falla en el servicio por parte del legislativo en la aplicación de sus potestades constitucionales (Sentencia C-113 de 1993).

En atención a esa postura jurisprudencial, la sentencia *Goodyear vs. Congreso de la República* establece:

Sobre el particular, considera la Sala que pese a ser ello cierto, no obsta para que pueda accederse a la reparación del perjuicio, toda vez que una cosa es la intangibilidad de la situación jurídica consolidada antes de la declaratoria de inconstitucionalidad y otra muy diferente, es deber que tiene el legislador de reparar el daño que ha causado con su actuación; se trata de situaciones jurídicas autónomas e independientes entre sí. De ello se sigue una consecuencia lógica, y es que el daño no es imputable a quien ejecutó la ley sino a quien la creó. (Sentencia 28741 del 26 de marzo de 2014)

De acuerdo con este criterio, aparte de que la Corte Constitucional module o no los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad hacia el

pasado (*ex nunc*), no es un obstáculo para que se declare la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador tributario.

El sustento jurisprudencial de esta nueva posición es el fallo de la Corte Constitucional en la Sentencia C-066 de 1997, que hace referencia a los efectos de nulidad de los actos administrativos hacia el futuro y no a la declaratoria de inexecutable de una ley. No obstante, se establece que tanto el acto administrativo como la ley son expedidos por el legislador en sentido material, como una expresión de la competencia creadora de normas del Estado, en su dimensión amplia, lo cual tiene plena aplicación cuando el Congreso de la República expide una ley contraria a la Constitución (Sentencia C-066 de 1997). La cláusula que instituye que las sentencias que profiera la Corte Constitucional, en aplicación del juicio de constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley, solo tiene efectos hacia el futuro, es decir, no tiene como propósito impedir el acceso a la reparación del daño o negar la existencia de responsabilidad del legislador y menos la antijurídica, sino que pretende imprimirle estabilidad y seguridad a las relaciones que ya se consolidaron con fundamento en la disposición que fue expulsada del ordenamiento jurídico, las cuales permanecerán incólumes, pero quedando siempre la posibilidad de que quien se vio afectado con la norma, pueda acudir al juez administrativo para que este ordene, al creador de la misma, resarcir los perjuicios (Sentencia 28741 del 26 de marzo de 2014).

Esta postura se sustenta aún más, al establecer la sentencia “Goodyear vs. Congreso de la República” en donde se manifiesta que:

Se reitera entonces, que la declaratoria de inexecutable equivale a la falla en el servicio, sin importar si la misma obedece a razones de forma o de fondo, toda vez que en ambos casos el legislador infringió una norma de orden superior. (Sentencia 28741 del 26 de marzo de 2014)

La falla del servicio en la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador tributario se da por la creación de un tributo declarado inconstitucional, bien sea por razones de forma o de fondo, sin que sea necesario para su tipificación la modulación de la Corte Constitucional para efectos de la decisión hacia el pasado, el contribuyente conoce del mal funcionamiento del servicio legislativo cuando se profiere la sentencia de inconstitucionalidad.

A pesar de que se tienen dos posturas contradictorias de la configuración de la falla en el servicio en la responsabilidad del legislador tributario, en la sentencia del caso de estudio, se establece que el legislador puede incurrir en un funcionamiento deficiente del servicio, al crear un tributo inconstitucional cuando ya se ha declarado como inexecutable del gravamen fiscal, así no modulé los efectos del fallo de inconstitucionalidad hacia el pasado (*ex tunc*).

La falla en el servicio, en el hecho del legislador tributario, se conoce cuando se profiere la sentencia de inconstitucionalidad, ya que así se tiene conocimiento de cuál fue la irregularidad de carácter constitucional del legislador en la creación del gravamen de carácter fiscal, constituyéndose en un requisito para su tipificación; su ausencia no permitiría que se dé este tipo de imputación subjetiva.

La falla del servicio no siempre resulta suficiente para resolver todos los casos de responsabilidad del legislador por normas inconstitucionales. Si el juez considera que la sola declaratoria de inexecutable no permite estructurar una falla en el servicio por razones de seguridad jurídica o por los efectos temporales de la sentencia, ello no impide analizar el caso desde otros títulos de imputación.

En estos escenarios cobra importancia el principio *iura novit curia*. El juez contencioso administrativo no está atado de manera rígida a la

calificación jurídica propuesta por el demandante, siempre que respete el debido proceso y los hechos de la demanda. Por ello, si los hechos demuestran una carga especial, anormal y desproporcionada impuesta por una norma inconstitucional, el juez puede examinar la responsabilidad desde el daño especial, aunque la demanda haya invocado principalmente la falla del servicio.

Esta tesis resulta particularmente útil para tributos inexecutable, porque evita que la discusión se reduzca a una alternativa extrema entre falla automática e irresponsabilidad absoluta. Permite construir una solución intermedia: verificar si el contribuyente soportó un sacrificio singular y excesivo, compatible con la lógica de la igualdad ante las cargas públicas.

8.2. El daño especial y la ruptura de la igualdad ante las cargas públicas

La génesis de la teoría del daño especial, según lo explican Serrano-Escobar y Tejada-Ruiz (2014), se remonta al fallo Couitéas proferido por el Consejo de Estado francés el 30 de noviembre de 1923. De acuerdo con los autores citados:

Los hechos que dieron lugar a este pronunciamiento se refieren a que el actor no pudo obtener de parte de las autoridades el cumplimiento de una decisión judicial de desalojo de unas personas que habían ocupado los terrenos de su propiedad, dados los riesgos para la seguridad y el orden público que podría haber provocado el empleo de la fuerza pública para llevar a cabo la expulsión de los invasores. En este caso, agregan, a pesar de que el Consejo de Estado francés consideró que, si bien el incumplimiento de la orden judicial no era ilegal, teniendo en cuenta los riesgos de perturbación del orden público que podría haber causado el acatamiento

de la decisión, sostuvo que cuando la administración se abstiene de actuar puede comprometer su responsabilidad en la medida que el perjuicio que causa no puede mirarse como una carga que incumbe normalmente a la víctima. (Serran-Escobar y Tejada-Ruíz, 2014, s. p.)

El daño especial ha sido definido por María Cecilia M'causland-Sánchez (2015) como:

El régimen de daño especial se configura, entonces, cuando existe una actuación lícita del Estado que, a pesar de ser desarrollado en interés público, esto es, en beneficio de la generalidad, causa un daño grave a una persona o a un grupo de personas que rompe la igualdad de los ciudadanos frente a las cargas públicas. (p. 186)

El daño especial sucede cuando el Estado, dentro del marco de la licitud, impone a las personas cierto tipo de cargas públicas que no se están en la obligación de soportar, es decir, una actividad lícita que genera un daño antijurídico.

Las referencias que se tienen de la aplicación del título de imputación de daño especial en la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador son las sentencias del 25 de agosto de 1998 (Expediente IJ-001) y del 8 de septiembre de 1998 (Expediente IJ -002), que tenían como fundamentos fácticos el accidente de tránsito ocasionado por automóviles de propiedad de la Embajada de Estados Unidos. Como no era posible para los perjudicados acudir a la justicia colombiana para obtener algún tipo de indemnización por este suceso, debido a que los demandados gozaban de inmunidad diplomática, se demandó al Estado Colombiano por la aprobación de esta ley. En las decisiones referenciadas se consideró que esta situación origina un desequilibrio de las cargas públicas que no era soportable por las víctimas,

causando un daño antijurídico por el actuar de un agente diplomático provisto de inmunidad (Sentencia IJ-001 del 25 de agosto de 1998, 1998).

En cuanto a si existe un presupuesto para la configuración de este título de imputación, tratándose de una ley, el Consejo de Estado (Sentencia 27364 del 27 de marzo de 2014) ha establecido que no se subordina a la existencia previa de una sentencia de inexecuibilidad.

Según se ve, el juicio de responsabilidad por el daño antijurídico ocasionado por la expedición de una ley que afecta la igualdad ante las cargas públicas y la confianza legítima es de carácter objetivo, pues no se subordina a la existencia previa de una sentencia de inexecuibilidad. Sin duda, cuando una situación así se presenta, el juicio de responsabilidad adquirirá un carácter subjetivo, pues de acuerdo con la jurisprudencia, la declaratoria de inexecuibilidad proferida por la Corte Constitucional “deja a la vista una falla en el ejercicio de la función pública” (Auto 23245 del 15 de mayo de 2003, p.).

El criterio que se tiene para la configuración de este título de responsabilidad es que no exista una sentencia de inexecuibilidad, ya que de presentarse el título de imputación sería subjetivo, es decir, falla en el servicio.

Así mismo, el Consejo de Estado en Sentencia 22637 del 31 de agosto de 2015, estableció que tampoco se requiere que exista una sentencia donde se declara la inexecuibilidad de la norma:

La antijuridicidad del daño no depende de la declaratoria de inexecuibilidad de la ley, pues al margen de que la norma incurra o no en algún vicio de tipo material o formal que vulnere la Constitución, la

cláusula general de responsabilidad estatal goza de plena independencia y efectividad, ya que no se encuentra sometida ni condicionada a dicho estudio de constitucionalidad, pues este no es un elemento estructurante del daño antijurídico ni allí se determina si los daños causados por la ley son antijurídicos o no; además, resultaría absurdo que ante la comprobación de un daño antijurídico derivado de la ley, se le imponga a la víctima el deber de soportarlo por el hecho de que la Corte Constitucional la declaró exequible. Así las cosas, no toda declaratoria de exequibilidad implica exoneración de responsabilidad ni toda declaratoria de inexecutableidad implica responsabilidad estatal. (Sentencia 22637 del 31 de agosto de 2015)

En la aclaración de voto de la Sentencia 28741 del 26 de marzo de 2014 “Goodyear vs. Congreso de la República”, se plantea la hipótesis de que el título de imputación en casos de responsabilidad del Estado por el hecho del legislador tributario, no puede ser generalizado en la falla en el servicio, tan solo se configura cuando la Corte Constitucional modula los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad hacia el pasado (*ex tunc*), situación que indica que la norma no estuvo ampara por la presunción de inconstitucionalidad.

En caso de que la Corte Constitucional no señale que los efectos de su decisión son hacia el pasado, sino al futuro (*ex nunc*), es el juez contencioso quien debe establecer las reparaciones correspondientes a realizar a los contribuyentes afectados con la expedición de la norma, teniendo en cuenta que la norma desaparece del ordenamiento jurídico desde la declaratoria de inconstitucionalidad, lo cual determina que estuvo amparada por la presunción de constitucionalidad. Ello no desvirtúa el actuar legítimo del legislador; sin embargo, dicha carga tributaria no era soportable por cuanto no cumplía con los conceptos de justicia y equidad que establece el artículo 95 numeral 9 de la Constitución Política, es en este escenario,

en donde el título de imputación es del daño especial (Sentencia 28741 del 26 de marzo de 2014).

De acuerdo con este nuevo criterio, el régimen de imputación de daño especial en la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador se puede configurar así exista una sentencia de inexequibilidad, siempre y cuando la Corte Constitucional module los efectos de la decisión hacia el futuro (*ex nunc*).

El planteamiento dado en la aclaración de voto contradice la jurisprudencia establecida por el Consejo de Estado, respecto a la tipificación de este título de imputación en este caso concreto, de lo cual se infiere que no existe un criterio que permita establecer si estamos frente a una responsabilidad subjetiva u objetiva. Es aquí donde el Consejo de Estado debería realizar un análisis más estructurado que permita tener un concepto más claro del título de imputación aplicable.

El daño especial cumple una función correctiva frente a las cargas públicas que, aun surgidas de actuaciones estatales formalmente legítimas, resultan anormales para ciertos particulares. Esta lógica es trasladable a los tributos inexequibles cuando el contribuyente soporta una carga económica que, por la posterior expulsión de la norma, se revela incompatible con el orden constitucional.

La clave está en no confundir generalidad de la ley con ausencia de daño individual. Una norma tributaria puede tener vocación general y, al mismo tiempo, afectar de modo concreto y cuantificable a quienes integran el grupo de obligados. La generalidad de la ley no elimina la posibilidad de que produzca sacrificios diferenciados, especialmente cuando la obligación fiscal recae sobre sujetos determinados por su actividad económica, patrimonio, operaciones o condición tributaria.

La falla del servicio y el daño especial no deben presentarse como tesis excluyentes en abstracto. La falla resulta pertinente cuando el reproche se dirige a la expedición de una norma contraria a la Constitución; el daño especial conserva utilidad cuando una actuación normativa, aun revestida de legalidad formal o constitucionalidad aparente, impone una carga anormal y singular.

El hecho de que una ley sea constitucional no significa que todos sus efectos patrimoniales deban permanecer sin reparación. Cuando la ley válida impone a un sujeto una carga singular que excede el deber general de contribuir o de soportar los costos ordinarios de la vida en sociedad, el título de imputación adecuado no es la falla del servicio, sino el daño especial. Esta distinción evita confundir invalidez normativa con antijuridicidad del daño.

PARTE III

Régimen procesal, devolución tributaria y actualización jurisprudencial

Cada escenario de responsabilidad por el hecho de la ley exige una vía de reclamación distinta: cuando la Constitución ordena indemnizar, el debate se concentra en la cuantificación y efectividad de la reparación; cuando la ley es inexecutable, debe examinarse el alcance temporal del fallo y la situación jurídica del afectado; cuando la ley es executable pero causa daño especial, la reparación directa conserva relevancia; y cuando se alega omisión legislativa, la carga argumentativa es más estricta por la necesidad de demostrar un deber normativo incumplido.

La tercera parte organiza las consecuencias procesales de la tesis sustancial. En materia tributaria no basta con afirmar que hubo un tributo inexecutable o ilegal; es indispensable determinar si se pretende devolución, restitución, indemnización integral o anulación de un acto particular.

9. Deber de contribuir, validez temporal de la norma y pago de lo no debido

El pago de un tributo válido no constituye daño antijurídico. La dificultad aparece cuando la norma que soportaba el cobro es retirada del ordenamiento por inexecutable o ilegal. En ese evento debe distinguirse entre validez temporal de la norma, situación jurídica consolidada y pago de lo no debido.

El tributo, como lo relaciona Carlos Aroca-Lara, es por excelencia el mecanismo para solventar las cargas estatales. Tiene unos fines especiales como la efectiva asignación de recursos, la redistribución de rentas, la estabilización económica y el crecimiento macroeconómico. El sometimiento a la potestad tributaria estatal está basado y legitimado en la necesidad de un Estado prestador de servicios, interventor de la economía, administrador de justicia y dador de seguridad, que vele por la buena y adecuada educación y mantenga un ambiente sano, que proteja los recursos naturales y prevenga catástrofes, en fin, todos aquellos presupuestos que sirven de base para adoptar la figura de un Estado social de derecho (Aroca-Lara, 2005).

El sostenimiento fiscal del Estado depende de la recaudación de dineros provenientes de los tributos, que se invierten en el funcionamiento del aparato estatal y en la prestación eficiente de servicios como la educación, la seguridad y la justicia. Es necesario contar con recursos públicos, siendo esta una de las razones por las cuales el legislador crea tributos.

Esos tributos afectan directamente el patrimonio de los contribuyentes, quienes ven cómo, en cumplimiento de su deber, parte de sus ingresos se destinan a mantener un Estado económicamente estable; pero, al declararse la inconstitucionalidad de dicho tributo, empieza a considerarse un “daño”, por la lesión que causa en su patrimonio. Es así como comienza el debate de si ese daño es o no antijurídico, ya que al configurarse como tal, el afectado tendría derecho a la reparación de los perjuicios ocasionados por una obligación fiscal inconstitucional.

En el caso “Goodyear vs. Congreso de la República” se estableció que la actividad legislativa es responsable, no por la inconstitucionalidad del tributo, sino por el daño antijurídico que el gravamen fiscal produjo

durante el tiempo que estuvo vigente, independientemente de si la Corte Constitucional modula los efectos de inconstitucionalidad de la norma hacia el futuro, lo cual conlleva a la demostración o probanza del daño.

Al respecto, Luis Botero-Aristizábal (2007) señala:

No es la inconstitucionalidad de la norma, sino el daño que esto genere, lo que se le imputa al Estado por el hecho del legislador. Así las cosas, toda inconstitucionalidad sería fuente de daños y no podría el Estado defenderse alegando que no pudo haber advertido la constitucionalidad. Tal afirmación encaja de manera exacta con la idea según la cual los vicios de inconstitucionalidad no tienen en sí mismos un carácter de menor o mayor gravedad. Por sí mismo son una afrenta al orden constitucional y por dicha razón dan lugar a invalidar una norma de rango legal. Tan grave es un vicio de forma que no surtir un determinado trámite del procedimiento de formación de la ley, como cuando el contenido del texto legal resulta incompatible con los preceptos de la Carta. (p. 267)

Así mismo, María Consuelo Alfonso-García y Eric Leiva-Ramírez (2013) expresan:

Lo anterior permite afirmar que el daño antijurídico nacido de las actuaciones u omisiones del legislador se presenta cuando la norma jurídica sea constitucional o no por el Tribunal Constitucional o se presente una omisión en el desarrollo de una función atribuida por la Constitución o mandato de autoridad con competencia para hacerlo (p. ej., Corte Constitucional). En todo caso, para que se dé el título de imputación en referencia se requiere que dicho daño sea antijurídico. En los casos donde se hable de norma inconstitucional, para que proceda la condena al Estado – legislador se requiere que dicha norma sea declarada inconstitucional

por el Tribunal Constitucional competente, salvo que el Juez contencioso administrativo aplique la excepción de inconstitucionalidad y ello le permita imputar dicho daño antijurídico al Estado. No es la inconstitucionalidad de la norma jurídica, sino el daño que esto genere, lo que se le imputa al Estado por su función legislativa. (p. 168)

Dada esta situación, la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador se acredita con la relación de causalidad que se da entre el daño producido y la actividad legislativa concretada en la promulgación de la ley inválida. Por otra parte, José Ignacio Núñez Leiva (2011) sostiene:

En los sistemas que permiten la procedencia de reparaciones por daños ocasionados por leyes declaradas inconstitucionales, tal declaración opera como título de imputación del daño. La acreditación de hecho se reserva en estos casos a la relación causal entre el daño producido y el hecho del legislador concretado en la promulgación (y posterior vigencia) de la ley inválida. La lógica de este examen de procedencia revela claramente que la normatividad de la Constitución se extiende a todos los poderes del Estado, incluso al legislador. Para la Carta Fundamental en una evidente de normas subconstitucionales constituye un hecho de un sujeto normativo específico, el legislador, y la defensa de su eficacia deviene en la actividad de control de la validez de las normas fundadas en ella, en eliminación de los efectos producidos por una norma inconstitucional declarada inválida y en la reparación de los perjuicios eventuales producidos cuando, además el principio general de responsabilidad (patrimonial) se encuentra constitucionalizado. (p. 294)

Ahora bien, el criterio anterior no es aplicable en materia tributaria, pues el tributo es considerado un deber a cargo de todo ciudadano en el sostenimiento fiscal del Estado; sin embargo, en la responsabilidad

patrimonial del Estado encontramos una noción diferente, porque, si bien el gravamen fiscal tiene como efecto inmediato lesionar el patrimonio del contribuyente, esa vulneración constituye un daño lícito que es permitido por la propia constitución, según el artículo 95 numeral 9 de la Constitución Política de Colombia.

De acuerdo con la sentencia de tutela “Congreso de la República - Agencia Nacional para la Defensa Jurídica vs. Consejo de Estado” (Sentencia 2171 del 7 de abril de 2016), si al crear un tributo se causa un daño, este no tiene carácter antijurídico, sino lícito, ya que surge del principio de solidaridad que se establece en el artículo 95, numeral 9, de la Constitución.

La postura anterior es ratificada por el fallo de Sentencia 2106071 del 9 de marzo de 2017 que argumenta que, si bien el impuesto origina un detrimento patrimonial, esa carga vuelve o regresa convertida en beneficio de otro tipo: salud, educación, vivienda, etc.

En relación con el daño lícito, Carlos Céspedes-Muñoz (2017) dice:

Así las cosas, el daño lícito se caracteriza por ser un daño permitido y tolerado por el ordenamiento. El sistema normativo, sea expresa, sea tácitamente, al autorizar el ejercicio de determinados derechos o facultades, acepta como posible la causación de un daño, atendidas diversas razones de política legislativa. Normalmente se identifica con la existencia de una norma autorizante o permisiva que permiten la realización de un comportamiento dañoso, de tal modo que el daño realizado se cualifica como no antijurídico o simplemente justo. Esta norma autorizante va desde la más genérica que pone como límite al ejercicio de los derechos el no causar daño a los demás hasta aquellas previsiones expresas de la ley que autorizan a causar un daño legítimamente (v. gr., estado de necesidad o legítima defensa). (p. 256)

Según la Constitución Política de Colombia, el tributo pierde su investidura de obligación en la responsabilidad patrimonial por el hecho del legislador tributario, y pasa a ser un daño lícito, o sea que, la lesión patrimonial que se le causa al sujeto pasivo del gravamen fiscal es permitida por el ordenamiento constitucional. Esa lesión patrimonial es justificada aun cuando se declara inconstitucional, a no ser que se modulen los efectos de esa sentencia por parte de la Corte Constitucional hacia el pasado (*ex tunc*), conforme lo establece el artículo 45 de la Ley 270 de 1996, lo cual permite afirmar que son dos los requisitos que se deben presentar para que se tipifique el daño antijurídico en la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador tributario: que se declare la inconstitucionalidad del tributo y se module por parte de la Corte Constitucional los efectos del fallo de control de constitucionalidad hacia el pasado.

La reparación directa no es el medio de control adecuado para obtener la devolución de los dineros pagados por un tributo inconstitucional. En la búsqueda del medio de control que permita la reparación del daño ocasionado por la actividad irregular del legislador, se han constituido a nivel jurisprudencia la siguiente hipótesis: la Sentencia C-038 del 1 de febrero de 2006 establece que la reparación directa es la vía judicial adecuada para reclamar los daños antijurídicos imputables al hecho del legislador, textualmente:

Dejando a un lado la cuestión sustancial del fundamento de la responsabilidad patrimonial estatal, cabe destacar que en todos los anteriores casos la acción impetrada fue la de reparación directa, de lo que se deduce que de conformidad con el máximo órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa esta es la vía judicial procedente para reclamar la reparación de los daños antijurídicos imputable al hecho del legislador. (Sentencia C-038 de 2006)

El Consejo de Estado en el Auto 23245 del 15 de mayo de 2003, señaló:
La acción de reparación directa es procedente para obtener la indemnización de perjuicios causados por la aplicación de una norma que ha sido declarada inexecutable, pues tal declaración deja a la vista una falla en el ejercicio de la función pública.

En la Sentencia 26689 del Consejo de Estado (Sección 3a, Subsección A) del 29 de enero de 2014, antes mencionada, se establece que el medio de control adecuado para obtener una indemnización como consecuencia del actuar del legislador tributario es la reparación directa, consagrado en el artículo 140 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso administrativo, por cuanto el pago de un tributo inconstitucional es un daño antijurídico.

Al respecto, Juan Pablo Sarmiento-Eraza (2010b) expresó que, la intervención del juez contencioso administrativo, en un juicio de responsabilidad por el hecho del legislador no puede consistir en modificar la sentencia de constitucionalidad, sino la protección de los derechos de las personas afectadas por la expedición de una norma contraria a la constitución, así:

La intención del juez contencioso administrativo no consistirá jamás en modificar la sentencia de constitucionalidad. Incluso, su decisión debe basarse en ella y en la ley, pero sobre todo debe fundarse en la Constitución, la cual impone una serie de valores que deben ser asegurados a todo individuo; envolviendo así, no la revisión a la cosa juzgada constitucional, sino la derivación directa, desde la Carta, de derechos, garantías y libertades, pero no pueden ser desconocidas por la ley ni por la jurisprudencia. (p. 166)

Definitivamente, lo que intenta el juez contencioso administrativo, al reconocer la acción reparativa de los perjuicios causados por ocasión de la

expedición de la ley, y consecuente intervención del Tribunal Constitucional, es dar aplicación a principios fundamentales que representan garantías a todo individuo sobre la arbitrariedad de una rama del poder público (Sarmiento-Eraza, 2010b).

La sentencia de tutela proferida para el caso “Congreso de la República - Agencia Nacional para la Defensa Jurídica vs. Consejo de Estado” (Sentencia 2171 del 7 de abril de 2016), instaurada en contra de la decisión asumida por el Consejo de Estado en “Goodyear vs. Congreso de la República” (Sentencia 28741 del 26 de marzo de 2014), cuestiona el medio de control empleado para obtener la devolución de los dineros pagados por un tributo inconstitucional, ya que existe un proceso administrativo de carácter tributario regulado en el artículo 850 Estatuto Tributario (Decreto 624 de 1989), que le permite al contribuyente solicitarle a la DIAN la devolución de saldos a favor; el lapso que tiene para utilizar ese trámite es de cinco años, contados a partir de la cancelación del gravamen fiscal (Decreto 1000 de 1997).

Al accederse a lo solicitado se reintegra el valor pagado por el tributo inconstitucional, en caso contrario, se deberá agotar el procedimiento administrativo con la interposición del recurso de reconsideración (Decreto 624 de 1989, artículo 720), si se confirma el acto administrativo que niega la devolución, el contribuyente podrá acudir a la jurisdicción contencioso administrativo, demandando el acto administrativo que rechaza la devolución y que decide el recurso, empleando el medio de control con pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho de conformidad con el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, solicitando la nulidad de los actos administrativos y la reparación del daño causado. El medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho es procedente cuando se trata de situaciones jurídicas no consolidadas, en las que no exista un acto administrativo en firme rechazando la devolución o una sentencia ejecutoriada.

Es de anotar que, en la Sentencia 17617 del 11 de marzo de 2010 se establece que la declaratoria de nulidad de un acto administrativo con efectos retroactivos, no puede afectar situaciones jurídicas consolidadas, actos administrativos en firme o decisiones judiciales con el atributo de cosa juzgada.

La devolución a la DIAN se tipifica como un caso de indebida escogencia de la acción, en el que el funcionario puede abstenerse de decidir sobre el fondo del asunto. El fundamento jurídico con el cual el contribuyente podrá solicitar a la DIAN la devolución de lo pagado por el gravamen tributario inconstitucional es a título de pago de lo no debido y pago en exceso. La DIAN en el oficio No. 100202208-0499 del 31 de mayo de 2016, se pronunció al respecto, señalando que “el Código Civil define el pago de lo no debido en el artículo 2313 como ‘si el que por error ha hecho un pago, prueba que no lo debía, tiene derecho para repetir lo pagado’” (DIAN, 2016).

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, en la Sala de Casación Civil y Sentencia 7651 del 23 de abril de 2003 indicó:

De tiempo atrás ha enseñado esta Corporación, con referencia a la acción prevista en el artículo 2313 del C. Civil, -que “el fundamento de la acción de repetición del pago de lo no debido se halla en la ausencia de una relación jurídica entre las partes, en la falta de causa del pagó. En efecto, los doctrinantes y la jurisprudencia, encuentran la plena justificación del derecho de repetir en la circunstancia de no existir razón de ser del ‘deber de la prestación’, o sea precisamente, ‘la causa de la obligación de pagar’, pues, se trata de un pago hecho sin razón justificativa.

El buen suceso de la acción de repetición del pago indebido requiere básicamente la concurrencia de los siguientes elementos: a) Existir un pago del demandante al demandado; b) que dicho pago carezca de todo

fundamento jurídico real o presunto; y c) que el pago obedezca a un error de quien lo hace, aun cuando el error sea de derecho. (Sentencia 7651 del 23 de abril de 2003)

De acuerdo con este criterio, el medio de control procedente para solicitar la devolución de un tributo declarado inconstitucional es el de nulidad y restablecimiento del derecho; para ello, se debe presentar una petición a la administración y luego someterlo a control judicial.

Así pues, ocurre el pago de lo no debido cuando el deudor cancela una suma de dinero creyendo que él debe ese monto, fundamentando su decisión en una obligación que no existía al momento de realizar el pago, incurriendo de esta forma en un error al creer equivocadamente que se encontraba obligado a realizar esta operación

Ahora bien, el pago en exceso ocurre cuando el individuo paga más de lo que la ley exige. En este orden el Consejo de Estado en Sentencia del 20 de febrero de 2008 (Expediente 16026) indicó “En relación con el pago en exceso o de lo no debido también es posible obtener su devolución, en el primer caso cuando se cancelan por impuestos, sumas mayores a las que corresponden legalmente, y en el segundo evento, cuando se realizan pagos “sin que exista causa legal para hacer exigible su cumplimiento” (subraya fuera del texto). (DIAN, 2016)

Así las cosas, en la solicitud de devolución de lo cancelado por el tributo inconstitucional, debe invocarse como causal, el pago de lo no debido y pago en exceso, pero ello no garantiza la devolución de lo pagado, por cuanto esta causal tiene su fundamento en que la obligación tributaria no exista. La consecuencia inmediata que produce la sentencia de inexequibilidad es que el tributo desaparezca del ordenamiento fiscal y, como la Corte

Constitucional modula los efectos de su decisión hacia el futuro, la carga impositiva deja de tener poder coercitivo desde ese momento, es decir, lo ocurrido con anterioridad a la sentencia de constitucionalidad está amparado por el principio de legalidad y seguridad jurídica; por lo tanto, es de obligatorio cumplimiento, pero la devolución a la que tendría derecho el contribuyente es lo pagado con posteridad al fallo de constitucionalidad, lo que se pagó antes no puede ser objeto de devolución.

El medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho también fue utilizado con el fin de solicitar la devolución de lo cancelado por el tributo inconstitucional de los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000, en la Sentencia 90030 del 12 de junio de 2014, se niegan las pretensiones de la demandada por la falta de modulación por parte de la Corte Constitucional de los efectos de la sentencia que declaraba inconstitucional el tributo hacia el pasado (Sentencia 90030 del 12 de junio de 2014).

Bajo esas condiciones, es evidente que el solicitar la devolución ante la administración de impuestos y demandar el acto administrativo que rechaza la devolución del tributo inconstitucional, cuando la sentencia de constitucionalidad no fue modulada por parte de la Corte Constitucional hacia el pasado conforme lo establece el artículo 45 de la Ley 270 de 1996, es inoperante, esos dineros que el contribuyente canceló durante la vigencia del tributo no son objeto de reintegro.

En consecuencia, quien se vea afectado por el actuar del legislador tributario, y pretenda la reparación del daño, tendrá que solicitarle a la DIAN la devolución del dinero cancelado a través de un procedimiento administrativo especial, dejando en claro que en dicha petición solamente analiza la entrega al contribuyente de la suma de dinero que fue objeto de gravamen fiscal, no de los perjuicios que se configuraron durante el tiempo

de vigencia, porque el procedimiento de devoluciones, consagrado en el artículo 850 del Estatuto Tributario y conforme al artículo 11 del Decreto 1000 de 1997, no se encuentra diseñado para el reconocimiento de este tipo de reparación pecuniaria.

En caso de acceder a lo solicitado, se ordena la devolución del dinero con el reconocimiento de intereses conforme lo establece el artículo 864 del Estatuto Tributario (Decreto 624 de 1989), de lo contrario se deberá demandar el acto administrativo que rechaza la devolución a través del medio de control de pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho. Es este caso, la reparación del daño, en este proceso contencioso, no tiene como fuente de causación la inconstitucionalidad del gravamen fiscal, sino del acto administrativo que rechaza la devolución (Sentencia del 17 de junio de 2015). Al respecto, el Consejo de Estado expresó:

La acción de reparación directa, consagrada en el art. 86 del CCA., si bien coincide en su naturaleza reparatoria con la de la de nulidad y restablecimiento del derecho, difiere de ésta última en la causa del daño. En efecto, la primera sólo será procedente en los casos en que el perjuicio haya sido causado por un hecho, una omisión, una operación administrativa, la ocupación temporal o permanente de un inmueble o, incluso, por un acto administrativo legal; en cambio, la de nulidad y restablecimiento del derecho procede siempre que el origen del daño sea un acto administrativo viciado de algún tipo de ilegalidad. (Sentencia del 17 de junio de 2015)

Cabe mencionar que, la procedencia de una u otra acción y su elección por parte del demandante tienen relación con el debido proceso del demandado, de ahí que no puede entenderse la indebida escogencia de la acción como un simple defecto formal de la demanda (Sentencia 18530 del 28 de abril de 2010).

Considerando lo anterior, para reparar el daño ocasionado por el hecho del legislador tributario, se debe tener en cuenta el *petitum demandatorio* si se solicita la devolución de lo pagado por el tributo inconstitucional; previamente, se debe adelantar ante la DIAN el procedimiento administrativo especial tributario de devoluciones. Si se niega el reembolso, se deberá interponer el medio de control con pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho, debiendo demandar, como legitimado en la causa por pasiva, no al creador del tributo, sino a quien rechaza la devolución: la DIAN.

Es procedente señalar que el término “restitución” tiene como finalidad ubicar a la víctima en la situación en la que se encontraría si el hecho dañino no se hubiera producido, mientras que “compensación” se refiere a la indemnización pecuniaria por el daño material e inmaterial (Henaó-Pérez, 1996, p. 253).

En concordancia, solicitar el medio de control de reparación directa de la devolución del dinero cancelado como consecuencia del tributo inconstitucional puede tener el carácter de compensación a título de indemnización pecuniaria de daño material, concretamente, daño emergente, definido por Juan Carlos Henaó (2007) como aquel bien económico (dinero, cosas, servicios) que salió o saldrá del patrimonio de la víctima.

De esa manera, la solicitud de devolución del dinero pagado por el tributo inconstitucional, no puede ser el punto de partida para determinar cuál es el medio de control en la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador tributario, lo procedente sería tener en cuenta cuál fue la causa del daño.

La función de control de constitucionalidad de las leyes, ejercida por la Corte Constitucional, puede considerarse como una causal eximente de responsabilidad patrimonial.

La sentencia de tutela proferida para el caso “Congreso de la República - Agencia Nacional para la Defensa Jurídica vs. Consejo de Estado” (Sentencia 2171 del 7 de abril de 2016), que deja sin efectos el fallo “Goodyear vs. Congreso de la República” (Sentencia 28741 del 26 de marzo de 2014), en el cual se declaró la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador tributario, fue objeto de recurso de impugnación conforme lo establece el artículo 31 del Decreto 2591 del 19 de noviembre de 1991, el cual fue resuelto por la Sección Quinta del Consejo de Estado.

El día 25 de agosto de 2016, la Sección Quinta del Consejo de Estado resolvió la impugnación, confirmando que la falta de modulación por parte de la Corte Constitucional del fallo donde se declara la inconstitucionalidad del tributo hacia el pasado (*ex tunc*), conforme lo establece el artículo 45 de la Ley 270 de 1996, deriva en la improcedencia de la responsabilidad patrimonial por el hecho del legislador tributario. De este fallo se puede extraer el interrogante acerca de si la Corte Constitucional, al excluir del ordenamiento jurídico el tributo inconstitucional, fue la causante del daño antijurídico. Esto tipifica una causal eximente de responsabilidad patrimonial, como es el hecho de un tercero:

La Sala advierte que, en el caso concreto, se omitió analizar si el perjuicio alegado por la sociedad demandante era imputable al Congreso de la República, omisión que implicó que se dejara de lado un examen que, en estos casos, es esencial: la eximente de responsabilidad por el hecho de un tercero. (s. p.)

En efecto, no se puede perder de vista que la declaración de inexequibilidad de una norma, implica que un tercero, en este caso, la Corte

Constitucional, en ejercicio de su función de garante de la supremacía de la Constitución, excluya del ordenamiento un precepto, hecho que, en sí mismo, no puede ser el fundamento para edificar responsabilidad por parte del legislador. (Sentencia 2171 del 25 de agosto de 2016)

La duda ubica la responsabilidad del Estado, con ocasión de la declaratoria de inconstitucionalidad del tributo, no en el actuar del legislador, el Congreso de la República, sino en la actividad jurisdiccional adelantada por la Corte Constitucional, ya que parte de una función consagrada en el artículo 241 numeral 4 de la Constitución Política, el control de constitucionalidad.

La responsabilidad del Estado, con ocasión del ejercicio de la potestad jurisdiccional, se encuentra señalada en los artículos 65 a 69 de la Ley Estatutaria 270 del 7 de marzo de 1996, “Administración de Justicia”, en donde se manifiesta que, el ejercicio del poder jurisdiccional o judicial responderá patrimonialmente por error judicial, privación injusta de la libertad y defectuoso funcionamiento de la administración de justicia (Ley 270 de 1996).

No siendo este el objeto de estudio de este texto, analizar cada uno de los casos en los cuales se configura la responsabilidad por la actividad jurisdiccional, se podría decir que la Corte Constitucional, con su actividad de control de constitucionalidad, sería causante de una lesión de carácter patrimonial si existiera un precepto normativo que indicara que, al declararse la inconstitucionalidad del tributo, los efectos de esta decisión siempre serían retroactivos (*ex tunc*); el desconocimiento por parte de esta corporación de una norma con estas características, no permitiría a los afectados que cancelaron un tributo inconstitucional recuperar su dinero. Sin embargo, esto no puede ocurrir, ya que nuestro ordenamiento

jurídico establece que la Corte Constitucional modulará los efectos de sus fallos cuando así lo considere, lo cual le otorga una potestad discrecional (Ley 270 de 1996). En ese contexto, el que no se module la declaratoria de inconstitucionalidad del tributo con efectos retroactivos, no podría constituir una responsabilidad de carácter patrimonial.

Ahora, como se mencionó en esta investigación, la Sentencia C-280 de 2014 determina unas condiciones para que se modulen las sentencias de control de constitucionalidad hacia el pasado (*ex tunc*), pero la no aplicación, por la Corte Constitucional de sus propios fallos, no es un hecho que origine una responsabilidad de carácter patrimonial en contra del Estado.

Por otro lado, se entiende por causal exonerativa de responsabilidad patrimonial lo siguiente:

Aquella causal que impide imputar determinado daño a una persona, haciendo improcedente, en consecuencia, la declaratoria de responsabilidad. En este sentido, las causales exonerativas (*causa extraña*) impiden la imputación, en ocasiones porque es inexistente el nexo de causalidad (por ejemplo, en el hecho del tercero como *causa exclusiva*), en ocasiones demostrando que sin bien el demandado por acción u omisión causó el daño, lo hizo llevado a la coacción por un hecho externo imprevisto e irresistible.

La diferenciación entre causalidad e imputación que ha venido predicando la Sección Tercera del Consejo de Estado, ha permitido dejar de lado la afirmación según la cual las causales exonerativas de responsabilidad “rompen” el nexo de causalidad, para clarificar que la verdadera función de este tipo de causales es la de evitar la atribución jurídica del daño al demandado, es decir, impedir la imputación.

Las causales exonerativas de responsabilidad pueden exonerar de responsabilidad al demandado de forma total cuando la fuerza mayor,

el hecho del tercero y/o el hecho de la víctima son consideradas como la causa única exclusiva y determinante del daño. Pero también puede demostrarse que probada esa causal exonerativa, su ocurrencia tuvo incidencia en la producción del daño junto con el actuar del demandado a título de concausalidad, evento en el cual la consecuencia no será, en principio, la exoneración total de responsabilidad, sino que se estará frente a una reducción en la apreciación del daño, es decir, una reducción de la indemnización. (Patiño, 2011, pp. 376-378)

Respecto a la causal del hecho de un tercero, dice:

Esta causal de exoneración parte del supuesto inicial, según el cual, el causante directo del daño es un tercero ajeno a las partes intervinientes en el juicio de responsabilidad. No son terceros las personas a quienes además del demandado, la ley adjudica responsabilidad solidaria o indistinta y que por ende resultan coobligados. Jurídicamente solo es tercero alguien extraño, por quien no se debe responder; es decir, no vinculado con el sujeto contra el que se dirige la acción resarcitoria. A este respecto ha establecido la jurisprudencia:

Por otra parte, en relación con la causal de exoneración consistente en el hecho de un tercero, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la misma se configura siempre y cuando se demuestre que la circunstancia extraña es completamente ajena al servicio y que este último no se encuentra vinculado en manera alguna con la actuación de aquél.

Los requisitos que se han establecido para la tipificación de un hecho de un tercero como causal de exoneración de responsabilidad, el autor los señala así: “a. Debe ser un hecho único exclusivo y determinante del daño producido. b. Debe ser un hecho producido por circunstancias imprevisibles e irresistibles para quien lo alega”. (Patiño, 2011, pp. 387-388)

En relación con la primera condición, efectivamente, la Corte Constitucional en un juicio de responsabilidad patrimonial por el hecho del legislador tributario es un tercero, pero su actividad jurisdiccional de control de constitucionalidad de las normas y la no modulación hacia el pasado del fallo no constituyen, como se dijo en párrafos anteriores, un actuar irregular que pueda originar un juicio de responsabilidad patrimonial.

En cuanto a la segunda condición, la actividad que realiza la Corte Constitucional de control de constitucionalidad de las normas no es un hecho imprevisible e irresistible, ocurre constantemente, en especial cuando se trata de normas que crean un tributo. Ejemplo de ello es el artículo 184 de la Ley 1819 de 2016, que modificó el 468 del Estatuto Tributario (Decreto 624 de 1989), aumentando en tres puntos la tarifa del impuesto a las ventas (Impuesto de Valor Agregado - IVA), del 16 % al 19 %, en algunos productos de la canasta familiar, siendo previsible que se presente una demandada ante la Corte Constitucional por inconstitucionalidad de esta norma.

Según lo expuesto, es evidente que la respuesta al interrogante planteado es la inexistencia de la causal exonerativa de responsabilidad de un hecho de un tercero por cuanto no se dan los presupuestos para ello.

La tesis según la cual el tributo fue válido mientras la ley estuvo vigente debe ser cuidadosamente matizada. El debate no puede agotarse en la validez formal-temporal de la norma, porque la responsabilidad del Estado se orienta a reparar daños antijurídicos. Una norma pudo producir efectos jurídicos mientras estuvo vigente y, sin embargo, haber causado una lesión patrimonial que, desde el punto de vista constitucional, no debía ser soportada.

Esta distinción permite comprender por qué la modulación hacia futuro protege el orden jurídico objetivo, pero no necesariamente clausura

toda pretensión indemnizatoria. La pregunta no es solo si la ley existía al momento del pago, sino si la carga patrimonial que impuso resulta constitucionalmente justificable frente al particular afectado.

El consejero de estado Jorge Ramírez-Ramírez (2014) señala que, frente a las obligaciones tributarias derivadas de leyes declaradas inconstitucionales o actos administrativos declarados nulos, que tienen efectos retroactivos (*ex nunc*), se constituye la institución jurídica del pago de lo no debido. Bajo los principios de justicia y enriquecimiento sin justa causa, esto habilita la devolución del dinero pagado, pues los recursos captados por el Estado como tributo carecen de título jurídico que legitime su conservación.

La profesora Andrea Paola Sánchez-García (2019), llega a unas importantes conclusiones derivadas de las sentencias de la Sección Cuarta de la sala contenciosa administrativa del Consejo de Estado, relacionadas con el pago de lo no debido y la devolución de las obligaciones tributarias derivados de leyes o actos administrativos, declarados inexecutable o nulos respectivamente, como son:

Que el pago de lo no debido nace de las providencias judiciales que declararon inexecutable las leyes o la anulación de los actos administrativos regla, creadores de tributos que, en su momento, sustentaron el pago realizado por el contribuyente (Sentencia 21892 del 5 de Julio de 2018).

El pago de lo no debido se configura si se trata de situaciones jurídicas no consolidadas, pues las sentencias de constitucionalidad y nulidad de actos tributarios generales tienen efectos *ex nunc*, por lo tanto, afectan las situaciones que se encuentren pendientes de definición (Sentencia 21273 del 29 de junio de 2017).

La procedencia de la devolución está sujeta a la demostración efectiva de la realización del pago, pues ese es el supuesto que da lugar al enriquecimiento sin justa causa y el correlativo perjuicio al contribuyente (Sentencia 21892 del 5 de Julio de 2018).

La devolución debe realizarse con reconocimiento de intereses corrientes y moratorios, de conformidad con lo establecido en los artículos 850 y 863 del ETN (Sentencia 21892 del 5 de julio de 2018).

El pago de lo no debido se presenta como la institución procedente para solicitar la devolución del impuesto TESA, mencionado ampliamente en este documento. El derecho a la restitución tiene su fundamento en razones de justicia, especialmente, en la figura del enriquecimiento sin justa causa.

No es posible establecer responsabilidad del Estado, ya que tanto la actuación del legislador como la administración tributaria que recaudó la tasa se realizó en ejercicio del poder tributario y se consideró constitucional hasta la fecha en que la Corte Constitucional se pronunció mediante la Sentencia C-992 de 2001.

La calificación del pago como daño lícito o antijurídico no puede hacerse de manera abstracta. Si la sentencia de inexecutable produjo efectos hacia futuro, la jurisprudencia de unificación impide predicar un automatismo indemnizatorio; pero si concurren ausencia de situación consolidada, afectación patrimonial concreta o perjuicios adicionales, el juez debe examinar si existe una lesión que el administrado no estaba jurídicamente obligado a soportar.

10. Actos administrativos tributarios, presunción de legalidad y reparación integral

En el caso de actos administrativos que crean tributos, como ordenanzas, acuerdos distritales o municipales, declarados nulos por la jurisdicción contenciosa administrativa, la responsabilidad patrimonial del Estado es clara bajo el título de imputación de carácter subjetivo, falla del servicio, postura jurisprudencial reiterada por el Consejo de Estado. No obstante, la responsabilidad del Estado por actos administrativos lícitos que crean impuestos aún no tiene desarrollo, lo que lleva a estudiar la tesis de la responsabilidad del Estado por actos administrativos lícitos en general. Estos, aunque amparados por el principio de legalidad, pueden causar perjuicios a personas que no están en el deber jurídico de soportarlos y que, amparadas bajo el principio de reparación integral, demandan resarcimiento.

Como lo expresa Juan Gabriel Rojas-López (2015), la administración en ejercicio de la función administrativa profiere actos administrativos que, al producir efectos jurídicos pueden causar daños y perjuicios a los derechos de los administrados, lo que daría lugar a la responsabilidad del Estado por actos administrativos. Los escenarios en los cuales se puede apreciar la responsabilidad estatal por la expedición del acto administrativo se presentan en dos contextos: el primero bajo el régimen de responsabilidad subjetiva derivado del acto administrativo viciado de nulidad, y el segundo en el contexto del régimen objetivo de responsabilidad por el acto administrativo lícito, que, a pesar de ser ajustado a derecho, genera un daño antijurídico.

Así las cosas, la presunción de legalidad del acto administrativo supone que se ha emitido acatando el ordenamiento jurídico y atendiendo a las razones por las cuales se confirió la competencia; por tanto, se considera

que tales decisiones administrativas están revestidas de legalidad. De ahí que sea extraordinario que, el acto administrativo se vea afectado por un vicio que termine incidiendo sobre su validez.

Todo lo expresado es necesario para entender que, si la administración expide un acto administrativo viciado de nulidad, es decir, un acto defectuoso teniendo el deber legal de emitirlo libre de vicios que afecten su validez, se hace merecedora de un juicio de reproche por su actuación irregular y, en consecuencia, deberá asumir la responsabilidad por todos los daños y perjuicios que se desencadenen a raíz de su indebida actuación. Esto permite enmarcar esta hipótesis en el régimen subjetivo de responsabilidad estatal por la fallida actuación en el ejercicio de esta función pública. No obstante, ¿qué ocurre si la fuente de la responsabilidad estatal es un acto administrativo lícito? La postura establecida por la jurisprudencia del Consejo de Estado es que a la administración o al Estado se le puede imputar responsabilidad por los daños y perjuicios que se deriven de su lícito proceder, pues el juicio de reproche a su actuación, propio del régimen de responsabilidad subjetiva, es inexistente cuando el tema de la responsabilidad se aborda desde una perspectiva objetiva. Esto puede ocurrir cuando, a causa de un acto administrativo libre de vicios, se genera un daño antijurídico.

Para que tal imputación, apoyada en un régimen objetivo de responsabilidad, sea procedente, se requiere que el daño tenga el carácter de antijurídico, es decir, que genere una ruptura del principio de igualdad frente a las cargas públicas, materializada en una afectación extraordinaria del administrado.

En este caso, como la legalidad del acto no va a ser objeto de discusión, al afectado no se le puede exigir que pretenda la declaración de nulidad

como título habilitante de sus pretensiones de reparación, por lo que es claro que podrán promoverse de manera directa con fundamento en el régimen de responsabilidad de daño especial (Sentencia 38590 del 9 de diciembre de 2010).

Y es que la reparación en el contexto del daño especial se fundamenta en razones de equidad y de justicia distributiva (Sentencia 978 del 23 de mayo de 1973), porque el administrado se ha visto cometido a un daño desmesurado o superior al que comúnmente debía soportar por el ejercicio de la actividad pública (Sentencia N° 4655 del 20 de febrero de 1989), de lo que se deriva el deber de repararlo (Sentencia 16421 del 8 de marzo de 2007).

En conclusión, la administración puede asumir responsabilidad por los daños y perjuicios que ocasione por medio de la expedición del acto administrativo, bien sea desde la perspectiva de un régimen subjetivo de responsabilidad (por el acto ilícito) o desde el punto de vista de un régimen objetivo de responsabilidad (por el acto lícito); en este último caso, se ha podido determinar que independientemente de la licitud del acto administrativo, la obligación de reparar se deriva del perjuicio causado al derecho constitucional o legalmente protegido, de conformidad como lo ha venido sosteniendo el Consejo de Estado en su jurisprudencia (Sentencia 16079 del 27 de abril de 2006).

De los artículos 12 de la Ley 153 de 1887, 4 de la Constitución de 1991 y 88 del Decreto Ley 01 de 1984 y del actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) (Ley 1437 de 2011) artículo 137, el cual establece que los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva sobre su legalidad o se levante dicha

medida cautelar. De lo anterior, se deriva la organización de los recursos y las acciones contra los actos, en la forma que ha quedado descrita (Vidal-Perdomo, 2016).

Es claro que, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha desarrollado la tesis de la responsabilidad del Estado originada por actos administrativos lícitos, sin embargo, uno de los principales problemas es cómo el principio de presunción de legalidad debe armonizarse con el principio de reparación a los derechos de las personas lesionados por los actos administrativos lícitos creadores de tributos. Para lo anterior, es necesario revisar el concepto y alcance del principio de presunción de legalidad de los actos administrativos que puede entrar en colisión con el principio de reparación integral por la generación de un daño. Esto será objeto de estudio en las páginas finales de este libro.

Este principio se constituye en un deber ser de las autoridades o de particulares facultados por la ley para que sometan su actividad al ordenamiento jurídico; para el profesor Argentino José Roberto Dromi (1987), la presunción de legalidad del acto administrativo, hace referencia a:

La presunción de validez del acto administrativo mientras su posible nulidad no haya sido declarada por autoridad competente. La presunción de legitimidad importa, en sustancia, una presunción de regularidad del acto, también llamada presunción de “legalidad”, de “validez”, de “juridicidad” o pretensión de legitimidad. El vocablo “legitimidad” no debe entenderse como sinónimo de “perfección”. (Dromi, 1987, p. 135)

En el mismo sentido, se ha manifestado que la presunción de legalidad del acto administrativo es:

(...) la suposición de que el acto fue emitido conforme a derecho, dictado en armonía con el ordenamiento jurídico. Es una resultante de la juridicidad con que se mueve la actividad estatal. La legalidad justifica y avala la validez de los actos administrativos; por eso crea la presunción de que son legales, es decir, se los presume válidos y que respetan las normas que regulan su producción. (Dromi, 1987, pp. 136-137)

Para el profesor Orlando Santofimio-Gamboa (1994), “la presunción se desprende del hecho supuesto de que la administración ha cumplido íntegramente con la legalidad preestablecida en la expedición del acto, lo que hace desprender a nivel administrativo importantes consecuencias entre ellas, la ejecutoriedad del mismo” (p. 111).

El docente Libardo Riascos-Gómez (2013) establece que:

La presunción de legalidad se pregona de los actos administrativos y consiste básicamente en que todo acto expedido tanto por autoridades administrativas como por particulares con funciones públicas, están conforme al ordenamiento jurídico vigente y si alguien quiere probar lo contrario debe demandar probando ante la jurisdicción contencioso administrativa que no se presenta está presunción puesto que está es “Iuris tantum. (s. p.)

En la jurisprudencia contenciosa administrativa (Sentencia 16503 del 3 de diciembre de 2007) se conceptualiza como la obligatoriedad de la actividad de la administración de que sus actos administrativos estén conforme al ordenamiento jurídico superior. Esta presunción es de carácter legal o *iuris tantum* y no *iuris et de iure*, esto significa que admite prueba en contrario y, por lo tanto, se puede desvirtuar ante la jurisdicción contenciosa administrativa cuando al demostrarse o probarse que uno o varios de los

elementos del acto en verdad no responden a la preceptiva legal, el acto deviene en nulo.

Esta presunción de legalidad, denominada también ‘presunción de validez’, ‘presunción de justicia’ y ‘presunción de legitimidad’, consiste, según la sentencia, en la prerrogativa de que gozan los pronunciamientos de esa clase; esto significa que, al desarrollarse y proyectarse la actividad de la administración, se asume que se han cumplido todas las reglas y se han respetado todas las normas que la enmarcan. Legalidad es sinónimo de perfección, de regularidad; se inspira en motivos de conveniencia pública, en razones de orden formal y material en pro de la ejecutoriedad y de la estabilidad de esa manifestación de voluntad (Sentencia 6264 del 17 de febrero de 1994).

Bajo este entendido, todos los actos administrativos gozan de la presunción de legalidad mientras no sean declarados suspendidos o anulados por la jurisdicción competente; puesto que gozan de esa credibilidad previa de nacer respetando la constitución y la ley, es decir, que la decisión administrativa es conforme a derecho.

El problema se presenta cuando el principio de presunción de legalidad de los actos administrativos que causaron lesiones a derechos jurídicamente protegidos, como puede ocurrir con los impuestos, debe enfrentarse con el principio de reparación integral (artículo 16, Ley 446 de 1998), que obliga a resarcir los daños imputables al Estado. En esta colisión de principios aparece la ponderación o principio de proporcionalidad, que busca brindarle peso específico a los principios y determinar cuál de ellos es prevalente sobre el otro.

En consecuencia, es necesario estudiar el contenido y alcance del principio de reparación integral.

La reparación integral nace del derecho romano, incorporado en el derecho privado, Código Civil colombiano, artículo 2341 mediante el principio *restitutio in integrum* que impone la obligación de reparar, integralmente, a la víctima del Derecho, a obtener una indemnidad, como si el daño nunca hubiese ocurrido; esta reparación *in integrum* debe ser justa, suficiente, efectiva, rápida y proporcional a la gravedad de las violaciones y a la entidad del daño sufrido y busca dejar a la víctima como si el daño nunca hubiese ocurrido, es decir, el daño es la medida de la reparación. De la misma manera, la reparación integral aparece consagrada en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, el artículo 8° de la Ley 975 de 2005 y la Ley 1448 de 2011, ley de víctimas y restitución de tierras, así como también, en la jurisprudencia del Consejo de Estado, que se inspira también en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (IDH), donde la reparación debe ser integral y plena (Sentencia del 1 de julio de 2006). En caso de no ser posible la restitución integral, se debe intentar una “justa indemnización” o una indemnización compensatoria.

A pesar de ello, es necesario aclarar que el significado, contenido, alcance e interpretación de los criterios de reparación integral que adopta el Consejo de Estado, es el desarrollado por la Corte IDH en su importante jurisprudencia, cuando aborda la responsabilidad del Estado por la vulneración grave a derechos humanos, tales como la indemnización (compensación económica), la restitución (entrega de los bienes o recursos perdidos), la satisfacción (re-dignificación de la víctima, reparación simbólica), la rehabilitación (atención medico psicológica), las garantías de no repetición (obligaciones de no repetir el daño).

De lo anterior deriva que, las víctimas tienen un derecho humano protegido por el Derecho Internacional y, fundamental, amparado por el Derecho Constitucional a la reparación integral. Ahora bien, como todo

los derechos humanos y fundamentales, este no es un derecho absoluto, sino un derecho *prima facie* que puede ser limitado con otros principios o derecho como en el caso del proyecto de investigación el principio de presunción de legalidad de los actos administrativos lícitos causantes de daños antijurídicos.

Otra importante transformación en la reparación que se adelanta en la senda contenciosa administrativa es la inaplicabilidad del principio de jurisdicción rogada y que no es aplicable frente graves violaciones a derechos humanos a la integridad física y a la vida, ya que “(...) el orden jurídico interno debe ceder frente al internacional, en tanto este último impone la obligación a los Estados, incluida la Rama Judicial del Poder Público, de adoptar todas las medidas tendientes a la protección y reparación” (Sentencia 16996 del 20 de febrero de 2008), lo que implica dejar de lado el carácter de rogado en aras de garantizar los derechos humanos de las víctimas.

Dicho esto, la reparación que se hace en clave de convencionalidad es aplicable frente a lesiones graves a derechos humanos. En el caso de vulneraciones a derechos que causen perjuicios a las personas por actos administrativos lícitos creadores de tributos, es claro que no estamos frente a violaciones graves a derechos humanos, pero sí frente a la trasgresión de derechos individuales, o si se quiere, también de derechos fundamentales. En virtud del principio de la *restitutio in integrum*, se debe resarcir hasta dejar indemne a la víctima, como si el daño jamás hubiese ocurrido, de conformidad con lo consagrado en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998.

En esa medida, en un Estado constitucional, garante de derechos, el amparo del principio de legalidad de los actos administrativos que crean tributos, no justificarían la vulneración del deber del Estado de resarcir perjuicios sufridos por una persona que no está en la obligación jurídica

de soportar. Además, es necesario identificar cuál de los principios es prevalente en esa relación condicionada.

La diferencia entre ley inexecutable y acto administrativo anulado es decisiva. Si existe acto administrativo particular que liquidó, determinó o negó una devolución, la vía ordinaria será la nulidad y restablecimiento del derecho. Si el perjuicio deriva directamente de un acto administrativo general anulado, sin acto particular intermedio, la reparación directa conserva utilidad excepcional.

11. Medio de control, caducidad, conciliación y situaciones jurídicas consolidadas

La evolución reciente del debate exige introducir una precisión decisiva: la responsabilidad del Estado por hechos del legislador tributario no se resuelve únicamente con la constatación de que una ley fue declarada inexecutable. La declaratoria de inconstitucionalidad es un presupuesto relevante, pero no agota el análisis. El juez debe determinar si, durante el tiempo de vigencia de la norma, el contribuyente soportó una carga que el ordenamiento no podía imponerle; si el fallo constitucional tuvo efectos retroactivos o solamente hacia el futuro; si la situación jurídica particular ya se había consolidado; y si el mecanismo procesal elegido permite discutir el daño sin desconocer la competencia de la Corte Constitucional para fijar los efectos temporales de sus sentencias.

Los anexos incorporados permiten ordenar el panorama. En ellos aparece una tensión entre dos líneas. La primera, de orientación reparadora, sostiene que la expedición de una norma tributaria contraria a la Constitución configura una falla del servicio legislativo y que el pago efectuado bajo esa norma constituye un daño antijurídico. La segunda, que se consolidó

en la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en 2018 para los casos de la Tasa Especial por Servicios Aduaneros -TESA-, afirma que, si la Corte Constitucional no otorgó efectos retroactivos a la inexecutable, los pagos realizados durante la vigencia de la ley no demuestran por sí mismos un daño antijurídico resarcible por reparación directa.

Esta actualización no pretende ocultar la contradicción; por el contrario, la convierte en el punto de partida de la argumentación. El libro debe leerse como una defensa de la responsabilidad del Estado frente al error normativo grave, pero una defensa técnicamente ajustada: la reparación no puede apoyarse en una fórmula automática, sino en la demostración de que el particular no tenía el deber jurídico de soportar la carga, de que existe imputación al órgano normativo y de que la reclamación fue formulada dentro del cauce procesal idóneo.

La TESA fue creada por los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000 y posteriormente declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-992 de 2001. La Corte consideró que el legislador no había determinado con claridad la relación entre la tarifa y el servicio aduanero que pretendía financiar, con lo cual se desdibujaba la naturaleza de tasa y se aproximaba el gravamen a un impuesto sobre importaciones con destinación específica incompatible con la Constitución.

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en la sentencia de unificación identificada con radicación 25000-23-26-000-2003-00208-01 (28769) (IJ), estudió una demanda de reparación directa contra la Nación-Congreso de la República por los pagos efectuados durante la vigencia de la TESA. El punto decisivo fue que la Sentencia C-992 de 2001 no tuvo efectos retroactivos. A partir de ello, la Sala concluyó que la sociedad demandante no demostró haber sufrido un daño en los términos del artículo 90 de

la Constitución por haber pagado la tasa durante el tiempo en que la ley estuvo vigente.

Esta decisión introduce una regla restrictiva: la inexecutable de una ley tributaria no convierte automáticamente en antijurídicos todos los pagos realizados mientras la norma produjo efectos. Si la Corte Constitucional guarda silencio sobre la retroactividad, opera la regla general de efectos hacia futuro prevista en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia. Bajo esa lógica, el pago realizado antes de la expulsión de la ley puede constituir un detrimento patrimonial, pero no necesariamente un daño antijurídico indemnizable por reparación directa.

La importancia de la unificación radica en que desplaza el centro del debate. Antes, la discusión se formulaba como una oposición entre inmunidad del legislador y responsabilidad por falla del servicio. Después de 2018, la pregunta se vuelve más fina: ¿puede el juez contencioso declarar antijurídico un daño derivado de una ley que, por decisión del juez constitucional, conservó efectos durante el pasado? La respuesta mayoritaria de la Sala Plena fue negativa para el caso TESA. La tesis crítica, que esta obra mantiene como problema abierto, sostiene que esa conclusión protege la seguridad jurídica, pero sacrifica la reparación del contribuyente cumplido y debilita el efecto normativo del artículo 90 superior.

La primera tesis entiende la antijuridicidad como ausencia de soporte normativo válido y vigente. Conforme a ella, mientras la ley tributaria estuvo formalmente vigente y no había sido retirada del ordenamiento, el contribuyente tenía el deber jurídico de cumplirla. La inexecutable sin efectos retroactivos no borra esa obligación hacia el pasado; por tanto, la carga fiscal soportada durante ese lapso no es indemnizable, salvo que la Corte Constitucional module expresamente los efectos de su sentencia hacia el pasado o que exista una norma constitucional o legal que ordene reparar.

La segunda tesis parte de la supremacía constitucional. Si una ley es declarada inexecutable porque desconoció límites constitucionales de la potestad tributaria, el daño patrimonial que produjo en los contribuyentes no debería ser considerado una carga normal. Bajo esta postura, la modulación de efectos de la sentencia constitucional define la permanencia o expulsión de la norma en el plano abstracto, pero no agota el juicio de responsabilidad. El artículo 90 exige evaluar si una autoridad pública causó un daño antijurídico imputable, y esa evaluación no debería quedar absorbida por la técnica de los efectos temporales del fallo.

La carga argumentativa del libro se fortalece si se reconoce que ambas tesis protegen valores constitucionales distintos. La tesis restrictiva protege seguridad jurídica, confianza en la ley vigente, estabilidad presupuestal y competencia exclusiva de la Corte Constitucional para fijar efectos de sus sentencias. La tesis reparadora protege supremacía constitucional, igualdad ante las cargas públicas, reparación integral y confianza legítima del contribuyente cumplido. El problema no consiste en elegir un valor y eliminar el otro, sino en construir criterios de ponderación.

Una fórmula de equilibrio puede expresarse así: la inexecutable sin retroactividad no debe producir una devolución automática y generalizada, pero tampoco debe impedir de manera absoluta el examen de responsabilidad cuando el demandante demuestre un sacrificio especial, cierto, individualizado y no compensado; cuando el vicio constitucional era grave o estructural; cuando el tributo carecía de verdadera correspondencia con la capacidad contributiva o con el servicio financiado; y cuando la reparación no implica desconocer situaciones jurídicas definitivamente consolidadas por decisión judicial o por firmeza administrativa no controvertida.

Una de las mayores dificultades prácticas del tema consiste en identificar el medio de control. La reparación directa, prevista en el

artículo 140 del CPACA, permite reclamar el daño antijurídico causado por la acción u omisión del Estado. Históricamente fue la vía escogida para demandar a la Nación-Congreso por la expedición de leyes tributarias inexecutable. Sin embargo, en materia tributaria existe un sistema especial de devolución de pagos en exceso o de lo no debido, que puede conducir a actos administrativos particulares de rechazo o reconocimiento parcial. Cuando existe tal acto particular, el debate se desplaza hacia la nulidad y restablecimiento del derecho.

La distinción es relevante. Si el daño se imputa directamente a la expedición de la ley inexecutable y no existe acto administrativo particular que haya definido la situación del contribuyente, la reparación directa conserva una función teórica y procesal. Pero si el contribuyente formuló solicitud de devolución y la administración produjo un acto de rechazo, el daño práctico pasa a estar mediado por una decisión administrativa particular. En ese caso, la pretensión idónea suele ser la nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto que negó la devolución, dentro del término de caducidad propio de ese medio de control.

El pago de lo no debido cumple una función distinta a la responsabilidad patrimonial. No busca declarar la falla del legislador ni indemnizar todos los perjuicios derivados del tributo inexecutable; persigue restituir sumas que el Estado no debía conservar. Su fundamento se aproxima al enriquecimiento sin causa y a la justicia tributaria. Por eso, puede operar incluso cuando el juez de responsabilidad niega la existencia de daño antijurídico imputable al Congreso, siempre que la situación no esté consolidada y el ordenamiento tributario permita la devolución.

La tesis que se propone es funcional: no debe confundirse restitución con indemnización. La devolución tributaria repara el empobrecimiento

directo consistente en el pago indebido; la responsabilidad patrimonial puede comprender perjuicios adicionales cuando se demuestre daño antijurídico imputable. La primera se tramita ordinariamente ante la administración tributaria y luego ante el juez de nulidad y restablecimiento; la segunda se tramita por reparación directa cuando el daño no está mediado por un acto particular y cuando la fuente de imputación es el hecho normativo mismo.

El artículo 164 del CPACA dispone que la reparación directa debe presentarse dentro de los dos años siguientes a la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño o desde cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo, si ello ocurrió después y se prueba la imposibilidad de conocerlo antes. En materia de tributos inexecutable, esta regla plantea una tensión: el pago se materializa en cada declaración o recibo; pero el contribuyente solo conoce con certeza la eventual antijuridicidad del pago cuando la Corte Constitucional declara inexecutable la norma o cuando el juez contencioso anula el acto general que servía de fundamento al cobro.

Para una teoría garantista, el término no debería contarse mecánicamente desde cada pago, porque en ese momento el contribuyente conoce el egreso patrimonial pero no necesariamente el carácter antijurídico del daño. El conocimiento relevante para la responsabilidad surge cuando existe una decisión judicial que revela la contradicción de la norma con el ordenamiento superior. No obstante, el demandante debe actuar con diligencia desde ese momento, pues la caducidad es de orden público y no puede quedar sometida a la expectativa indefinida de una futura devolución administrativa.

El criterio práctico puede formularse así: en leyes tributarias declaradas inexecutable, el día a quo de la reparación directa debe analizarse

a partir de la ejecutoria o publicidad del fallo constitucional cuando antes de ese momento el contribuyente no podía conocer razonablemente la antijuridicidad del daño. En actos administrativos generales anulados, el término debe contarse desde la ejecutoria de la sentencia de nulidad cuando el daño se deriva directamente del acto general y no de un acto particular intermedio. Si existe un acto particular que liquida, determina o niega la devolución, opera el término propio de la nulidad y restablecimiento del derecho.

La Ley 2220 de 2022 mantiene una regla expresa: no son susceptibles de conciliación extrajudicial en asuntos de lo contencioso administrativo los conflictos de carácter tributario. Esto significa que la conciliación no debe exigirse como requisito de procedibilidad cuando el litigio versa propiamente sobre obligaciones fiscales. La regla evita que derechos de naturaleza pública e indisponible sean objeto de transacción indebida.

Sin embargo, la actualización normativa también introduce una precisión importante. La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial suspende el término de caducidad o prescripción hasta que ocurra alguno de los eventos legales: suscripción del acta, expedición de constancias o vencimiento del término de tres meses. En el ámbito contencioso administrativo, el artículo 96 regula de forma especial la suspensión del término de caducidad del medio de control hasta la ejecutoria de la providencia que imprueba el acuerdo, la expedición de constancias o el vencimiento de los tres meses, lo que ocurra primero.

La interacción entre prohibición de conciliar en materia tributaria y suspensión de la caducidad debe leerse con prudencia. Los anexos muestran una línea jurisprudencial que, por razones de acceso a la justicia, buena fe y confianza legítima, ha reconocido efectos suspensivos incluso cuando

el interesado presenta una solicitud sobre un asunto no conciliable. La Ley 2220 refuerza esta solución al prever constancias para asuntos no conciliables. Pero la recomendación técnica es no convertir esa posibilidad en práctica ordinaria: en litigios tributarios debe acudir directamente al juez dentro del término legal, salvo que exista una razón estratégica clara para solicitar constancia.

La regla de seguridad es la siguiente: si se presenta conciliación por error o cautela, debe hacerse antes de que opere la caducidad; la solicitud extemporánea no revive términos vencidos. La suspensión termina con la constancia de asunto no conciliable, con el acta respectiva o con el vencimiento del término máximo. Además, en materia contenciosa la prórroga del trámite no prolonga la suspensión de la caducidad.

El concepto de situación jurídica consolidada cumple una función de cierre. Una situación se consolida cuando ya no puede discutirse administrativa ni judicialmente, sea porque el acto administrativo quedó en firme, porque caducó la acción judicial o porque existe sentencia con fuerza de cosa juzgada. La consolidación protege seguridad jurídica y evita que la declaratoria posterior de nulidad o inexecuibilidad reabra indefinidamente relaciones tributarias ya definidas.

La firmeza del acto administrativo y la cosa juzgada judicial no son equivalentes, aunque ambas pueden cerrar el debate. La firmeza convierte el acto en obligatorio y ejecutable mientras no sea anulado; se produce, entre otros eventos, cuando no proceden recursos, cuando estos no se interponen oportunamente o cuando ya fueron resueltos. La cosa juzgada, en cambio, dota a una providencia judicial de carácter definitivo, vinculante e inmutable. El punto común es que ambas impiden reabrir el asunto por una vía indirecta.

En materia tributaria, la consolidación tiene efectos especialmente severos. Si el contribuyente recibió una liquidación oficial, no recurrió, dejó vencer la acción o permitió que quedara en firme un acto particular que definió su obligación, la posterior anulación del acto general o la inexecutable de la ley no necesariamente le permite reclamar devolución o indemnización. En cambio, si la situación estaba pendiente de definición, si se discutió oportunamente el acto o si no existía acto particular intermedio, la decisión de inexecutable o nulidad puede incidir en la reclamación.

Desde la perspectiva crítica de este libro, la situación jurídica consolidada no debe usarse como fórmula para negar toda responsabilidad. Debe operar como límite procesal y de seguridad jurídica, no como negación ontológica del daño. Lo que se consolida puede ser la imposibilidad de discutir una obligación en determinada vía, pero ello no elimina la necesidad de explicar si el sacrificio patrimonial fue normal, especial, legítimo o antijurídico. Esa explicación es indispensable para que la jurisprudencia no reduzca el artículo 90 de la Constitución a un enunciado meramente retórico.

La situación jurídica consolidada funciona como límite a la reparación. La firmeza administrativa, la cosa juzgada, la caducidad y el vencimiento de términos protegen la seguridad jurídica y pueden cerrar la posibilidad de reabrir el debate.

12. Test judicial para tributos inexecutable o ilegales

A partir de la evolución descrita, se propone un test de decisión en seis pasos. Primero, identificar la fuente del pago: ley, acto administrativo general, acto particular, autoliquidación o acto de rechazo de devolución. Segundo, determinar la decisión que expulsó la norma: inexecutable, nulidad simple o nulidad del acto particular. Tercero, precisar los efectos

temporales del fallo: *ex nunc*, *ex tunc* o modulación específica. Cuarto, verificar si la situación del contribuyente estaba consolidada. Quinto, escoger la vía procesal: reparación directa, nulidad y restablecimiento, devolución tributaria o acción de grupo. Sexto, examinar el título de imputación y la extensión de la reparación.

Este test evita errores frecuentes. No toda inexecuibilidad genera reparación; no toda situación consolidada elimina la discusión constitucional; no toda devolución equivale a indemnización integral; no todo acto general ilegal exige nulidad y restablecimiento; y no todo pago hecho bajo una ley vigente constituye una carga normal. La decisión correcta exige reconstruir la relación entre norma, pago, daño, conocimiento, caducidad y vía procesal.

En términos de carga argumentativa, el demandante debe acreditar: el pago o detrimento patrimonial; la relación directa con la norma inexecutable o ilegal; la ausencia de deber jurídico de soportar el daño; la oportunidad de la acción; la inexistencia de situación consolidada que cierre el debate; y la imputación al órgano normativo o administrativo. Por su parte, el Estado puede oponer: efectos *ex nunc* del fallo, presunción de constitucionalidad o legalidad durante la vigencia, consolidación de situaciones, existencia de vía especial de devolución y ausencia de sacrificio especial.

La jurisprudencia de 2018 aporta orden, pero no cierra el debate. Su principal virtud consiste en recordar que el juez contencioso no puede atribuir efectos retroactivos a una sentencia constitucional cuando la Corte no lo hizo. Su principal debilidad consiste en aproximar demasiado la antijuridicidad del daño a la vigencia formal de la ley, con el riesgo de dejar sin reparación a contribuyentes que soportaron cargas fiscales constitucionalmente defectuosas.

La tesis más sólida no es la devolución automática ni la irresponsabilidad absoluta. Es una tesis intermedia y exigente: la responsabilidad del Estado legislador tributario debe admitirse cuando la lesión sea cierta, individualizable, grave o especial; cuando el vicio constitucional revele un incumplimiento cualificado de los límites de la potestad tributaria; cuando no exista situación jurídica consolidada que impida el debate; y cuando la reparación no suponga desconocer de manera general los efectos temporales fijados por la Corte Constitucional.

Así comprendida, la responsabilidad por hechos del legislador tributario no petrifica la función legislativa ni amenaza por sí misma la hacienda pública. Al contrario, crea incentivos institucionales para legislar con mayor calidad, estudiar técnicamente los tributos, respetar la reserva de ley, definir con precisión los elementos esenciales del gravamen y evitar que la financiación del Estado se apoye en cargas incompatibles con la Constitución.

Es claro que, uno de los problemas de la responsabilidad del Estado legislador por normas inconstitucionales es la falta de un precedente estable. Esta observación conserva plena vigencia en materia tributaria. La jurisprudencia ha empleado criterios distintos para resolver problemas semejantes: en algunos casos privilegia la supremacía constitucional y la reparación; en otros, la seguridad jurídica y la consolidación de situaciones; y en otros, desplaza el debate hacia mecanismos de devolución o nulidad y restablecimiento.

12.1. Matriz orientadora para la decisión judicial

Con fines de sistematización, la siguiente matriz resume los pasos que debe seguir el juez o el litigante al analizar una reclamación derivada de tributos inexecutable o ilegales.

A la matriz anterior debe añadirse una pregunta: ¿ante cuál escenario de responsabilidad por el hecho de la ley se está? La respuesta ordena el análisis posterior. Si se trata de mandato constitucional directo, la discusión se centra en la efectividad de la indemnización; si se trata de ley inexecutable, se examinan los efectos del fallo y la situación jurídica; si se trata de ley executable, se verifica la existencia de daño especial; y si se trata de omisión legislativa, debe probarse un deber normativo incumplido.

<i>Pregunta de análisis</i>	<i>Criterio jurídico</i>	<i>Consecuencia</i>
¿La fuente del cobro fue una ley o un acto administrativo?	Identifica régimen de invalidez y autoridad imputable.	Ley inexecutable o acto administrativo nulo.
¿Existe sentencia de inexecutable o nulidad?	La expulsión de la norma es relevante, pero no reemplaza el juicio de responsabilidad.	Debe analizarse daño, antijuridicidad e imputación.
¿La sentencia tuvo efectos ex tunc o ex nunc?	La retroactividad favorece la restitución; la irretroactividad no excluye todo análisis patrimonial.	Evita automatismos indemnizatorios o denegatorios.
¿Existe acto administrativo particular?	Puede definir el medio de control.	Si existe, procede prioritariamente nulidad y restablecimiento.
¿La situación jurídica está consolidada?	Firmeza, cosa juzgada, caducidad o vencimiento de términos pueden cerrar la discusión.	Puede impedir devolución o reparación.
¿Se reclama devolución o indemnización integral?	La devolución restituye lo pagado; la indemnización exige perjuicios autónomos probados.	Define pretensión, prueba y alcance de condena.

12.2. Regla integradora propuesta

La responsabilidad patrimonial del Estado por tributos inexecutable o ilegales procede cuando se demuestre una lesión patrimonial cierta, antijurídica e imputable a la función normativa estatal, siempre que no exista situación jurídica consolidada y que el medio de control elegido corresponda a la fuente inmediata del daño. Esta regla impide la devolución automática de todo tributo inexecutable, pero también evita que la seguridad jurídica se convierta en cláusula absoluta de irresponsabilidad.

La responsabilidad del Estado legislador no se agota en los tributos inexecutable, aunque estos constituyan su expresión más sensible desde el punto de vista patrimonial. El hecho de la ley puede generar responsabilidad en escenarios diversos que comparten una misma base constitucional: la existencia de un daño antijurídico imputable a una autoridad pública.

El primer aporte consiste en afirmar la constitucionalización del régimen de responsabilidad. El artículo 90 superior no es solo una cláusula de cierre para la administración pública; es una norma estructural del Estado constitucional que impide zonas de inmunidad en cualquiera de las ramas del poder. La responsabilidad del legislador, en consecuencia, no es una anomalía del sistema, sino una consecuencia de la sujeción de toda función estatal a la Constitución.

El segundo aporte es metodológico. La clasificación en cuatro escenarios evita confundir supuestos diferentes: no es lo mismo una indemnización prevista directamente por la Constitución, una ley inexecutable que produjo efectos antes de ser retirada, una ley executable que causa una carga especial, o una omisión legislativa que impide la efectividad de un derecho. Cada supuesto exige un juicio propio de daño, antijuridicidad, imputación, causalidad, título de responsabilidad y medio procesal.

El tercer aporte es dogmático. La antijuridicidad del daño no se identifica necesariamente con la ilicitud de la conducta estatal. Una ley válida puede causar daño antijurídico si impone un sacrificio especial; una ley inexecutable puede no generar reparación automática si los efectos del fallo son hacia futuro y la situación jurídica se consolidó; y una omisión legislativa solo será fuente de responsabilidad si existe un deber concreto de legislar y el daño es consecuencia directa de su incumplimiento. Esta precisión permite superar fórmulas extremas y construir una respuesta proporcional.

El cuarto aporte es procesal. La responsabilidad por el hecho de la ley no puede analizarse al margen del medio de control y de la oportunidad de la reclamación. En materia tributaria, la reparación directa, la nulidad y restablecimiento del derecho, el procedimiento de devolución y la figura del pago de lo no debido deben diferenciarse cuidadosamente. La constitucionalización de la responsabilidad no autoriza a desconocer la caducidad, la firmeza de los actos administrativos o las situaciones jurídicas consolidadas; pero tampoco permite convertir esos límites en una inmunidad absoluta del Estado.

En conclusión, la incorporación de esta tesis fortalece la propuesta central del libro: la responsabilidad del Estado legislador tributario debe comprenderse como un caso especial dentro de una teoría general de la responsabilidad por el hecho de la ley. Su procedencia exige armonizar supremacía constitucional, seguridad jurídica, igualdad ante las cargas públicas, legalidad tributaria y reparación integral.

CONCLUSIONES

Primera. La responsabilidad del Estado legislador tributario constituye una expresión compleja del artículo 90 constitucional.

El artículo 90 no excluye al Congreso de la República, por lo que la función legislativa puede comprometer la responsabilidad estatal cuando ocasiona perjuicios que los administrados no están obligados a soportar.

Segunda. El centro del debate está en la antijuridicidad del daño.

El problema no consiste en saber si el Estado puede responder por la actividad legislativa, sino en determinar cuándo el pago de un tributo creado por una norma posteriormente declarada inexecutable constituye daño antijurídico.

Tercera. La modulación de los efectos de la sentencia no sustituye el juicio de responsabilidad.

La modulación cumple una función de estabilidad institucional, pero no debería convertirse en requisito absoluto para reconocer o negar la antijuridicidad del daño.

Cuarta. La jurisprudencia de 2018 excluye el automatismo indemnizatorio, pero no agota toda posibilidad de reparación.

Las sentencias de unificación sobre la TESA negaron que los pagos hechos bajo una ley vigente se transformen automáticamente en daños

antijurídicos. Sin embargo, ello no elimina supuestos excepcionales de daño especial, ausencia de situación consolidada, discusión oportuna o perjuicio autónomo.

Quinta. Falla del servicio y daño especial son títulos complementarios.

La falla se vincula con la expedición de una norma contraria a la Constitución; el daño especial con cargas anormales y singulares. La elección del título depende de la fuente del daño y de la configuración concreta de la lesión.

Sexta. Devolución, pago de lo no debido, nulidad y restablecimiento y reparación directa no son equivalentes.

Confundir estas instituciones ha sido una de las causas de la inestabilidad jurisprudencial. Cada una tiene presupuestos, términos, finalidad y efectos propios.

Séptima. La situación jurídica consolidada es un límite relevante, pero no una fórmula automática.

La firmeza administrativa, la cosa juzgada, la caducidad y el vencimiento de términos protegen la seguridad jurídica, pero deben analizarse según el caso concreto.

Octava. La protección del erario no puede transformarse en inmunidad estatal.

La sostenibilidad fiscal es relevante, pero no justifica que los particulares soporten cargas contrarias a la Constitución o a la ley.

Novena. La tesis final del libro es integradora.

Décima. La responsabilidad por el hecho de la ley debe clasificarse según el escenario que la origina.

No existe una única modalidad de responsabilidad del Estado legislador. Deben distinguirse, al menos, cuatro escenarios: mandato constitucional directo, ley inexecutable, ley executable que causa daño especial y omisión legislativa. Esta clasificación evita trasladar automáticamente las reglas de un supuesto a otro y permite una argumentación más precisa en materia tributaria.

Décima primera. La constitucionalización del derecho administrativo refuerza, pero no simplifica, la responsabilidad del legislador.

La constitucionalización del derecho administrativo confirma que la ley no es un espacio inmune al control de responsabilidad. Sin embargo, también exige rigor: la supremacía constitucional debe armonizarse con la seguridad jurídica, la separación de poderes, la libertad de configuración legislativa y la estabilidad de las situaciones consolidadas. El resultado no es responsabilidad automática, sino un juicio constitucionalmente estructurado de daño, antijuridicidad e imputación.

Ni toda inexecutable genera automáticamente reparación, ni toda modulación hacia el futuro excluye definitivamente el daño anti-jurídico. La responsabilidad exige demostrar daño cierto, antijuridicidad material, imputación, ausencia de situación consolidada y uso del medio de control adecuado.

RECOMENDACIONES

Se recomienda que futuras investigaciones y decisiones judiciales sobre responsabilidad del Estado legislador tributario adopten una clasificación previa del caso conforme a los cuatro escenarios a saber: 1). Mandato constitucional directo, 2). Aplicación de ley inexecutable, aplicación de ley executable y 3). Omisión legislativa. Esta clasificación permite identificar el título de imputación, el medio de control, la carga probatoria y los límites derivados de la seguridad jurídica.

En demandas por tributos creados por leyes inexecutables, la estrategia procesal debe iniciar con una matriz de identificación: norma creadora del tributo, sentencia que la expulsó, efectos temporales del fallo, pagos realizados, existencia de actos particulares, solicitudes de devolución y estado de consolidación de la situación jurídica.

Cuando exista acto administrativo particular que niega la devolución o determina la obligación tributaria, debe evaluarse prioritariamente la nulidad y restablecimiento del derecho. La reparación directa debe reservarse para daños no mediados por actos particulares o para eventos en que se pretenda discutir directamente el hecho normativo generador del daño.

La demanda debe distinguir cuidadosamente entre restitución de lo pagado e indemnización integral. La primera puede encontrar fundamento en el pago de lo no debido; la segunda exige demostrar daño antijurídico, imputación y perjuicios adicionales.

El cómputo de la caducidad debe justificarse expresamente. En tributos inexecutable, el argumento de conocimiento del daño debe anclarse en la sentencia de inexecutableibilidad o de nulidad, sin olvidar que la carga de diligencia del demandante empieza desde ese momento.

No debe solicitarse conciliación extrajudicial como requisito ordinario en conflictos tributarios. Si se presenta por cautela, debe hacerse antes del vencimiento del término y debe controlarse la fecha exacta de expedición de la constancia, porque desde ese momento se reanuda el cómputo.

En futuras investigaciones se recomienda estudiar comparativamente la forma como la jurisprudencia trata al contribuyente cumplido frente al contribuyente que discute el tributo, pues allí se juega la coherencia entre cultura de cumplimiento, igualdad ante las cargas públicas y responsabilidad patrimonial del Estado.

REFERENCIAS

- Ahumada-Ruiz, M. Á. (2002). Responsabilidad patrimonial del Estado por las leyes inconstitucionales (o el derecho a no ser perjudicado por una ley inconstitucional). *Revista Española de Derecho Constitucional*, 21(62), 301-352. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1996791>
- Alonso-García, M. C. y Leiva-Ramírez, E. (2011). La Responsabilidad del Estado por el hecho del legislador. *Revista Estudios Socio-jurídicos*, 13(2), 77-106. <http://www.scielo.org.co/pdf/esju/v13n2/v13n2a04.pdf>
- Alonso-García, M. C. y Leiva-Ramírez, E. (2013). La responsabilidad patrimonial del legislador en Colombia, Francia y España. *Revista de Derecho* (39), 145-173. http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-86972013000100010&lng=en&tlng=es
- Arenas-Uribe, C. y Jiménez-Uscategui, M. (2001). La responsabilidad del Estado por el hecho del legislador [Tesis de grado, Pontificia Universidad Javeriana]. <https://javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere2/Tesis41.pdf>
- Aroca-Lara, C. F. (2005). Principio de reserva de ley en materia tributaria. Universidad Externado de Colombia.
- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). Constitución Política de Colombia. Gaceta Constitucional No. 116.
- Auto 23245. (2003, 15 de mayo). Consejo de Estado (Alier Eduardo Hernández Enríquez C. P.).

- Bernal-Pulido, C. (2005). *El Derecho de los de los derechos*. Universidad Externado de Colombia.
- Bernal-Corredor, E. A. (2017). *Responsabilidad extracontractual del estado por omisión en la actividad legislativa [Tesis de Maestría, Universidad Libre]*. <https://acortar.link/fm61Wz>
- Botero-Aristizábal, L. F. (2007). *Responsabilidad patrimonial del Legislador*. Legis, Universidad del Rosario.
- Céspedes-Muñoz, C. (2017). *El daño lícito y el Derecho de Huelga*. *Revista de Derecho*, (47), 250-289.
- Cifuentes-Santander, M. (2020). *La responsabilidad del Estado por el hecho de las leyes inconstitucionales: estudio comparado entre Colombia y Francia*. *Revista digital de Derecho Administrativo*, (23), 329-358.
- Cortes Generales. (1978). *Constitución Española*. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. <https://boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>
- Correa-Palacio, R. S. (2015). *Limites jurisprudenciales a la responsabilidad patrimonial del Estado*. En J. Henao y A. Ospina, *La responsabilidad extracontractual del Estado ¿Qué? ¿Por qué? ¿Hasta dónde? XVI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*. Universidad Externado de Colombia.
- Decreto 0623 de 1982. (1982, 30 de marzo). *Presidente de la República de Colombia*. *Diario Oficial Año CXVIII*. N. 35992. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1132122>
- Decreto 1 de 1984. (1984, 2 de enero). *Presidencia de la República de Colombia*. *Diario Oficial No. 36.439*. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=6543>

- Decreto Real No. 830 de 1985. (1985, 30 de abril). Presidencia del Gobierno. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1985-10386>*
- Decreto 624 de 1989. (1989, 30 de marzo). Presidencia de la República de Colombia. Diario Oficial 38756. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=6533>*
- Decreto 2591 de 1991. (1991, 19 de noviembre). Presidencia de la República de Colombia. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=5304>*
- Decreto 1000 de 1997. (1997, 8 de abril). Presidencia de la República de Colombia. Diario Oficial No. 43017. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=7460>*
- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN). (2016, 31 de mayo). Concepto 499. Oficio 100202208-0499. <https://cijuf.org.co/normatividad/concepto/2016/concepto-499.html>*
- Dromi, J. R. (1987). Manual de Derecho Administrativo. Astrea.*
- García de Enterría, E. (2002). El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador. Revista Administración Pública, (159), 173-206. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/293639.pdf>*
- García de Enterría, E. y Fernández, T. R. (2014). Curso de Derecho Administrativo. Civitas.*
- García-Mendoza, H. (1997). La responsabilidad extracontractual del Estado. Jurídica Conosur.*
- Gil-Botero, E. (2006). Temas de Responsabilidad Extracontractual del Estado. Comlibros.*

- Giraldo, M. (2018). *Responsabilidad patrimonial del Estado por actos del legislador en virtud de leyes declaradas inexequibles* [Tesis de Especialización, Universidad Santiago de Cali].
- Guerra-Zapata, S. M. (2014). *La responsabilidad del Estado por el hecho del legislador: el caso chileno* [Tesis de Maestría, Universidad Externado de Colombia].
- Henao-Pérez, J. C. (1996). *Presentación general de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia*. En *Jornadas Colombo-Venezolanas de Derecho Público*. Universidad Externado de Colombia.
- Henao-Pérez, J. C. (2007). *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*. Universidad Externado de Colombia.
- Henao-Pérez, J. C. (2015). *Las Formas de reparación en la responsabilidad del Estado hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado*. En J. Henao y A. Ospina, *La responsabilidad extracontractual del Estado ¿Qué? ¿Por qué? ¿Hasta dónde?* XVI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia.
- Hernández-Enríquez, A. E. (2007). *Responsabilidad del Estado*. Ediciones Nueva Jurídica Librería.
- Ibarra-Martínez, F. (2024). *Responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado por el hecho de la ley*. En C. A. Pereira Otero (Ed.), *El constitucionalismo transformador de las realidades sociales y los ordenamientos jurídicos del mundo* (pp. 155-192). Editorial Universidad de Nariño.
- Ley 84 de 1873. (1873, 26 de mayo). Congreso de Colombia. Código Civil colombiano. Diario Oficial No. 2.867. <https://appccvalledupar.co/timeit/DocumentosPagina/93053ley%2084%20de%201873.pdf>

- Ley 6 de 1972. (1972, 18 de abril). Congreso de Colombia. Diario Oficial. Año CIX. N. 33750. <https://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1561543>
- Ley Orgánica 2/1979. (1979, 5 de octubre). Tribunal Constitucional. «BOE» núm. 239. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1979-23709>
- Ley 30 de 1984. (1984, 16 de noviembre). Congreso del Colombia. Diario Oficial No. 36.791. https://www.camara.gov.co/sites/public_html/leyes_hasta_1991/ley/1984/ley_0030_1984.html
- Ley 6 de 1992. (1992, 30 de junio). Congreso de Colombia. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=2767>
- Ley 30/1992. (1992, 26 de noviembre). Juan Carlos I Rey de España. BOE-A-1992-26318. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1992-26318>
- Ley 270 de 1996. (1996, 7 de marzo). Congreso de la República. Estatutaria de la Administración de Justicia. Diario Oficial No. 42.745. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=6548>
- Ley 446 de 1998. (1998, 7 de julio). Congreso de la República. Diario Oficial No. 43.335. https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/ley_0446_1998.htm
- Ley 633 de 2000. (2000, 29 de diciembre). Congreso de Colombia. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=6285>
- Ley 975 de 2005. (2005, 25 de julio). Congreso de Colombia. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=17161>
- Ley 1328 de 2009. (2009, 15 de julio). Congreso de Colombia. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=36841>

- Ley 1448 de 2011. (2011, 10 de junio). Congreso de la República. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=43043>
- Ley 1437 de 2011. (2011, 18 de enero). Congreso de la República. Diario Oficial No. 47.956. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=41249>
- Marín-Hernández, H. A. (2007). *Discrecionalidad Administrativa*. Universidad Externado de Colombia.
- M'Causland-Sánchez, M. C. (2015). *Responsabilidad objetiva del Estado: tendencias, deseos y realidades*. En J. C. Henao, A. F. Ospina-Garzón, *Responsabilidad extracontractual del Estado: tendencias, deseos y realidades*. Universidad Externado de Colombia.
- Morand-Deviller, J. (2015). *Derecho administrativo*. (Z. Rincón Ardila y J. C. Peláez Gutiérrez, Trads.). Universidad del Externado de Colombia.
- Moreno-Fernández, J. I. (2009). *La responsabilidad patrimonial del estado - legislador en materia tributaria y vías para reclamarla*. Editorial Aranzadi, S. A.
- Navia-Arroyo, F. (2000). *La Responsabilidad del Estado a la luz del artículo 90 de la Constitución Política*. *Revista de Derecho Privado*, (5), 211-231.
- Navia, M. y Chito, M. (2019). *Responsabilidad del Estado legislador, análisis jurisprudencial [Tesis de pregrado, Universidad Cooperativa de Colombia]*. https://repository.ucc.edu.co/bitstream/20.500.12494/17580/1/2019_analisis_jurisprudencial.pdf
- Núñez-Leiva, J. I. (2011a). *Responsabilidad patrimonial del Estado legislador: Distinguiendo*. *Revista de Derecho* (35), 264-289. http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-86972011000100011

- Núñez-Leyva, J. I. (2011b). Vigencia del dogma de la irresponsabilidad del Estado legislador en el Estado Constitucional de Derecho. *Estudios Constitucionales*, 1(9), 227-300. <https://www.redalyc.org/pdf/820/82019098010.pdf>
- Ocampo-Marulanda, Y. (2015). *La responsabilidad del Estado legislador frente a la expedición de normas inconstitucionales*. Leyer.
- Orjuela- Wilson (2019). *Responsabilidad del Estado y sus regímenes*. ECOE Ediciones.
- Patiño, H. (2011). *Las Causales Exonerativas de la Responsabilidad Extracontractual*. *Revista de Derecho Privado* (20), 371-398. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3688583.pdf>
- Pazos-Guerrero, R. (2018). *La Responsabilidad del Estado por la función constituyente: el caso colombiano*. Universidad Nacional de Colombia. https://issuu.com/gestiondeproyectos/docs/la_responsabilidad_del_estado_por_l
- Peña-Mateus, Ó. (2012). *Responsabilidad patrimonial del estado legislador en el derecho* [Tesis de doctorado, Universidad Complutense de Madrid].
- Pimiento, J. A. (2016). *Responsabilidad o solidaridad. El fundamento del deber de reparar en el ámbito de la responsabilidad extracontractual del Estado*. *Revista de Derecho Público*, (36), 63-105. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5677950.pdf>
- Ramos-Huertas, R. (2012). *Responsabilidad del Legislador en Colombia. Por derogación de normas tributarias*. Editorial Universidad del Rosario.
- Ramírez-Ramírez, J. O. (2014). *Responsabilidad del Estado por Medidas de Carácter Tributario* [Videoconferencia Consejo de Estado Dr. Jorge Octavio]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=GRZyLNAyhlg&t=8s>

- Restrepo-Pérez, B. (2020). Anotaciones en torno a una teoría de la responsabilidad del Estado por el acto del legislador. *Revista Responsabilidad Civil y del Estado*, I(1-7), 197.
- Riascos-Gómez, L. O. (2013). *La nulidad de los actos administrativos en el derecho colombiano*. Ibañez.
- Rodríguez, L. (2021). *Derecho Administrativo General y Colombiano*. Temis. (67 -68)
- Rojas-López, J. G. (2015). Responsabilidad extracontractual del Estado por los actos administrativos. En J. C. Henao y A. F. Ospina Garzón, *La responsabilidad extracontractual del Estado ¿Qué? ¿Por qué? ¿Hasta dónde? XVI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*. Universidad Externado de Colombia.
- Ruiz-López, M. Á. (2013). Retrospectiva y alcance actual de la responsabilidad patrimonial del Estado – Legislador. *Revista Digital Facultad de Derecho*, (6), 66-95. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4468762>
- Ruiz-Orejuela, W. (2015). *Responsabilidad del Estado Social de derecho por los actos del poder constituyente*. Eco Ediciones.
- Sánchez-García, A. P. (2019). Mecanismos judiciales para la devolución de los pagos de la Tasa Especial por Servicios Aduaneros – TESA. *Revista de Derecho Fiscal*, (15), 221-247. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/fiscal/article/view/6198>
- Sanín, J. E. (2018, 6 de junio). Responsabilidad Estatal e impuestos inconstitucionales. *Asuntos legales*. <https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/juan-esteban-sanin-511016/responsabilidad-estatal-e-impuestos-inconstitucionales-2735087>

Santofimio-Gamboa, J. O. (1994). *Acto Administrativo, procedimiento, eficacia y validez*. Universidad Externado de Colombia.

Sarmiento-Erazo, J. P. (2010a). *La modulación de sentencia de la Corte Constitucional: ¿Juez natural para la responsabilidad del Estado legislador?* Universidad ICESI.

Sarmiento-Erazo, J. P. (2010b). *Responsabilidad Patrimonial del Estado por Omisión Legislativa*. Editorial Ibañez, Universidad Javeriana.

Serrano Escobar, L. G. y Tejada Ruíz, C. P. (2014). *La responsabilidad patrimonial del Estado*. Ediciones Doctrina y Ley.

Sentencias

Sentencia 298. (1960, 2 de noviembre). Consejo de Estado (Carlos Gustavo Arrieta C. P.). <https://vlex.com.co/vid/52626086>

Sentencia. (1960, 30 de septiembre). Consejo de Estado (Francisco Eladio Gómez C. P.).

Sentencia 978. (1973, 23 de mayo). Consejo de Estado. Expediente (Alfonso Castilla Saiz C. P.). https://www.redjurista.com/Documents/consejo_de_estado,_seccion_tercera_e._no._n978_de_1973.aspx#/

Sentencia 4655. (1989, 20 de febrero). Consejo de Estado. Expediente 4655 (Antonio José de Irisarri Restrepo C. P.). <https://vlex.com.co/vid/643433293>

Sentencia 5396. (1990, 18 de octubre). Consejo de Estado (Julio César Uribe Acosta C. P.).

Sentencia 6515. (1991, 31 de octubre). Consejo de Estado (Julio César Uribe Acosta C. P.). https://xperta.legis.co/visor/jurcol/jurcol_759920414b8c-f034e0430a010151f034

- Sentencia 6641. (1992, 30 de julio). Consejo de Estado (Daniel Suarez Hernández C. P.).*
- Sentencia C-587. (1992, 12 de noviembre). Corte Constitucional (Ciro Angarita Barón M. P.). <https://acortar.link/UyaK1N>*
- Sentencia C-113. (1993, 25 de marzo). Corte Constitucional (Jorge Arango Mejía M. P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1993/C-113-93.htm>*
- Sentencia C-149. (1993, 22 de abril). Corte Constitucional (José Gregorio Hernández Galindo M. P.). <https://acortar.link/ueQ5WE>*
- Sentencia 6264. (1994, 17 de febrero). Consejo de Estado (Álvaro Lecompte Luna C. P.).*
- Sentencia 470. (1995, 13 de diciembre). Consejo de Estado (Diego Younes Moreno C. P.). https://xperta.legis.co/visor/jurcol/jurcol_7599204163e5f034e-0430a010151f034*
- Sentencia 9273. (1995, 2 de febrero). Consejo de Estado (Juan de Dios Montes Hernández C. P.). https://xperta.legis.co/visor/jurcol/jurcol_d8ef8584337f465ab7b9f3abb2ea06da*
- Sentencia C-034. (1996, 1 de febrero). Corte Constitucional (Jorge Arango Mejía M. P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-034-96.htm>*
- Sentencia C-055. (1996, 15 de febrero). Corte Constitucional (Alejandro Martínez Caballero M. P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2022/C-055-22.htm>*
- Sentencia C-066. (1997, 11 de febrero). Corte Constitucional (Fabio Morón Díaz M. P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-066-97>.*

htm

Sentencia IJ-001. (1998, 25 de agosto). Consejo de Estado (Jesús María Carrillo Ballesteros C. P.) <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=10008448>

Sentencia IJ-002 (1998, 8 de septiembre). Consejo de Estado (Daniel Suárez Hernández) [https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/251/25000-23-26-000-2004-02458-01\(51522\).pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/251/25000-23-26-000-2004-02458-01(51522).pdf)

Sentencia C-037. (2000, 26 de enero). Corte Constitucional (Vladimiro Naranjo Mesa M. P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-037-00.htm>

Sentencia C-427. (2000, 12 de abril). Corte Constitucional (Vladimiro Naranjo Mesa M. P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-427-00.htm>

Sentencia C-922. (2001, 29 de agosto). Corte Constitucional. <https://acortar.link/cJNid6>

Sentencia 20945. (2002, 26 de septiembre). Consejo de Estado (Alier Eduardo Hernández Enríquez C. P.). <https://vlex.com.co/vid/52566091>

Sentencia C-992. (2001, 19 de septiembre). Corte Constitucional (Rodrigo Escobar Gil M. P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-992-01.htm>

Sentencia C-036. (2003, 28 de enero). Corte Constitucional (Alfredo Beltrán Sierra M. P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/c-036-03.htm>

Sentencia AG-0014. (2003, 12 de junio). Consejo de Estado (María Inés Ortiz

Barbosa C. P.).

Sentencia 7651. (2003, 23 de abril). Corte Suprema de Justicia (Silvio Fernando Trejos Bueno M. P.). https://xperta.legis.co/visor/jurcol/jurcol_75992041de7cf034e0430a010151f034

Sentencia C-619. (2003, 29 de julio). Corte Constitucional (Clara Inés Vargas Hernández M. P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-619-03.htm>

Sentencia 12158. (2005, 5 de diciembre). Consejo de Estado (Alier Eduardo Hernández Enríquez C. P.). <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=19160&dt=S>

Sentencia C-038. (2006, 1 de febrero). Corte Constitucional (Humberto Antonio Sierra Porto M. P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-038-06.htm>

Sentencia 16079. (2006, 27 de abril). Consejo de Estado (Ramiro Saavedra Becerra C. P.). https://xperta.legis.co/visor/jurcol/jurcol_759920421cc-0f034e0430a010151f034

Sentencia. (2006, 1 de julio). Corte Interamericana de Derechos Humanos. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_148_esp.pdf

Sentencia 16503. (2007, 3 de diciembre). Consejo de Estado (Ruth Stella Correa Palacio C. P.).

Sentencia 16421. (2007, 8 de marzo). Consejo de Estado (Ruth Stella Correa Palacio C. P.). https://www.redjurista.com/Documents/consejo_de_estado,_seccion_tercera_e._no._16421_de_2007.aspx#/

Sentencia 16996. (2008, 20 de febrero). Consejo de Estado (Enrique Gil Botero

- C. P.). https://www.redjurista.com/Documents/consejo_de_estado,_seccion_tercera_e._no._16996_de_2008.aspx#/
- Sentencia 17617. (2010, 11 de marzo). Consejo de Estado (Martha Teresa Briceño de Valencia C. P.).
- Sentencia 18530. (2010, 28 de abril). Consejo de Estado (Enrique Gil Botero C. P.).
- Sentencia C-333. (2010, 12 de mayo). Corte Constitucional (Nilson Pinilla Pinilla M. P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/C-333-10.htm>
- Sentencia 38590. (2010, 9 de diciembre). Consejo de Estado (Ruth Stella Correa Palacio C. P.).
- Sentencia 13001.23.31.000.2003-90018-01. (2011, 28 de abril). Consejo de Estado (María Elizabeth García González C. P.). <https://vlex.com.co/vid/275112247>
- Sentencia 25000-23-27-000-2003-02081-01. (2012, 20 de junio). Consejo de Estado (María Claudia Rojas Lasso C. P.).
- Sentencia 24655 (2012, 23 de febrero). Consejo de Estado (Mauricio Fajardo Gomez C. P.). https://www.redjurista.com/Documents/consejo_de_estado,_seccion_tercera_e._no._24655_de_2012.aspx#/
- Sentencia C-891. (2012, 31 de octubre). Corte Constitucional (Jorge Ignacio Pretelt Chaljub M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-891-12.htm>
- Sentencia 25981. (2013, 24 de octubre). Consejo de Estado (Jaime Orlando Santofimio Gamboa C. P.).
- Sentencia 30212. (2014, 11 de junio). Consejo de Estado (Carlos Alberto Zambrano Barrera C. P.).

Sentencia 26702. (2014, 11 de junio). Consejo de Estado (Hernán Andrade Rincón C.P.).

Sentencia 90030. (2014, 12 de junio). Consejo de Estado (María Claudia Rojas Lasso C. P.).

Sentencia 13001-23-31-000-2003-00037-02. (2014, 19 de mayo). Consejo de Estado (María Claudia Rojas Lasso C. P.).

Sentencia 19355. (2014, 20 de octubre). Consejo de Estado (Jaime Orlando Santofimio Gamboa C. P.).

Sentencia 28741. (2014, 26 de marzo). Consejo de Estado (Enrique Gil Botero C. P.).

Sentencia 27364. (2014, 27 de marzo). Consejo de Estado (Danilo Rojas Betancourth C. P.).

Sentencia 26689. (2014, 29 de enero). Consejo de Estado (Mauricio Fajardo Gomez C. P.).

Sentencia 28811. (2014, 9 de abril). Consejo de Estado (Mauricio Fajardo Gomez C. P.).

Sentencia C-280. (2014, 8 de mayo). Corte Constitucional (Luis Guillermo Guerrero Pérez M. P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-280-14.htm>

Sentencia 26692. (2015, 13 de mayo). Consejo de Estado (Hernan Andrade Rincón C. P.).

Sentencia 31175. (2015, 16 de julio). Consejo de Estado (Hernan Andrade Rincón C. P.).

Sentencia 29601. (2015, 16 de julio). Consejo de Estado (Hernán Andrade Rincón C. P.).

- Sentencia 31073. (2015, 17 de junio). Consejo de Estado (Stella Conto Díaz del Castillo C.P.).*
- Sentencia 29148. (2015, 24 de junio). Consejo de Estado (Hernan Andrade Rincón C. P.). https://www.redjurista.com/Documents/consejo_de_estado,_seccion_tercera_e._no._29148_de_2015.aspx#/*
- Sentencia 29901. (2015, 27 de mayo). Consejo de Estado (Hernan Andrade Rincón C. P.).*
- Sentencia 28765. (2015, 29 de abril). Consejo de Estado (Hernán Andrade Rincón C. P.).*
- Sentencia 28846. (2015, 29 de abril). Consejo de Estado (Hernan Andrade Rincón C. P.).*
- Sentencia 22637. (2015, 31 de agosto). Consejo de Estado (Ramiro de Jesús Pazos Guerrero C. P.).*
- Sentencia C-671. (2015, 28 de octubre). Corte Constitucional (Alberto Rojas Ríos M. P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-671-15.htm>*
- Sentencia 34254. (2015, 4 de noviembre). Consejo de Estado (Hernán Andrade Rincón C. P.). https://xperta.legis.co/visor/jurcol/jurcol_9502993b312a4e-939da2ef2aedbf8b8c*
- Sentencia C-743. (2015, 2 de diciembre). Corte Constitucional (Myriam Ávila Roldán M. P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-743-15.htm>*
- Sentencia 29996. (2016, 2 de noviembre). Consejo de Estado (Jaime Orlando Santofimio Gamboa C. P.).*
- Sentencia 2171. (2016, 25 de agosto). Consejo de Estado (Rocío Araujo Oñate C. P.).*

Sentencia 76001-23-31-000-2004-00298-01. (2016, 27 de abril). Consejo de Estado (Roberto Augusto Serrato Valdés C. P.).

Sentencia 2171. (2016, 7 de abril). Consejo de Estado (Martha Teresa Briceño de Valencia C. P.). <https://acortar.link/MHxdMe>

Sentencia 21273. (2017, 29 de junio). Consejo de Estado (Jorge Octavio Ramírez C.P.).

Sentencia 2106071. (2017, 9 de marzo). Consejo de Estado (Carlos Enrique Moreno Rubio C. P.).

Sentencia 28769. (2018, 13 de marzo). Consejo de Estado (Danilo Rojas Betancourth C. P.). https://xperta.legis.co/visor/jurcol/jurcol_8e2f4c3745254944a1b80ce32394119d

Sentencia 21892. (2018, 5 de julio). Consejo de Estado (Jorge Octavio Ramírez C. P.). https://xperta.legis.co/visor/jurcol/jurcol_c55744bca42546168ccb29b6833dea80

Tamayo-Jaramillo, J. (2000). La responsabilidad del Estado: el daño antijurídico (Constitución Política, art. 90), el riesgo excepcional y las actividades peligrosas. Temis.

Tejera-Hernández, E. V. y Herrera-Molina, P. M. (2014). La responsabilidad patrimonial del estado legislador en el derecho español. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, 47(141),1137-1164. <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S004186331471186X>

Torregrosa-Sánchez, J. E. (2007). Responsabilidad Extracontractual del Estado por el hecho del Legislador. Universidad Externado de Colombia.

Upegui-Mejía, J. C. (2011). Principios Constitucionales del Derecho Tributario en Colombia y México. Revista de Derecho Fiscal, (5), 131-161.

Vidal-Perdomo, J. (2016). Derecho Administrativo. Legis.

èditorial

Universidad de **Nariño**

Año de publicación 2026

San Juan de Pasto - Nariño - Colombia



El presente libro resultado del proceso de investigación, tiene como propósito determinar la respuesta que la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la doctrina pueden brindar frente a la responsabilidad patrimonial del Estado por leyes y actos administrativos que crean obligaciones tributarias, causantes de perjuicios a los administrados. La investigación desarrolla una reflexión general de la responsabilidad del Estado con ocasión de la declaratoria de inconstitucionalidad de un tributo, después se relacionarán las normas de rango constitucional que facultan al poder legislativo para crear tributos y que justifican que el patrimonio de las personas se vea afectado por la imposición de gravámenes fiscales, la postura jurisprudencial que establece que este poder es responsable patrimonialmente por su actuar, las sentencias en las cuales se declaró la inconstitucionalidad de preceptos de carácter tributario y su modulación por parte de la Corte Constitucional hacia el pasado, las posiciones doctrinarias de la existencia del daño antijurídico con ocasión de la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley a pesar de la no modulación de la Corte Constitucional, de la sentencia de inconstitucionalidad retroactivamente, el origen y la evolución de la responsabilidad del Estado por hechos del legislador tributario y de la administración pública, los títulos de imputación desarrollados para declarar la responsabilidad del Estado, la creación de ley o de actos administrativos regla generadores de impuestos; se analizará también la condición de existencia del daño antijurídico sujeta a los efectos modulados de la sentencia de inconstitucionalidad del tributo, el detrimento patrimonial que se origina por el pago de un tributo considerado como daño lícito; el pago de lo no debido, el medio de control adecuado para obtener la reparación como consecuencia del actuar del legislador tributario y, si para este tipo de responsabilidad se configura alguna causal de exoneración de responsabilidad.



Centro de Investigaciones
y Estudios Socio-Jurídicos