

Investigación

Responsabilidad del Estado por el hecho de las leyes inconstitucionales en Colombia

State responsibility due to unconstitutional laws in Colombia

Nicolás Báez Tobar¹

Recepción: 14/12/2020 • Aprobación: 20/04/2022 • Publicación: 04/10/22

Para citar este artículo

Báez Tobar, N. (2022). Responsabilidad del Estado por el hecho de las leyes inconstitucionales en Colombia. *Dos mil tres mil*, 24, 1-14. .
<https://doi.org/10.35707/dostresmil/24301>



¹ Abogado y asesor. Miembro del semillero de Derecho Administrativo “Jaime Vidal Perdomo” de la Universidad de Ibagué, Ibagué, Colombia. ORCID: 0000-0002-8338-9706. Correo electrónico: niccobaez@outlook.es

Resumen

La responsabilidad del Estado por el hecho de las leyes inconstitucionales en Colombia es una moderna forma de responsabilidad estatal que ha causado disenso entre los magistrados del Consejo de Estado y doctrinantes estudiosos de la materia. Al no existir unificación de criterios respecto del régimen por medio del cual debe ser juzgado este tipo de responsabilidad, se pone de manifiesto un evidente desequilibrio del principio general de seguridad jurídica, noción que es fundamental a la hora de buscar obtener la indemnización de perjuicios con ocasión del daño causado por la declaratoria de inconstitucionalidad.

Palabras claves

Responsabilidad por el hecho de las leyes inconstitucionales, responsabilidad del Estado, responsabilidad *sui generis*, antijuridicidad del daño, control de constitucionalidad.

Abstract

The thesis of the State's responsibility due to unconstitutional laws in Colombia, has become a source of dissent among State Council members, as well as academia. Since there is not a unified criteria in regard to the branch of Colombian law in charge of solving such controversies, this creates a clear disparity for the application of the principle of legal certainty, which is fundamental when seeking to obtain compensation for damages caused by declarations of unconstitutionality.

Keywords

State responsibility due to unconstitutional laws, State responsibility, sui generis responsibility, illegality of damages, constitutional control.

Introducción

El presente texto tiene por objeto presentar algunas consideraciones con relación al tratamiento que jurisprudencialmente se ha desarrollado en Colombia respecto a la responsabilidad del Estado por el hecho de las leyes inconstitucionales. Lo anterior, en aras de esclarecer ciertos requisitos que esta forma de responsabilidad estatal exige, ya que con ocasión a la evolución jurídica colombiana se han presentado cambios en el desarrollo jurisprudencial del Consejo de Estado que lo han hecho confuso, pues con frecuencia la aplicación de este tipo de responsabilidad pone de manifiesto una contradicción entre la realidad y lo formal.

Comenzaremos diciendo que la noción de responsabilidad ha sido uno de los conceptos más debatidos en las últimas décadas, por lo que para efectos de un adecuado entendimiento afirmaremos, *grosso modo* y sin ánimos de entrar en discusiones doctrinales complejas, que la responsabilidad es una institución jurídica que busca obligar a una persona cuando esta causa un daño para que lo repare patrimonialmente en favor de la persona que sufrió el mismo.

Una vez dicho lo anterior, es importante señalar que la institución de la responsabilidad genera vínculos jurídicos llamados obligaciones, más concretamente, obligaciones de carácter indemnizatorio.

Así las cosas, teniendo un mínimo de claridad conceptual con respecto al tema que vamos a abordar, se vuelve menester empezar con algunas consideraciones históricas respecto de la responsabilidad del Estado por el hecho de las leyes inconstitucionales, para lo cual haremos un estudio de su génesis.

Consideraciones históricas

En primer lugar, se debe mencionar que, para facilitar el entendimiento del presente tipo de responsabilidad, se requiere entender el concepto de responsabilidad por el hecho de las leyes (inconstitucionales o no), también conocidas por algunos autores como responsabilidad por el hecho del legislador, pues a partir de esta noción primaria podremos entender el tema que aquí nos compete.

Con ese propósito, traemos a colación la famosa sentencia *Duchâtellier*, la cual fue proferida por el honorable Consejo de Estado francés (1838). Esta sentencia analizó la eventual responsabilidad del órgano legislativo del Estado francés respecto a un caso en el que se causaron perjuicios debido a la aplicación de una ley, sin embargo, la Alta Corporación consideró imposible reconocer una indemnización de perjuicios si la normatividad expresamente no lo señalaba, decisión que no compartimos con la corporación, pues dicha interpretación daba lugar a que ante el silencio de la ley fuese imposible reconocer indemnizaciones, aun cuando con su aplicación se causaran perjuicios.

Afortunadamente, dicha postura del Consejo de Estado francés fue modificada un siglo después con la controversial decisión proferida por la misma corporación a través de la sentencia denominada *La Fleurette* (Consejo de Estado francés, Sala Plena, 1938). En esta oportunidad nació el principio de responsabilidad del legislador, el cual aceptaba que el Estado podía proferir leyes o disposiciones normativas que causaran perjuicios particulares a los ciudadanos, pese a que la norma no señalara expresamente su reparación. Con esta nueva posición, si la aplicación de una ley causaba un daño, dicho daño debía ser indemnizado.

En el caso colombiano, el primer fallo en que el Consejo de Estado compromete la responsabilidad del legislador por el hecho de las leyes se da hasta el 18 de octubre de 1990 (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, rad. 5396, 1990), adoptando la primera tesis francesa de la sentencia *Duchâtellier*, pues a pesar de que el Estado colombiano reconoció que este tipo de responsabilidad generaba una ruptura frente a las cargas públicas, el Consejo de Estado (1990) señaló que solo habría lugar a reparación si la norma, *per sé*, lo autorizaba.

No obstante, la tesis acogida por el Estado colombiano que señalamos *ut supra*, modificó sus alcances en el año 1998 a través de Sentencia del 25 de agosto (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, rad. IJ-001, 1998). Esta fue la primera sentencia de la jurisdicción contencioso administrativa en donde se condenó efectivamente a la Nación por el hecho de las leyes, providencia que utilizó como principal argumento la ruptura de igualdad frente a las cargas públicas y, en ese sentido, juzgó el caso en cuestión a través de un régimen de responsabilidad objetivo, donde poco o nada importaba la intención del legislador creador de la norma, pues lo verdaderamente relevante era si se causaba un perjuicio anormal con ocasión de la promulgación de dicha ley o no.

Una vez dicho lo anterior, podríamos afirmar que la responsabilidad por el hecho de las leyes se fundamentó en esa época sobre la base de un régimen de responsabilidad objetivo comoquiera que se fundaba bajo el argumento de la ruptura de igualdad frente a las cargas públicas, sin embargo, a continuación veremos que dicho fundamento jurídico desaparece (o se transforma) cuando hablamos exclusivamente del tema que aquí nos compete; esto es, la responsabilidad por el hecho de las leyes inconstitucionales.

Noción de responsabilidad por el hecho de las leyes inconstitucionales

En primer lugar, cobra vital importancia señalar que la responsabilidad por el hecho de las leyes inconstitucionales en Colombia es un asunto que no ha sido pacífico debido a las diferentes posiciones que ha tomado la jurisprudencia y la doctrina, en ese sentido, mal haríamos si dijéramos que el concepto que aquí daremos es la solución definitiva a este complejo tema que durante décadas ha sido ampliamente debatido.

Sin embargo, lo que sí podemos hacer es realizar una serie de aproximaciones para determinar cuáles han sido las posiciones adoptadas por las distintas instancias autorizadas para

brindar su concepto respecto de la materia. Precisamente por ello, menester resulta mencionar que la primera aproximación que tuvo el Estado colombiano sobre este tipo de responsabilidad fue el 26 de septiembre, a través de una sentencia del honorable Consejo de Estado (2002), en donde resolvió un conflicto del municipio de Prado (Tolima) contra la Nación y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. En esta ocasión, se estudió la posibilidad de declarar la responsabilidad por el hecho de las leyes inconstitucionales en los eventos en los cuales se causara un daño como consecuencia de los efectos generados por una norma declarada inexecutable. En el caso concreto, se debatía si dicha condición de norma inexecutable del numeral 2.7 del artículo 1.º de la Ley 168 de 1994 causó un daño al municipio demandante, puesto que no le permitió disfrutar a la entidad territorial unos recursos a los cuales constitucionalmente tenía derecho en el año 1994.

Para el particular, la sentencia en cuestión analizó si era posible que el juez, por medio de la figura de excepción de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 4 de la Carta Política, aplicara hacia el pasado los efectos de la sentencia que declaró inexecutable la norma y, en consecuencia, reconocer los perjuicios causados por la normatividad mientras estuvo vigente. En esta ocasión concluyó que, surtiendo efectos hacia el futuro el fallo de inexecutable de la norma, la pretensión de responsabilidad estaría siempre llamada al fracaso.

Así pues, la Alta Corporación en materia contencioso administrativa del país resolvió que no era procedente la declaratoria de responsabilidad por el hecho de las leyes inconstitucionales, debido a que los perjuicios causados con ocasión a la declaratoria de inconstitucionalidad no configuraban un daño antijurídico, pues el daño que eventualmente se pudiese ocasionar era más bien un daño de índole jurídico, esto es, un daño que la ciudadanía tenía el deber de soportar, máxime cuando lo dispuesto en la ley tiene aplicación precisamente en virtud de que, al ser una ley, es de obligatorio cumplimiento y, además, siempre que no se haya declarado inexecutable se presume de derecho.

A pesar de lo anterior, el recorrido jurisprudencial que se presentó a través de los años en el Consejo de Estado fue modificando cada vez más la tesis que inicialmente habían acogido los autorizados intérpretes del derecho en materia contencioso administrativa de la época, a tal punto que el Consejo de Estado (2014) en sentencia del 26 de marzo, estudió una acción de reparación directa que buscaba el reconocimiento de perjuicios debido a la declaratoria de inexecutable de la tasa especial de servicios aduaneros (Creados por la Ley 633 de 2000) y modificó por completo la postura inicialmente tomada por la Corporación y se reconoció una falla en el servicio. Pues, aunque los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad realizados por la Corte Constitucional tuviesen efectos en el tiempo *a posteriori*, ello no era razón suficiente para determinar que por ese motivo la categoría del daño que eventualmente se pudiese presentar debiera ser jurídica, sino que por el contrario, se trataba de un daño antijurídico, esto es, de acuerdo a Rodríguez (1996), la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extra patrimonial, que la víctima no está en la obligación jurídica de deber soportar.

Paradójicamente, esta icónica sentencia de la sección cuarta del Consejo de Estado revocó una providencia de la sección tercera del mismo órgano, una acción de reparación directa que interpuso la empresa Goodyear en contra del Congreso de la República con el propósito de obtener el resarcimiento de los daños causados por el cobro de la tasa contemplada en los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000. En síntesis, la compañía actora basó su pretensión indemnizatoria en que: i) con el pago de dicho tributo sufrió un daño patrimonial, el cual ii) fue antijurídico debido a la inconstitucionalidad de las normas que contemplaban la contribución, y iii) era imputable al Estado legislador a título de falla en el servicio, comoquiera que este incumplió su obligación de expedir disposiciones acordes con la Carta Política, tal y como lo declaró la Corte Constitucional en la Sentencia C-992 de 2001.

En este punto, debemos señalar que compartimos y celebramos la decisión tomada por el Consejo de Estado (2014), pues tal y como señala la misma corporación en providencia del 26 de marzo:

En estos eventos son antijurídicos los daños que resultan de: i) el rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas (10.1); ii) la defraudación del principio de confianza legítima de los particulares (10.2), y iii) la desaparición de la ley como consecuencia de una sentencia de inexecutable (10.3). (Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, rad. 28741, 2014).

Resulta a lo menos previsible (y deseable) que los ciudadanos esperen que los organismos encargados de crear normas lo hagan de forma correcta y con arreglo a la Constitución, máxime cuando esa es precisamente una de las prerrogativas del servicio público.

No obstante, en el mismo año, a través de una sentencia del 20 de octubre proferida por el Consejo de Estado (2014), respecto de la responsabilidad por el hecho de las leyes inconstitucionales, el alto tribunal cambió nuevamente su posición y determinó que no era posible concebir que el Estado podría llegar a ser responsable cuando se declaraba la inconvencionalidad o inconstitucionalidad de una norma a través del análisis de constitucionalidad. En concreto, hizo especial énfasis en que la declaratoria de inconstitucionalidad con efectos *ex nunc* (esto es, la imposibilidad de que la providencia tenga efectos retroactivos) no podía dar lugar a la existencia de un daño antijurídico, pues este tipo de efectos rigen a partir de la vigencia de la publicación de la misma providencia de declaratoria de inconstitucionalidad, de tal suerte que no habría un nexo lógico-causal de sufrir perjuicios con ocasión a una norma abiertamente inconstitucional.

Gracias a las múltiples contradicciones que habían respecto a la materia, una nueva providencia del Consejo de Estado (2018) decidió unificar conceptos en aras de esclarecer este asunto. Sin embargo, creemos que terminó empeorando la situación, pues la corporación ni negó ni aceptó la falla del servicio en este tipo de responsabilidad, sino que por el contrario la desconoció y nada dijo al respecto, haciendo énfasis en que independientemente de la falla o no, lo que debía importar es la antijuridicidad del daño.

Lo anterior es supremamente perjudicial para la garantía del principio de seguridad jurídica, pues como habíamos mencionado con anterioridad, (*supra*) el Consejo de Estado había pasado de un régimen de responsabilidad objetivo (ruptura de igualdad frente a las cargas públicas) a un régimen de responsabilidad subjetivo (falla del servicio público), no obstante, con esta decisión crea una sensación de penumbra con respecto de qué régimen de responsabilidad es atribuible a esta moderna forma de responsabilidad estatal.

Tal y como se ha demostrado hasta el momento, en materia de responsabilidad por el hecho de las leyes inconstitucionales nos encontramos con un doble problema, a saber, i) el desconocimiento de si se debe juzgar por un régimen de responsabilidad objetivo o subjetivo y ii) el concepto de antijuridicidad.

Evolución de la antijuridicidad del daño

Ya nos hemos ocupado de señalar que existe aún en la actualidad un disenso entre los magistrados de la Alta Corporación y, consecuentemente, precedentes distintos que prescriben regímenes diferentes.

Ahora bien, notamos con preocupación que existe un problema similar con respecto al daño antijurídico, pues mientras en algunas sentencias encontramos que la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley sí produce un daño antijurídico, encontramos otras que afirman lo contrario.

Por lo anterior, creemos que debemos partir de la base de definir qué se entiende por daño antijurídico antes de emitir juicios de valor, por ello, es importante señalar lo que ha dicho la jurisprudencia de la Corte Constitucional (2003), al indicar que la “antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima” (Sentencia C-254, 2003). Así pues, y siguiendo la jurisprudencia constitucional, se ha señalado:

Que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración. (Consejo de Estado, Sección Tercera, rad. 47671, 2015).

Teniendo como base lo anterior, resulta importante señalar que a pesar de que existen dos posturas jurisprudenciales tangencialmente distintas, creemos que la antijuridicidad del daño existe siempre que se pruebe que el individuo no tenía el deber jurídico de soportar el mismo, y, para estos casos en concreto, partimos de la base de que es un deber del órgano legislativo proferir leyes con arreglo a la Constitución, máxime cuando los senadores o representantes a la cámara son escogidos mediante un mecanismo de participación ciudadana fundado en principios democráticos. Así las cosas, resulta al menos deseable que no se transgreda el principio de confianza legítima que, entre otras cosas, se deriva del artículo 83 de la Constitución Política.

Ahora bien, con esto no queremos decir que el órgano legislativo no pueda equivocarse en ningún caso, pero sí consideramos que todos estos tipos de errores son previsibles a través del estudio profundo de la Carta Constitucional, teniendo en cuenta, además, que el Congreso de la República cuenta con la dependencia de Unidad de Trabajo Legislativo (más conocida como UTL), que se compone de un grupo interdisciplinario de personas que trabajan para el congresista que los ha contratado, asesorándolo en diversos temas correspondientes a su labor legislativa y, por último, no sobra recordar que los proyectos de ley se someten a sendos debates en donde estos tipos de errores deberían ser descubiertos y posteriormente subsanados.

Sin perjuicio de lo anterior, debe seguir haciéndose mención en la posición actual de la jurisprudencia colombiana, en donde se realiza énfasis en que, si bien puede existir un daño con la declaratoria de inconstitucionalidad, tal daño no es de la entidad suficiente para adquirir el *status* de antijurídico. Por consiguiente, de acuerdo con los argumentos de la Alta Corporación constitucional, los daños derivados de la declaratoria de inexecutable de una norma son, en principio, daños jurídicos; pues estos se desprenden del cumplimiento obligatorio que la norma por sí misma impone. Por lo anterior, consideramos adecuado hablar de la relevancia del control de constitucionalidad *a posteriori*.

Importancia del control de constitucionalidad *a posteriori*

El control de constitucionalidad es la herramienta por medio de la cual se somete a revisión el contenido de una norma jurídica o de varias de ellas para definir si se ajusta o no al régimen constitucional, bajo este entendido:

(...) existen múltiples mecanismos para hacer efectiva la Constitución y muchos garantes de esta, como la acción de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional, la acción de nulidad por inconstitucionalidad ante el Consejo de Estado, la nulidad ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la tutela ante los jueces y la excepción de inconstitucionalidad de la que pueden hacer uso todos los servidores públicos, incluyendo los jueces e, incluso, los particulares con el deber de aplicar una norma jurídica. (Mendieta & Tobón, 2018, p. 82).

Teniendo claro lo expuesto *ut supra*, conviene mencionar que del control abstracto, es decir, la labor que debe ser desarrollada en “los estrictos y precisos términos” del artículo 241 superior, o, si se quiere, de la evaluación del contenido de las normas de interés general frente a la Constitución, se encarga la Corte Constitucional y el Consejo de Estado (residualmente), pero resulta absolutamente necesario señalar que, además del control abstracto, existen también controles previos y posteriores; formales y materiales; por vía de acción y automáticos; difusos y especializados. Es del control posterior (también conocido como *a posteriori*) del que aquí nos vamos a ocupar.

Por regla general, las leyes tienen control de constitucionalidad posterior a su promulgación y por vía de acción ciudadana. Por razones de forma (procedimiento y vicios de

sustitución) hay un año para demandarlas y, por razones de fondo, en cualquier tiempo (aunque hay algunas leyes que excepcionalmente tienen control de constitucionalidad automático)².

Del mismo modo, los decretos del Gobierno Nacional que se encuentran en el artículo 241 constitucional, es decir, los decretos legislativos o de estados de excepción tienen control de constitucionalidad automático en virtud del artículo 214 #6 superior y posterior en virtud del artículo 150 #10 y también por vía de acción ciudadana.

En el mismo sentido, encontramos que los decretos del Plan Nacional de Inversiones también tienen control posterior de constitucionalidad en virtud del artículo 341 superior y por vía de acción ciudadana.

Una vez se tienen claros algunos eventos en los que aplica el control de constitucionalidad *a posteriori*, debe señalarse que este se caracteriza por ejercer la revisión de una ley que ya ha sido promulgada, esto es, que ya ha entrado en vigor.

Relevante importancia tiene el control de constitucionalidad *a posteriori*, pues veremos que gracias a la declaratoria que con este mecanismo se hace, surgen (o no) a partir del mismo, los términos legales para la interposición de los mecanismos jurídicos idóneos para la reclamación de la responsabilidad por el hecho de las leyes inconstitucionales.

Como ya hemos señalado (*supra*), el Consejo de Estado no tiene una posición clara y uniforme respecto de la antijuridicidad del daño en materia de responsabilidad por el hecho de las leyes inconstitucionales, pues en algunas decisiones la Alta Corporación ha considerado que los daños producidos con ocasión a la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma no constituyen un daño antijurídico, debido a que este ha sido causado por una norma que se presumía legal.

No obstante, también hemos visto cómo han existido pronunciamientos en donde se ha considerado que el daño es antijurídico sin hacer mayor análisis en los efectos de la sentencia de constitucionalidad, pues una cosa es la intangibilidad de situaciones anteriores a la declaratoria, y otra muy diferente es el deber del Congreso de la República de reparar los daños ocasionados a los particulares; quienes no tienen el deber jurídico de soportar los efectos que se derivan de una norma que nació a la vida jurídica contrariando a la Constitución.

Consideramos acertada la tesis que acepta la antijuridicidad del daño, pues de acuerdo con lo expuesto por el mismo Consejo de Estado (2014), dicho daño adquiere el carácter de antijurídico debido a la defraudación del principio de confianza legítima de los particulares, y, tal como lo esboza Forero (2020), da lugar a la responsabilidad patrimonial del Estado.

Aceptando esta posición, debe mencionarse que cobra vital importancia la declaratoria de la inexecutable (inconstitucionalidad) ejercida por el control de constitucionalidad

² Son ejemplo de leyes que tienen control de constitucionalidad automático: los proyectos de leyes estatutarias (arts. 152, 153 y 241 n.º 8º de la Constitución Política), proyectos de ley objetados por inconstitucionales por el Gobierno Nacional e insistidos por el Congreso de la República (arts. 167 y 241 n.º 8º de la Constitución Política), las leyes de convocatoria a referendo y Asamblea Constituyente (artículos 376, 378 y 241 n.º 2º de la Constitución Política) y las leyes que ratifican tratados internacionales (artículo 241 n.º 10º Constitución Política).

a posteriori, pues el término de caducidad de la acción para la reclamación de los perjuicios derivados de este daño “(...) comenzarán a contarse a partir de la ejecutoria de la sentencia que declara la inexecutable de la norma, pues es a partir de ese momento que se conoce la antijuridicidad del daño” (Rueda, 2016, s.p.).

Así las cosas, creemos que la acción adecuada para la reclamación de los perjuicios derivados con ocasión a la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley es la acción de reparación directa, para lo cual su término de caducidad será de dos años, conforme al numeral octavo del artículo 136 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011). Sin embargo, nos compete clasificar el régimen probatorio de responsabilidad para esta moderna forma de responsabilidad estatal.

Clasificación: ¿régimen de responsabilidad objetivo o subjetivo?

La clasificación del régimen por medio del cual debe ser juzgada la responsabilidad por el hecho de las leyes inconstitucionales es quizás el asunto más controversial del presente artículo, pues tal y como hemos señalado (*supra*), la jurisprudencia colombiana ha juzgado este tipo de responsabilidad bajo ambos regímenes; en el régimen objetivo alegando la ruptura de equilibrio frente a las cargas públicas y en el régimen subjetivo fundándose en la falla del servicio.

Lo anterior es profundamente perjudicial para el ejercicio de la abogacía, pues el tener un criterio unificado permite conocer con exactitud el material probatorio que se debe aportar, pero, al no tenerlo, solo entorpece el eventual curso del proceso y rompe con el principio general de seguridad jurídica.

En efecto, el Consejo de Estado señala que no es posible aplicar el régimen objetivo de responsabilidad en los casos en que se declara la inconstitucionalidad de las leyes con motivo del control de constitucionalidad *a posteriori* cuando la sentencia tiene efectos *ex nunc*, pues el desconocimiento de las normas constitucionales configura una ilicitud (precisamente porque la norma no se ajusta a la Constitución), y esto permite pensar que el legislador ha cometido una falla, pero ello no significa necesariamente que se ha producido un daño antijurídico.

Por otro lado, tenemos que tampoco es posible aplicar con todo rigor el régimen subjetivo de responsabilidad, pues, a nuestro juicio, la falla que se da es de carácter objetivo en tanto que viola el principio de confianza legítima de los particulares y además viola el deber objetivo de promulgar normas con arreglo a la Constitución.

Así las cosas, compartimos el criterio de la doctora Marcela Cifuentes Santander (2020) y el magistrado François Doré (Tribunal administratif de Paris, 2017) al afirmar que se trata de una responsabilidad de tipo *sui generis*, puesto que los demandantes no deben justificar un perjuicio especial y anormal, como sucede en materia de responsabilidad objetiva, al tiempo que el juez administrativo no está obligado a reconocer la existencia de una falla del legislador (de ahí que el juez colombiano no quiera referirse con profundidad a la falla).

Sin embargo, tenemos que la Corte Constitucional (2006), a través de Sentencia C-038 del mismo año, permitió que sí sean reconocidos los perjuicios derivados por las leyes inconstitucionales cuando la declaratoria de inexequibilidad tenga efectos *ex tunc*, esto es, efectos retroactivos.

Además, a través de aclaración de voto en sentencia del 26 de marzo del Consejo de Estado (2014), se precisó que el título de imputación en casos de responsabilidad por el hecho de las leyes inconstitucionales solo puede ser el de falla en el servicio cuando la declaratoria tenga estos efectos (es decir, *ex tunc*), por lo que cuando los efectos son hacia el futuro (*ex nunc*), debe aplicarse el daño especial. Sin embargo, han sido restringidas (casi nulas) las providencias que concedan la responsabilidad por el hecho de las leyes inconstitucionales cuando la declaratoria de inconstitucionalidad tiene efectos al futuro.

Resulta entonces destacable mencionar que se ha visto muy limitada la responsabilidad del Estado por el hecho de las leyes inconstitucionales, pues tal y como acabamos de ver, se concede el régimen objetivo solo cuando las decisiones del juez constitucional tengan efectos retroactivos, lo cual, en la práctica, es restringir la aplicación de este régimen, pues las providencias con efectos *ex tunc* son muy limitadas.

A pesar de todo lo anterior, consideramos que como solución práctica se pueden acumular diferentes tipos de responsabilidad extracontractual o aquiliana, todo dependerá de la teoría de la *causa petendi* que el juez acoja, sin embargo, parafraseando las sabias palabras del ilustre maestro Javier Tamayo Jaramillo (2007), cuando el juez se acoja a la teoría de la unidad de las causas, se debe concluir que la víctima no solo tiene derecho a escoger la institución de responsabilidad extracontractual que más ventajas le traiga (siempre que las cuestiones de hecho lo tipifiquen), sino que el juez tiene la obligación de aplicar oficiosamente la institución que más beneficia a la víctima, independientemente de la figura invocada, siempre y cuando los hechos de la demanda y lo probado así lo permitan.

Así, por ejemplo, se puede invocar como principal pretensión la responsabilidad por el hecho de las leyes inconstitucionales y como secundaria la responsabilidad por el hecho del legislador.

Conclusiones

De los párrafos expuestos con anterioridad es posible concluir que la responsabilidad por el hecho de las leyes inconstitucionales es un asunto que no ha sido pacífico debido a las múltiples decisiones jurisprudenciales que ha emitido el Consejo de Estado, así como también debido al gran papel que juega la definición del concepto de antijuridicidad, noción que parece ser que los autorizados intérpretes del derecho no tienen tampoco en consenso, lo cual dificulta el juzgamiento derivado de un daño producido con ocasión a la declaratoria de inexequibilidad de una norma a través del control de constitucionalidad *a posteriori* que realizan nuestros órganos judiciales.

Nuestro concepto

Finalmente, únicamente en sede de discusión académica, consideramos que no es apropiado que el Consejo de Estado limite la posibilidad de juzgar bajo un régimen objetivo la responsabilidad por el hecho de las leyes inconstitucionales, pues más allá de que las decisiones proferidas por el juez constitucional tengan efectos *ex nunc* o *ex tunc*, lo importante aquí no es que antes de la declaratoria de la inexequibilidad de la norma esta se presumiera legal, sino si ha existido un daño antijurídico efectivo con la declaración de inconstitucionalidad de la norma.

En efecto, pueden existir daños antijurídicos a pesar de que la norma se presuma legal antes de su declaratoria de inexequibilidad, pues la antijuridicidad del daño no se encuentra en el marco de la licitud o ilicitud derivada de la norma, sino de la soportabilidad jurídica o no de la declaratoria de inexequibilidad; dicha condición de soportabilidad jurídica, a nuestro juicio, no reúne los parámetros subjetivos necesarios para que un individuo tenga una especie de *deber jurídico* de soportar leyes que contrarían la Constitución, máxime cuando ya mencionamos que existe i) el principio de confianza legítima de los particulares frente a las organismos públicos, ii) la Unidad de Trabajo Legislativo que permite contratar expertos en la materia para no incurrir en este tipo de fallas, iii) el deber objetivo de promulgar normas con arreglo a la Constitución y, iv) la teoría de la unidad de las causas que obliga al juez a adoptar la institución de responsabilidad extracontractual que más beneficie a la víctima.

Referencias

- 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. <https://doi.org/10.18601/21452946.n23.12>
- Colombia. Congreso de la República de Colombia. (20 de julio de 1991). Constitución Política de Colombia. *Gaceta Constitucional*, n.º 116.
- Colombia. Ley 168 de 1994. Por la cual se decreta el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital y Ley de Apropriaciones para la vigencia fiscal del 1 de enero al 31 de diciembre de 1995.
- Colombia. Ley 633 de 2000. Por la cual se expiden normas en materia tributaria, se dictan disposiciones sobre el tratamiento a los fondos obligatorios para la vivienda de interés social y se introducen normas para fortalecer las finanzas de la Rama Judicial.
- Colombia. Ley 1437 de 2011. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.
- Forero Hernández, C. F. (2020). Defraudación del principio de confianza legítima en materia tributaria en Colombia. Instituto Colombiano de Derecho Tributario. *Revista Instituto Colombiano de Derecho Tributario*, (82), 203-233.
- Francia. Sentencia Duchâtellier. (1838). Consejo de Estado de Francia. Lebon.
- Francia. Sentencia Société anonyme des produits laitiers "La Fleurette". (1938). Consejo de Estado de Francia. Lebon.
- Francia. Tribunal administratif de Paris. 7 février 2017, n.º 1507681. M. François Doré.
- Mendieta González, D., & Tobón Tobón, M. (2018). El (des) control de constitucionalidad en Colombia. *Estudios constitucionales*, 16 (2), 51-88. Recuperado de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002018000200051#fn82
- Rodríguez, L. (1996). *Derecho Administrativo General y Colombia* (9.ª ed.). Bogotá, Colombia: TEMIS S.A.
- Rueda Salas, A. M. (2016). La responsabilidad del legislador derivada de leyes inconstitucionales. *Asuntos legales*. Recuperado de <https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/la-responsabilidad-del-legislador-derivada-de-leyes-inconstitucionales-2434861>
- Sentencia C-038 de 2006. Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.
- Sentencia C-992 de 2001. Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.
- Sentencia C-254 de 2003. Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Sentencia del 18 de octubre de 1990. Consejo de Estado de Colombia. Consejero Ponente: Julio César Uribe Acosta.
- Sentencia del 25 de agosto de 1998, radicado IJ-001. Consejo de Estado de Colombia. Consejero Ponente: Vitelvina Rojas Robles.

Sentencia del 26 de septiembre de 2002. Consejo de Estado de Colombia. Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Sentencia del 29 de enero de 2014, radicado 26689. Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

Sentencia del 26 de marzo de 2014. Consejo de Estado de Colombia. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

Sentencia del 20 de octubre de 2014. Consejo de Estado de Colombia. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Sentencia del 7 de septiembre de 2015. Consejo de Estado de Colombia. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Tamayo Jaramillo, J. (2007). *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo I (2.ª ed.). Bogotá, Colombia: Legis.

Bibliografía recomendada

López Mesa, M. (2013). *Presupuestos de la responsabilidad civil*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.

Margaux Guerra, Y., & Castro Ardila, J. (2007). Diversas formas de la responsabilidad del Estado por la actividad administrativa. *Diálogos de saberes*, (26), 145-162. Recuperado de <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/dialogos/article/view/2076>

Visintini, G. (2015). *¿Qué es la responsabilidad civil? Fundamentos de la disciplina de los hechos ilícitos y del incumplimiento contractual*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.