



Agencia Nacional de
Defensa Jurídica del
Estado

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**



* *RAD_S* *

Al contestar por favor cite estos datos:

No. de Radicado: *RAD_S*-*DEP_SIGLA*

Fecha de Radicado: *F_RAD_S*

Honorables Magistrados
CONSEJO DE ESTADO
Calle 12 No. 7-65
Bogotá D.C.

Asunto: Acción de Tutela del Congreso de la República y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado contra el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C.

JOSÉ DAVID NAME CARDOZO, actuando en condición de Representante Legal del Congreso de la República como Presidente del Senado de la República de conformidad con lo establecido en el artículo 49 de la Ley 446 de 1998, elegido y posesionado en tal dignidad en Sesión Plenaria del 20 de julio de 2014 según consta en Acta No. 01 de esa fecha, y **ADRIANA MARÍA GUILLÉN ARANGO**, abogada titulada y actuando en condición de Directora General de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, de conformidad con el Decreto de nombramiento No. 1956 de 2012 y acta de posesión No. 883 de Presidencia de la República, portadora de la tarjeta profesional No. 81013 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, documentos que se adjuntan a este escrito, y con fundamento en el artículo 6, numeral 3, literal vi) del Decreto Ley 4085 de 2011 en concordancia con lo establecido en el parágrafo 3 del artículo 610 del Código General del Proceso, de manera atenta nos permitimos **PRESENTAR ACCIÓN DE TUTELA**, contra la Subsección C, Sección Tercera del Consejo de Estado, por considerar que con su Sentencia de 26 de marzo de 2014, Expediente No.: 25000-23-26-000-2003-00175-91 (28.741), se vulneró el derecho fundamental al debido proceso, configurándose así, varias



Agencia Nacional de
Defensa Jurídica del
Estado

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**



La actualidad jurídica en el momento en que ocurre

causales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, por encontrar ésta fundamento en razones abiertamente contrarias al ordenamiento jurídico, tal y como se expondrá y sustentará en este escrito.

La presente acción de tutela se interpone de conformidad con lo establecido en el artículo 86 constitucional, y demás normatividad (legal e infra legal) que da desarrollo a esta acción de naturaleza constitucional.

En desarrollo de este propósito, se advierte, bajo la gravedad de juramento, que la Agencia por mí representada, no ha presentado acción de tutela por los mismos hechos que dan lugar a la interposición de la presente acción.

Así mismo, se pone de manifiesto, que el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela se cumple cabalmente en el presente caso, toda vez que ésta se interpone en contra de una providencia judicial adoptada por la Subsección C, Sección Tercera del Consejo de Estado, frente a la cual no caben recursos de conformidad con lo dispuesto por nuestro ordenamiento jurídico.

Para mayor claridad sobre el contenido de este escrito de acción de tutela, se presenta su estructura: En primer lugar, se harán algunas consideraciones relativas a la competencia de la ANDJE para interponer acción de tutela, contra una providencia judicial que condena a otra entidad del Estado (1); una vez establecida la legitimación por activa, se hará relación de los principales hechos que dan noticia de la expedición de la sentencia judicial proferida por el Consejo de Estado que da lugar a la interposición de la presente acción de tutela (punto 2); luego se indicarán así los derechos fundamentales que se aluden como vulnerados en esta acción y el sustento constitucional de los mismos (punto 3); posteriormente, se expondrán los fundamentos de derecho de la aludida vulneración (punto 4); a continuación, se procederá a señalar lo referente a la competencia de esta Corporación para conocer de esta acción de tutela (punto 5); para finalmente sintetizar lo que se solicita (punto 6); y referir los documentos que se allegan como pruebas, así como las que se pretenden hacer valer dentro del correspondiente proceso (punto 7); e indicar la dirección para las correspondientes notificaciones (punto 8).



Agencia Nacional de
Defensa Jurídica del
Estado

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**



LEGIS **LEGIS**móvil

La actualidad jurídica en el momento en que ocurre

1. Legitimación por activa del Congreso de la República y consideraciones en torno de la competencia de la ANDJE para interponer la presente acción de tutela en conjunto con el Congreso de la República.

El Congreso de la República es el ente titular del derecho fundamental al debido proceso que se alega ha sido vulnerado por la sentencia que se acusa, en cuanto en dicho fallo resultó condenado al declararse responsable al Estado por el hecho del legislador. En este orden de ideas, resulta evidente su legitimación por activa para interponer la presente acción de tutela.

En cuanto a la actuación de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, debe señalarse que fue creada por la Ley 1444 de 2011, en dicha norma, a través de la cual se modificó la estructura del poder ejecutivo en Colombia, se pretendió dotar de coherencia y unidad la Defensa de los intereses del Estado en los estrados nacionales e internacionales; para ello, el legislador optó por la creación de la entidad a la cual represento.

El Decreto Ley 4085 de 2011, expedido en ejercicio de facultades extraordinarias por el Presidente de la República, y que por tanto tiene fuerza material de Ley, esclareció las funciones que corresponde cumplir a la Agencia en procura de la defensa de los derechos, intereses y patrimonio del Estado.

Entre las múltiples funciones que le fueron asignadas a través del mencionado decreto, en el numeral 3º del artículo 6º, se señaló:

“(i) Asumir, en calidad de demandante, interviniente, apoderado o agente y en cualquier otra condición que prevea la Ley, la defensa jurídica de las entidades y organismos de la Administración Pública, y actuar como interviniente en aquellos procesos judiciales de cualquier tipo en los cuales estén involucrados los intereses de la Nación, de acuerdo con la relevancia y los siguientes criterios: la cuantía de las pretensiones, el interés o impacto patrimonial o fiscal de la demanda; el número de procesos similares; la reiteración de los fundamentos fácticos que dan origen al conflicto o de los aspectos jurídicos involucrados en el mismo; la materia u objetos propios del proceso y la trascendencia jurídica del proceso por la creación o modificación de un precedente jurisprudencial”. Y,

“(vi) dar instrucciones para interponer en los casos procedentes y cuando lo estime conveniente, acciones de tutela contra sentencias de condena proferidas contra entidades públicas, así como para coadyuvarlas interpuestas por las propias entidades”.



Agencia Nacional de
Defensa Jurídica del
Estado

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**



La actualidad jurídica en el momento en que ocurre

Igualmente, el Código General del Proceso, en el parágrafo tercero del artículo 610, dispone que “la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado podrá interponer acciones de tutela en representación de las entidades públicas”.

Esta autorización general del ordenamiento para que la Agencia actúe como demandante en la defensa jurídica de las entidades y organismos de la Administración Pública, desde el punto de vista subjetivo incluye, como es obvio, a la Nación-Congreso de la República.

Asimismo, desde la perspectiva material, cuando se hace referencia a la calidad de demandante, la misma no puede entenderse restringida a aquellos procesos judiciales que se adelanten ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo; por el contrario, aún más importante y evidente resulta la posibilidad, y el deber de ejercer tal calidad en acciones de origen constitucional, que pretenden la protección de los derechos fundamentales de las entidades y organismos de la Administración pública, como es el caso de la presente acción de tutela.

2. **Hechos que dan noticia de la providencia proferida por el Consejo de Estado, que da lugar a la vulneración de derechos fundamentales que se alega en esta acción de tutela.**

Con esta demanda de acción de tutela se pretende indicar y argumentar la vulneración al derecho fundamental al debido proceso, y en lo que respecta, a la conocida antes como vía de hecho, consecuencia de la expedición de una sentencia del Consejo de Estado, que decidió con efectos de cosa juzgada, declarar la responsabilidad del Estado por hecho del legislador, específicamente, por la declaratoria de inexecutable de una obligación tributaria.

Para ilustrar esta situación, se discriminan los siguientes hechos:

- i) El 29 de diciembre del año 2000, se expidió la Ley 633, en cuyos artículos 56 y 57 se creó la Tasa Especial de Servicios Aduaneros (en adelante TESA o el Tributo). (Norma del orden nacional que no requiere prueba)



Agencia Nacional de
Defensa Jurídica del
Estado

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**



La actualidad jurídica en el momento en que ocurre

- ii) El 29 de agosto de 2001, mediante Sentencia C-922 de 2001, la Corte Constitucional declaró la inexecutable de los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000, y con ello, del TESA.
- iii) El 10 de enero de 2003 la Sociedad Goodyear de Colombia S.A., solicitó que se declarara patrimonialmente responsable a la Nación-Congreso de la República- *“por la expedición y aplicación de unas normas abiertamente inexecutable, como son los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000, que crearon la obligación de liquidar y pagar la Tasa Especial por Servicios Aduaneros [TESA]”*. Como consecuencia de lo anterior, solicitó la devolución de las sumas pagadas en sus declaraciones de importación por concepto de este tributo.
- iv) La demanda se admitió mediante auto de 27 de febrero de 2003, y se notificó a la entidad demandada y al Ministerio Público.
- v) El 27 de julio de 2004, se profirió sentencia de primera instancia, por parte del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la cual se declararon como no probadas las excepciones de *“buena fe y ausencia de culpa grave o dolo”* y de *“inexistencia de la obligación reclamada”*; y se declaró responsable patrimonialmente a la Nación-Congreso de la República por los perjuicios ocasionados a la sociedad demandante, motivo por el cual se ordenó el pago de las sumas canceladas por concepto del TESA.
- vi) Dentro del término otorgado para ello, el Congreso de la República apeló la sentencia del Tribunal. El recurso se concedió el 18 de agosto de 2004, y se admitió el 16 de noviembre del mismo año.
- vii) El 26 de marzo de 2014, la Subsección C, Sección Tercera del Consejo de Estado decidió que *“se confirmará la sentencia de primera instancia y únicamente se actualizará la condena impuesta en ella (...)”*



Agencia Nacional de
Defensa Jurídica del
Estado

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**



La actualidad jurídica en el momento en que ocurre

3. Los derechos fundamentales que se alegan como vulnerados con esta acción de tutela

Es importante aclarar que es línea jurisprudencial de la Corte Constitucional el que las entidades y organismos públicos tienen legitimación en la causa para obrar en sede de acción de tutela. La anterior afirmación tiene una consecuencia evidente: los derechos fundamentales no se le reconocen de manera exclusiva a las personas naturales, por lo que es posible que alguno de ellos, dada su naturaleza puedan predicarse de personas jurídicas sin importar si éstas son de derecho público o de derecho privado¹.

Como el derecho que se estima vulnerado es el debido proceso, la posibilidad de actuación de la Agencia está avalada por el juez constitucional, quien al respecto ha señalado:

La jurisprudencia ha hecho distinción respecto de los derechos fundamentales de los cuales puede ser titular una persona jurídica, señalando que algunos de ellos se refieren exclusivamente a la persona humana y, por tanto, aquellas no estarían legitimadas para recurrir a su amparo. Por ejemplo, el derecho a la vida, a la prohibición de la desaparición forzada, tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes o al derecho a la intimidad familiar. Tampoco son titulares del derecho a la dignidad humana, ni de los derechos a la intimidad personal y a la honra, los cuales “solamente se reconocen al ser humano, pues son atributos propios de éste, inherentes a su racionalidad, inalienables, imprescriptibles y connaturales con el reconocimiento de su dignidad”. Bajo ese entendido, se ha dicho que una persona jurídica tiene derecho a la igualdad, a la inviolabilidad de domicilio, petición, debido proceso, libertad de asociación, acceso a la administración de justicia y el derecho al buen nombre, sin que esta enunciación pretenda ser exhaustiva”².

La vulneración al debido proceso tiene su causa en una providencia judicial; por ello, para explicar el alcance de la violación se establecerá la existencia en el presente caso de las causales de procedibilidad que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional viabilizan la acción de tutela contra providencias judiciales y dan lugar a la protección solicitada.

¹ Corte Constitucional. Sentencia T - 317 del 28 de mayo de 2013.

² *Ibidem*.



Agencia Nacional de
Defensa Jurídica del
Estado

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**



La actualidad jurídica en el momento en que ocurre

4. Fundamentos de derecho de la vulneración de derechos fundamentales alegada.

Cualquier fallo, judicial o administrativo, que atente contra el ordenamiento jurídico y con ello dé lugar a la vulneración de derechos fundamentales, principalmente del debido proceso, es susceptible de ser cuestionado a través de la acción de tutela. Esta idea general, se hace más evidente, sin embargo, cuando se está en frente de providencias judiciales, en donde no existe otro mecanismo válido para la protección de los derechos fundamentales que se vulneran, como en este caso, con la expedición de la sentencia de última instancia.

Se debe indicar que la Subsección C, Sección Tercera del Consejo de Estado, adoptó una sentencia, que contiene tanto en los fundamentos de derecho, como en la decisión definitiva, unas evidentes falencias vulneratorias del derecho fundamental al debido proceso, susceptible, por tanto, de ser cuestionada a través de una acción de tutela como la que se promueve con este escrito.

Tal y como lo ha determinado con claridad la Corte Constitucional, dado el carácter excepcional y restrictivo de la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, es necesario que el caso concreto cumpla con determinados requisitos de procedibilidad: *“unos de carácter general, que habilitan la interposición de la tutela, y otros de carácter específico, que tocan con la procedencia misma del amparo, una vez interpuesto”*³. Con base en lo anterior, en este acápite del escrito de tutela, se estudiarán en primer lugar, los denominados requisitos de carácter general (A); para posteriormente, entrar en la constatación de los de carácter específico (B); los que sumados, deberán dar lugar a la procedencia de la acción de tutela, y a la protección del derecho fundamental que se alega como vulnerado.

A. Requisitos Generales que habilitan la interposición de la acción de tutela

La Corte Constitucional, en una estable línea jurisprudencial, ha indicado que son seis los requisitos generales a los que se hace referencia, a efectos de evacuar cada uno de ellos, se presentará un extracto en donde se define la exigencia impuesta por cada requisito, y a renglón seguido, la explicación de porqué se satisface en el caso concreto.

³ Corte Constitucional. Sentencia C-590 del 8 de Junio de 2005.



Agencia Nacional de
Defensa Jurídica del
Estado

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**



LEGIS **LEGIS**móvil

La actualidad jurídica en el momento en que ocurre

*“a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Como ya se mencionó, el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones. En consecuencia, el juez de tutela debe indicar con toda claridad y de forma expresa por qué la cuestión que entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes”.*⁴

En el caso concreto, la vulneración del derecho al debido proceso, que se manifiesta en la comprobación de que concurren causales de procedibilidad específica (que se argumentarán en el punto B de este acápite), hace evidente la relevancia constitucional que justifica la intervención del juez, con el fin de retirar del ordenamiento jurídico, una providencia de carácter judicial, que es vejatoria de los derechos fundamentales de la Nación-Congreso de la República.

Además de lo anterior, la trascendencia que sobre las finanzas públicas tiene la sentencia que originó la vulneración de los derechos fundamentales, hace que la relevancia se haga aún más evidente. Lo anterior, tiene fundamento no sólo en la propiedad pública de los fondos que se ponen en riesgo, sino en lo indispensables que estos resultan para lograr desplegar conductas estatales que procuren la satisfacción de los derechos de los habitantes. Cobra mayor relevancia este argumento, de cara a la reciente inclusión de la sostenibilidad fiscal como criterio de raigambre constitucional.

*“b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable. De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última”.*⁵

⁴ *Ibidem.*

⁵ *Ibidem.*



Agencia Nacional de
Defensa Jurídica del
Estado

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**



La actualidad jurídica en el momento en que ocurre

En el caso concreto, no queda ninguna duda de que la tutela es el único mecanismo al cual se puede recurrir para el restablecimiento de los derechos fundamentales vulnerados. La evidencia de lo anterior, está dada en razón de que se trata de una Sentencia de segunda instancia proferida por el máximo órgano de la jurisdicción de lo contencioso administrativa; situación que impide la procedencia de cualquier recurso ordinario.

A lo anterior debe sumarse el hecho de que a pesar de la vulneración de derechos fundamentales de origen constitucional, la circunstancia fáctico-jurídica no se encuadra en ninguna de las causales de procedencia del requisito extraordinario de revisión contempladas en el artículo 188 del Código Contencioso Administrativo; lo que sumado a la derogación del recurso de súplica contra sentencias, evidencia que tampoco es posible la procedencia de ningún recurso extraordinario al interior del ordenamiento jurídico nacional.

En ese orden de ideas, el único medio a través del cual se puede garantizar el restablecimiento del derecho fundamental vulnerado por la Sentencia de la Subsección C, Sección Tercera del Consejo de Estado, es la acción de tutela.

“c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración. De lo contrario, esto es, de permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.”

A pesar de que no hay un término perentorio para considerar que existe inmediatez en la presentación de la acción de la tutela contra providencias judiciales, lo cierto es que la Corte ha establecido, aunque no de manera absoluta sino tentativa un rango de tiempo, para considerar que se satisface el requisito de la inmediatez. Al respecto esa Corporación ha señalado:

“La Corte ha dicho que en algunos casos, seis (6) meses podrían resultar suficientes para declarar la tutela improcedente; pero, en otros eventos, un término de 2 años se podría considerar razonable para ejercer la acción de tutela, ya que todo dependerá de las particularidades del caso”⁶.

⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-288 del 14 de abril de 2011.



Agencia Nacional de
Defensa Jurídica del
Estado

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**



LEGIS **LEGIS**móvil

La actualidad jurídica en el momento en que ocurre

Dentro del rango de tiempo para considerar que se satisface el requisito de la inmediatez, el término que se considera como mínimo es de 6 meses; siendo esto así, habida cuenta de que al momento de la presentación de este escrito de tutela no han transcurrido más de seis meses desde que se profirió la providencia acusada: el requisito se encuentra satisfecho por cuanto solo han pasado un poco más de dos meses desde su notificación.

“d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora. No obstante, de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C-591-05, si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio”⁷.

En el caso concreto, la situación vulneratoria de los derechos fundamentales, no hace relación a irregularidades procesales, ni procedimentales, motivo por el cual, por sustracción de materia, no es necesaria la satisfacción del citado requisito.

“e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible. Esta exigencia es comprensible pues, sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos”⁸.

En esta sentencia de Tutela, se han identificado de manera razonable los hechos que generaron la vulneración. Los motivos de vulneración de los mismos, se expusieron en el proceso de la referencia. A pesar de lo anterior, no fue posible alegar todas las vulneraciones que se presentan, pues muchas de ellas, se concretaron sólo con la expedición de la sentencia de

⁷ Sentencia C-590-05... *Ob. Cit.*

⁸ *Ibidem.*



Agencia Nacional de
Defensa Jurídica del
Estado

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**



La actualidad jurídica en el momento en que ocurre

segunda instancia; es decir, que la sentencia vulneró los derechos fundamentales, y ya no era posible hacer ninguna alegación adicional, en la medida en que no había recursos, o medios de impugnación. Se reitera que el único mecanismo posible, es la acción de tutela que se presenta a través de este escrito.

“f. Que no se trate de sentencias de tutela. Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación, proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas”⁹.

Por último, de la simple lectura de la sentencia cuya expulsión del ordenamiento se solicita, se desprende que no se trata de una acción de tutela; el proceso que culminó con dicha sentencia, era un proceso adelantado en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, que inició con el ejercicio de la acción de reparación directa.

Para probar este punto, se solicitará en el acápite de pruebas, como es obvio, el traslado del expediente completo, de manera tal que se puedan evidenciar todos los hechos referidos, incluido el hecho de que no se trata de una sentencia de tutela.

B. Causales de procedibilidad de carácter específico para la procedencia de la tutela, y la protección del derecho al debido proceso.

Una vez evacuados y satisfechos, todos los requisitos generales que habilitan a la interposición de la acción de tutela contra providencias judiciales, es necesario demostrar la existencia de al menos uno de aquellos denominados “*de carácter específico*”; lo anterior para que la protección solicitada sea procedente, y como consecuencia de ello el juez constitucional pueda retirar del ordenamiento la sentencia vulneratoria de derechos fundamentales.

La Corte Constitucional ha sistematizado los requisitos de carácter específico para la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales de la siguiente manera:

⁹ *Ibidem.*



Agencia Nacional de
Defensa Jurídica del
Estado

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**



LEGIS **LEGIS**móvil

La actualidad jurídica en el momento en que ocurre

“...[T]odo pronunciamiento de fondo por parte del juez de tutela respecto de la eventual afectación de los derechos fundamentales con ocasión de la actividad jurisdiccional (afectación de derechos fundamentales por providencias judiciales) es constitucionalmente admisible, solamente, cuando el juez haya determinado de manera previa la configuración de una de las causales de procedibilidad; es decir, una vez haya constatado la existencia de alguno de los seis eventos suficientemente reconocidos por la jurisprudencia: (i) defecto sustantivo, orgánico o procedimental; (ii) defecto fáctico; (iii) error inducido; (iv) decisión sin motivación, (v) desconocimiento del precedente y (vi) violación directa de la Constitución”.¹⁰

En el presente caso, según se expondrá y argumentará, se configuraron tres causales de las 6 reconocidas jurisprudencialmente por la Corte Constitucional, a saber, el defecto sustantivo, la violación directa de la Constitución y el desconocimiento del precedente constitucional; a pesar de la concurrencia de las tres causales, en razón de que resulta imposible escindir la explicación de una y otra, sin desfigurar los argumentos o hacer demasiado compleja su comprensión, se expondrá el análisis de éstas de manera conjunta:

- Defecto sustantivo, violación directa de la Constitución y desconocimiento del precedente constitucional.

Antes de entrar en cada una de los argumentos en los cuales se concretan los aludidos defectos, resulta necesario hacer una breve exposición de cada uno de ellos, de manera tal que resulte más sencilla su demostración.

El defecto sustantivo, como causal de procedencia de la acción de tutela, que daría lugar a la expulsión de la sentencia del ordenamiento jurídico, ha sido tipificado por la Corte Constitucional de la siguiente forma:

“desconocimiento de normas de rango legal o infralegal, ya sea por su absoluta inadvertencia, por su aplicación indebida, por error grave en su interpretación o por el desconocimiento de sentencias con efectos erga omnes”¹¹.

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-949 del 16 de octubre de 2003.

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia T-462 del 5 de junio de 2003.



Agencia Nacional de
Defensa Jurídica del
Estado

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**



LEGIS **LEGIS**móvil

La actualidad jurídica en el momento en que ocurre

En posteriores pronunciamientos, la Corte Constitucional ha ahondado y sistematizado de manera más clara la tipología de este defecto de las providencias judiciales, al respecto indicó:

“En este sentido, como ha sido perfilado por la jurisprudencia constitucional, se podría configurar un defecto sustantivo siempre que: (i) la decisión cuestionada se funda en una norma indiscutiblemente inaplicable al caso concreto, por ejemplo, ora porque la norma empleada no se ajusta al caso, no se encuentra vigente por haber sido derogada, o ha sido declarada inconstitucional; (ii) a pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, la interpretación o aplicación que se hace de la norma en el caso concreto, desconoce sentencias con efectos erga omnes que han definido su alcance; (iii) cuando se fija el alcance de una norma desatendiendo otras disposiciones aplicables al caso y que son necesarias para efectuar una interpretación sistemática; (iv) cuando la norma pertinente es inobservada y, por ende, inaplicada; o finalmente, (v) en el evento en que, no obstante la norma en cuestión está vigente y es constitucional, no se adecúa a la situación fáctica a la cual se aplicó, porque a ésta, por ejemplo, se le reconocen efectos distintos a los expresamente señalados por el legislador”¹².

Respecto de la tipificación de los defectos que constituyen violación directa de la Constitución, y que darían lugar a que se dejara sin efectos la sentencia del Consejo de Estado, la Corte Constitucional indicó:

“La Corte ha sostenido que la violación directa de la Constitución como causal de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, acaece cuando (i) se deja de aplicar una disposición ius fundamental a un caso concreto, o (ii) al aplicar la ley al margen de los dictados de la Constitución”¹³.

Por último, en relación con el desconocimiento del precedente, en especial del constitucional, como causal de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, el órgano autorizado para la interpretación de la Constitución ha señalado:

“Desconocimiento del precedente, que se origina cuando el juez ordinario, por ejemplo, desconoce o limita el alcance dado por esta Corte a un derecho fundamental, apartándose del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado”¹⁴.

¹² Corte Constitucional. Sentencia T-781 del 20 de octubre de 2011

¹³ Corte Constitucional. Sentencia T-747 del 19 de octubre de 2009

¹⁴ Sentencia de la Corte Constitucional T-217 de 2013



Agencia Nacional de
Defensa Jurídica del
Estado

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**



Con base en lo anterior, se procederá a explicar las situaciones jurídicas y fácticas concretas, en las cuales se manifiesta uno, o varios, de los defectos mencionados.

i) La indebida Imputación, una violación directa del artículo 90 superior

Respecto de la forma en la que se hizo la imputación en la sentencia acusada, muchos son los extractos que podrían traerse a colación; y todos ellos darían cuenta de la indebida imputación del daño al Estado, y con ello, el corolario lógico de que se trata de una sentencia que vulneró la citada disposición constitucional; sin embargo, se considera que lo anterior resulta innecesario para efectos de demostrar que el daño no era imputable al Estado.

En otras palabras, la indebida imputación, y por esta vía la inexistencia de un daño imputable al Estado en el caso concreto, surge evidente de la simple lectura de la sentencia por los motivos que se pasan a exponer.

El artículo 90 superior, establece respecto de la responsabilidad del Estado:

*“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos **que le sean imputables**, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”.*

En efecto, la disposición constitucional exige que el daño de carácter antijurídico sea además imputable al Estado, bien por la acción o por la omisión de las autoridades públicas. La imputación al interior del ordenamiento jurídico colombiano, es un elemento de la responsabilidad que, cuando menos para la responsabilidad del Estado, ha sido delineado esencialmente por la jurisprudencia, y por lo tanto, su debida comprensión, incluso constitucional, solo puede darse con la inclusión de elementos jurisprudenciales.

Para efectos de comprender la incorrecta imputación que realizó el Consejo de Estado en la sentencia, es necesario tener presente el concepto de Falla del Servicio, fundamento de la responsabilidad en el caso subexamine. En primer lugar, el elemento esencial que se debe tener en consideración a efectos de realizar el presente análisis, es que la Falla del Servicio, como



Agencia Nacional de
Defensa Jurídica del
Estado

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**



La actualidad jurídica en el momento en que ocurre

elemento de la responsabilidad, es un fundamento subjetivo que implica valoración de la conducta de la persona a quien se le imputa el daño.

En ese orden de ideas, para el caso concreto, era necesaria la valoración de la conducta del sujeto, pues de lo contrario se trataría de un régimen de responsabilidad objetiva, fundamento de la responsabilidad que aunque tiene cabida en nuestro ordenamiento, no fue el sustento de la sentencia, y por lo tanto tampoco lo fue de la imputación.

En la Sentencia de 26 de marzo de 2014, se señala que la falla del servicio por la actividad legislativa, en caso de normas declaradas inexequibles, se da por la simple declaratoria de inexequibilidad; sin embargo, esta es una situación objetiva, en donde no se hace ningún raciocinio respecto de la conducta del presunto causante del daño, el Congreso de la República. A pesar de que se trate de una responsabilidad subjetiva abstracta, pues no se exige la culpabilidad como tradicionalmente se ha definido ésta, no por ello se debe soslayar que se trata de una imputación de carácter subjetivo.

No se pretende con lo anterior desconocer que puede existir falla del servicio de la actividad legislativa por normas declaradas inconstitucionales, pues se comprende el alcance que se da al artículo 90 superior; sin embargo, la exigencia para que el daño resulte imputable, exige que la conducta del legislador pueda ser valorada de manera tal que satisfaga y recorra la definición de la Falla del Servicio en el ordenamiento colombiano.

En ese sentido, solo resultaría válida la existencia de una falla del servicio, cuando la inconstitucionalidad de la norma sea evidente, y resulte de bulto su contrariedad respecto del ordenamiento superior. Así las cosas, la declaratoria de inexequibilidad debe ser el reflejo de una conducta que denote, por ejemplo, que el legislador en su labor repitió disposiciones que anteriores oportunidades no habían superado el juicio de constitucionalidad o que su confrontación arroje una clara contradicción por faltar abiertamente al contenido dogmático u orgánico de la Carta Política.

Establecer una regla general según la cual se configura la falla del servicio cada vez que la Corte Constitucional declara la inexequibilidad de una norma no se acompasa con la Constitución política por las siguientes razones:



Agencia Nacional de
Defensa Jurídica del
Estado

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**



La actualidad jurídica en el momento en que ocurre

1. El principio democrático consagrado en el artículo 1º de la Carta fundamental tiene una traducción clara en el ejercicio de las funciones que se confía al Congreso de la República, pues desde las revoluciones liberales, este órgano constituye la manifestación de la voluntad general, voluntad que es el resultado de la deliberación y de la confrontación de los diversos sectores y corrientes de pensamiento que tiene una sociedad;
2. Por contera, el artículo 150, le reconoce a esta rama del poder público *libertad de configuración*, ello quiere significar que aun cuando en su actividad encuentra un límite claro en la norma constitucional, esta le deja un espacio amplio para que pueda regular los diferentes aspectos de un individuo, aspectos que dicho sea de paso son cambiantes de acuerdo al contexto espacio – temporal;
3. Las posibilidades de regulación son amplias, pues la mayor parte de las normas constitucionales tienen una estructura abierta, ello quiere decir que albergan diferentes posibilidades de interpretación y por tanto de concreción en las disposiciones de carácter legal. En estricto sentido se trata del reconocimiento de una “*discrecionalidad*” más amplia que aquella reconocida a la administración, pues mientras ésta en esencia está supeditada a estrictos parámetros de legalidad, el legislador realiza análisis de conveniencia y oportunidad política, y;
4. Ante la multiplicidad de posibilidades de regulación reconocidas al legislador, la declaratoria de inconstitucionalidad de las normas no siempre obedecen a debates sencillos, al contrario la labor del juez constitucional consiste precisamente en contrastar argumentos a través de una ardua labor de ponderación. Tan cierta es dicha dificultad, que las discusiones generan salvamentos de voto o incluso la declaratoria condicionada de los preceptos objeto de cuestionamiento.

Si esto es constatable en la realidad: ¿puede imputarse falla del servicio como regla general cuando una norma es declarada no ajustada a la Constitución, pero se ha arribado a dicha conclusión luego de una ardua discusión que denota la complejidad de la decisión asumida?

La respuesta al interrogante formulado es negativa por las razones expuestas, de allí que pueda señalarse como conclusión que al no analizarse, en el caso concreto, la conducta del sujeto al que se le imputó el daño se vulneró a todas luces el derecho al debido proceso. Por contera, el



Agencia Nacional de
Defensa Jurídica del
Estado

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**



La actualidad jurídica en el momento en que ocurre

análisis del comportamiento del Congreso resultaba necesario para la imputación, pues hace parte de la definición de la falla del servicio, y al no realizarse, el daño no podía endilgarse jurídicamente. A ello debe sumarse que la norma que se declaró inconstitucional, no demostraba una abierta contrariedad respecto del ordenamiento superior, con lo cual, no sólo no se hizo el debido análisis, sino que de haberse realizado, se habría llegado a la conclusión de que no existía posibilidad jurídica de realizar la imputación.

La objetividad con la que se trata la falla del servicio, y la aplicación irrestricta y poco rigurosa del artículo 90, podría llevar a conclusiones tan absurdas como que se aplicara la acción de repetición contra los legisladores, con el argumento de que no se hace distinción en el inciso segundo de dicho artículo. Una conclusión de este tenor, daría al traste con la inmunidad parlamentaria y con el fundamento mismo de la democracia, que es la participación de los representantes populares en estas asambleas.

ii) La juridicidad del daño soportado, una violación directa del artículo 90 superior

Para efectos de comprender la violación directa de la Constitución en su artículo 90, resulta necesario escindir tres momentos distintos: el momento de creación del daño, el momento de consolidación del daño, y el momento de concreción de la antijuridicidad del mismo.

Esta división en tres momentos, permitirá entender en qué consistió la violación directa de la Constitución por parte del Honorable Consejo de Estado. Lo anterior, pues consideró antijurídico un daño que en realidad era jurídico.

El momento de causación del daño para el caso concreto se da, como acertadamente se afirma en la Sentencia acusada, con la creación del tributo; de hecho, la creación de cualquier tributo es una causación de un daño, en cuanto que esto implica la aminoración del patrimonio de quien tiene la carga de soportarlo.

El momento de consolidación del daño, es el momento en el que se hace el recaudo por parte de los agentes encargados de ello en el ordenamiento jurídico, para el caso de la TESA, el encargado era la DIAN. La prueba de que este es el momento de consolidación del daño, la



Agencia Nacional de
Defensa Jurídica del
Estado

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**



constituyen la tasación de los perjuicios, que parte del monto de los tributos recaudados, como medida de reparación.

El momento de concreción de la antijuridicidad, será por regla general la sentencia de inexecutableidad, salvo que la Corte Constitucional module los efectos de su decisión de manera distinta.

Esta división de momentos, permite comprender que la antijuridicidad durante el período que pretende el Consejo de Estado, en realidad nunca se concretó. Lo anterior en virtud de que la norma estaba vigente, gozaba de presunción de constitucionalidad, debía ser aplicada, y solo devino en inconstitucional con la declaratoria de inexecutableidad.

En otras palabras, mientras las normas gozaron de presunción de constitucionalidad, los daños que se consolidaron en cabeza de los particulares con el cobro del tributo, eran daños jurídicos. Ello se explica, en virtud de que la ley imponía a quienes debían pagar el tributo el deber jurídico, amparado en la presunción mencionada, de soportar el daño sobre su patrimonio.

Como se explicó, hasta el momento de declaratoria de inexecutableidad el daño que se ocasionaba a los particulares era un daño jurídico. Si la Constitución exige que el daño sea antijurídico para poder condenar al Estado, declarar la responsabilidad por un daño que no reviste la característica de la antijuridicidad, es decir condenar por un daño jurídico, contraría de manera directa el artículo 90 constitucional.

El momento en el cual se concreta la antijuridicidad, la sentencia de la Corte Constitucional salvo que la corporación indique otra cosa, solo puede ser entendido en sus justos alcances, si se tienen en consideración dos elementos que ya han sido advertidos, y que son objeto de desarrollo en los dos numerales siguientes: los efectos de las sentencias de constitucionalidad, y la presunción de constitucionalidad.

- iii) **El desconocimiento del artículo 45 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia: un defecto sustantivo por inobservancia e inaplicación de una norma de rango legal y un desconocimiento del precedente constitucional.**



Agencia Nacional de
Defensa Jurídica del
Estado

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**



LEGIS **LEGIS**móvil

La actualidad jurídica en el momento en que ocurre

En efecto, en la sentencia que se solicita dejar sin efectos, se desconoce de manera directa el artículo 45 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (LEAJ). La disposición en comento preceptúa:

*“Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, **tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario.**” (Subraya fuera de texto)*

La inaplicación del artículo mencionado, es evidente para el caso concreto. El Consejo de Estado, a través de una disección artificiosa de los efectos de las sentencias de constitucionalidad, que pretende distinguir la cosa juzgada, de la antijuridicidad de los daños, señala que a pesar de este artículo, y aun cuando la Corte guarde silencio, puede haber lugar a la declaratoria de responsabilidad.

El raciocinio explicado por el Consejo de Estado, respecto de los efectos de la cosa juzgada, y la escisión respecto de la antijuridicidad del daño, resultan lógicos para otro tipo de casos, en los cuales los efectos de las sentencias son *inter partes*, y no *erga omnes*.

En primer lugar, porque tratándose de una sentencia con efectos *inter partes*, en los que el juez contencioso administrativo expulsa del ordenamiento jurídico actos administrativos de carácter particular y concreto, es posible sostener que el ordenamiento jurídico permite retrotraer las consecuencias de la declaratoria de responsabilidad y condenar al Estado, como ocurre en las denominados medios de control de nulidad y restablecimiento del derecho, al ser la ilegalidad de la decisión administrativa el hecho generador del daño es perfectamente posible concluir que la responsabilidad debe declararse desde el momento de su expedición. Empero, este razonamiento no puede ser trasplantado sin modulación alguna en los supuestos de sentencias de constitucionalidad, justamente, porque al tener éstas efectos *erga omnes*, no puede, por regla general, separarse la cosa juzgada de la antijuridicidad del daño.

A manera de cuestionamiento, este argumento podría exponerse así: ¿Qué efecto hacía el pasado, distinto a la responsabilidad del Estado o el desconocimiento de situaciones consolidadas, podría generar una sentencia de inconstitucionalidad? La respuesta es ninguno, en razón de los efectos asignados a este tipo de decisiones judiciales. Por ello, el Consejo de



Agencia Nacional de
Defensa Jurídica del
Estado

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**



LEGIS **LEGIS**móvil

La actualidad jurídica en el momento en que ocurre

Estado, en nuestro entender, usurpó una facultad legalmente otorgada a la Corte Constitucional. Aun cuando la conclusión a la que se arriba parece contundente, se recuerda que el artículo 45 de la LEAJ de manera expresa señaló que la separación entre los dos extremos planteados sólo puede darse en aquellos supuestos en los que el juez constitucional determine que los efectos de su decisión se retrotraen y cobijan situaciones consolidadas (favorables y desfavorables) antes de emitir pronunciamiento de inexequibilidad.

Se colige de la disposición transcrita, que solamente la Corte, con su sentencia, hacía el futuro según la ley, o con los efectos que ella determine en la misma, podrá establecer el momento a partir del cual el daño debe dejar de ser soportado por los particulares, en razón de que se desvirtuó a partir de allí la presunción de constitucionalidad.

El defecto que ha sido señalado como defecto sustantivo por inaplicación del artículo 45 de la LEAJ, no es solamente un defecto sustantivo, sino que a su vez constituye un desconocimiento del precedente, motivo que por sí solo daría lugar a la procedibilidad de la tutela que se presenta.

Respecto de la autoridad competente para determinar los efectos de las sentencias de constitucionalidad, la Corte señaló:

“sólo la Corte Constitucional puede definir los efectos de sus sentencias. La prevalencia del principio de separación funcional de las ramas del poder público (Art. 113 y s.s.), el silencio que guardó la propia Carta Política para señalar los alcances de las providencias dictadas por los altos tribunales del Estado, la labor trascendental que cumple esta Corporación en el sentido de guardar la supremacía y la integridad de la Carta, y los efectos de “cosa juzgada constitucional” y erga-omnes que tienen sus pronunciamientos son suficientes para inferir que el legislador estatutario no podía delimitar ni establecer reglas en torno a las sentencias que en desarrollo de su labor suprema de control de constitucionalidad ejerce esta Corte”¹⁵.

Si como preceptúa el artículo 45 de la LEAJ, y como ha señalado la propia Corte Constitucional, es esta corporación la única encargada de fijar los efectos de sus sentencias, será ella la única encargada de determinar desde qué momento se desvirtúa la presunción de constitucionalidad de las normas, con lo cual, ella es la única encargada de determinar en qué momento el daño

¹⁵ Sentencia de la Corte Constitucional C-037 de 1996



Agencia Nacional de
Defensa Jurídica del
Estado

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**



La actualidad jurídica en el momento en que ocurre

deja de ser jurídico y empieza a ser antijurídico. Para que no se contraríe el artículo 45 la LEAJ y el precedente constitucional, si la Corte no indica cosa distinta, el daño empezará a ser antijurídico una vez la sentencia sea proferida, en razón de sus naturales efectos *ex nunc*, o hacia el futuro.

iv) El desconocimiento de la presunción de constitucionalidad, una violación directa de la Constitución y del precedente Constitucional

La presunción que tiene la labor del legislador, encuentra su origen en el respaldo democrático de sus actuaciones, que se origina en su elección; es decir, que esta presunción de que las leyes se ajustan al ordenamiento superior, tiene su causa directa en la Constitución nacional por estar sustentada en el principio democrático, tal como se indicó líneas atrás.

Además de ello, el desconocimiento de la presunción de constitucionalidad, y de los naturales efectos *ex nunc* de la Cosa Juzgada constitucional, que determinan el momento en que el daño empieza a ser antijurídico, han sido claramente establecidos y delimitados en el precedente constitucional. La Corte ha señalado:

“los actos debidamente perfeccionados al amparo de la disposición legal cuya contradicción con los postulados de la Carta no era ostensible o flagrante al momento de ser aplicada (...), no pueden ser afectados por una sentencia de inexecutable posterior que no previó su aplicación retroactiva, de donde se sigue que antes del mencionado fallo el mentado numeral gozaba de la presunción de constitucionalidad y que sólo a partir de él pudo tenerse como inexecutable, con los efectos erga omnes inherentes a la cosa juzgada”¹⁶.

En este caso, salvo que el Consejo de Estado pretenda que sus sentencias prevalezcan en la interpretación de la Constitución sobre las de la Corte Constitucional, es claro el desconocimiento del precedente que motiva la solicitud de esta tutela.

No existe ningún argumento que pueda servir de soporte al desconocimiento de la presunción de constitucionalidad de las normas, en casos en que la Corte solo da efectos a sus sentencias desde su expedición. Es claro que *“los actos” de recaudo y pago de la TESA estaban “debidamente perfeccionados al amparo de la disposición legal [artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000] cuya*

¹⁶ Sentencia de la Corte Constitucional C-387 de 1997



Agencia Nacional de
Defensa Jurídica del
Estado

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**



LEGIS **LEGIS**móvil

La actualidad jurídica en el momento en que ocurre

contradicción con los postulados de la Carta no era ostensible o flagrante al momento de ser aplicada”; por lo tanto esos actos “no pueden ser afectados por una sentencia de inexequibilidad posterior que no previó su aplicación retroactiva”.

La dificultad argumentativa en que se encuentra el Consejo de Estado, lo hace desembocar en un argumento que parece señalar que se debe diferenciar entre la restitución de lo pagado, y la reparación por el pago. Esta diferencia carece de sentido, es artificiosa, además de falsa e inexacta, pues pretende desvirtuar la presunción de constitucionalidad a través de una diferencia en los efectos que no existe en el mundo jurídico, y que es de imposible constatación jurídica o práctica en la realidad, en razón de que el acto material y jurídicamente considerado, la devolución, es idéntico en uno y otro caso.

Por todo lo anterior, desconocer los efectos de la presunción de constitucionalidad como lo hace el Consejo de Estado, es una vulneración directa de la Constitución, y del precedente constitucional. En primer lugar, por lo que se ha reiterado a lo largo de estos fundamentos de derecho, en el sentido de que se están invadiendo competencias de la Corte, y determinando un momento distinto para la concreción de la antijuridicidad del daño.

En ese mismo sentido, se debe decir que se desconoce la presunción de constitucionalidad, pero sólo se desconoce de manera parcial, pues según lo señalado en la sentencia, la DIAN sí está obligada al recaudo de tributos inconstitucionales, en palabras textuales se señala:

“prima facie tiende a pensarse que el llamado a resarcir el daño, no es el autor de la ley, sino quien recaudó el tributo, conclusión que está alejada de la realidad, comoquiera que aquel que recauda el pago no es más que una agente del Estado (sic) que obra de buena fe y se encarga de hacer cumplir la ley”

En el entender de la Subsección C, los funcionarios actúan de buena fe y están cobijados por la presunción de constitucionalidad, consecuencia que no se hace extensible a los ciudadanos y, lo que es más grave, esta conclusión es el sustento para concluir que la sentencia que declaró la inexequibilidad de la TESA tiene efectos retroactivos a efectos de declarar responsable patrimonialmente al Estado colombiano.

Así las cosas, la retroactividad de los efectos para desvirtuar la presunción de constitucionalidad, no se hace extensible a los funcionarios de la DIAN. Es decir, que la



Agencia Nacional de
Defensa Jurídica del
Estado

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**



LEGIS **LEGIS**móvil

La actualidad jurídica en el momento en que ocurre

justificación dada por el juez administrativo sólo opera en una vía y a favor de los particulares. Esta conclusión no tiene asidero jurídico, comoquiera que de un lado *el obrar del ente recaudador que representa al Estado es ajustado a derecho aún antes del pronunciamiento constitucional pero, al mismo tiempo, el pago de la TESA es antijurídico, aun cuando obedezca a un ejercicio razonable de competencias administrativas enmarcado en el estricto cumplimiento del principio de legalidad*. Es decir, que los efectos retroactivos solo se dan en la medida en que favorecen los derechos de los particulares ocasionando que sólo sean imperfectos los actos de pago, no los de determinación, liquidación y recaudo del tributo.

Esta diferencia sólo puede ser explicada, puesto que resultaría injusto atribuir responsabilidad a funcionarios que actuaron de buena fe, en cumplimiento de una norma jurídica. Sin embargo, ante el pronunciamiento no modulado de la Corte Constitucional, puede sostenerse que regla similar es predicable del Estado, pues sus funcionarios actuaron en estricto cumplimiento de la ley y, por tanto, si su actuar se acomodó a derecho y en ese momento era ajustado a la constitución por la presunción de que gozan las leyes, ¿es posible afirmar que se está frente a un daño antijurídico? Acaso, no se infiere de la lógica expuesta por el mismo Consejo de Estado que la norma desde su expedición debe considerarse que es no ajustada a la constitución, razón para preguntarse frente a esta consecuencia, ¿cómo es posible entonces que se presuman ajustados a derecho los actos administrativos individuales proferidos por la DIAN?

Al no tener en cuenta el juez administrativo los anteriores interrogantes, actúo en detrimento del principio de igualdad en aplicación de la Constitución y de la ley, ya que hace recaer sólo en los funcionarios los efectos de la presunción de constitucionalidad, sustrayendo de éstos a los administrados. Lo anterior se hace en contra de la lógica constitucional y del precedente de la Corte Constitucional como se explicó.

Se complementa lo anterior, señalando que la tesis defendida por la sentencia también comete un yerro evidente al intentar equiparar las consecuencias del control realizado por la Corte Constitucional a las leyes y el realizado por el juez administrativo en los llamados juicios de legalidad contra los actos administrativos. Esta conclusión no sólo reitera el incumplimiento del precedente constitucional, sino incluso incoherencia en la interpretación del ordenamiento jurídico que otorga competencias a la jurisdicción contenciosa administrativa, específicamente en lo que se refiere a la llamada teoría de los actos administrativos y a la necesidad de diferenciar la validez de su eficacia. Los argumentos que soportan esta afirmación son los que a continuación se exponen:



Agencia Nacional de
Defensa Jurídica del
Estado

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**



LEGIS **LEGIS**móvil

La actualidad jurídica en el momento en que ocurre

1. De acuerdo con la construcción del concepto de acto administrativo que se ha realizado en el ordenamiento jurídico colombiano, es necesario diferenciar la validez de la eficacia de los pronunciamientos de la Administración. Así las cosas, la legalidad (por ende la constitucionalidad) se presume y sólo puede ser desvirtuada acudiendo a la instancia judicial¹⁷. Adicionalmente, tal presunción de legalidad ni siquiera es afectada por la declaratoria de inexecutable o de ilegalidad de las normas superiores que le sirvieron de fundamento, pues este hecho causa una pérdida de fuerza ejecutoria denominada por la ley decaimiento¹⁸. Así las cosas, con el pronunciamiento judicial no se afecta la validez del acto administrativo, cosa distinta es que no pueda producir efectos, de allí que la jurisprudencia reconozca la posibilidad de demandarlo por las consecuencias que pudo haber generado durante el tiempo que podía afectar situaciones jurídicas.

Así las cosas, ante la declaratoria de inexecutable de la TESA operó, en estricto sentido, un decaimiento de los actos administrativos que liquidaron y ordenaron el pago. Como los efectos de la sentencia fueron hacia el futuro es necesario su cuestionamiento en sede judicial a efectos de determinar responsabilidades. Esto es diferente a sostener que la sola declaratoria de inexecutable genera en el Estado el deber de reparación, pues con esta conclusión se confunde la validez con la eficacia de las decisiones asumidas por la administración.

2. El anterior punto conduce a una conclusión clara: *el juez contencioso administrativo al confundir la validez con la eficacia de los actos administrativos genera una causal de inconstitucionalidad sobrevinida, que al no existir en el ordenamiento jurídico sólo puede ser producto del pronunciamiento del juez constitucional cuando éste le da a sus sentencias un efecto retroactivo, pues en este caso es como si la ley nunca hubiera existido de forma tal que todo aquello que se produjo durante su vigencia jurídicamente no encontraba en el momento de su expedición ningún soporte en el principio de legalidad.* Esta interpretación causa confusión, porque además pareciera partir de una inconstitucionalidad automática que no requiere de pronunciamiento judicial, contradiciendo, como ya se dijo, su propia jurisprudencia.

¹⁷ Artículo 88 de la Ley 1437 de 2011. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 8 de agosto de 2012. Exp. 1999-0111

¹⁸ Artículo 91 de la Ley 1437 de 2011. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 1º de agosto de 1991.



Agencia Nacional de
Defensa Jurídica del
Estado

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**



LEGIS **LEGIS**móvil

La actualidad jurídica en el momento en que ocurre

*“(...) esta corporación ha sostenido mayoritariamente que la figura del decaimiento del acto administrativo no impide el juicio de legalidad del mismo, en tanto éste debe realizarse **según las circunstancias vigentes al momento de su expedición y habida consideración de que el decaimiento opera hacia el futuro, en tanto la desaparición del fundamento jurídico no afecta su validez.***

*“En tal virtud la presunción de legalidad que ostentan los actos administrativos tan sólo puede ser desvirtuada por el juez del acto, de suerte que el decaimiento del acto administrativo **no trae aparejado el juicio de validez del mismo, como tampoco que las situaciones particulares y concretas surgidas al abrigo de una norma que tuvo fundamento en un acto general anulado padezcan de una suerte de decaimiento subsiguiente...***

*“**por manera que, no existe en principio una nulidad ex officio como tampoco una nulidad consecuencial o por consecuencia, toda vez que la nulidad de los efectos del fallo de nulidad no se extienden con efectos idénticos al segundo**¹⁹” (subraya fuera de texto).*

3. El anterior razonamiento tiene otra consecuencia lógica: se rompe la seguridad jurídica, principio que a diferencia de lo que sostiene el Consejo de Estado, era de necesaria aplicación al caso concreto. No es menor el objetivo de mantener la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico, es más puede afirmarse que ante la tesis del consejo de Estado otra desigualdad se desprende: *si la ley en que se fundan decisiones administrativas favorables (en palabras del juez administrativo) es declarada inexecutable y dicha declaratoria debe entenderse desde el momento de su expedición y no de la sentencia que la expulsó del ordenamiento jurídico, ¿no debe concluirse que se genera un daño antijurídico en el patrimonio del Estado que este puede reclamar?*

No obstante, esta lógica no es la defendida por el juez, de hecho señala la importancia de salvaguardar las situaciones jurídico consolidadas, siendo entonces predicable su imputación de la responsabilidad únicamente a las decisiones desfavorables. ¿Acaso no se trata del mismo fenómeno? ¿Es constitucionalmente válido establecer distinciones en el alcance de la seguridad jurídica dependiendo de si se está frente a un ciudadano o al Estado? ¿Existe realmente un

¹⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 5 de julio de 2006. Exp. 21051.



Agencia Nacional de
Defensa Jurídica del
Estado

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**



criterio de igualdad material que permita hacer una diferenciación del alcance de la interpretación sistemática del ordenamiento jurídico que debe hacer el operador?

4. Por último, el juez administrativo no puede arrogarse una competencia que pertenece a su homónimo constitucional, bajo el entendido de que es idéntico realizar el control de una ley que el de un acto administrativo. Esto aun cuando materialmente es cierto, desde el punto de vista de la coherencia en el reparto constitucional y legal de las competencias es impreciso. Las razones de esta afirmación son las siguientes:

a. En materia de nulidad simple no hay norma expresa que señale lo referente a los efectos de las sentencias en sede contencioso administrativo, de allí que ante el vacío normativo éste deba acometer tal labor. Cosa distinta, como ya se expuso ocurre en sede de control constitucional en el que el precepto del artículo 45 de la LEAJ no deja duda²⁰;

b. En este particular tema no existe uniformidad en la jurisprudencia del Consejo de Estado, en algunas oportunidades el juez ha señalado (sin realizar una actividad de modulación) a manera de regla general que sus sentencias son de efectos retroactivos²¹ mientras que en otras ha defendido la tesis de los efectos hacia el futuro²². Como se dijo, por expresa disposición legal y por precedente jurisprudencial (con efectos *erga omnes*) esta duda no existe en sede constitucional en donde la regla general de los efectos hacia el futuro sólo puede ser excepcionada expresamente por la Corte Constitucional y;

c. Aun cuando no exista uniformidad, la competencia de modular los efectos de las sentencias en las que se declara la nulidad de los actos administrativos corresponde exclusivamente al juez administrativo, cosa que no ocurre tratándose de la declaratoria de inexecutable de una ley.

²⁰ El artículo 189 de la Ley 1437 de 2011, al regular los efectos de las sentencias, tratándose de nulidad simple sólo indica que sus efectos son *erga omnes*, guardando silencio sobre si deben entenderse hacia el futuro o por el contrario son retroactivos. Sólo en materia de acciones de nulidad por inconstitucionalidad trae una regla parecida a la establecida en el artículo 45 de la LEAJ: “Las sentencias de nulidad sobre los actos proferidos en virtud del numeral 2 del artículo 237 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro y de cosa juzgada constitucional. Sin embargo el juez podrá disponer unos efectos diferentes.”

²¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 22 de noviembre de 2012. Exp. 00334.

²² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia del 4 de junio de 2009. Exp. 16086.



Agencia Nacional de
Defensa Jurídica del
Estado

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**



LEGIS **LEGIS**móvil

La actualidad jurídica en el momento en que ocurre

La tesis defendida por el Consejo de Estado, bajo la excusa de hacer un análisis de responsabilidad, termina por usurpar una atribución que en el ordenamiento jurídico le ha sido asignada al juez constitucional.

Adicionalmente, y reforzando lo hasta ahora señalado, la sentencia cuestionada desconoce el precedente mismo de la Sección Tercera del Consejo de Estado, comoquiera que en un caso idéntico, la Corporación señaló:

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

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

*“(...) **En el presente asunto, no se observa cuál es el la falla del servicio o el rompimiento de las cargas públicas causado a la parte demandante, por cuanto se insiste, los hechos acaecidos en vigencia de las normas, se encontraban amparados por la presunción de legalidad²³ y seguridad jurídica, principios sobre los cuales recaen todas las actuaciones públicas de las autoridades que en cumplimiento de la ley deban ejercer la actividad encomendada. Teniendo en cuenta lo anterior, la presunción de legalidad de la ley no se desvirtuó sino hasta cuando se ejerció la acción de inconstitucionalidad.***

²³ La presunción de legalidad, entendida ésta como “(...) el cabal sometimiento de la administración y de sus actos a las normas superiores (...) previamente proferidas como garantía ciudadana y para la estabilidad estatal. Debemos agregar a lo anterior, que la legalidad así entendida no es un simple presupuesto de la actuación administrativa; todo lo contrario (...) la legalidad de los actos se proyecta tanto en su procedimiento formativo como en la vigencia plena de los mismos. Se caracteriza de manera consecuente por su naturaleza previa, concomitante y subsiguiente a la manifestación del órgano administrativo. Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II. Cuarta Edición, 2003. Universidad Externado de Colombia. Página 54.



Agencia Nacional de
Defensa Jurídica del
Estado

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**



LEGIS **LEGIS**móvil

La actualidad jurídica en el momento en que ocurre

“En vista de lo anterior, el pago efectuado por la parte demandante al Estado de conformidad con lo establecido en los artículos consagrados en la ley 633 de 2000, y que posteriormente fueron declaradas inexecutable, no resultó antijurídico y, por lo tanto no puede desconocerse por parte de esta jurisdicción los efectos de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional, quien al ser la única que puede modular los efectos de sus fallos, lo hace bajo unos parámetros que responden a la “necesidad imperante de garantizar, en determinados casos, el respeto a la supremacía constitucional y la defensa de los derechos fundamentales. Siendo la Constitución la norma jurídica principal y primordial del ordenamiento jurídico”²⁴, o que en palabras de la Corte “los efectos concretos de la sentencia de inexecutable dependerán entonces de una ponderación, frente al caso concreto, de los principios encontrados: la supremacía de la Constitución – que aconseja atribuir a la decisión efectos ex tunc (...)– y el respeto a la seguridad jurídica –que, por el contrario, sugiere conferirle efectos ex nunc”²⁵.”

“Por lo tanto en este caso, no se observa que los efectos de la sentencia hayan sido con efectos retroactivos, por lo que la obligatoriedad e irretroactividad de lo establecido por la Corte Constitucional en sentencia C- 992 de 2001 conlleva a que los hechos acaecidos en vigencia de los artículos cumplieron lo establecido por el ordenamiento jurídico y se insiste, cobijado por la presunción de legalidad.” (Negrilla y subraya fuera de texto)

v) Consideraciones finales

Con este numeral se ha pretendido demostrar al juez de conocimiento de esta acción de tutela, la ocurrencia de tres causales de procedibilidad de esta acción constitucional contra providencias judiciales, con su respectiva argumentación, que ha estado encaminada al señalamiento de realidades fácticas y jurídicas que dan noticia de un flagrante desconocimiento del ordenamiento jurídico por parte del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, lo que ha traído como consecuencia una evidente vulneración del derecho fundamental al debido proceso.

²⁴ QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. Derecho constitucional colombiano: de la Carta de 1991 y sus reformas. Bogotá, Ibáñez, 2008, página 84.

²⁵ Sentencia Corte Constitucional C- 055 de 1996.



Agencia Nacional de
Defensa Jurídica del
Estado

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**



La actualidad jurídica en el momento en que ocurre

Se estima en relación con lo anterior que se ha dado noticia de una sencilla realidad (que desde una perspectiva probatoria se puede advertir con la simple lectura de la providencia judicial cuestionada y su confrontación con el ordenamiento jurídico vigente) que se traduce en un quebrantamiento de la normativa pertinente desde una perspectiva sustantiva, de rango legal y constitucional.



Agencia Nacional de
Defensa Jurídica del
Estado

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**



5. Competencia.

Es competente para conocer de la acción de tutela que se interpone a través de este documento, el Honorable Consejo de Estado, de acuerdo con lo establecido en el numeral 2 del artículo 1, y el artículo 4 del Decreto Reglamentario 1382 de 2000. Respecto del reparto, el citado artículo 4 indica que éste se deberá realizar de conformidad con lo señalado en el reglamento interno de la respectiva corporación.

El acuerdo 55 de 2003, “Por medio del cual se modifica el reglamento del Consejo de Estado”, señaló en su artículo 2 literal C:

“c).Demandas contra actuaciones del Consejo de Estado. Las demandas de tutela dirigidas contra actuaciones del Consejo de Estado, conforme al inciso segundo del numeral 2 del artículo 1 del decreto 1382 de 2000, serán repartidas a la sección o subsección que siga en orden a aquella en que tuvo origen la actuación, teniendo en cuenta las secciones o subsecciones que conocen de este tipo de acciones, en los términos del presente acuerdo”.

Es decir que, en razón de que se trata de la Subsección C de la sección tercera, siguiendo el orden interno al que se refiere la norma trascrita, debería corresponder la competencia para conocer de esta acción de tutela a los magistrados de la Subsección A.

A pesar de lo anterior, por medio del presente escrito de tutela, se recusa a todos los Magistrados que conforman la subsección A en razón de que ésta profirió una sentencia²⁶ que adolece exactamente de los mismos vicios y violaciones de los derechos fundamentales, toda vez que se profirió con base en similares hechos-la misma norma declarada inconstitucional- y con similares fundamentos.

Por lo anterior, se solicita que, salvo que exista una sentencia similar proferida por esta Subsección, que el presente escrito de tutela sea conocido en primera instancia por la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado. En caso de que exista sentencia

²⁶ Se hace referencia a la Sentencia de 29 de enero de 2014, proferida por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, Radicación 2500023260002000300173-01 (26.689)



Agencia Nacional de
Defensa Jurídica del
Estado

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**



La actualidad jurídica en el momento en que ocurre

similar, que motive el impedimento de los magistrados de esta Subsección, se solicita que se dé trámite a la misma en la Sección siguiente, la cuarta.

6. Pretensiones de esta acción de tutela

Se solicita respetuosamente a los Honorables Magistrados, dejar sin efectos la sentencia proferida por la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado el 26 de marzo de 2014, Expediente No. 25000-23-26-000-2003-00175-01 (28.741), a través de la cual se declaró la responsabilidad patrimonial de la Nación-Congreso de la República.

7. Pruebas que se solicitan.

Como respaldo probatorio de la presente acción de tutela, se solicita una única prueba documental que respalda todos los hechos enunciados en este escrito de tutela: el traslado completo del expediente, así como de la sentencia cuyos efectos se pide retirar del ordenamiento. Para lo anterior, será necesario oficiar a la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

8. Notificaciones

Congreso de la República, Carrera 7 No 8 - 68
Agencia de Defensa Jurídica del Estado. Carrera 7 No. 75-66 piso 3. Bogotá.

Cordialmente,

JOSÉ DAVID NAME CARDOZO
Presidente Senado de la República



Agencia Nacional de
Defensa Jurídica del
Estado

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**



La actualidad jurídica en el momento en que ocurre

Representante Legal del Congreso de la República

ADRIANA GUILLÉN ARANGO

Directora General

Agencia Nacional de Defensa Jurídica