

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO – LEGISLADOR POR DISPOSICIONES TRIBUTARIAS DECLARADAS INEXEQUIBLES

La incidencia de los efectos temporales de las sentencias de inexecutableidad de disposiciones tributarias dentro de los presupuestos configurativos de la responsabilidad patrimonial del Estado.

SANTIAGO RESTREPO VÁSQUEZ

UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLÍN
2018

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO – LEGISLADOR POR DISPOSICIONES
TRIBUTARIAS DECLARADAS INEXEQUIBLES

La incidencia de los efectos temporales de las sentencias de inexecutableidad de disposiciones tributarias dentro de los presupuestos configurativos de la responsabilidad patrimonial del Estado.

Tesis de grado presentada para optar al título de Abogado.

Director de Tesis

Dr. Gonzalo Andrés Pérez Medina.

Abogado

Magistrado Auxiliar de la Sección Tercera del Consejo de Estado

UNIVERSIDAD EAFIT
FACULTAD DE DERECHO
MEDELLÍN

2018

TABLA DE CONTENIDO

1. INTRODUCCIÓN.....	1
2. LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO.	5
2.1. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO A LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991.....	8
2.2. NOCIÓN DE LA ANTIJURIDICIDAD DEL DAÑO RESARCIBLE.....	12
2.3. IMPUTACIÓN.....	18
2.3.1. IMPUTACIÓN FÁCTICA.	18
2.3.2. IMPUTACIÓN JURÍDICA.	21
2.3.2.1. FALLA DEL SERVICIO.	22
2.3.2.2. RIESGO ESPECIAL O EXCEPCIONAL.....	27
2.3.2.3. DAÑO ESPECIAL.....	33
3. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO – LEGISLADOR EN EL DERECHO COMPARADO.	37
3.1. FRANCIA	38
3.2. ESPAÑA.....	51
3.2.1. ANTECEDENTES DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL LEGISLADOR EN EL DERECHO ESPAÑOL.....	52
3.2.2. LA ACEPTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL LEGISLADOR POR LEYES CONSTITUCIONALES EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL.....	56
3.2.3. LA ACEPTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL LEGISLADOR POR LEYES INCONSTITUCIONALES EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.....	60
3.2.4. LA CUESTIÓN ACTUAL.	67
4. ALCANCE DEL ARTÍCULO 90 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO.....	71
4.1. JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL HECHO DE LA LEY.	75
4.1.1. INEXISTENCIA DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL HECHO DE LA LEY.....	75
4.1.1.1. Sentencia del dieciocho (18) de noviembre de mil novecientos noventa (1990). C.P. Julio César Uribe Acosta.	75
4.1.2. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL HECHO DE LA LEY EXEQUIBLE.....	77

4.1.2.1.	Sentencia del veinticinco (25) de agosto de mil novecientos noventa y ocho (1998). C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.	77
4.1.2.2.	Sentencia del seis (6) de diciembre de dos mil trece (2013). C.P. Stella Conto Díaz del Castillo	79
4.1.3.	RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR OMISIÓN LEGISLATIVA.	80
4.1.3.1.	Sentencia del primero (1º) de noviembre de dos mil uno (2001). C.P. María Elena Giraldo Gómez.	80
4.1.4.	RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LEY DECLARADA INEXEQUIBLE.	83
4.1.4.1.	Sentencia del veintiséis (26) de septiembre de dos mil dos (2002). C.P. Ariel Eduardo Hernández.	83
4.1.4.2.	Sentencia del veintiséis (26) de marzo de dos mil catorce (2014). C.P. Enrique Gil Botero.	86
4.1.4.3.	Sentencia del veinte (20) de octubre de dos mil catorce (2014). C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.	87
4.1.4.4.	Sentencia del veintinueve (29) de abril de dos mil quince (2015). C.P. Hernán Andrade Rincón.	90
4.1.4.5.	Sentencia de tutela del siete (7) de abril de dos mil dieciséis (2016). C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia.	91
4.1.4.6.	Sentencia del treinta y uno (31) de octubre de dos mil dieciséis (2016). C.P. Guillermo Sánchez Luque.	96
4.1.4.7.	Sentencia de unificación jurisprudencial de la Sección Tercera del Consejo de Estado del veintisiete (27) de abril de dos mil diecisiete (2017). C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.	98
5.	LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA POR EL HECHO DE LA LEY EN EL DERECHO NACIONAL.	100
6.	LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA POR LA EXPEDICIÓN DE DISPOSICIONES TRIBUTARIAS DECLARADAS INEXEQUIBLES.	113
7.	CONCLUSIONES.	145
8.	BIBLIOGRAFÍA.	149

1. INTRODUCCIÓN

La responsabilidad del Estado por la expedición de una norma tributaria declarada inexecutable se erige como uno de los supuestos más problemáticos dentro de dicho campo, en el entendido de que requiere de un análisis armónico de diversos conceptos, instituciones y principios que inciden de forma directa en el estudio de la materia en cuestión, en tanto no abarca únicamente el resultado del examen abstracto de constitucionalidad de una ley con respecto a la Constitución misma, o de los presupuestos de la responsabilidad extracontractual del Estado, sino que confronta importantes valores y principios que rigen nuestro ordenamiento constitucional, como la seguridad jurídica, la justicia material, el principio de igualdad y la supremacía de la Constitución, todo ello reflejado con cierta intensidad en este escenario de la responsabilidad patrimonial del Estado.

La complejidad de dicha labor ha dado lugar a diversas interpretaciones y posturas de toda índole que han conllevado a una incoherencia dentro de la Jurisprudencia misma de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en el entendido de que se han sostenido diversas posiciones – incluso algunas de ellas contradictorias entre sí de forma concomitante en el tiempo – que dan lugar a que no exista la univocidad que se requiere en materia de precedente judicial con respecto a una materia determinada.

Lo anterior, en el entendido de que el precedente judicial debe gozar de certeza suficiente para que los particulares sometidos a un ordenamiento jurídico en particular, tengan claro los medios o instrumentos jurídicos que tienen disponible a su alcance frente a aquellas situaciones en que sus derechos son transgredidos producto del actuar del Estado, de tal manera que les permita anticipar de forma razonable el tratamiento que recibirá su situación particular en el ámbito de un proceso de acción de reparación directa.

La cuestión cambiante de la Jurisprudencia en este asunto en particular, ha generado que en el devenir actual, los particulares directamente afectados con la expedición de una norma tributaria inconstitucional vean atónitos cómo la Jurisdicción Contencioso Administrativa les cierra el camino de la reparación de los daños padecidos como consecuencia de la expedición de normas tributarias que son declaradas inexecutable por parte de la Corte Constitucional, con fundamento en la inexistencia del daño antijurídico en los supuestos en que el Tribunal Constitucional declara inexecutable este tipo de normas con efectos hacia el futuro.

Esta línea de razonamiento sostiene que si el afectado con la expedición de la norma contentiva de un tributo inconstitucional, considera que se le deben restituir los aportes realizados en cumplimiento de dicha disposición, primero debe acudir a la Administración para solicitar la devolución de lo pagado, en virtud del principio del privilegio de lo previo, sin hacer entonces un análisis pormenorizado de la antijuridicidad del daño, de su imputabilidad a la entidad pública causante del mismo ni de la idoneidad y eficacia de los instrumentos jurídicos que, a criterio de la Corporación, tienen a su alcance los afectados para hacer valer sus derechos.

Este escenario, no solo implica un desconocimiento absoluto de los derechos conculcados a los particulares afectados, sino que también ha generado la posibilidad de que el Estado se beneficie de este estado de cosas actual, al percibir recursos que no terminan teniendo un título jurídico válido. Como bien lo plantea el Dr. Luis Felipe Botero en su obra “Responsabilidad Patrimonial del Legislador”, esta situación “cercena injustificadamente una serie de derechos o situaciones jurídicas constitucionalmente protegidas e institucionaliza la miserable inconstitucionalidad útil”.¹

Es importante señalar, a modo ilustrativo, que la problemática es de tal calibre, que no solo se han llegado a dictar sentencias contrapuestas en esta materia dentro de la misma Sección Tercera del Consejo de Estado, sino que aquellas sentencias que han condenado al Congreso de la República en estos supuestos, han sido objeto de tutela por considerarse vías de hecho y, por tanto, las Secciones Cuarta y Quinta del Consejo de Estado que han conocido de dichos casos en sede de tutela, han afirmado con vehemencia que se tratan de sentencias en las que el fallador incurrió en un defecto sustantivo por realizar una interpretación *contra legem*² de la norma

¹ Luis Felipe Botero Aristizábal, *Responsabilidad patrimonial del legislador* (Bogotá: Legis, 2007), 8-9.

² En cuanto a las causales especiales de procedibilidad de la acción de tutela frente a las providencias judiciales, la Corte Constitucional ha señalado las siguientes: 1) Defecto orgánico, en cuanto el juez que conoció del caso no era el competente para resolver sobre dicho asunto; 2) Defecto procedimental absoluto, el cual se configura cuando el juez discurre dentro del proceso sin observar el procedimiento preestablecido por la ley; 3) defecto fáctico, que ocurre cuando aplica una norma legal sin llegar a una plena convicción de lo sucedido según el acervo probatorio allegado al proceso; 4) defecto material o sustantivo, en el entendido que el juez aplicó una norma inexistente o inconstitucional o incurrió en una aplicación indebida o en un error grave en su interpretación; 5) error inducido; 6) decisión sin motivación; 7) desconocimiento del precedente judicial; y 8) violación directa de la Constitución.

La Corte Constitucional en sentencia T – 125 de 2012, reflexionó acerca del defecto material o sustantivo como presupuesto de procedibilidad de la acción de tutela frente a una providencia judicial, y sostuvo lo siguiente en lo relativo a los supuestos que se enmarcan dentro de esta causal:

“Tal como lo señala la jurisprudencia constitucional, una providencia judicial adolece de un defecto sustantivo:

- 1. Cuando la norma aplicable al caso es claramente inadvertida o no tenida en cuenta por el fallador,*
- 2. Cuando a pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación*

aplicable al caso concreto y, por ende, claramente perjudicial para los intereses legítimos de la parte demandada – léase Congreso de la República –.

En consecuencia, el juez de tutela ha ordenado al Juez Contencioso Administrativo la revocatoria de las sentencias condenatorias, dando lugar a que las sentencias que cumplen con lo ordenado en sede de tutela, sean absolutorias e, incluso, inhibitorias, en virtud de una supuesta ineptitud sustantiva de la demanda, bajo el pretexto de que el medio de control de acción de reparación directa, no es la vía procesal adecuada para encauzar las pretensiones sustentadas en los supuestos de pago de tributos inconstitucionales posteriormente declarados inexequibles.

Con este panorama, es menester hacer una revisión teórico – jurídica de la responsabilidad del Estado por la expedición de disposiciones tributarias declaradas inexequibles, partiendo de la Jurisprudencia dictada por la Sección Tercera del Consejo de Estado en esta materia. La delimitación del ámbito de investigación a dicho escenario de responsabilidad, se corresponde con los casos que han llegado a instancias de esta Jurisdicción, por vía de acción de reparación directa, que hacen referencia al pago de tributos inconstitucionales posteriormente declarados inexequibles por la Corte Constitucional, erigiéndose dentro del ordenamiento interno, como el caso paradigmático de la responsabilidad del Estado por el hecho de una ley declarada inconstitucional.

Así las cosas, resulta imperativo partir del análisis de los elementos configurativos de la responsabilidad patrimonial del Estado que se encuentran contemplados en el artículo 90 de la Constitución Política, así como también examinar la incidencia de los efectos temporales que la Corte Constitucional le concede a sus fallos de constitucionalidad en el campo de la responsabilidad del Estado por el hecho de la ley declarada inexequible, con el fin de dilucidar si los efectos hacia el futuro de las sentencias de constitucionalidad generan, *per se*, la obligación jurídica de soportar los daños padecidos en vigencia de la norma, o si, por el contrario, ello no incide de manera alguna para la configuración del daño antijurídico, y en caso de que se encuentre efectivamente configurado, verificar a quién le resultaría imputable.

contraevidente (interpretación contra legem) o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes (irrazonable o desproporcionada), y, finalmente,

3. *Cuando el fallador desconoce las sentencias con efectos erga omnes tanto de la jurisdicción constitucional como de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cuyos precedentes se ubican en el mismo rango de la norma sobre la que pesa la cosa juzgada respectiva".* (Negritas fuera del texto original). Corte Constitucional, Sentencia T – 125 del 23 de febrero de 2012, M.P.: José Ignacio Pretelt Chaljub,

Este trabajo es una *“lucha del Derecho por el Derecho mismo”*, como diría García de Enterría, en el entendido de que las conductas del Estado, en este caso en particular, la conducta del Congreso de la República materializada en la expedición de normas tributarias inconstitucionales generadoras de daños antijurídicos no debe quedar por fuera del juzgamiento del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo dentro del campo de la responsabilidad patrimonial del Estado – legislador, máxime si se tiene en cuenta que este es el Tribunal encargado de garantizar los derechos de las víctimas ante el padecimiento de daños antijurídicos provocados por la actividad estatal.

2. LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO.

La consagración de la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado, como uno de los mecanismos de protección y garantía de los derechos de los individuos dentro del articulado constitucional, entrañó un avance significativo dentro del esquema del Derecho Administrativo y del entendimiento del ordenamiento jurídico en su conjunto, en el entendido de que implicó desde un punto de vista formal, la consagración expresa de una cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado dentro del texto constitucional – situación novedosa con respecto a la Constitución de 1886 – y, de igual manera, se configuró como uno de los instrumentos jurídicos esenciales para la materialización del Estado Social de Derecho – plasmado en el artículo 1º de la Constitución Política de 1991 – y de los principios y valores contenidos en el texto superior en diversas disposiciones constitucionales – artículos 2, 13, 58 de la C.P. –.

Como es bien sabido, una de las finalidades primarias del Constituyente de 1991, era limitar el poder público en el ejercicio de sus funciones y cometidos estatales, no sólo mediante el principio de legalidad – otra característica relevante del Derecho Administrativo – sino a través de una institución que desde la perspectiva del individuo, permitiera tener preestablecidos los diversos escenarios en que podían responder patrimonialmente todas las autoridades públicas como consecuencia de su actuación, y por consiguiente, trazar virtualmente una línea demarcatoria de lo que la Constitución y las leyes les permiten y no les permiten realizar, así como también aquellos escenarios en que a pesar de la licitud o corrección de la conducta realizada, tuvieran que responder patrimonialmente en tanto que la víctima que padeció el daño sufrido como resultado de la acción u omisión de la autoridad pública no estaba obligada a soportarlo.

Es así como se vislumbró acertadamente, que no bastaba, desde el plano del Derecho Administrativo, con la consagración del principio de legalidad, para limitar la fuerza inherente del poder público, que situaba claramente en una posición de desventaja al individuo con respecto a aquél, sino que era necesario insertar en la Carta Fundamental una institución – entre muchas otras como mecanismos jurídicos de protección de los particulares – que propendiera por garantizar y proteger los derechos de los individuos frente a la actuación del poder público, así como controlar su actividad y demarcar los límites de lo permitido y lo no permitido atendiendo al contenido material consagrado en el ordenamiento jurídico. La responsabilidad patrimonial del Estado, como institución concebida para la consecución de dichos fines, fue erigida por el Constituyente como la figura central a disposición de los asociados para hacerle frente al ejercicio del poder público en

aquellos supuestos de generación de daños incidentales como consecuencia de la actividad estatal.

Cabe destacar, que la introducción de dicha institución en el articulado constitucional, si bien es novedosa en el sentido formal del término, viene a plasmar la doctrina tradicional más connotada en el ámbito del Derecho Administrativo, inspirada en particular por el planteamiento del jurista francés Maurice Hauriou, que sostuvo lo siguiente: “Hay dos correctivos de la prerrogativa de la Administración que reclama el instinto popular, cuyo sentimiento respecto al poder público puede formularse en estos dos brocardos: que actúe, pero que obedezca a la ley; que actúe, pero que pague el perjuicio”.³

Indicando entonces que, para efectos de que el poder público no se vuelva omnipotente e incontenible, se debe sujetar a unas reglas preestablecidas con el fin de limitar su actuación dentro del ámbito del Derecho a fin de respetar los derechos de los individuos; y, de forma paralela, responder por los perjuicios que con ocasión de su actuación se puedan generar a los asociados.⁴

En esta línea argumentativa, el Dr. García de Enterría, afirma: “[E]l principio de legalidad – y su garantía en el recurso contencioso administrativo – y el de responsabilidad patrimonial de los entes públicos constituyen, por ello, los dos grandes soportes estructurales del Derecho Administrativo, cuyo equilibrio, amenazado siempre por el peso inicial de las prerrogativas del Poder, depende justamente de su correcto juego”.⁵

Bajo el anterior panorama, la actividad estatal dentro del marco constitucional creado por la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, se convirtió en una actividad supervigilada y reglada – valer decir no sólo mediante las dos instituciones citadas previamente⁶ – gracias a la consagración de diversas herramientas jurídicas

³ Cita encontrada en: Eduardo García de Enterría, *Curso de Derecho Administrativo, Tomo II*, 10.ª edición (Madrid: Civitas, 2000), 355.

⁴ Desde una perspectiva histórica, se logra dilucidar en el derecho comparado, que el instituto de la responsabilidad del Estado responde a exigencias sociales de control del poder público, el cual a través de su actuación lograba impunidad total frente a los súbditos con ocasión de los daños generados en su integridad y en sus bienes. Esta perspectiva histórica de la responsabilidad del Estado lo retrata el Dr. Eduardo García de Enterría de la siguiente manera: “En la esfera del Derecho Público la afirmación de una responsabilidad patrimonial del soberano por los daños resultantes de la actuación de sus agentes pugnaba frontalmente con una tradición multiseccular, que, a través de una combinación de la *potestas* imperial romana y de la concepción teocéntrica del poder del monarca, característica del mundo medieval, encontró su expresión clásica en el principio formulado por los juristas ingleses, pero común a todo Occidente, según el cual *the king can do no wrong* (el rey no puede hacer ilícito)”. García, *Curso de Derecho Administrativo*, 357.

⁵ García, *Curso de Derecho Administrativo*, 355.

⁶ El Capítulo IV de la Constitución Política de 1991 consagra los diversos mecanismos de protección de los que disponen las personas para la protección de sus derechos (entre ellos, la acción de tutela, la acción de cumplimiento, la acción popular, etc.). Igualmente, delega en cabeza del legislador la competencia normativa

y órganos públicos que propendían por evitar el abuso del poder público y la subordinación del individuo a los cometidos estatales.

Por otro lado, las consecuencias propias del establecimiento del Estado Social de Derecho⁷, como nuevo modelo de organización política, se advirtieron con un incremento cuantitativo y cualitativo en el margen de actuación del Estado en atención al protagonismo que toman las autoridades públicas en la generación de bienestar de la población en general.

Una muestra de lo anterior, es la capacidad que debe tener el Estado para llegar a todos los rincones del territorio, con el fin de materializar y cumplir los fines trazados en la Carta Política, que implica una intervención amplia en diversos ámbitos como en el de la educación, la salud, la seguridad, transporte, etc., que aumentan la probabilidad de generación de daños, en algunas ocasiones, mediante la actuación culposa o negligente de los agentes estatales, y en otras, mediante la realización de actividades peligrosas como el de la construcción, el uso de armas oficiales, conducción de vehículos oficiales, etc.; y, el ejercicio de actividades estatales legítimas encaminadas a la satisfacción del interés general, que producen de manera inevitable daños especiales y anormales a un sector individualizado de la población que deriva en la vulneración del principio de igualdad ante las cargas públicas. Actividades que, como bien se puede ver, son permitidas e incentivadas por el ordenamiento jurídico, y que a pesar de realizarse correctamente, desencadenan el surgimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado, al estar este instituto relacionado íntimamente con la protección del patrimonio de la víctima.

para establecer los demás recursos, acciones y procedimientos para defender la integridad sus derechos y del ordenamiento jurídico, tal y como lo dispone el artículo 89 del texto constitucional.

⁷ En la sentencia T – 406 de 1992, la Corte Constitucional establece el contenido del Estado Social de Derecho, donde menciona dos dimensiones sobre las que actúa. El Dr. Manuel Fernando Quinche, la resume de la siguiente manera: “Una dimensión *cuantitativa* que se refleja, según la Corte, en el Estado de bienestar, que permite definirlo como “el Estado que garantiza estándares mínimos de salario, alimentación, salud, habitación, educación, asegurados para todos los ciudadanos bajo la idea de derecho y no simplemente de caridad, y una dimensión *cualitativa*, encarnada en el Estado constitucional democrático, que se “manifiesta institucionalmente a través de la creación de mecanismos de democracia participativa, de control político y jurídico en el ejercicio del poder y sobre todo, a través de la consagración de un catálogo de principios y de derechos fundamentales que inspiran toda la interpretación y el funcionamiento de la organización política”. Manuel Fernando Quinche Ramírez, *Derecho Constitucional Colombiano*, 6.ª edición (Bogotá, Temis, 2015), 52.

2.1. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO A LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991.

Entendido lo anterior, la cláusula general de responsabilidad del Estado, consagrada en el artículo 90 constitucional⁸, fue establecida de la siguiente manera:

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

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste⁹.

Como bien se desprende de dicha disposición, el Constituyente consideró que para la configuración de la responsabilidad del Estado, cualquier autoridad pública, sin distinción alguna, podía responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le fueran imputables, causados por su acción u omisión. Los elementos que estructuran dicha institución, según se desprende de dicha disposición constitucional, son la generación del daño antijurídico y la imputación del mismo a una autoridad pública, independientemente de la autoridad de que se trate.

Una exposición clara de las implicaciones de la introducción de dicha disposición constitucional en el ordenamiento superior colombiano, se encuentra en la ponencia presentada por el Dr. Juan Carlos Esguerra ante la Asamblea Nacional Constituyente, el cual planteó las siguientes consideraciones:

(...) Conviene señalar que el régimen que se propone en materia de responsabilidad patrimonial del Estado no se limita a su mera consagración expresa a nivel constitucional, sino que, además, incorpora los más modernos criterios sobre la materia, consistentes en radicar el fundamento de esa responsabilidad en el daño antijurídico y en su imputabilidad al órgano estatal. De esta manera se resuelve el problema que hoy ya plantea la evidente insuficiencia del criterio de la llamada “falla

⁸ “La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado que se consagra en la Carta Política colombiana de 1991 viene a reflejar, sin duda alguna, la consolidación del modelo de Estado social de derecho, y la superación de la idea de la irresponsabilidad de la administración pública. Se trata de afirmar los presupuestos en los que se sustenta el Estado moderno, donde la primacía no se circunscribe al respeto de los derechos, bienes e intereses consagrados en las cartas constitucionales, sino que se desdobra de tal manera que implica, también, su reconocimiento, medidas y objeto de protección de las normas de derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, con lo que el ámbito de indagación de la responsabilidad se ha venido ampliando de tal manera que permita lograr un verdadero “garantismo constitucional”. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *Compendio de Derecho Administrativo* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017), 741.

⁹ Constitución Política de Colombia de 1991.

del servicio público”, dentro del cual no caben todas las actuales formas y casos de responsabilidad patrimonial, tales como el de “la responsabilidad por daño especial.

En otras palabras, se desplaza el soporte de la responsabilidad administrativa, del concepto subjetivo de la antijuridicidad de la acción del Estado al concepto objetivo de la antijuridicidad del daño producido por ella. Esta antijuridicidad habrá de predicarse cuando se cause un detrimento patrimonial que carezca de un título jurídico válido y que exceda el conjunto de cargas que normalmente debe soportar el individuo en su vida social.¹⁰

Vale destacar que la fundamentación del artículo 90 de la Constitución Política, presentada por el Dr. Juan Carlos Esguerra, en torno al giro copernicano que se da en el marco de la responsabilidad del Estado con la introducción de dicha disposición constitucional, desplazando el campo de estudio de la antijuridicidad de la acción a la antijuridicidad del daño, es un planteamiento netamente importado de la doctrina administrativa española, la cual desde la mitad del siglo XX viene desarrollando una teoría general de la responsabilidad administrativa centrada en el daño antijurídico – o lesión antijurídica resarcible, como la denominan en España – como elemento estructural de dicha institución.

El citado cambio de paradigma, en el ámbito de estudio de la responsabilidad patrimonial del Estado, implica comprender que “la indemnización no es una pena que deba sufrir el agente del daño en razón de su culpa, sino que es un dispositivo que se funda en la posición de la víctima, pues se busca garantizar que el menoscabo del orden patrimonial o extrapatrimonial que ésta haya sufrido sea adecuadamente reparado”¹¹. Se pasa pues, de la concepción tradicional de la responsabilidad patrimonial como instrumento o herramienta de reproche de la conducta realizada por parte del agente generador de daños, a una concepción resarcitoria de dicho instituto que permite reparar los daños ocasionados a los individuos con ocasión del “funcionamiento normal o anormal” de la actividad estatal.

En este sentido, la dilucidación realizada por parte del Dr. Eduardo García de Enterría – considerado el “padre” de la responsabilidad administrativa en España – , en torno a que el fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado debe estar centrada en el daño antijurídico – antijuridicidad objetiva – y no en la conducta antijurídica del agente – antijuridicidad subjetiva –, parte de que la responsabilidad como institución debe propender por la protección del patrimonio y de los derechos de los individuos, y de esta manera, para que proceda el estudio de la

¹⁰ Gaceta Constitucional No. 56. Lunes 22 de abril de 1991, Mecanismos de protección del orden jurídico y de los particulares, Dr. Juan Carlos Esguerra Portocarrero, <http://ezproxy.eafit.edu.co:2107/lexbase/jurisprudencia/Gacetas%20Constitucionales/g056.pdf>

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia C – 333 del 1º de agosto de 1996, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

responsabilidad administrativa, es menester verificar, en primer lugar, la existencia de un daño, de un daño que debe ser cualificado, en tanto, debe ser antijurídico, esto es, que la víctima que padeció el insuceso no esté obligada a soportarlo, para luego imputárselo a la administración causante del mismo.

En términos de García de Enterría, la nota de antijuridicidad del daño se entiende fundamentada en el “principio de protección y garantía del patrimonio de la víctima...frente a todo daño no buscado, no querido ni merecido por la persona lesionada”¹², estableciendo entonces para la existencia del mismo, no solo la reunión de los elementos que estructuran el daño en sí mismo – en España, se requiere que el daño sea efectivo¹³, evaluable¹⁴ económicamente e individualizado¹⁵ en los términos del numeral 2 del artículo 32 de la ley 40 de 2015; en Colombia, la doctrina y la jurisprudencia han establecido que el daño debe ser cierto¹⁶, directo¹⁷ y personal¹⁸ – sino que, además, sea antijurídico¹⁹, es decir, que adolezca de

¹² García, *Curso de Derecho Administrativo, Tomo II*, 373.

¹³ “Por daño efectivo se entiende el daño cierto ya producido, no simplemente posible, contingente, hipotético o futuro, no bastando, en definitiva, la mera frustración de una expectativa”. Clemente Checa González, “La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública con fundamento en la declaración de inconstitucionalidad de una ley”. *Ius Et Praxis* 10, no. 1 (2004): 51, <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19711002>

¹⁴ “El carácter evaluable del daño concurre tan solo cuando haya tenido lugar un auténtico quebranto patrimonial, pero no así cuando únicamente hayan existido simples molestias o perjuicios sin trascendencia económica subjetiva”. *Ibidem*.

¹⁵ “La individualización del daño en una persona o grupo de personas excluye del ámbito de la responsabilidad las cargas e incomodidades generales que, por exigencias del interés público, la Administración puede hacer gravitar sobre los particulares, aun cuando algunos hayan de sufrirlos en mayor medida que otros, al organizar los servicios públicos”. *Ibidem*.

¹⁶ El carácter cierto del daño, “[p]ermite comprobar que el daño sea pasado, presente o futuro, y habrá certidumbre cuando sea evidente que produjo o producirá una disminución o lesión material o inmaterial en el patrimonio de quien lo sufre, es decir, no podrá ser resarcido lo eventual, hipotético o meramente posible”. Enrique Gil Botero, *Responsabilidad Extracontractual del Estado*. 7.ª edición (Bogotá, Temis, 2017), 145.

¹⁷ Por el carácter directo del daño, se entiende que la afectación económica sufrida por la víctima debe provenir, como su nombre lo indica, directamente del daño padecido, es decir, como bien lo explica el Alto Tribunal Constitucional, “el carácter directo del daño se explica con base en la distinción entre daño y perjuicio: el daño es entendido como la alteración material exterior y el perjuicio como las consecuencias de dicha alteración; el carácter directo del daño es entendido como el hecho de que el perjuicio provenga o sea consecuencia del daño”. Corte Constitucional, Sentencia C – 043 del 27 de enero de 2004, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹⁸ En cuanto al carácter personal del daño, este “[h]ace referencia a la legitimación, esto es, a quién tiene derecho a reclamar la reparación, y la tendrá quien ostente la calidad de perjudicado con el hecho dañoso, independientemente de la consanguinidad, afinidad y otros factores (...) el carácter personal es una condición de existencia del daño y un elemento en su configuración, toda vez que permite definir si la parte que reclama ha sufrido una afectación en su patrimonio o en los bienes, derechos o intereses legítimos, que lo desborda, para determinar si presentó la lesión, afectación o aminoración reclamada”. Gil, *Responsabilidad Extracontractual del Estado*, 142-145.

¹⁹ Al respecto, resulta útil la definición que da acerca de dicho concepto el Dr. Clemente Checa González: “El daño es antijurídico o ilícito en todos los casos en que la Administración carezca de un título legítimo que

causales de justificación y que la persona no se encuentre compelida en términos normativos a soportarlo.

El daño antijurídico, en el sentido planteado, no se estructura como consecuencia de la culpa del agente en su actuación, sino como resultado de que el efecto generado en el patrimonio de la víctima en razón a una conducta, hecho o acto jurídico desplegado por un agente del Estado, carece de un título jurídico válido para su imposición, independientemente de que la autoridad pública hubiese obrado con culpa o sin ella. Ello implica entonces, que el daño antijurídico se puede configurar, con ocasión de la realización de una conducta culposa del agente o de una conducta, que es lícita o acorde a derecho, pero que el individuo que padece el daño no tiene el deber jurídico de soportar.

La ponencia presentada por el Dr. Augusto Ramírez Ocampo, durante la Asamblea Nacional Constituyente, señala lo siguiente acerca del tema en cuestión:

En materia de responsabilidad patrimonial del Estado, se elevan a la categoría constitucional dos conceptos ya incorporados en nuestro orden jurídico: el uno, por la doctrina y la jurisprudencia, cual es el de la responsabilidad del Estado por los daños que le sean imputables: y el otro, por la ley, la responsabilidad de los funcionarios.

La noción de daño en este caso, parte de la base de que el Estado es el guardián de los derechos y garantías sociales y que debe, por lo tanto, reparar la lesión que sufre la víctima de un daño causado por su gestión, porque ella no se encuentra en el deber jurídico de soportarlo.

La responsabilidad se deriva del efecto de la acción administrativa y no de la actuación del agente de la Administración causante material del daño, es decir, se basa en la posición jurídica de la víctima y no sobre la conducta del actor del daño, que es el presupuesto de la responsabilidad entre particulares.

Esta figura tal como está consagrada en la norma propuesta, comprende las teorías desarrolladas por el Consejo de Estado sobre responsabilidad extracontractual por falta o falla del servicio, daño especial o riesgo.²⁰

En este orden de ideas, el hecho de que el daño antijurídico tenga una connotación meramente objetiva no implica que dé lugar a la existencia de una responsabilidad patrimonial objetiva²¹, que implique la exclusión del examen de la culpa o de la falla

justifique en Derecho la irreversible carga impuesta al administrado". Checa, "La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública", 51.

²⁰ Gaceta Constitucional No.112. Miércoles 3 de julio de 1991. Ponencia para Segundo Debate de la Nueva Constitución Política de Colombia. Dr. Augusto Ramírez Ocampo, <http://ezproxy.eafit.edu.co:2107/lexbase/jurisprudencia/Gacetas%20Constitucionales/g112.pdf>

²¹ En sentido contrario parece inclinarse la Corte Constitucional de Colombia, al sostener que la cláusula general de responsabilidad extracontractual del Estado consagrada en el artículo 90 del texto constitucional, no permite consagrar una responsabilidad subjetiva dentro del ordenamiento jurídico colombiano. Veamos: "La superioridad jerárquica de las normas constitucionales impide al legislador diseñar un sistema de

del servicio en todos los supuestos o escenarios de responsabilidad que se presenten con ocasión del despliegue de la actividad estatal en todos sus ámbitos y modalidades, sino que conduce, como bien se ha expuesto previamente, a que el centro de atención de la responsabilidad patrimonial del Estado debe girar en torno al individuo como sujeto titular de bienes y derechos protegidos por la Constitución y la ley.

A esto, cabe decir, que bien puede generarse daños antijurídicos, como consecuencia de la negligencia, culpa o falla del servicio del agente estatal, y será entonces, el título jurídico de imputación subjetiva el que obre como elemento crucial de surgimiento de la obligación indemnizatoria en cabeza de una autoridad pública cualquiera, y será este, atendiendo a las vicisitudes particulares del caso de que se trate, el título jurídico de imputación al que deberá acudir el juzgador para el surgimiento de aquella.

Ahora, al margen de la discusión esbozada en líneas precedentes, y que será atendida con mayor detalle posteriormente en este trabajo, es importante destacar la elaboración doctrinaria que ha tenido la figura del “daño antijurídico” tanto en el derecho nacional como en el derecho comparado con el fin de matizar y delinear su alcance en el ámbito de la responsabilidad patrimonial del Estado.

2.2. NOCIÓN DE LA ANTIJURIDICIDAD DEL DAÑO RESARCIBLE.

Según se expuso previamente, la figura del “daño antijurídico” tuvo su recepción en el derecho colombiano, a través de la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, contenida en el artículo 90 de la Constitución Política de 1991. La acogida que tuvo en el ordenamiento jurídico colombiano, como bien se puede desprender de la lectura de dicha disposición constitucional, no significó su desarrollo conceptual en el ámbito constitucional, sino simplemente, su inserción “formal” en aquél, dando lugar a que se trate, como bien lo ha dicho la Corte Constitucional colombiana, de un “concepto constitucional parcialmente indeterminado, cuyos alcances pueden ser desarrollados, dentro de ciertos límites, por el Legislador”²². No obstante, a pesar de las facultades conferidas al legislador, en virtud del principio de la libre configuración normativa, este no ha procedido a

responsabilidad subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o materiales que se dan entre los entes públicos y los administrados. La responsabilidad objetiva en el terreno de esas relaciones sustanciales es un imperativo constitucional, no sólo por la norma expresa que así lo define, sino también porque los principios y valores que fundamentan la construcción la construcción del Estado según la cláusula social así lo exigen”. Corte Constitucional, Sentencia C – 043 del veintisiete de enero de 2004. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

²² Corte Constitucional, Sentencia C – 333 del 1º de agosto de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

realizar dicha labor atendiendo a los preceptos y principios contenidos en la Constitución, sino que ha dejado en manos del Juez Contencioso Administrativo la facultad de desarrollar el concepto de “daño antijurídico”, como juez natural que le compete conocer de los procesos de responsabilidad patrimonial administrativa en ejercicio de acción de reparación directa.

La delimitación del alcance del daño antijurídico, se ha dado entonces vía jurisprudencial, incorporando los criterios que la doctrina española ha elaborado para desarrollar los elementos que incorpora dicho concepto.

Hay que tener en cuenta, desde un punto de vista histórico, que la primera ocasión en que el Estado español aceptó la existencia de la responsabilidad patrimonial del Estado, fue a través de la expedición de la célebre Ley de Expropiación Forzosa (LEF) de 1954, cuyo papel crucial en su elaboración se le debe al Dr. Eduardo García de Enterría. En ella, el artículo 121 contempla lo siguiente: “Dará también lugar a indemnización con arreglo al mismo procedimiento toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere, siempre que aquélla sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, o la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir de sus funcionarios con tal motivo”.²³

La introducción de dicha fórmula, significó según la doctrina administrativa española mayoritaria, el cambio de una completa irresponsabilidad patrimonial del Estado, a la aceptación de una “absoluta” responsabilidad patrimonial del Estado, que supuso en aquella época, uno de los avances paradigmáticos del derecho administrativo español con respecto a ordenamientos jurídicos como el italiano o el alemán, que todavía no habían aceptado – y en la actualidad aún no lo aceptan – de una forma tan categórica la existencia de la responsabilidad patrimonial del Estado en los términos establecidos por el ordenamiento español.²⁴

Ahora, al margen de las circunstancias que rodearon la expedición de la LEF de 1954, es importante destacar que dicha disposición fue transcrita en leyes posteriores con algunas modificaciones, hasta nuestros días, conservando los rasgos principales que la definen, esto es, la necesidad de que exista lesión e

²³ Ley 16 de diciembre de 1954, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1954-15431>

²⁴ Como bien lo dice García de Enterría, refiriéndose al sistema de responsabilidad patrimonial español: “La responsabilidad de la Administración se formula (...) como una responsabilidad directa, no como un simple sistema de cobertura de los daños causados por los actos ilícitos de los funcionarios y agentes de los entes públicos, que es como aparece en los ordenamientos norteamericanos (...), inglés (sección segunda de la *Crown Proceedings Act* de 1947), alemán (artículo 34 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949) e italiano (art. 28 de la Constitución de 1948)”. García, *Curso de Derecho Administrativo, Tomo II*, 373.

imputación como elementos estructurales de la institución de la responsabilidad civil extracontractual del Estado.

Un evento relevante, fue la inserción de dicha fórmula dentro de la Constitución Española de 1978, la cual contiene en su artículo 106.2 la cláusula de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en los siguientes términos: “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.²⁵

La transcripción de dichos apartados normativos resulta esencial, para efectos de comprender, en primer lugar, que el ordenamiento jurídico español, ha conservado en sus rasgos fundamentales la fórmula tradicional de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas – situación que ha generado con el devenir del tiempo, un agitado debate acerca del régimen de responsabilidad patrimonial existente y de su necesidad de reconfiguración²⁶ –; y, en segundo lugar, que el surgimiento del concepto “daño antijurídico” como elemento fundante de la responsabilidad patrimonial del Estado ha sido producto de una elaboración doctrinal, encabezada principalmente por los juristas Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, quienes se han dedicado desde la segunda mitad del siglo XX, a explicar el alcance del régimen de responsabilidad patrimonial administrativa consagrado en España.

En su más reciente edición del libro “Curso de Derecho Administrativo”, se pueden vislumbrar los elementos definitorios de “lesión” consagrado tanto en el artículo 106.2 de la Constitución de 1978, como en diversas leyes que han sido expedidas por las Cortes Generales en esta materia. La última de ellas, es la ley 40 de 2015 – Régimen Jurídico del Sector Público – que vino a reemplazar a la ley 30 de 1992 – Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común – en lo relativo a la regulación de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, sin ningún cambio sustancial en su configuración. Estableciendo dicha ley en su artículo 32, la siguiente disposición:

Artículo 32. Principios de la responsabilidad.

1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y

²⁵ Constitución Española de 1978, https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1978-31229

²⁶ Al respecto, resulta crucial la obra del Dr. Oriol Mir Puigpelat. “Responsabilidad Patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema”, en la cual sostiene que es menester replantear el esquema de responsabilidad patrimonial del Estado actualmente sostenido por el ordenamiento español, en tanto resulta sumamente exigente y gravoso para el ejercicio normal de la actuación del Estado.

derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.

La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone, por sí misma, derecho a la indemnización.

2. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.²⁷

Dichos juristas afirman que el concepto de “lesión” que trata el texto constitucional y las diversas disposiciones normativas de inferior rango enunciadas previamente, hace referencia a una “lesión”, que para que sea resarcible, se requiere que sea antijurídica, es decir, no basta el simple menoscabo patrimonial ocasionado a un individuo – definición asociada a la noción de “perjuicio” por la doctrina española –, sino que el individuo que padece el daño no tenga el deber jurídico de soportarlo:

La antijuridicidad susceptible de convertir el perjuicio económico en lesión indemnizable se predica, pues, del efecto de la acción administrativa (no de la actuación del agente de la Administración causante material del daño), a partir de un principio objetivo de garantía del patrimonio de los ciudadanos que despliega su operatividad postulando la cobertura del daño causado en tanto en cuanto no existan causas de justificación que legitimen como tal el perjuicio de que se trate.²⁸

De esta manera, se reputará la inexistencia del daño antijurídico cuando se encuentren causales de justificación que determinen la obligatoriedad que impone el ordenamiento jurídico de soportar el daño padecido. Al respecto, afirma el autor que dicha situación acaecerá en el evento en que:

[N]o concurra un título jurídico que determine o imponga como rigurosamente inexcusable, efectivamente querido o, al menos, eventualmente aceptado el perjuicio contemplado. Es legalmente inexcusable el pago de un impuesto, el deber de soportar una ejecución administrativa o judicial (...) o, en fin, las cargas generales de la vida individual o colectiva, de las que nadie puede estar, ni está librado.²⁹

La delimitación del daño antijurídico a dichos elementos, permite desde el punto de vista de dichos autores, limitar en sus justas proporciones el concepto de lesión resarcible, a fin de evitar la aplicación de un concepto jurídico indeterminado por parte de los operadores jurídicos que implique un desbordamiento de la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado, a supuestos que desde un punto de vista lógico jurídico resultan difíciles de sustentar. Situación, que diversos juristas españoles como Pantaleón, Oriol Mir Puigpelat, Garrido Falla, entre otros, vienen denunciando desde la década de los años 90´, gracias a diversos fallos “polémicos”

²⁷ Ley 40 de 2015, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-10566>

²⁸ García, *Curso de Derecho Administrativo, Tomo II*, 376.

²⁹ *Ibidem*, 376 – 377.

por parte del Tribunal Supremo Español en materia médico sanitaria y de responsabilidad por el hecho del legislador.

Al margen de la nota previa, – que no interesa entrar en detalle – es importante tener en cuenta que la noción de daño antijurídico o de lesión antijurídica resarcible – como prefiera llamarse – construida por la doctrina administrativa española ha sido adoptada tanto por la doctrina nacional como por la Jurisprudencia del Consejo de Estado de forma pacífica.

Como bien sostiene el Dr. Enrique Gil Botero, en su más reciente edición de su clásica obra “Responsabilidad Extracontractual del Estado”:

...no deben soportarse daños, independientemente de que sean la consecuencia del obrar legítimo o del actuar contrario al orden jurídico, cuando no exista razón legal o de derecho que obligue a padecerlos, porque, de lo contrario, el daño es antijurídico para quien lo sufre en la medida en que el ordenamiento no se lo impone. Cuando el acontecimiento lesivo proviene de un acto ilícito, la conducta será antijurídica como contradicción del obrar del sujeto respecto del ordenamiento jurídico en su conjunto; en cambio, cuando se les vulnere a las personas bienes jurídicos o intereses legítimos que se debían proteger, ese quebrantamiento o daño es contra ius para quien lo padece, porque el Estado en principio debe velar por la defensa de los bienes e intereses jurídicos de las personas. En esta medida, la antijuridicidad implica un desvalor de la acción o conducta y un desvalor del resultado.³⁰

La observación previa, denota que en tratándose de daños antijurídicos ocasionados de forma culposa, negligente e incluso, en algunos eventos, de manera dolosa, el Juez de lo Contencioso Administrativo debe ejercer un juicio de reproche sobre la conducta desplegada por parte del agente estatal, censurando o realizando una serie de observaciones a manera de reconvención, observando, como resulta obvio, la configuración del daño antijurídico, como primer presupuesto configurativo para el surgimiento de la responsabilidad del Estado. Tratándose de daños antijurídicos causados de forma lícita, el centro de estudio recaerá únicamente en la antijuridicidad del daño y no en la antijuridicidad de la acción, ya que como bien puede establecerse, no hay lugar a ella, por simple sustracción de materia.

Igualmente, el Consejo de Estado como intérprete natural del artículo 90 de la Constitución Política, ha sostenido que es menester en la construcción del juicio de responsabilidad extracontractual del Estado, verificar en primer lugar, la existencia del daño antijurídico, para luego imputarlo – atendiendo a criterios normativos – a la autoridad pública causante del mismo. En este sentido, se sostiene que una vez comprobado el daño como entidad fenoménica, es decir, configurado el daño en el plano óptico, resulta necesario dilucidar si este resulta jurídicamente relevante, esto es, si atendiendo a su naturaleza, la víctima no estaba en la obligación de soportarlo, constituyendo entonces “el daño jurídicamente relevante (...) una especie del daño

³⁰ Gil, *Responsabilidad Extracontractual del Estado*, 40.

entendido en sentido genérico (o en sentido naturalístico) y el daño antijurídico una especie del daño jurídico relevante, cuando su relevancia deriva de su antijuridicidad”.³¹

Lo dicho, se esclarece rápidamente de la siguiente manera: para efectos de responsabilidad patrimonial del Estado, el daño jurídicamente relevante³² es aquel que resulta siendo antijurídico porque implica la generación de un menoscabo patrimonial a un individuo que atendiendo al ordenamiento jurídico en su integridad no estaba obligado a soportar; siendo entonces posible la configuración de otros daños que si bien son relevantes para el derecho, al no tener la nota de antijuridicidad, no resultan apreciables desde la teoría de la responsabilidad extracontractual del Estado.

El esquema de estudio trazado por la jurisprudencia en esta materia, obliga entonces examinar si el daño es o no antijurídico, atendiendo a la existencia o no de causales de justificación, ya que un resultado desfavorable de dicho estudio, implica la exoneración total de responsabilidad por parte del Estado, excusándose en este supuesto de cualquier examen ulterior por parte del juzgador.

Cabe destacar, que la definición pretoriana de daño antijurídico que ha ido elaborando el Juez de lo Contencioso Administrativo, ha generado confusiones con el título jurídico de imputación de daño especial, debido a que la nota característica del daño antijurídico es que este no sea soportable conforme al ordenamiento jurídico en su integridad, situación similar que acaece en materia de daño especial, cuando se afirma que para que proceda la obligación indemnizatoria a cargo del Estado, y a favor de la víctima, es menester verificar el rompimiento del principio de igualdad ante las cargas públicas, acepciones que a criterio de un sector de la doctrina merecen de una especial delimitación conceptual, atendiendo al rigor que se debe observar en materia técnico jurídica. En este sentido se pronuncia, por ejemplo, el Dr. Jaime Orlando Santofimio, actual Consejero de Estado, que estima que dicha asimilación no puede admitirse en el derecho de la responsabilidad del Estado, y debe llevar a la jurisprudencia y a la doctrina a delimitar el contenido y

³¹ Colombia. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera., Sentencia del 8 de noviembre de 2010. Exp. 18.499, Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez

³² “El Derecho, sobre la base o núcleo esencial representado por el menoscabo, nocimiento o perjuicio naturalísticamente existente, opera un efecto constitutivo. El menoscabo (patrimonial o extrapatrimonial) integra la categoría del daño jurídicamente relevante una vez que es tenido en cuenta por la norma y ésta le otorga unos efectos jurídicos determinados.

Cualquier menoscabo y pérdida o deterioro, patrimonial o extrapatrimonial, una vez que es tomada en consideración por el Derecho, es jurídicamente relevante y reclama la aplicación de las consecuencias jurídicas idóneas previstas por el mismo”. José Manuel Busto Lago, *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual* (Madrid: TECNOS, 1998), 42.

alcance de la noción de daño antijurídico atendiendo a las diversas circunstancias fácticas que rodean cada caso en concreto.³³

Matizado el daño antijurídico de la manera en cómo se expuso previamente, conviene detenerse en el segundo eslabón de la cadena, para efectos de que surja la responsabilidad extracontractual del Estado, esto es, en el elemento imputación como criterio o factor de atribución del daño en cabeza de una autoridad pública y como generador de la obligación jurídica indemnizatoria atendiendo a los diversos títulos jurídicos de imputación existentes en el ordenamiento jurídico colombiano.

2.3. IMPUTACIÓN.

El segundo elemento configurativo de la responsabilidad extracontractual del Estado, a la luz del artículo 90 constitucional, hace referencia a la imputación del daño antijurídico a las autoridades públicas como consecuencia de su acción u omisión.

La imputación, según lo ha sostenido la doctrina nacional especializada, se basa en dos estadios distintos de estudio, esto es, en un primera instancia, en la *imputatio facti* o imputación fáctica, la cual hace referencia a un juicio de autoría del daño antijurídico o, en otras palabras, en establecer quién es el responsable de la causación de un daño antijurídico observando no sólo los criterios causales, sino principalmente, criterios normativos importados de la teoría de la imputación objetiva del Derecho Penal; y, en una segunda instancia, en la *imputatio iuris*, o imputación jurídica, que hace referencia a la atribución del deber indemnizatorio a cargo de la autoridad pública causante del daño antijurídico.

2.3.1. IMPUTACIÓN FÁCTICA.

En cuanto a la imputación fáctica, ha habido una opinión generalizada en la doctrina y la jurisprudencia en lo relativo a que los criterios propios de las ciencias naturales no son suficientes para efectos de atribuir un daño a una entidad de derecho público, sino que se requiere acudir a criterios normativos que permitan hacer un juicio de valor acerca de las circunstancias que rodearon el caso en concreto para efectos de determinar si a una autoridad pública se le puede imputar la generación de un daño antijurídico. El fundamento de lo anterior, consiste básicamente en que una autoridad pública en muchas ocasiones es la causante de los daños padecidos por

³³ Santofimio, *Compendio de Derecho Administrativo*, 748.

las víctimas a pesar de que no existe un vínculo material entre la actuación del Estado – entiéndase actuación en un sentido amplio que comprende tanto la acción como la omisión – y el daño antijurídico producido por ella.³⁴

La mejor forma de solucionar dichos problemas, es acudiendo a la teoría de la imputación objetiva³⁵, dentro de la cual se han creado criterios netamente normativos como la posición de garante, la creación de riesgos jurídicamente desaprobados, el principio de confianza, la acción a propio riesgo, etc., que le permiten al juez examinar si hay lugar a atribuir el daño padecido por la víctima a la autoridad o agente público de que se trate con base en dichos factores de atribución. En este sentido, el Dr. Enrique Gil Botero expone lo siguiente:

El nexo de conexión, o causalidad, debe existir entre la acción, o la omisión, o conducta generante de un efecto (modificación patrimonial – el daño en sentido fenoménico y jurídico –), integrándose así y haciendo parte de él toda vez que hace posible su existencia, pero esa relación tradicionalmente llamada causalidad física, no puede seguir siendo la base del sistema, ni un elemento autónomo, ya que es parte estructural del daño al posibilitar su existencia en la alteración de una realidad. Cosa diferente es la posibilidad de atribuir ese hecho dañoso al obrar o no de un sujeto, lo que constituye la imputación objetiva en sentido jurídico (...), operando no solo con criterios materiales o mecánicos, sino también con fundamentos normativos que permiten atribuir una modificación constitutiva del daño como primer elemento estructurador de la responsabilidad.³⁶

De esta manera, la atribución de un daño antijurídico a un agente público se puede dar en función de criterios normativos, a pesar de que, en el plano causal o físico, haya sido producido con ocasión de la conducta de un tercero, como puede suceder, por ejemplo, en los casos en los cuales se producen masacres a cargo de grupos al margen de la ley, como consecuencia de la pasividad del actuar estatal para proteger la integridad física de los asociados. Allí, si bien la conducta material generadora del daño antijurídico corrió a cargo de personas que pertenecen a grupos armados ilegales, que podría calificarse como hecho de un tercero, lo cierto es que la responsabilidad recae sobre el Estado, al haber inobservado los deberes

³⁴ El Dr. Enrique Gil explica este aserto, así: “En materia del llamado nexo causal, debe precisarse una vez más que este constituye un concepto estrictamente naturalístico que sirve de soporte o elemento necesario a la configuración del daño, otra cosa diferente es que cualquier tipo de análisis de imputación, supone, *prima facie*, un estudio en términos de atribuibilidad material (*imputatio facti* u objetiva), a partir del cual se determina el origen de un específico resultado que se adjudica a un obrar – acción u omisión –, que podría interpretarse como causalidad material, pero que no lo es jurídicamente hablando porque pertenece al concepto o posibilidad de referir un acto a la conducta humana, que es lo que se conoce como imputación”. Gil, *Responsabilidad extracontractual del Estado*, 59.

³⁵ “En otros términos, el adjetivo “objetiva” que califica a la imputación se refiere a que los ingredientes que permiten delimitar la atribución fáctica revisten esa connotación, es decir, están al margen o son ajenos a la calificación de la intencionalidad con la que actuó el respectivo sujeto de derecho – v.gr. con culpa o sin ella – ya que este último análisis es propio de la imputación subjetiva o jurídica que es un nivel o grado distinto en el proceso de imputación”. *Ibídem*, 81.

³⁶ *Ibídem*, 53.

que el ordenamiento jurídico - léase, por ejemplo, el artículo 2º de la Constitución Política – le ordena cumplir, en el cual, bajo las circunstancias fácticas del caso en concreto, lo situaban en posición de garante con respecto a las víctimas que resultaron producto del ataque perpetrado.

Al respecto, el Consejo de Estado ha sostenido lo siguiente:

(...) [V]ale la pena determinar que son dos categorías diferentes la causalidad y la imputación, toda vez que el objeto de las ciencias naturales, es la naturaleza, mientras que el objeto de la ciencia del derecho, es el derecho; verdad que parece de perogrullo, pero de la cual se derivan consecuencias importantes que por obvias se dejan equivocadamente de lado, de allí que estamos en presencia de un dualismo entre la naturaleza como orden causal y la sociedad como orden normativo; y en ese entendimiento, los principios específicos que los rigen son el de la causalidad y el de la imputación que se expresan bajo leyes propias [que] se rigen por los principios de la necesidad (del ser) y el de la libertad (del deber ser). (...) [D]entro de las ciencias de la naturaleza la causalidad correspondería (...) a una forma de conocimiento en cuanto busca una explicación de los fenómenos, y por el contrario, las ciencias sociales a través de la imputación refiere la vinculación de conductas frente a actos o hechos bajo la conexión del deber, y no bajo el imperativo del tener, propio de la causalidad.³⁷

La inserción de criterios normativos en el plano de la imputación fáctica obedece, pues, a una necesidad consustancial propia del Derecho como instrumento de solución de controversias, en el entendido de que la única forma de llegar a dicho cometido es insertando criterios de orden social, que permitan dilucidar

³⁷ Colombia, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera., Sentencia del 8 de noviembre de 2010, Proceso No. 18499, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

En sentido contrario se pronuncia el Dr. Jaime Orlando Santofimio, cuando afirma que:

“La causalidad no puede satanizarse como propia de la concepción primitiva, o como elemento ajeno al derecho y propio a las ciencias naturales.

[...]

... [S]e entiende que la causalidad sigue siendo elemento que, presente en el juicio de imputación, exige al juez la necesaria percepción y aprehensión de la realidad, permitiendo que la imputación se realice fundada en ella misma y no en simples conjeturas o suposiciones mentales desconectadas de las propias circunstancias de tiempo, modo y lugar que desencadenaron la producción del daño antijurídico”. Santofimio, *Compendio de Derecho Administrativo*, 750.

[...]

“Sin oponerse a la imputación, la irregularidad de la conducta conforme a un deber jurídico, exige evidenciar un elemento causal que permita determinar si se desarrolló dentro de los cauces exigidos, en la relación trabada entre el fundamento objetivo del deber y la acción u omisión concreta que se exige”. Santofimio, *Compendio de Derecho Administrativo*, 751.

Ulteriormente sostiene: “no se puede plantear que la distinción entre causalidad e imputación se agota en el objeto que le es propio a la primera, esto es, de las ciencias naturales, y de la segunda el derecho, porque la racionalidad exige que se parta de una sucesión de hechos, respecto de los cuales opera el pensamiento para permitir que, aplicando las reglas de la cognición y de coordinación, se pueda alcanzar una percepción o convicción sensorial de la que se infiere el juicio o valoración jurídica del daño (atribución), o del hecho objeto del juicio de responsabilidad”. *Ibíd.*, 752.

normativamente y no *naturalísticamente* los complejos problemas del desenvolvimiento de las relaciones entre los particulares y las autoridades públicas que derivan en la materialización de daños antijurídicos:

En ese contexto, la posibilidad de atribuir resultados o daños, con base en un criterio normativo – jurídico, no es otra cosa distinta que la reivindicación de la multiplicidad de valores y principios jurídicos sobre los que se basamenta el Estado colombiano, es decir, como un Estado social de derecho, en el cual los asociados no solo se benefician de una gama de derechos y garantías, sino que, de igual manera, se encuentran conminados al cumplimiento de una serie de deberes (v.gr. principio de solidaridad, de dignidad humana, de tolerancia, etc.) sin los cuales la sociedad no podría funcionar.³⁸

De esta manera, si bien es cierto que la causalidad material es esencial para determinar las connotaciones que reviste el hecho generador en el marco de las circunstancias fácticas que le dieron origen, también lo es, que, en el examen del juicio de autoría de la conducta que derivó en la configuración del daño antijurídico, el juzgador debe observar elementos normativo – jurídicos, que le permiten determinar, según el ordenamiento jurídico en su conjunto, si el Estado es responsable patrimonialmente por los perjuicios padecidos por la víctima ante la acción u omisión estatal.

2.3.2. IMPUTACIÓN JURÍDICA.

En lo relativo a la imputación jurídica, como segundo estadio en el eslabón de la imputación como elemento de la responsabilidad extracontractual del Estado, es importante mencionar que en este ámbito no se trata de un juicio de atribución fáctica del daño a la persona jurídica de derecho público, sino de un juicio de atribución de la obligación indemnizatoria en cabeza del Estado, es decir, del esclarecimiento del fundamento del deber de reparar en función de la consolidación del daño antijurídico, que permite legitimar la decisión tomada por el juzgador.

Es en este campo, en donde intervienen los denominados títulos jurídicos de imputación que se corresponden con los diferentes sistemas de responsabilidad que tienen cabida en el genérico régimen de responsabilidad extracontractual del Estado consagrado en el artículo 90 de la Constitución Política de 1991, y que han sido reconocidos con anterioridad a la expedición de la Carta Política en mención, por parte de la Jurisprudencia Contencioso Administrativa, que en diversos momentos de su historia ha consagrado además del título jurídico de imputación tradicional de la falla del servicio, el de riesgo excepcional y daño especial como fundamentos del

³⁸ Gil, *Responsabilidad Extracontractual del Estado*, 101.

deber indemnizatorio por parte del Estado con respecto a la concreción del daño antijurídico sufrido por la víctima.

Antes de abordar el examen de los títulos jurídicos de imputación existentes en el campo de la responsabilidad extracontractual del Estado, resulta prudente señalar las observaciones realizadas por un sector de la doctrina acerca de la conveniencia de distinguir los criterios de motivación de la responsabilidad extracontractual del Estado – que hacen referencia a los ya mencionados títulos de imputación jurídica – del fundamento mismo de esta institución ante los supuestos fácticos presentados en cada caso, situando entonces al primero como un problema de técnica jurídica y al segundo como un problema de argumentación o de explicación de la técnica jurídica empleada por el juzgador.

El Dr. Jaime Orlando Santofimio, reflexiona de la siguiente manera acerca de dicha problemática, que no está de más reproducir:

Se exige, pues, que la jurisprudencia contencioso administrativa revise si se ha dejado de lado la exigencia de motivar razonada y razonablemente el juicio de imputación que se realiza a las administraciones públicas, y se ha primado la afirmación de los criterios de motivación – razonabilidad –. No se trata, pues, de promover el encuadramiento rígido de los diferentes supuestos de responsabilidad en uno de los criterios, sino en contar con ellos como herramienta de argumentación o fundamentación que no puede ser excluyente, de tal manera que siempre se parta de analizar la falla en el servicio, y en caso de no proceder se analicen otros criterios, como el daño especial, el riesgo excepcional y la imputación objetiva propiamente dicha.³⁹

2.3.2.1. FALLA DEL SERVICIO.

El título jurídico de imputación subjetiva o falla del servicio, es considerado el título de imputación tradicional en el ámbito de la responsabilidad patrimonial del Estado, en el entendido de que, en un principio, se consideraba que la única forma de atribuir responsabilidad a una autoridad pública era evaluando la antijuridicidad de la acción del agente generador de daños, es decir, analizando la conducta emprendida por la autoridad pública, con el fin de determinar si el daño ocasionado con ella era indemnizable. Como bien sostiene, el jurista español José Manuel Busto Lago:

Esta tesis encuentra sus raíces en el hecho de que el contraste con la norma jurídica en los supuestos en que se quiere hablar de ilícito en sentido propio no es del resultado lesivo, sino del comportamiento que ha dado lugar al daño. De esta manera, el juicio de antijuridicidad ha de relacionarse con el precepto de la norma y valorar, a la luz de éste, el comportamiento independientemente de sus consecuencias, que

³⁹ Santofimio, *Compendio de Derecho Administrativo*, 774.

pueden, incluso, no llegar a existir. La antijuridicidad puede subsistir independientemente de la existencia del daño.

Este modo de concebir la antijuridicidad ha llevado a algunos autores a trasladar la ilicitud del acto al elemento de la culpa, valorándose el comportamiento enjuiciado en relación con la conducta previsible de un ciudadano diligente.⁴⁰

La base de dicho razonamiento, hace referencia a que en el estudio de la responsabilidad extracontractual del Estado, no se partía de la protección del individuo como sujeto titular de bienes y derechos, sino en el actuar de la Administración encaminada a la satisfacción del interés general. El análisis por parte del juzgador de la actuación estatal, permitía clarificar si la conducta era o no antijurídica, y del resultado positivo de dicho examen se deducía el carácter resarcible del daño según los criterios de indemnización existentes. Un resultado negativo, suponía que la pretensión indemnizatoria estaba condenada al fracaso de forma inexorable.

La falla del servicio, como criterio de imputación jurídica, era la única manera de poder declarar responsable patrimonialmente al Estado por los daños generados en virtud de una actuación defectuosa, negligente e incluso, en algunos eventos, dolosa.

La doctrina ha tratado el concepto de falla del servicio, como la violación de un contenido obligacional a cargo de una persona de derecho público. La consolidación de la falla se da, una vez el juez de lo Contencioso – Administrativo, comprueba que, como consecuencia de la inobservancia de los deberes que le vinculaban, su conducta genera daños en los asociados. En materia de incumplimiento de la carga obligacional por parte del Estado, han surgido voces que tratan de diferenciarla de la culpa personal, atendiendo a la forma en que se llega al juicio de reproche en uno y otro caso. Veamos:

A pesar de la (...) aproximación similar en ambas disciplinas del derecho [haciendo referencia a la “falla del servicio” propia del Derecho Administrativo y a la “culpa” propia del Derecho Civil], una diferencia se sugiere cuando se explica de manera concreta la forma en como se llega al juicio de reproche. En efecto, como lo recuerda Moreau, “sería injusto olvidar los trabajos doctrinarios que han planteado el siguiente interrogante: la falla del servicio, por difícil que sea de definir, ¿debe diferenciarse de la culpa de la persona humana prevista en el artículo 1382 del C.C.? Según la doctrina clásica, como DUEZ y Bénot, los dos extremos son bastante disímiles puesto que la culpa civil implica, si no un elemento intencional, al menos sí un cierto grado de conciencia de su autor, en tanto que la falla del servicio sería anónima y se constataría objetivamente sin ninguna referencia moral”. En ella se “juzga el servicio y no al agente, lo cual impide sondear el alma del servicio, que no la tiene”.⁴¹

⁴⁰ Busto, *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*, 55.

⁴¹ Juan Carlos Henao Pérez, “La noción de falla del servicio como violación de un contenido obligacional a cargo de una persona de derecho público en el derecho colombiano y francés” (documento homenaje a

Así, en el ámbito del Derecho Administrativo, el concepto de “falla del servicio”, lo que permite determinar es el funcionamiento anormal del servicio público a cargo del Estado, sin entrar a examinar la culpa en la que incurrió materialmente el agente causante del daño, ya que como es bien sabido, la responsabilidad patrimonial del Estado es directa. A la víctima no le importa indagar quién le sufragó materialmente el daño padecido, sino simplemente, dilucidar que, para efectos de la reparación por los perjuicios padecidos, es el Estado el legitimado en la causa por pasiva para responder patrimonialmente – es por este motivo, que la doctrina afirma que la falla es *anónima* –. Esto, sin detrimento, claro está, de que el Estado pueda ejercer acción de repetición contra el agente materialmente responsable del hecho dañoso, cuando en su comisión, hubiese actuado con culpa grave o dolo – tal y como lo contempla el inciso 2º del artículo 90 constitucional –.

En cuando a una aproximación conceptual a la figura de “falla del servicio”, en el ámbito jurisprudencial, el Consejo de Estado, la ha definido de la siguiente manera:

Respecto de la falla del servicio (...) ha de decirse que ésta surge a partir de la comprobación de haberse producido como consecuencia de una violación – conducta activa u omisiva – del contenido obligacional determinado en la Constitución Política y en la ley a cargo del Estado, lo cual (...) constituye una labor de diagnóstico por parte del juez, de las falencias en las que incurrió la Administración y que implica un consecuente juicio de reproche.⁴²

La falla del servicio en el ámbito del Derecho Administrativo, permite determinar si el agente estatal observó las obligaciones contenidas en el ordenamiento jurídico, y esclarecer, según las circunstancias fácticas que rodearon la generación del daño padecido por la víctima, si da lugar a que con su actuación – en sentido amplio – incumplió de manera defectuosa, tardía, parcial o total con las obligaciones que debía acatar⁴³. De esta manera, resulta esencial realizar un análisis de las circunstancias modales que rodearon el caso con el fin de determinar la conducta reclamada a la autoridad pública, y con ello, concluir si la actuación efectivamente desplegada por ella, no supera los parámetros de exigibilidad de conducta que debían ser observadas por ella; o, por el contrario, advertir que, según los hechos acaecidos, resulta inexigible la observancia de una conducta superior a la efectivamente desplegada debido a su imposibilidad de ejecución.

Fernando Hinestroza, Universidad Externado de Colombia, 2003), 61, <https://es.scribd.com/document/72453455/La-Nocion-de-Falla-Del-Servicio-Como-Violacion-de-Un-Contenido-Obligacional-a-Cargo-de-Una-Persona-Publica-en-El-Derecho-Colombiano-y-El-Derecho-Franc>

⁴² Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera., Sentencia del 10 de julio de 2013, Proceso No. 26855, Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón.

⁴³ Este aserto resulta lógico en la medida en que las obligaciones jurídicas que vinculan al Estado en el marco de su actuación, son obligaciones de medios y no de resultado, teniendo con ello que el Estado nunca estará compelido a lograr un objetivo concreto en cada uno de sus ámbitos de actuación, sino que debe emprender dichos cometidos observando los estándares de diligencia exigibles según las circunstancias del caso concreto.

De la matización de la exigibilidad de conducta debida por parte de una autoridad pública, es que surge el principio de la relatividad de la falla, que en términos del Consejo de Estado se relaciona en la mayoría de los casos, con la obligación por parte del aparato estatal de brindar seguridad a sus habitantes en los supuestos donde bienes jurídicos superiores como la vida o la integridad física se encuentran en un peligro potencial de ser vulnerados. En este sentido, el Consejo de Estado ha señalado lo siguiente con respecto a la falla relativa del servicio: “El concepto de la relatividad de la falla, (...) se relaciona con la imposibilidad de exigir de manera absoluta a la organización estatal, prevenir cualquier tipo de daño o resultado antijurídico, como quiera que el Estado no se encuentra en capacidad de brindar una protección personalizada a cada individuo que integra el conglomerado social”.⁴⁴

El principio de la relatividad de la falla, se fundamenta claramente en la inexigibilidad de acciones que superan la capacidad del ser humano y del aparato estatal en específico, en el entendido de que, como resulta obvio, “nadie está obligado a lo imposible”⁴⁵ – máxima universal del derecho – o en otros términos, a que atendiendo a criterios objetivos de análisis de la conducta emprendida por el Estado – materializada a través de los seres humanos⁴⁶ – no resulta razonable exigir acciones superiores a las que se estaba en capacidad de ejecutar, atendiendo a los poderes jurídicos y medios económicos que ostentaba la autoridad pública dentro de las circunstancias fácticas que rodean cada caso en particular. En este sentido, afirma Rivero que “el juez para decidir, en cada caso, si hay o no falla del servicio, se pregunta aquello que podríamos, en cada caso, esperar del servicio, teniendo en cuenta la dificultad más o menos grande de la misión, las circunstancias de tiempo (periodos de paz o momentos de crisis), de lugar, de recursos sobre los cuales disponía el servicio público en personal y material, etc.”.⁴⁷

La matización de la obligación exigible al Estado en cada caso concreto, teniendo como parámetros de examen, los medios disponibles a su alcance, los poderes

⁴⁴ Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera., Sentencia del 6 de julio de 2013, Proceso No. 26.011., Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

⁴⁵ “Si bien el juez parte [de este] adagio (...), su análisis es severo respecto de los medios jurídicos de que disponía el servicio para hacer frente a sus obligaciones. La noción de lo “imposible” es así severamente calificada por el juez administrativo, quien considera que el servicio debe no solo utilizar sus poderes jurídicos, sino utilizarlos correctamente”. Henao, “La noción de falla del servicio”, 98.

⁴⁶ “Si bien es cierto que quienes ejercen la actividad pública administrativa actúan a través de personas físicas o naturales, empleados o servidores públicos, estos no lo hacen bajo signos de autonomía, sino que ejecutan la actividad como dependientes de la organización; se trata de meros ejecutores de las normas que rigen y orientan la organización administrativa y que en virtud de tal consideración su actuación le es atribuible e imputable a la organización: lo que hagan u omitan vincula jurídicamente a la organización”. Santofimio, *Compendio de Derecho Administrativo*, 238.

⁴⁷ Cita encontrada en: Henao, “La noción de falla del servicio”, 91.

jurídicos que le confiere el ordenamiento jurídico y la previsibilidad del daño⁴⁸ por parte de la autoridad pública, se constituyen en los criterios que debe observar el juzgador para efectos de determinar si hay lugar a decretar o no la falla del servicio. Como bien destaca, el Dr. Juan Carlos Henao:

Esta lógica es inobjetable en derecho administrativo: en ocasiones la inexistencia de medios para hacer frente al contenido obligacional genera que la obligación no se puede exigir al actuar estatal. Al decir de Gour, “la obligación sólo existe en la medida en que los servicios disponen de los medios para hacer frente al contenido obligacional. La amplitud de éste es proporcional a la importancia de los medios. En ausencia de medios, la administración no comete falta alguna”, porque, precisamente, “la toma en cuenta de los medios del servicio lleva a una restricción de las obligaciones (y es) una condición de existencia de las mismas.”⁴⁹

El título jurídico de imputación de falla del servicio, ha servido pues, como mecanismo de control sobre la actividad de las autoridades públicas, control que va encaminado a verificar la calidad de la prestación de los servicios que le compete prestar al Estado a través de sus órganos, con el fin de que en aquellos casos en que se vulnera el contenido obligacional que debía ser observado por el destinatario de la norma jurídica, se ejerza el correspondiente juicio de reproche por parte del juzgador.

Dentro del examen de responsabilidad extracontractual del Estado, la jurisprudencia ha acudido a la falla probada del servicio, como regla general en este ámbito, es decir, a que ante el acaecimiento del daño antijurídico sufrido por la víctima, le corresponde a ella, probar la falla del servicio en que incurrió el Estado, demostrando no sólo la configuración del daño antijurídico sino su imputación a la entidad pública generadora del mismo, a través del establecimiento de un juicio de autoría del daño con elementos propios de la imputación fáctica y, de igual forma, exponiendo las normas jurídicas que fueron vulneradas con ocasión del actuar del agente estatal.

No obstante, dentro de los diversos supuestos de responsabilidad que se han presentado en sede de reparación directa, el Juez Contencioso Administrativo ha decidido en algunas ocasiones invertir la carga de la prueba, atendiendo a la imposibilidad que tiene la parte demandante de probar la falla del servicio por parte de la autoridad pública, es decir, será la parte demandada la que deberá romper con la presunción de falla del servicio, demostrando diligencia y cuidado en su

⁴⁸ “Hablar de la previsibilidad del daño, en tanto condición de la falla del servicio es condicionarla para ciertas hipótesis al hecho de que la administración haya tenido, frente al caso concreto, la posibilidad real de evitar el perjuicio.

Es normal, señala CHAPUS, que “según las circunstancias, la obligación existirá o no, es decir, según se presenten o no, elementos fácticos imprevisibles”. Es por ello que corresponde al juez, a propósito de cada caso concreto, afirmar si hubo o no violación de la obligación a cargo de la persona pública”. *Ibidem*, 107-108.

⁴⁹ *Ibidem*, 92.

actuar, en los términos del artículo 1604 del Código Civil. Con ello, no se quiere decir que la carga dinámica de la prueba, como elemento procesal a disposición del juez para efectos de llegar a la verdad procesal, signifique ser por sí mismo un título jurídico de imputación. Es, sencillamente, un sistema de aligeramiento probatorio en el marco del sistema procesal dispuesto en el ordenamiento jurídico colombiano que permite generar una articulación entre la falla probada y la falla presunta.⁵⁰

El fundamento filosófico de dicha actuación procesal se basa en el principio de equidad, debido a que hay casos en los que el conocimiento objeto de la “litis” es tan técnico o especializado que no resulta sencillo probar la existencia de una falla del servicio, desde el punto de vista de la actividad probatoria que debe emprender la parte demandante para sustentar los supuestos de hecho contenidos en la demanda.

El único escenario de responsabilidad en donde el Juez Administrativo ha decidido invertir la carga de la prueba es en los casos de responsabilidad médica, ya que se parte de la base de que la víctima afectada por la intervención clínica, no dispone de los conocimientos técnicos ni medios probatorios idóneos y conducentes para probar que, como consecuencia de la acción u omisión en la intervención médica por parte de un hospital público, se le generó un daño antijurídico al paciente.

No obstante, a pesar del planteamiento esgrimido por el Consejo de Estado, este ha venido abandonando el criterio de la falla presunta, en atención a que no todos los hechos y circunstancias relevantes para establecer si las entidades públicas obraron debidamente, tienen implicaciones técnicas o científicas, de manera que no es siempre razonable exigirles que demuestren que el servicio fue prestado adecuadamente para poder exonerarse de responsabilidad.⁵¹

2.3.2.2. RIESGO ESPECIAL O EXCEPCIONAL.

Como es bien sabido, las dinámicas económicas del siglo XIX, eran sustancialmente diferentes de las existentes en la época medieval, en el entendido de que surgieron nuevas actividades empresariales – en el marco de la Revolución Industrial – que permitieron el desarrollo económico de los países occidentales, expresado en la construcción de ferrocarriles, en la invención de redes eléctricas, en la explotación minera a gran escala, y muchas otras actividades que dieron lugar a un cambio radical en el modelo de vida de los individuos que habitaban dichas regiones.

⁵⁰ Gonzalo Pérez Medina. Apuntes de la cátedra “Responsabilidad del Estado” (2017 – 1). Universidad EAFIT.

⁵¹ *Ibidem*.

Este escenario ocasionó no sólo un impulso de la economía de aquellos países – Inglaterra, Alemania y Francia principalmente – sino también un aumento considerable de riesgos para la población por la peligrosidad que entrañaban ese tipo de labores.

En los albores del siglo XIX, la responsabilidad por culpa presentaba, como bien lo retrata Díez-Picazo, un carácter de excepcionalidad, ya que los daños generados hasta ese entonces, iban dirigidos a las tierras de los propietarios y no a los propietarios mismos, como sujetos de derecho:

Los procesos de urbanización y de crecimiento de las grandes ciudades, la industrialización y el incesante aumento del tráfico rápido hicieron que, en el Derecho de daños, el acento fuera pasando gradualmente de los daños causados a las tierras y a los intereses con ella relacionados, a la reparación de daños a las personas; y que, de este modo, el centro de gravedad se fuera desplazando de la importancia otorgada a los derechos e intereses de los perjudicados, a la clase de conducta que engendra responsabilidad. Por ello, (...), la negligencia era evidentemente el parámetro más adecuado para convertirse en el moderno fundamento de la acción de daños por excelencia.⁵²

El surgimiento de empresas industriales junto a las propiedades tradicionales de los individuos, implicó, con el paso del tiempo, el estallido de conflictos entre la clase social tradicional y la clase social emergente, a raíz de los perjuicios que los industriales – denominadas propiedades dinámicas – ocasionaban a los propietarios de viviendas urbanas – denominadas propiedades estáticas –, con ocasión del ejercicio de la actividad industrial en sí misma:

En este conflicto, la idea de negligencia [se convirtió] – [como lo afirma Rodotá] – en un instrumento de gestión de compatibilidad entre propiedades.

Los propietarios industriales respondían de los daños que causarían por su negligencia y por la de sus empleados, lo cual, (...) significa que la responsabilidad sólo se funda en la negligencia y no (...) en una responsabilidad por inmisión in alienum.⁵³

La idea de culpa, como fundamento de la responsabilidad civil, permitió el concierto o armonización tanto de los derechos de los industriales a iniciar su actividad empresarial, como de los derechos de los propietarios tradicionales, quienes podían iniciar reclamaciones indemnizatorias, en aquellos eventos en los cuales padecían daños como consecuencia de la ejecución de acciones negligentes o culposas por parte de los nuevos impulsores de la economía.

La responsabilidad civil por culpa, se convertía, de esta manera, en el “fundamento de la responsabilidad, pero también [en] el límite de la responsabilidad”⁵⁴, en el

⁵² Luis Díez-Picazo, *Derecho de Daños* (Madrid, Civitas, 1999), 103.

⁵³ *Ibidem*, 104.

⁵⁴ *Ibidem*, 105.

entendido de que la única manera en que podía haber lugar a la configuración de la responsabilidad civil extracontractual, era partiendo de las bases mismas de la culpa, como criterio rector de dicha institución, limitando entonces la responsabilidad a dichos supuestos.

El replanteamiento del fundamento de la responsabilidad civil extracontractual, solamente vino a darse a finales del siglo XIX, cuando producto del incremento del nivel de industrialización, los accidentes y daños derivados de dichas actividades aumentaron drásticamente, dando lugar a que surgieran voces de disconformidad con el régimen jurídico vigente hasta ese entonces que no protegía a las personas en sus bienes y derechos de una manera más amplia, según las nuevas circunstancias socio – económicas existentes en aquél entonces.

La teoría del riesgo, nació como un instrumento para fundamentar la responsabilidad objetiva en aquellos supuestos en los cuales con ocasión de la actividad empresarial, los empleados padecían accidentes de trabajo como consecuencia de la ejecución de labores que le correspondían realizar dentro de sus obligaciones laborales. Actividades que entrañaban un riesgo inherente dentro del objeto empresarial, en el entendido de que la manipulación, por ejemplo, de redes eléctricas, o la ejecución de actividades peligrosas como el mantenimiento de ferrocarriles – medios de transporte por excelencia en dicho periodo –, o la explotación minera, entre muchos otros escenarios; adicional a las precarias condiciones de seguridad que ostentaban los trabajadores en aquella época, implicaron una asunción sustancial de daños padecidos por ellos dentro de dicho contexto.

La injusticia de dichos sucesos, sumado al hecho de que muchas de las personas quedaban desamparadas y sin mecanismos económicos para sobrevivir, generó una concientización social, que derivó, principalmente en Francia, en la expedición de la primera ley de accidentes de trabajo en el año de 1898, la cual establecía la responsabilidad del empleador, independientemente de toda culpa, por los accidentes sufridos por los trabajadores en el desarrollo de sus labores.

De esta manera, el primer supuesto que conoció de la teoría del riesgo fue precisamente la responsabilidad civil extracontractual como consecuencia de accidentes laborales:

Los primeros planteamientos de la doctrina del riesgo se debieron, en Francia, a los trabajos de Saleilles y Josserand (...). La llamada doctrina del riesgo se formula estableciendo que toda actividad que crea para los demás un riesgo especial, hace al autor de tal actividad responsable del daño que dentro de ese marco de riesgo se pueda causar, sin que haya que buscar si ha existido culpa o no por su parte. Se

*justifica con una elemental idea de justicia: si con su actividad una persona se procura un beneficio es justo que repare los daños que causa.*⁵⁵

La extensión de la teoría del riesgo especial a otros escenarios, en virtud de la peligrosidad de las actividades, generó un fuerte debate académico acerca de la conveniencia o no de la expansión de la responsabilidad objetiva dentro de la teoría de la responsabilidad civil extracontractual, debido a que ello implicaba la flexibilización de la responsabilidad entendida como una manera de garantizar los derechos de las víctimas, en atención a la facilidad de probar la existencia de un daño y su imputación al agente generador del mismo – sin la exigencia de que hubiese culpa en la conducta del actor – y, de forma paralela, a la restricción de los supuestos de exoneración de responsabilidad por parte de este, a la prueba de la existencia de fuerza mayor, hecho exclusivo de un tercero y culpa exclusiva de la víctima, sin importar si la actuación desplegada por el agente hubiese sido diligente y cuidadosa.

El fundamento de responsabilidad, esta vez no establecido en la culpa del dañador, sino en el riesgo por este creado, y materializado en el acaecimiento de un daño a un tercero, si bien parte de la teoría iusprivatista, también es asimilada en el ámbito de la responsabilidad extracontractual del Estado, en el entendido de que, el Estado en el ejercicio de una actuación legítima y lícita, bien puede introducir riesgos a la sociedad y estos concretarse en daños que las personas no tienen el deber jurídico de soportar; o, a pesar de no introducirlos directamente se beneficia de ellos, dando lugar a que en este escenario también haya lugar a decretar la responsabilidad extracontractual del Estado.

La acogida que tuvo esta teoría en el derecho interno como un régimen de responsabilidad sin falta, se puede distinguir en la jurisprudencia dictada por el Consejo de Estado, en donde se reconoce que además de la falla del servicio, como título de imputación jurídica, también procede adoptar la teoría del riesgo especial, como otro criterio de atribución jurídica, enmarcada en los daños cometidos sin falta alguna. Especialmente, en aquellos casos en los cuales, mediante la prestación de servicios públicos, como los de energía, transporte, seguridad, recreación en lugares públicos, se pueden generar riesgos en la población susceptibles de materialización, que pueden desencadenar en la generación de daños en los individuos.

Una muestra de la recepción de dicha teoría por parte de la Jurisprudencia Contencioso – Administrativa, se puede observar en la providencia del dos de febrero de 1984, con ponencia del Magistrado Eduardo Suescún Monroy, en la cual se afirmó que a pesar de que el juzgador no logre entrever una falla en el servicio

⁵⁵ *Ibíd*em, 108.

como elemento desencadenante del daño antijurídico, el Estado debe responder patrimonialmente con fundamento en lo dispuesto en diversas disposiciones constitucionales – referente a la Constitución de 1886 –:

El artículo 16 de la Constitución (...) establece como uno de los fundamentos del Estado la protección de la vida, honra y bienes de los asociados, así como el cumplimiento de los deberes sociales del Estado; y el artículo 30 de la Constitución, (...) estatuye a la propiedad como función social que implica obligaciones; obligaciones que incluyen no sólo el deber de abstenerse de causar daño sino también el deber de repararlo, cuando éste llegue a producirse. Todo, sobre el principio de la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas, pilar insustituible de la responsabilidad administrativa.

El caso en estudio corresponde precisamente a uno de los varios eventos que comprende la responsabilidad sin falta, el denominado por algunos expositores riesgo excepcional (...). Si el riesgo llega a realizarse y ocasiona un daño, sin culpa de la víctima, hay lugar a responsabilidad de la administración, así no haya habido falta o falla del servicio.⁵⁶

La recepción del título jurídico de imputación de riesgo especial o excepcional no ha estado exento de confusiones, en el entendido de que ha sido asimilado con los presupuestos de responsabilidad extracontractual del Estado a título de daño especial, al integrar dentro de los elementos del riesgo especial la gravedad del daño y el rompimiento del principio de igualdad ante las cargas públicas, situación que ha derivado en la deformación de su construcción dogmática, que no se corresponde al rigor conceptual que debe caracterizar a la Jurisprudencia Contencioso – Administrativa como criterio o línea decisoria vinculante para los órganos de inferior jerarquía y para la misma Corporación en decisiones ulteriores.

Esta asimilación de ideas, no obstante, ha sido superada de manera afortunada por el Consejo de Estado en decisiones posteriores, en donde sostiene que los criterios que delinear y delimitan el título jurídico de imputación de riesgo especial, deben ser la peligrosidad de la actuación estatal, entendida esta, como el riesgo inherente o intrínseco propio de la actividad del Estado, y la creación de ese riesgo que se ve incrementado y consolidado en casos particulares, donde se genera de forma inexorable, la vulneración de derechos, bienes o intereses jurídicos tutelados por el ordenamiento jurídico, que dan paso a la antijuridicidad del daño como elemento fundante de la responsabilidad patrimonial del Estado.

La procedencia del riesgo especial o excepcional como criterio de atribución jurídica de la obligación indemnizatoria a cargo del Estado, se plasma bajo el supuesto de que el Estado prestó de manera diligente y cuidadosa el servicio, o cuando se

⁵⁶ Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera., Sentencia del 2 de febrero de 1984. Exp. 2744, Consejero Ponente: Eduardo Suescún Monroy.

desconoce la causa que generó el daño antijurídico, es decir, cuando resulta imposible probar, atendiendo a los medios de prueba preestablecidos legalmente, que el daño generado se dio con ocasión de un funcionamiento defectuoso o negligente del servicio prestado por el Estado:

A nivel doctrinario y jurisprudencial se ha entendido este régimen como fundamento de responsabilidad en cabeza del Estado cuando quiera que éste compromete su responsabilidad en la construcción de una obra o la prestación de un servicio, desarrollados en beneficio de la comunidad, con la utilización de medios o recursos técnicos que colocan a las personas o a sus patrimonios en situación de quedar expuestos a sufrir un “riesgo de naturaleza excepcional que, dada su particular gravedad, excede notoriamente las cargas que normalmente han de soportar los administrados como contrapartida de los beneficios que derivan de la ejecución de la obra o de la prestación del servicio.”⁵⁷

Dentro de este marco, la teoría del riesgo especial, como fundamento de la responsabilidad objetiva, parte de la base del deber por parte del Estado de garantizar y proteger los derechos y bienes de los cuales son titulares los individuos, situaciones jurídicas que no pueden ser vulneradas por el Estado, a pesar de la ejecución de actividades encaminadas a la satisfacción del interés general, en el entendido de que atendiendo a criterios de justicia y de equidad no resulta razonable trasladar el riesgo creado por el Estado a los particulares, una vez dicho riesgo ha sido materializado y ha acarreado daños en sus bienes y en su integridad.

Este planteamiento ha sido sostenido por el Consejo de Estado de manera pacífica en la jurisprudencia dictada por este órgano en materia de responsabilidad del Estado, incluso después de la expedición de la Carta Política de 1991, al amparo del artículo 90 constitucional, contemplando dentro de los diversos supuestos de responsabilidad, el nacimiento de la obligación jurídica indemnizatoria a título de riesgo especial o excepcional.

De dicha reflexión, es que con el paso del tiempo, la Jurisprudencia Contencioso – Administrativa atendiendo a las particularidades fácticas de cada caso, ha dado lugar a la tipificación del riesgo, en riesgo creado, riesgo provecho o beneficio, riesgo conflicto y, más recientemente, riesgo álea que sirven de títulos jurídicos de imputación, como consecuencia de daños antijurídicos causados a particulares, tipificación en la que no interesa ahondar en el presente estudio.

⁵⁷ Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera., Sentencia del veintiuno de octubre de 1999. Exp. 11815, Consejero Ponente: Germán Rodríguez Villamizar.

2.3.2.3. DAÑO ESPECIAL.

Adicional al riesgo excepcional, el título jurídico de imputación de daño especial, se erige como otro de los criterios para atribuir la obligación indemnizatoria del daño antijurídico al Estado por el ejercicio de una actividad legítima y lícita, es decir, en contextos en donde no hubo falta en la actuación del agente generador del daño.

Para efectos de imputar la responsabilidad del Estado a título de daño especial es menester que la actividad que desarrolla el Estado, sea una actividad legítima y lícita encaminada a la satisfacción del interés general, que produce un daño cuya naturaleza es especial y anormal y que rompe con el principio de igualdad ante las cargas públicas.⁵⁸

El antecedente primigenio que podemos identificar para hablar de la responsabilidad patrimonial por el hecho de la ley es la decisión del Consejo de Estado de 29 de julio de 1947 en la cual se declaró responsable a la administración por los daños ocasionados al periódico EL SIGLO. En virtud de la declaratoria de estado de sitio generada por la alteración del orden público con ocasión del intento de golpe de estado al Presidente Alfonso López Pumarejo el 10 de julio de 1944 en Pasto, el gobierno expidió un decreto con fuerza de ley que ordenó la suspensión temporal del periódico con ocasión de un acordonamiento de las instalaciones por parte de la policía nacional en 1944. El Consejo de Estado adoptó por primera vez el título de imputación de daño especial para el Estado-legislador como fundamento de la responsabilidad sin falla por el perjuicio excepcional y anormal ocasionado a la víctima al excederse en la imposición de un gravamen que produjo una ruptura en el equilibrio ante las cargas públicas.⁵⁹

Curiosamente, la primera ocasión en que dicha Corporación hizo uso de la teoría del daño especial para atribuir la obligación indemnizatoria en cabeza del Estado, fue en el escenario de responsabilidad por el hecho de una ley, que en este caso puntual, se produjo en virtud de la expedición de un decreto con fuerza de ley al amparo de la declaración del estado de sitio, producto del desorden público imperante en todo el territorio del país, como consecuencia de la exacerbada oposición de un sector de la población en contra del reelegido Gobierno de Alfonso López Pumarejo, quien sufrió un intento de golpe de Estado, por parte de militares rebeldes en la ciudad de Pasto. Este escenario, generó un acordonamiento de la sede del periódico “El Siglo”, que impidió que este realizara sus labores de forma ordinaria, ocasionándole un perjuicio anormal y especial, que ninguno de los demás

⁵⁸ Gonzalo Pérez Medina. Apuntes de la cátedra “Responsabilidad del Estado”. Universidad EAFIT.

⁵⁹ Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera., Sentencia del 31 de agosto de 2015. Consejero Ponente: Ramiro Pazos Guerrero.

administrados sufrió dentro del escenario de la declaratoria de sitio para recuperar la institucionalidad y el orden público.⁶⁰

La jurisprudencia del Consejo de Estado resume el uso de este título jurídico de imputación de la siguiente manera:

En el presente caso la responsabilidad deviene, como se manifestó en la sentencia recurrida, de la aplicación de la teoría del daño especial, régimen de responsabilidad que pone acento en el daño sufrido por la víctima, la cual debe ser preservada frente al perjuicio no buscado, no querido, ni tampoco merecido. Esta teoría, con fuerte basamento en la equidad, la igualdad y la solidaridad, se enmarca dentro de los factores objetivos con los que se ha enriquecido el catálogo de títulos de imputación al Estado. El daño especial cuenta con una larga tradición en la jurisprudencia de esta Corporación, siendo utilizada por primera vez en 1947. A partir de ese momento esta Corporación ha construido una extensa línea jurisprudencial respecto del daño especial, en la cual el título de imputación tiene fundamento en la equidad y en la solidaridad como materialización del reequilibrio ante una ruptura de la igualdad frente a las cargas públicas, fruto del perjuicio especial y anormal que debe soportar el administrado. Los supuestos de aplicación de este título de imputación han sido variados, todos ellos creando líneas jurisprudenciales que se han nutrido de un común denominador de naturaleza principialista. En este sentido encontramos los casos de daños sufridos por conscriptos en desarrollo del servicio militar obligatorio, el hecho del legislador-ley conforme a la Constitución-que genera imposibilidad de accionar ante un daño antijurídico y la construcción de obras públicas que disminuye el valor de los inmuebles aledaños. Igualmente, el daño especial ha sido el sustento para declarar la responsabilidad del Estado en eventos de escasa ocurrencia que van desde el ya conocido cierre del diario el Siglo, la liquidación de un banco, la retención de un vehículo que transportaba sulfato de potasio por creer que era un insumo para la fabricación de estupefacientes o el daño a una aeronave que había sido secuestrada por miembros de un grupo guerrillero; hasta eventos muy similares al que ahora ocupa a la Sala, verbigracia, enfrentamientos entre el ejército y la guerrilla en un área urbana de la ciudad de Cali, el ataque bélico de un grupo guerrillero contra el cuartel de la policía de la población de Herrera, departamento del Tolima, o la muerte de un joven en un enfrentamiento entre guerrilla y ejército, sin claridad acerca de la autoría de la muerte.⁶¹

Una muestra de la aplicación de dicho título jurídico de imputación en el ámbito de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa se puede observar en el presente caso, conocido por el Consejo de Estado:

En otras oportunidades la Sala ha estudiado el régimen de responsabilidad aplicable a los casos en que se reclama la indemnización por los perjuicios causados con el ejercicio de una actividad lícita de la administración bajo el denominado régimen por daño especial. De las pruebas aportadas al proceso se deduce que el inmueble ubicado en la Tv 52 No. 19-52 de la ciudad de Cartagena sufrió unos perjuicios por la

⁶⁰ Santiago Díez Granados, “Responsabilidad del Estado por Daño Especial” (Tesis para optar al título de abogado, Universidad Pontificia Javeriana, 2001), 13, <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere2/Tesis46.pdf>

⁶¹ Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera., Sentencia del 3 de mayo de 2007. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

construcción de un puente sobre el caño Zapatero. Estos perjuicios se pueden resumir así: la única forma de acceso es peatonal, presenta agrietamientos y frente a él quedaron ubicados los postes de energía que bloquean la entrada al mismo; circunstancias éstas que desvalorizaron el bien. No cabe duda que el caso que ocupa la atención de la Sala merece ser gobernado con fundamento en el régimen del daño especial, pues, la lesión se originó en una actividad lícita de la administración, esto es la construcción de una obra pública, puente vehicular, realizada en beneficio de la comunidad, con la cual se causaron perjuicios a los demandantes. En efecto, el daño tuvo como causa directa una actuación legítima de la administración amparada por normas superiores. A pesar de la legalidad de la misma, se observa que las demandantes debieron soportar una carga excepcional o un mayor sacrificio que rompió la igualdad ante las cargas públicas.⁶²

Lo esencial en este título jurídico de imputación, es pues, el rompimiento del principio de igualdad ante las cargas públicas, que como bien señala el jurista catalán, Oriol Mir Puigpelat, es el argumento utilizado de manera más frecuente por la doctrina administrativa para la defensa de la responsabilidad objetiva.⁶³

(...) [S]e trata de un argumento propio del derecho público, desconocido en el derecho privado, que tiene en cuenta la especificidad del actuar administrativo y de la relación existente entre la Administración y los particulares.

(...)

Si [dicho principio] es analizado con detenimiento, se observa que en la formulación y funcionamiento (...) resulta crucial el elemento del beneficio.⁶⁴

Los daños ocasionados en virtud del funcionamiento de las autoridades públicas, que generan un beneficio para la colectividad en general, deben ser resueltos por el instituto de la responsabilidad civil extracontractual del Estado, en el entendido de que le corresponde a la misma colectividad – representada por el Estado – reparar los daños antijurídicos padecidos por un sector individualizado de la población, como consecuencia de una actividad estatal lícita encaminada a la satisfacción del interés general.

Dicho título jurídico de imputación tiene claro sustento constitucional en el artículo 13 de la Carta Política, que establece la igualdad de todos los asociados ante la ley, lo cual significa, que los miembros de la asociación política, deben ostentar las mismas cargas públicas, derivadas de su participación dentro de una comunidad que le asigna deberes y obligaciones para efectos de un funcionamiento adecuado de la actividad del Estado en el desarrollo de sus fines; cargas que bien pueden verse desequilibradas como consecuencia del actuar de una autoridad pública

⁶² Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera., Sentencia del 13 de diciembre de 2005, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández.

⁶³ Oriol Mir Puig Pelat, *Responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, (Madrid, Civitas, 2002), 188. Edición en PDF

⁶⁴ *Ibidem.*, 188.

determinada, y que el individuo que padece dicho insuceso, no tiene el deber jurídico de soportar a la luz del ordenamiento jurídico superior.

3. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO – LEGISLADOR EN EL DERECHO COMPARADO.

La aceptación de la responsabilidad de patrimonial del Estado – legislador en el derecho comparado es relativamente reciente. Se puede decir, sin lugar a dudas, que se trata de un fenómeno excepcional que acaece – en términos históricos – desde 1938 en adelante –, siendo Francia, el primer país en aceptar la existencia de este escenario de responsabilidad –. Pocos ordenamientos jurídicos han permitido condenar patrimonialmente al legislador, por el hecho de sus productos legislativos, tratándose entonces de un ámbito de estudio restringido.

Lo relevante de la aceptación de este escenario de responsabilidad en el derecho comparado es que se ha dado vía jurisprudencial, dando lugar a que sea el Juez de lo Contencioso Administrativo de cada país, el que ha condenado patrimonialmente al legislador, atendiendo a las vicisitudes que rodean cada caso en concreto, siendo Francia y España, los lugares en donde se ha generado un mayor avance doctrinario y jurisprudencial, debido a los casos controversiales que se han suscitado con ocasión de la expedición de diversas leyes, que han generado perjuicios a los particulares, destinatarios de las normas jurídicas, que sirven de sustento para la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado en su vertiente legislativa.

Ello ha generado, principalmente en España, un fuerte debate académico acerca de la conveniencia de expandir las fronteras de la responsabilidad administrativa a otros ámbitos de actuación del poder público, y su posible fundamentación jurídica a la luz del cuerpo normativo español. No obstante, es importante destacar, a título preliminar, que en virtud de la expedición de la Ley 40 del 2015, – Régimen Jurídico del Sector Público – por parte de las Cortes Generales, se abrió la posibilidad, vía legal, de que el legislador – en los términos previstos por el artículo 32 de la precitada ley – sea condenado patrimonialmente a resarcir los daños antijurídicos ocasionados en virtud de leyes inconstitucionales o de la aplicación de una norma contraria al Derecho de la Unión Europea, quedando parcialmente zanjada la discusión en torno a la fundamentación, al menos legal y constitucional, de este fenómeno de responsabilidad.

Por otro lado, cabe destacar, que la aceptación de la responsabilidad del Estado – legislador, en el derecho europeo continental, ha sido bajo la égida de la tensión existente entre el derecho europeo y el derecho interno de cada país miembro de la Unión Europea, dando lugar a que, en países como Francia, España, Italia e Inglaterra se pueda hablar con propiedad de la existencia de la responsabilidad legislativa por la contravención de disposiciones internas con el derecho europeo. No obstante, otros países como Alemania, siguen siendo reticentes a la aceptación

de dicho escenario de responsabilidad, a pesar de que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha dictado varias decisiones en donde sugiere la posibilidad de que se condene patrimonialmente al legislador alemán por dictar disposiciones normativas que contradicen el Derecho Comunitario, dejando a criterio del juez alemán la condena efectiva de los perjuicios derivados de dicha contravención, criterio que hasta el momento ha sido de rechazo a aceptar las condenas patrimoniales contra el Estado por su actividad legislativa.

3.1. FRANCIA.

El tema de la reparación patrimonial por los perjuicios padecidos con ocasión a la expedición de actos normativos, se da a partir del primer tercio del siglo XIX, como consecuencia de la expedición de leyes especiales por parte del legislativo, que daban lugar a la ablación patrimonial de derechos e intereses patrimoniales legítimos por parte de sus destinatarios. La ley general, entendida como aquella destinada – como su nombre lo indica – a la generalidad de la población, dio paso a la creación de leyes individuales que regularon diversos ámbitos de la economía francesa, y en particular, que protegían intereses económicos o sectores productivos que fomentaban el desarrollo económico francés en aquella época. Los perjuicios ocasionados con dicha producción normativa, dio lugar a que se consolidase primero una clara línea jurisprudencial de rechazo de las pretensiones indemnizatorias, sin una base científica o doctrinal previa que fundamentara la existencia de este escenario de responsabilidad, y que permitiera acudir a criterios técnico jurídicos para efectos de abordar un análisis juicioso de los perjuicios ocasionados a diversas personas o empresas con ocasión de este tipo de leyes. Puede decirse, sin hesitación alguna, que la primera línea jurisprudencial elaborada por el Consejo de Estado francés, en esta materia, denotaba el temor por inmiscuirse en la labor legislativa, y en la concepción sacrosanta del legislador dentro del Estado liberal post – revolucionario, que representaba la asunción del poder por parte del pueblo, ante la represión y opresión sufrida en tiempos del Estado absolutista.

Un caso singular dentro de esta fase primigenia, fue el ocasionado con la expedición de la ley del 12 de febrero de 1835, que prohibía la fabricación y distribución de productos sucedáneos del tabaco, con el fin de proteger el monopolio estatal del tabaco, que dio lugar al cierre de diversas empresas dedicadas a dicha actividad. La ley, dentro de su entramado normativo, no preveía indemnización alguna, lo cual conllevó a que M. Duchatelier, fábrica afectada con la expedición de esta disposición legal, iniciara reclamación indemnizatoria contra el Estado por los perjuicios padecidos como consecuencia del cierre de su empresa. El Consejo de Estado

francés, en el *arrêt DUCHATELIER* de 11 de enero 1838, plasmó las siguientes consideraciones que serían intangibles a lo largo del siglo XIX. Veamos:

*Considerando que el Estado no debe ser responsable de las consecuencias de las leyes que, en atención al interés general, prohíban el ejercicio de una industria: que del Estado no pueden reclamar otros créditos que los nacidos de contratos formalizados por el Estado o de disposiciones formales de las leyes; que, por una parte, M. DUCHATELIER no ha indicado la existencia de contrato alguno con el Estado; que por otra, la Ley de 12 de febrero de 1835, al declarar prohibida la fabricación de tabac factice, no ha abierto derecho alguno a indemnización en favor de los individuos que se hallaban dedicados a esta fabricación; que, por tanto, M. DUCHATELIER no puede exigir indemnización, ni por la pérdida de su industria, ni por el cierre de su establecimiento, ni por los diversos daños derivados de la prohibición.*⁶⁵

Dicha doctrina fue construida y consolidada a lo largo del siglo XIX, en varios fallos que dieron cuenta del principio de inmunidad del legislador por actos normativos, cuando estos no consagraran expresamente una expropiación con su debida indemnización. Como bien detalla el Dr. Juan Alfonso Santamaría Pastor: “El argumento cobró, adicionalmente, una gran fuerza expansiva. Fusionándose con la antigua regla de la inmunidad estatal por actos de autoridad, el principio de no indemnización se hizo extensivo a los daños causados en virtud de normas emanadas de la Administración, tanto si se trataba de Decretos – leyes, como en el *arrêt GOUPY*, de 4 de abril de 1879, como de [simples decretos reglamentarios] o [reglamentos de la administración pública]”.⁶⁶

A pesar de esta línea jurisprudencial, el Consejo de Estado francés empezó a cambiar de opinión finalizando el siglo XIX, en donde, teniendo en cuenta la existencia de una relación contractual previa entre un privado y el Estado, esbozó la posibilidad de condenar patrimonialmente al legislador por leyes, que posteriores al vínculo contractual, modificaban en detrimento del particular, el status o las condiciones adquiridas por este como consecuencia de la celebración del contrato.

Antes de la configuración de este escenario de responsabilidad en territorio francés, el Consejo de Estado de este país, había proferido algunas decisiones a finales del siglo XIX, que significaron los primeros pasos para que posteriormente se pudiese afirmar con propiedad que la ley era fuente generadora de daños. Es así, como en virtud de leyes individuales dictadas por el Parlamento, el Consejo de Estado le había ordenado reparar los perjuicios ocasionados a ciertos establecimientos eclesiásticos de Saboya, como consecuencia del no pago, conforme al voto del Parlamento, de una indemnización prometida por el Gobierno francés en 1860 a

⁶⁵ Cita encontrada en: Juan Alfonso Santamaría Pastor, “La teoría de la Responsabilidad del Estado legislador”. *Revista de Administración Pública*, Número 68 (1972): 70-71, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2111429>.

⁶⁶ *Ibidem*, 72.

cambio de títulos de renta⁶⁷. Esta línea decisoria se plasma en otros casos, donde el demandante tenía una relación contractual previa con el Estado, que afectado por la expedición de una disposición legal posterior, vulneraba los derechos adquiridos en virtud de aquella vinculación contractual. La teoría de la irresponsabilidad del Estado se modifica entonces en el sentido de que “el Estado debe indemnización a sus co-contratantes por las modificaciones introducidas en su *status* en virtud de disposiciones generales”⁶⁸, que implicaron, por una parte, un avance en la cobertura patrimonial a favor de los particulares en los supuestos de relaciones contractuales y, por otra, introduciendo la *fait du prince*, en el ordenamiento jurídico francés, en materia de responsabilidad del Estado – legislador.

La decisión de Consejo de Estado junto con algunas elaboraciones doctrinales de connotados juristas, como León Duguit, que propugnaban por un revisionismo sobre el pensamiento jurídico tradicional, permitió que décadas después esta Corporación aceptara la reparación de daños surgidos con ocasión de la expedición de la ley.

Resulta imperativo, destacar la labor desarrollada en este sentido, por este jurista francés, quien en su magna obra “Transformaciones del Derecho Público” estableció los cimientos de este escenario de responsabilidad, al afirmar que la soberanía no era un atributo de la labor legislativa, y que el Estado, como garante de los derechos y bienes de los asociados, debía asegurar todo riesgo social, incluido el riesgo derivado de la creación de leyes por parte del Parlamento, ya que, en virtud del principio de igualdad y de solidaridad, no resulta sensato dejar desamparadas a aquellas personas que sufren perjuicios en virtud del interés general, perjuicios que son anormales y especiales con respecto a aquellos daños que sufren normalmente los individuos como consecuencia de las relaciones que sostienen producto de su desenvolvimiento en la esfera social o colectiva.⁶⁹

⁶⁷ Botero, *Responsabilidad patrimonial del legislador*, 14. El Dr. Juan Alfonso Santamaría retrata dicho suceso, aduciendo lo siguiente: “Con motivo de la anexión a Francia de Niza y Saboya el Gobierno francés se comprometió en 1860 con determinadas comunidades eclesiásticas situadas en estas zonas a abonarles ciertas cantidades en concepto de retribución por la renuncia a sus rentas territoriales. En 1883 el Parlamento omitió deliberadamente en el presupuesto los créditos precisos para abonar estas remuneraciones. Denunciada la omisión por las comunidades afectadas, el ministro de Cultos se negó a ordenar los pagos y el [Consejo de Estado] revoca esta decisión y reconoce el derecho de los eclesiásticos a continuar percibiendo sus retribuciones (...). La decisión se adopta, no obstante, con una extraordinaria serie de cautelas, advertencias de respeto a la voluntad parlamentaria (...)”. Santamaría, “La Teoría de la Responsabilidad del Estado – legislador”, 76.

⁶⁸ *Ibidem*, 77.

⁶⁹ “Ahora bien, suponiendo el caso de una ley cuya aplicación entrañe un perjuicio para uno o muchos individuos, ¿puede el Estado ser declarado responsable frente a ellos? No, con seguridad, si el Estado legislador es soberano. Pero si, como creo haber demostrado, *la noción de soberanía es irreal y caduca*, y si, por otra parte, en las concepciones jurídicas actuales, *el Estado se configura ante los administrados como un asegurador de todo riesgo que deriva de su actividad general*, ¿no puede concluirse que ese seguro cubre igualmente el riesgo resultante de la aplicación de una ley, ya que, en definitiva toda ley tiene por finalidad

Posición radicalmente contraria a la doctrina mayoritaria de ese entonces, – y que sigue manteniendo vigencia en la actualidad con algunos matices – que sostenía la imposibilidad de derivar perjuicios indemnizables a cargo del Estado por las leyes dictadas por el Parlamento francés. En este sentido, es célebre la formulación elaborada por Laferrière acerca de la irresponsabilidad del Estado – legislador con fundamento en el poder soberano del que goza el órgano representante de la voluntad popular:

Es una cuestión de principio el que los daños causados a los particulares por las medidas legislativas no determinan derecho alguno a indemnización. La Ley es, en efecto, un acto de soberanía, y lo propio de la soberanía es imponerse a todos sin que frente a ella pueda reclamarse ninguna compensación. Solamente el legislador, puede apreciar, a la vista de la naturaleza y gravedad del daño y de las necesidades y recursos del Estado, si debe acordar tal compensación (...) la jurisdicción administrativa no puede conocer de una acción tendente a establecer una indemnización a cargo del Estado, salvo si el mismo legislador ha creado tal acción”⁷⁰.

La noción de soberanía, a criterio de dicho jurista francés, impide hablar con propiedad de la existencia de un régimen de responsabilidad del legislador por los daños antijurídicos que este puede llegar a causar a los particulares destinatarios de las normas dictadas por aquél. La cuestión de la soberanía del legislador, sumado a que este representa la voluntad del pueblo, no permite aseverar que la misma asociación política se genere a sí misma daños indemnizables a cargo del Estado. Esta línea de pensamiento sirvió de base para la jurisprudencia administrativa francesa del siglo XIX, mientras Laferrière fue vicepresidente del Consejo de Estado.

No obstante, estas dilucidaciones fueron matizadas posteriormente, debido a que entrañaban, en cierta manera, argumentos que provenían del Estado absolutista, en donde los súbditos, debían someterse a lo decidido por el monarca, con independencia de la injusticia de las decisiones que este tomara. En este caso, la comunidad debía someterse a las decisiones promulgadas por el legislador – sin importar las injusticias que con ellas se cometiera – al ser este el vocero de la Nación.

La necesidad de acudir a otras fuentes de fundamentación, fue esbozada por Jeze, quien prefirió acudir a la concepción rusoniana de la ley, como instrumento de expresión de la voluntad general, para defender la inexistencia de la responsabilidad patrimonial por actos normativos del legislador. Así, concibió que la generalidad de la ley, no permitía en sí misma, ocasionar perjuicios individualizados, partiendo de la base de que al ser aquella una medida de carácter general, no era posible hablar

crear un servicio público o regular su funcionamiento?”. Cita encontrada en: Santamaría, “Teoría de la Responsabilidad del Estado legislador”, 82

⁷⁰ *Ibidem*, 72-73.

de un daño como “violación de una situación jurídica individualizada”, aseveración que se sustraía de la realidad jurídica de la época, en donde era un hecho cierto y perceptible, la expedición de leyes singulares o especiales. Al respecto, dicho jurista reflexiona acerca de la posibilidad de imputar responsabilidad al Estado como consecuencia de la actividad legislativa:

Es un principio indiscutido del derecho francés que el ejercicio del poder legislativo no compromete la responsabilidad pecuniaria del Estado. Ello no se debe, como alguno han pretendido, a que se trate del ejercicio del poder público. Estas son fórmulas vacías de sentido. Se debe, más bien, a que el legislador se mueve en un campo en el que no encuentra ante sí – y, por tanto no puede lesionar, derecho individual alguno. Actúa mediante actos generales e impersonales. Ahora bien, condición de existencia del derecho a indemnización es la existencia de un perjuicio excepcional, esto es, que un individuo sea colocado por un acto fuera de las condiciones normales. El legislador jamás pone a un individuo fuera de las condiciones normales mediante un acto legislativo propiamente dicho, porque la ley tiene como característica esencial el ser general e impersonal.⁷¹

De la discusión doctrinal que se fue tejiendo en el derecho francés acerca de la responsabilidad que le cabía al legislador en virtud de su actividad legislativa, resulta interesante la apreciación de Michoud, quien deja a un lado las postulaciones apriorísticas sostenidas por Jézé y Laferriere, para analizar la responsabilidad patrimonial del legislador partiendo del ordenamiento jurídico francés, es decir, del derecho positivo existente para la época. Sostiene que la inexistencia de este escenario de responsabilidad no se debe a la generalidad de la ley o al atributo de soberanía que le concierne al legislador, sino que debe tenerse en cuenta, que el legislador no se encuentra supeditado a ningún ordenamiento suprallegal – entendiéndose como derecho natural o Constitución vinculante – que delimite el ámbito de su actuación, y por consiguiente, que denote una falta en la que pueda incurrir a partir del ejercicio de su poder creador de leyes. Argumento que parte del pensamiento revolucionario de desconfianza frente al juez y de la asunción del legislador como órgano supremo dentro del orden social, que no tiene más límites que su propia voluntad.

Ahora, al margen de las elaboraciones doctrinales esbozadas por diversos juristas de la época, es menester resaltar que la aceptación explícita de este fenómeno de responsabilidad por parte de la jurisprudencia francesa, se da en el caso *Le Fleurette* de 1938, que se erige como el primer precedente en el cual el Consejo de Estado francés condenó patrimonialmente al legislador en virtud de la expedición de una ley.

Durante la década de los años 30, la industria lechera francesa, considerada una de las fuerzas políticas más importantes en ese entonces, estaba pasando por una

⁷¹ *Ibidem*, 74.

fuerte crisis económica, que instó al legislador a expedir la Ley del 29 de junio de 1934, “que prohibió la fabricación y el comercio de todos los productos destinados al mismo uso que la crema láctea que se fabricasen con materia distinta a la leche”⁷². El artículo 1º de dicha Ley, establecía lo siguiente:

Se prohíbe fabricar, exponer, poner en venta, o vender, importar o exportar o transitar:
1) *Productos que tengan el aspecto de crema, que se venda bajo la denominación “crema”, seguida o no de cualquier calificativo o de cualquier denominación de fantasía, destinado a los mismos usos que la crema y que no provenga exclusivamente de la leche, por cuanto la adición de materias grasas extrañas a la leche está especialmente prohibida*⁷³.

La única sociedad que cumplía con lo consagrado en dicha disposición, era la sociedad de productos lácteos “La Fleurette”, que “fabricaba un producto, al que llamaba “gradine”, compuesto de leche, aceite de cacahuets y yema de huevo”.⁷⁴

Ante la imposibilidad de seguir continuando con su actividad empresarial, a dicha compañía no le quedó otra alternativa que cerrar su negocio e iniciar una acción indemnizatoria en contra del Estado, debido a que se le había generado un perjuicio especial y anormal con ocasión de la aplicación de lo preceptuado en la citada ley, acudiendo, en principio, al Ministerio de Agricultura, que rechazó sus pretensiones indemnizatorias, y posteriormente, al Consejo de Estado en acción de súplica para que las acogiera.

El Consejo de Estado francés, en el *arrêt* Le Fleurette de 1938, consideró que le asistía la razón a la parte demandante, e inauguró en el ordenamiento jurídico francés, la responsabilidad patrimonial de Estado por el hecho de una ley. En dicho fallo, dicha Corporación dispuso lo siguiente:

*Considerando que la prohibición así decretada a favor de la industria lechera puso a la sociedad actora en la obligación de suspender indefinidamente la fabricación de un producto que anteriormente distribuía con el nombre de “Gradine” (...); que nada en el articulado de la misma ley o en las actas preparatorias de la misma permite pensar que el legislador quiso gravar al interesado con una carga que normalmente no le corresponde, que esta carga creada en interés general debe ser asumida por la colectividad, que de loa anterior se desprende que le asiste derecho a la sociedad Le Fleurette para que pedir que el Estado será condenado a pagarle una indemnización para la reparación del perjuicio que sufrió.*⁷⁵

A partir de dicha decisión, la doctrina francesa coligió los requisitos que se deben configurar para poder proceder a declarar la responsabilidad del Estado – legislador.

⁷² Eduardo García de Enterría, *La responsabilidad patrimonial del legislador en el derecho español*, 2.ª edición (Madrid, Thomson Civitas, 2007), 172.

⁷³ Cita encontrada en: Botero, *Responsabilidad patrimonial del legislador*, 15-16.

⁷⁴ García, *La responsabilidad patrimonial del legislador en el derecho español*, 172.

⁷⁵ Cita encontrada en: Botero, *Responsabilidad patrimonial del legislador*, 16.

Es menester, según lo afirma el Consejo de Estado francés, que en virtud de la expedición de dicha ley, se le ocasione al perjudicado con su aplicación, un daño especial y anormal que rompa con el principio de igualdad ante las cargas públicas, y que de los actos preparatorios y de la misma ley no se logre entrever la voluntad por parte del legislador de excluir cualquier tipo de indemnización – teoría de la voluntad tácita del legislador que se venía elaborando desde el *arrêt Société Edouard Premier et Charles Henry* de 1921⁷⁶ –, asignándole la carga de la prueba a la parte demandante de probar que ante el silencio de la ley el legislador no había querido excluir la indemnización por los perjuicios causados con su aplicación.

Naturalmente, la acción indemnizatoria no prosperará en aquellos casos en los cuales se esté frente a una actividad ilícita, inmoral o contraria al interés general o cuando se haya expedido una ley “en atención de un interés general y preeminente, o en atención a un interés económico y social de orden general, o cuando la propia Ley ha previsto un sistema de compensación de las consecuencias eventualmente dañosas”⁷⁷. Situación que se evidenció, en el caso de la Compañía Générale de la Grande Pêche, en la cual reclamaba una indemnización de perjuicios, como consecuencia de la expedición del Decreto con fuerza de ley del 9 de abril de 1935, que prohibió la exportación de alcohol desde las islas *Saint Pierre et Miquelon* a Estados Unidos, debido a que contravenía los intereses de un país aliado. Como dicha compañía, se dedicaba a exportar alcohol a Estados Unidos, no podía reclamar la indemnización de perjuicios atendiendo a la imposibilidad de continuar con su actividad empresarial, ya que para aquella época, el acto de exportar alcohol a dicho país, era considerado una actividad ilícita.

De esta manera, para la procedencia de este tipo de responsabilidad, sumamente novedoso para ese entonces, se requería, como principio esencial, revelar la voluntad implícita del legislador de un consentimiento de indemnización en la

⁷⁶ El *arrêt Charles Henry* se dio con ocasión de la expedición de la Ley de 16 de marzo de 1915, que prohibía la producción y distribución de la absenta, por considerarla peligrosa para la salubridad pública. En este fallo, el Consejo de Estado francés razonó de la siguiente manera: “Considerando que la Ley de 16 de marzo de 1915 que, con carácter general, *con la exclusiva finalidad de impedir la elaboración de productos peligrosos para la salud pública*, ha dictado la prohibición de ajenjo y no ha previsto el abono de indemnización alguna en favor de los industriales cuyos intereses deben ser afectados por la prohibición antedicha; que si bien la Ley del 29 del mismo mes ha exigido a los fabricantes ciertas declaraciones en vista de las compensaciones que pudiera eventualmente acordar en su favor una ley ulterior, la medida que el legislador se ha reservado adoptar no puede ser fiscalizada aquí; que la sociedad reclamante, por otra parte, no invoca ninguna obligación contractual que sea menoscabada por la Ley de 16 de marzo de 1915”. Cita encontrada en: Santamaría, “Teoría de la Responsabilidad del Estado – legislador”, 80.

Con este apartado, un sector de la doctrina afirma que el Consejo de Estado francés, asumió el examen de este escenario de responsabilidad partiendo de la interpretación de la voluntad implícita del legislador de no indemnizar a los afectados con la disposición legal en mención, observando intereses de orden público, como es el caso de salvaguardar la salubridad pública de los habitantes.

⁷⁷ Eduardo García de Enterría, Prólogo a la primera edición de “*La responsabilidad patrimonial del Estado – legislador en el derecho español*” (Madrid, Civitas, 2005), 18.

creación de la ley generadora del daño, para luego verificar si según el caso planteado en el escenario procesal, se había ocasionado un daño especial y anormal que rompía con el principio de igualdad ante las cargas públicas. Como bien destaca BROUELLE:

*Es la mirada dirigida sobre la Ley y no sobre el perjuicio que el juez decide la suerte de la demanda indemnizatoria. En el régimen de responsabilidad La Fleurette el derecho a la reparación del demandante no está subordinado a la aparición de la ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas: la responsabilidad no se funda sobre el principio de igualdad ante las cargas públicas. Reposa enteramente sobre condiciones que se refieren a la voluntad del legislador (...). Es solo de esta manera como el juez se asegura de que su intervención reparadora no tendrá por efecto corregir la Ley.*⁷⁸

En este mismo sentido, se pronuncia un sector de la doctrina en el derecho francés, que sostiene que en este tipo de casos, lo que hace el juzgador es interponer una “indemnización fundada sobre la voluntad superpuesta (o reconstruida) del legislador mismo y el principio de que la ley se presume que debe ser ejecutada conforme al principio de legalidad”.⁷⁹

A parte del *arrêt* Le Fleurette, se han generado cerca de diez casos en los que el Consejo de Estado francés ha declarado la responsabilidad patrimonial por el hecho de la ley. Entre ellos, se pueden citar a grandes rasgos los siguientes:

- *Arrêt Caucheteux et Desmots* del 21 de enero de 1944, “por la prohibición legal de la fabricación de cerveza con productos distintos a cebada”.
- *Arrêt Bovero* del 25 de enero de 1963, producto de los perjuicios generados a los propietarios de viviendas ocupadas por terceros, con ocasión de la “prohibición hecha por la ley de proceder a la expulsión de sus alojamientos de familias cuyos miembros prestaron servicio militar en África del Norte”, a pesar de la existencia de sentencia judicial previa que ordenaba el desahucio del ocupante de la propiedad.
- *Arrêt Compagnie d’aménagement et de promotion immobilière (CAPRI)*, “de 18 de diciembre de 1981: titular de una licencia de construcción cuyos efectos fueron interrumpidos por la aparición en las obras de ruinas de interés arqueológico”⁸⁰.
- *Arrêt Association pour le développement de l’aquaculture en région Centre et autres* del 30 de julio de 2003, que condena al Estado a reparar los perjuicios generados a los piscicultores, debido a la disminución en su

⁷⁸ *Ibidem*, 19

⁷⁹ *Ibidem*, 20.

⁸⁰ García, *Responsabilidad patrimonial del Estado – legislador en el derecho español*, 175.

actividad productiva, generada por la expedición de la Ley del 10 de julio de 1976, que propende por la protección del medio ambiente y aves en peligro de extinción. Gracias a la aplicación de dicha ley, hay un aumento sustancial de aves cormoranes, que consumen el recurso de explotación por parte de los piscicultores.⁸¹

- *Arrêt Société Coopérative Ax'ion* del 2 de noviembre de 2005, en el cual el Estado ordenó el cierre de unos lugares de almacenamiento de cereales debido al riesgo que entrañaban para el medio ambiente. La sociedad demandante, considerando que dicha orden vulneraba el principio de igualdad ante las cargas públicas, demandó al Estado por los perjuicios que se le ocasionaron con el cierre de su empresa, situación que el Juez de lo Contencioso Administrativo, aceptó, condenando consecuentemente a la correspondiente indemnización de perjuicios.

En esta última decisión, el Consejo de Estado varió su jurisprudencia, y afirmó que para efectos de imputar la obligación indemnizatoria en cabeza del Estado, por su actividad legislativa, no se requería proceder a verificar en los actos preparatorios, ni en las motivaciones presentadas en el Parlamento francés, ni en la misma ley, si el legislador había decidido implícitamente incluir o excluir cualquier tipo de indemnización en los casos en que se generen daños con ocasión de la creación de la ley⁸², desplazando el centro de gravedad de estudio de la interpretación de la voluntad implícita del legislador al principio de igualdad ante las cargas públicas, dejando como criterio fundamental en el examen de responsabilidad patrimonial del Estado, la causación de un daño especial y anormal que rompe con el principio de igualdad ante las cargas públicas. La justificación teórico – jurídica de este cambio jurisprudencial que realiza el jurista George Vedel, da luces acerca de las implicaciones que tiene: “Sin duda, expresa o tácitamente, y como consecuencia de la ausencia de todo control jurisdiccional sobre la ley, el legislador puede excluir el juego de la responsabilidad pública de derecho común. Pero en tanto no se substraiga a ella, queda de pleno derecho sometido a ella; pues el derecho a reparación no se funda en su aceptación tácita, sino sobre el régimen objetivo de la responsabilidad pública”.⁸³

⁸¹ Botero, *Responsabilidad patrimonial del legislador*, 18.

⁸² Es importante destacar, que un sector de la doctrina sostiene que el cambio de jurisprudencia en materia de responsabilidad del Estado – legislador en el derecho francés, se da desde el *arrêt Bovero de 1963*, debido a que el juez en la *ratio decidendi* del fallo nada dijo acerca de la voluntad implícita del legislador de excluir o permitir cualquier tipo de indemnización, dejando como criterio fundamental para la condena a favor del demandante, la vulneración del principio de igualdad ante las cargas públicas, que, de igual manera, fue matizado en lo atinente a la exigencia de la configuración de dicho requisito con respecto al empleado en el *arrêt Le Fleurette*.

⁸³Cita encontrada en: Santamaría, “La teoría de la Responsabilidad del Estado – legislador”, 95.

En sentido contrario, la misma doctrina encabezada por Camille Broyelle y el profesor Yves Gaudemet, defienden su tesis de que es necesario tener en cuenta la voluntad implícita del legislador para efectos de proceder a la reparación de los perjuicios ocasionados en virtud de la aplicación de la ley, debido a que el juzgador no tiene dentro de sus facultades, incorporar un contenido nuevo al previsto por ella, a tal punto de “adicionar a sus efectos normativos la importante determinación de una indemnización que el propio legislador no haya previsto ni siquiera implícitamente”⁸⁴. Dentro del análisis de dicha sentencia, la doctrinante francesa afirma que, ante la inexistencia de cualquier tipo de reparación en la ley, lo que el Juez Contencioso Administrativo realizó para efectos de declarar la responsabilidad patrimonial del legislador en ese caso en particular, fue aplicar el control de convencionalidad del Protocolo I del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que consagra la protección de la propiedad privada, desplazando lo consagrado en la ley por los preceptos superiores de orden europeo.

La cuestión que se debate entonces, es si con base en el principio de igualdad ante las cargas públicas, el Consejo de Estado francés, puede radicar en cabeza del legislador, la obligación indemnizatoria producto del daño causado al particular por la expedición de una ley, que para los autores citados, no es posible, ya que ninguna autoridad jurisdiccional, por más importante que sea dentro del orden jerárquico, puede interponerse a la voluntad del legislador, creando un contenido nuevo a la ley. Según dichos autores, el juez estaría pasando de su papel de intérprete de la ley a censor de la labor legislativa, labor que únicamente le compete al Consejo Constitucional francés. Al respecto, el profesor Yves Gaudemet, se pronuncia acerca del asunto del que se trata mediante el siguiente aserto: “No existe, no ha existido jamás y no habrá nunca verosíblemente, responsabilidad del Estado por el hecho de la Ley, ni sobre el fundamento de la culpa ni sobre el de la ruptura de igualdad ante las cargas públicas”.⁸⁵

Dicha premisa la sustenta no sólo acudiendo a la imposibilidad de que el Juez Contencioso Administrativo pueda, mediante los propios poderes conferidos por el ordenamiento jurídico, establecer la indemnización a que hay lugar con ocasión de la aplicación de una ley, en tanto estaría entrometiéndose en la labor que le compete única y exclusivamente al propio legislador. De esta manera, la doctrina elaborada por el Consejo de Estado francés solo puede asimilarse bajo la perspectiva de que la indemnización conferida por aquél se basa en una interpretación de la voluntad superpuesta del legislador, según se desprende de los actos preparatorios de la ley generadora del daño.

⁸⁴ García, *Responsabilidad patrimonial del Estado – legislador en el derecho español*, 24.

⁸⁵ Cita encontrada en: García, *Responsabilidad patrimonial del Estado – legislador en el derecho español*, 233.

Por otro lado, siempre resulta pertinente reseñar la opinión que le merece al Dr. García de Enterría del sistema francés de responsabilidad patrimonial del legislador, ya que examina desde la perspectiva del control constitucional, el surgimiento de dicha figura en el ordenamiento jurídico de dicho país. Al respecto, asevera que la elaboración de dicha teoría por parte del *Conseil d'État* y de diversos juristas, entre ellos, León Duguit, su precursor, se debe, en primer lugar, a la inexistencia del control constitucional en Francia hasta la promulgación de la Constitución gaullista de 1958, debido a que, según su criterio, si hubiese existido un régimen de control constitucional, seguramente las leyes que terminan ocasionando daños a particulares, hubiesen sido declarados inconstitucionales, en tanto terminan teniendo un contenido expropiatorio de un derecho, sin la correspondiente indemnización.

En segundo lugar, porque el control constitucional conferido al Consejo Constitucional francés, es un control restringido, ya que solo se permite realizar un control *ex ante* de las normas que han sido dictadas por el Parlamento, impidiendo que los particulares puedan formular, lo que en España, se denomina cuestión de inconstitucionalidad – que en Colombia vendría a denominarse excepción de inconstitucionalidad, con la salvedad de que existen matices sustanciales en ambas figuras –. Es decir, el control normativo de las leyes en Francia, solo procede de manera previa a la publicación de las leyes expedidas por el legislador de manera que no permite que los ciudadanos puedan formular acciones públicas de inconstitucionalidad, ni mucho menos que los jueces ordinarios o contencioso administrativos, puedan excepcionar la aplicación de la ley por considerarla inconstitucional para el caso objeto de estudio.⁸⁶

Las palabras críticas del Dr. García de Enterría, acerca de la actual postura sostenida por el Consejo de Estado francés, se reproducen por su importancia para el debate jurídico:

Como en Francia ningún juez, civil o contencioso-administrativo, puede plantear la cuestión de inconstitucionalidad [haciendo referencia al caso español], ni mucho

⁸⁶ En cuanto al modelo de control constitucional francés, la doctrina ha afirmado que el modelo imperante hasta 2008, no era un modelo constitucional en sentido estricto del término, sino un modelo de control político, en tanto, el Consejo Constitucional realizaba un control sobre las leyes y tratados internacionales antes de su entrada en vigor, siendo entonces, un control muy precario sobre la actividad legislativa del Parlamento. La razón de lo anterior, se basa en que a partir de la Revolución Francesa, los revolucionarios desconfiaban mucho del estamento judicial, al estar sumamente ligado al Monarca en vigencia del Estado absolutista. Ello conllevó a la sacralización de la labor del legislador y a restringir ampliamente las labores del juez, para evitar, precisamente, la arbitrariedad y la discrecionalidad en el ejercicio de sus funciones. Como bien detalla el Dr. Manuel Fernando Quinche Ramírez: “El origen de este modelo suele ubicarse tras los sucesos de la Revolución francesa y el establecimiento de la representación popular en la asamblea parlamentaria, que se arrogó la totalidad de los poderes: la voluntad de legislar sin controles, el poder de interpretar las leyes que ella misma había producido, y el supuesto control que los legisladores ejercían sobre las normas que ellos mismos aprobaban”. Quinche, *Derecho Constitucional Colombiano*, 599.

menos resolverla por sí solo como puede hacer el juez norteamericano, su jurisprudencia ha intentado resolver el problema de las leyes abusivamente reguladoras que en realidad contienen una verdadera expropiación material acudiendo a la extraña institución patrimonial du fait des lois. En términos literales, parece resultar bastante absurdo que pueda hablarse de una responsabilidad patrimonial estricta por el hecho mismo de una ley, y más aún, como parece que ocurre en Francia tras el reciente arrêt Cooperative Agricole Ax'ion de 2005, si dicha ley no ha admitido que al menos implícitamente pueda proceder esa indemnización (como hasta ahora venía exigiendo la jurisprudencia desde <<La Fleurette>>, 1938). La nueva posición del Conseil d'État al prescindir deliberadamente de dicho requisito tradicional, que le hacía aparecer como un intérprete más que como censor de la Ley, parece atribuirse una jurisdicción de carácter constitucional, en cuanto le permite censurar al legislador por su sola autoridad, adicionando sus mandatos con uno nuevo no previsto, o incluso acaso expresamente rechazado, por dicho legislador, el de indemnización a sujetos múltiples, si no indefinidos.⁸⁷

De esta manera, el surgimiento de dicha figura lo asocia a la inexistencia de un control constitucional – antes de la expedición de la Constitución de 1958 – o de un control normativo sumamente restringido, que impide por medio de la distinción entre expropiación y delimitación de un derecho, declarar inconstitucionales aquellas normas que disfrazan de regulación del contorno de un derecho, lo que en verdad, tiene un contenido propiamente expropiatorio.

Es bien conocida, la concepción que se tiene en Francia de los productos legislativos que dicta el Parlamento Francés en ejercicio de sus funciones, en la cual su imposibilidad de cuestionamiento por parte de ningún Tribunal investido para dichos fines, y mucho menos por parte de ningún juez ordinario, permitía concluir que la Ley, pudiese generar daños antijurídicos a los asociados. Si no existía un control normativo efectivo sobre las Leyes, mucho menos podía hablarse de que el legislador debiese responder patrimonialmente por daños injustos padecidos por sus destinatarios. Ahora, a pesar de las valiosas apreciaciones del Dr. García de Enterría, que dejan claro que este fenómeno de responsabilidad no hubiese surgido si hubiera existido un régimen de control constitucional, cabe decir, que son dos fenómenos distintos, en el que este último se encarga de restaurar el ordenamiento jurídico afectado con la expedición de una ley contraria a los preceptos superiores y aquél se encarga de restaurar los daños padecidos por las víctimas con ocasión de la misma. Se trata, pues, de dos sistemas complementarios mas no excluyentes.

Igualmente, con dichas apreciaciones, lo que se permite es determinar la imposibilidad de que exista el escenario de responsabilidad patrimonial por leyes declaradas inexequibles, ya que como bien se expuso previamente, al no haber un régimen de control constitucional efectivo sobre leyes una vez promulgadas, sino sobre proyectos de ley, mucho menos cabe hablar de responsabilidad patrimonial

⁸⁷ García, *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el derecho español*, 27-28.

por leyes inconstitucionales, ya que una vez los proyectos de ley son declarados conforme a la Constitución, por parte del Consejo Constitucional francés, no pueden ser objeto de acción de inconstitucionalidad por parte los ciudadanos, como sucede en el derecho colombiano.

Ahora, con la reforma constitucional que hubo en el año 2008, sobre el Consejo Constitucional francés, es posible demandar actos legislativos – léase dicho concepto en un sentido amplio, no en la connotación tradicional que tiene en el derecho colombiano – *a posteriori*, es decir, una vez entran en vigor, confiriéndole facultades a cualquier persona para demandar dicho acto ante la jurisdicción constitucional por considerarlo contrario a la Constitución.⁸⁸

En lo atinente a la decisión del Consejo de Estado, en el *arrêt Cooperative Agricole Ax'ion*, dicho autor sostiene que la asunción del criterio de carga especial que rompe con el principio de igualdad ante las cargas públicas, como criterio esencial para que prosperen las pretensiones indemnizatorias, no es más que un “mera aproximación” a la distinción entre *taking* y *regulation*, según la fórmula empleada tradicionalmente por la Corte Suprema norteamericana: “El criterio de la “carga especial” resulta ser un criterio bastante aproximativo, pero en modo alguno definitivo, porque parece apuntar a que la diferencia entre regulación y expropiación estaría en la distinción puramente cuantitativa entre carga especial y carga general, lo cual no deja de ser un criterio en sí mismo aproximativo”.⁸⁹

No obstante, lo anterior, dichas críticas que dirige el jurista español en contra de la jurisprudencia francesa, las hace teniendo en cuenta la “idiosincrasia” propia del derecho español, que es sumamente diferente en esencia y contenido al derecho

⁸⁸ La Constitución gaullista de 1958, regula en su artículo 61, el control constitucional que ejerce el Consejo Constitucional frente a los diversos actos promulgados por el Parlamento Francés. Dicho artículo establece lo siguiente:

“ARTICULO 61. Las leyes orgánicas, antes de su promulgación, las proposiciones de ley mencionadas en el artículo 11 antes de que sean sometidas a referéndum, y los reglamentos de las Cámaras parlamentarias, antes de su aplicación, deberán ser sometidos al Consejo Constitucional, el cual se pronunciará sobre su conformidad con la Constitución.

Con el mismo fin, **podrán presentarse las leyes al Consejo Constitucional antes de su promulgación por el Presidente de la República, el Primer Ministro, el Presidente de la Asamblea Nacional, el Presidente del Senado o sesenta diputados o sesenta senadores.** En los casos previstos en los dos apartados anteriores, el Consejo Constitucional se pronunciará en el plazo de un mes. No obstante, a petición del Gobierno, y si existe urgencia, este plazo podrá reducirse a ocho días. En estos mismos casos, la remisión al Consejo Constitucional suspenderá el plazo de la promulgación.

ARTICULO 61-1. Cuando, con motivo de una instancia pendiente ante una jurisdicción, se alegue que una disposición legislativa perjudica a los derechos y las libertades que garantiza la Constitución, se podrá someter el asunto, tras su remisión por parte del Consejo de Estado o del Tribunal de Casación, al Consejo Constitucional que se pronunciará en un plazo determinado. Una ley orgánica determinará las condiciones de aplicación del presente artículo”. (Negrilla fuera del texto original). https://www.senat.fr/fileadmin/Fichiers/Images/Ing/constitution-espagnol_juillet2008.pdf

⁸⁹ García, *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el derecho español*, 28.

francés, en especial, en lo relativo a la evolución del derecho constitucional de cada país que tiene implicaciones en el ámbito de la responsabilidad extracontractual del Estado. Igualmente, es importante cuestionarse seriamente la afirmación que realiza el jurista español, relativa a la asunción de un papel de juez constitucional por parte del Juez de lo Contencioso Administrativo, al momento en que dicta sentencias de condena en contra del Estado dimanante de su actividad legislativa, debido a una supuesta censura o enjuiciamiento de dicha actividad. Se debe tener en cuenta, que lo que se censura no es la actividad legislativa en sí misma, sino la generación de un daño antijurídico a una persona – natural o jurídica – con ocasión a la expedición de la ley, es decir, el centro de atención no recae sobre la forma en cómo se produjo la ley, sino en el análisis de la configuración de un daño como consecuencia de su expedición. Es por ello, que el fundamento del deber de reparar recae en la vulneración del principio de igualdad ante las cargas públicas, y no en un fundamento subjetivo que implique un juicio de censura en contra del legislador.

La teoría de la responsabilidad del Estado – legislador elaborada por el Consejo de Estado francés, constituye un avance en la protección de la esfera patrimonial de los individuos ante las inmisiones legislativas, que no siempre resultan acordes a los principios de justicia y de equidad.

Por último, es menester destacar la contradicción en que ha incurrido dicha Corporación, al momento de fallar casos similares en diversas épocas de la segunda mitad del siglo XX, que atendiendo a razones de orden político y económico, no procedieron a acoger las pretensiones indemnizatorias de los afectados en virtud de la expedición de una ley, al resultar sumamente gravosas para las arcas públicas en momentos de coyunturas económicas regresivas. La complejidad del examen de este escenario de responsabilidad en el derecho francés, obedece también a la amplitud de los conceptos teóricos empleados al momento de analizar este tipo de casos, en el entendido de que no se sabe a ciencia cierta el criterio delimitador que permita distinguir entre una ley general y una ley especial, así como un daño especial indemnizable de un daño general irreparable, o de la gravedad o no del daño padecido.

3.2. ESPAÑA.

El desarrollo en España de la responsabilidad patrimonial del Estado por su actividad legislativa, se ha dado de una manera traumática y no exenta de controversias. La principal razón de lo anterior, radica según un sector de la doctrina española, en que la aceptación de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, dimanante de la actividad legislativa, implica no sólo

cercenar la libre decisión política que ostenta el legislador en el marco de su labor de creación de normas sino desconocer abiertamente lo consagrado en el ordenamiento jurídico español, en el entendido de que no es posible hablar de la existencia de la responsabilidad legislativa, en tanto no hay norma jurídica positiva que lo permita. No obstante, cabe destacar que dicha postura – cuyo principal exponente fue el Dr. Eduardo García de Enterría –, defendida desde finales de la década de los años 80 hasta la primera década del siglo XXI, no tiene vigencia actualmente, debido a la expedición de la ley 40 de 2015, que regula expresamente este escenario de responsabilidad patrimonial del Estado, en su artículo 32, como bien se detallará en líneas posteriores.

3.2.1. ANTECEDENTES DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL LEGISLADOR EN EL DERECHO ESPAÑOL.

Un antecedente fundamental, que empezó a delinear o a esbozar la posibilidad de declarar responsable patrimonialmente al legislador, por el hecho de la ley en el derecho español, fue la sentencia 108 del 29 de julio de 1986 dictada por el Tribunal Constitucional de ese país, en la cual se estableció que no había lugar a declarar la inconstitucionalidad de la Ley Orgánica del Poder Judicial que anticipaba la edad de jubilación de los Jueces y Magistrados, debido a que no vulneraba ningún derecho adquirido, es decir, si bien dicha disposición modificaba las reglas de juego de los destinatarios con respecto a la edad de jubilación y el tiempo de cotización, ello no implicaba cercenar de forma definitiva el derecho a la pensión, sino que simplemente se les despojaba de una expectativa de pensionarse en las condiciones previas a la expedición de dicha ley, no pudiéndose hablar de un derecho adquirido a pensionarse en las mismas condiciones en que dichos funcionarios ingresaron a los cargos públicos en mención. En este sentido, no se estaba frente a una expropiación de un derecho, sino a una delimitación o configuración *ex novo* del mismo. El legislador, dentro del marco de actuación concedido por la Constitución – artículo 33 de la Constitución Española de 1978⁹⁰ - había decidido válidamente modificar los requisitos que se encontraban preestablecidos en la legislación funcionarial relativa a la jubilación forzosa.

No obstante, en dicha decisión, el Tribunal Constitucional afirmó lo siguiente:

⁹⁰ El artículo 33 de la Constitución Española establece lo siguiente:

1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia.
2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes.
3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las leyes". (<https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>

Una última observación suscita la disposición [acusada]. Establece esta disposición un escalonamiento de edades para aplicar en forma gradual la nueva edad máxima de jubilación y, en este sentido, su constitucionalidad viene confirmada por todos los razonamientos anteriores. Su finalidad evidente es la de paliar los efectos negativos que el adelanto de la edad de jubilación pueda producir en cuanto origine una frustración de las expectativas existentes, y, en muchos casos, perjuicios económicos. Es posible, incluso, que esta finalidad no quede suficientemente asegurada y que estos efectos negativos, de no ser corregidos, puedan merecer algún género de compensación....⁹¹

En esta misma línea se pronuncia posteriormente el Tribunal Constitucional, en sentencia de 11 de junio de 1987: “Esto no impide añadir – como se dijo en la Sentencia 108/86...referida al anticipo de la edad de jubilación de Jueces y Magistrados – que esa modificación legal origina una frustración de las expectativas existentes y en determinados casos perjuicios económicos que pueden merecer algún género de compensación”.⁹²

Con dicha aseveración⁹³, el máximo Tribunal Constitucional dejó abierta la posibilidad de que en otros escenarios procesales se pudiesen generar acciones indemnizatorias con ocasión de la producción legislativa en comento, debido a la modificación del régimen jurídico vigente para Jueces y Magistrados que significó la supresión de las expectativas legítimas que tenían estos funcionarios de jubilarse en las condiciones preestablecidas por el ordenamiento jurídico, y las implicaciones negativas que suscita desde el plano económico una jubilación anticipada representada en el cambio de los proyectos de vida a mediano y largo plazo.

La decisión del Tribunal Constitucional, ocasionó una avalancha de demandas contra el Estado ante el Tribunal Supremo Español, por la anticipación de la edad de jubilación, en donde se reclamaban una serie de compensaciones por el agravamiento de las condiciones en dicha materia por parte de los Jueces y

⁹¹ Cita encontrada en: Fernando Garrido Falla, “Sobre la responsabilidad del Estado legislador”, *Revista de Administración Pública*, No. 118 (1989): 38, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=17002>

⁹² *Ibidem*, 39.

⁹³ En sentido contrario se pronuncia el mismo Tribunal Constitucional acerca del fenómeno de la responsabilidad del Estado – legislador. En STC 70/1988, afirmó: “La actividad legislativa queda fuera de las previsiones [del artículo 106.2 de la CE] (...) que está referido al derecho de los particulares a ser indemnizados por las lesiones que sufran “a consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”, concepto éste en el que obviamente, no cabe comprender la función del legislador”. Cita encontrada en: María Ángeles Ahumada Ruiz, “Responsabilidad patrimonial del Estado por leyes inconstitucionales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 62 (2001): 313, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1996791>.

Cabe destacar, que la apreciación dada por el TC acerca del merecimiento de algún género de compensación por la expedición de la ley de anticipación de jubilación forzosa de Jueces y Magistrados ha sido interpretado por un sector de la doctrina como un “regaño” dirigido al legislador más que como la posibilidad de que dicha actuación legislativa pueda desencadenar demandas contra el Estado por la generación de daños antijurídicos a sus destinatarios.

Magistrados⁹⁴. No obstante, a pesar de que el Alto Tribunal consideró que podía haber lugar a “algún género de compensación”, el Tribunal Supremo, no lo interpretó de esta manera, y decidió despachar desfavorablemente todas las pretensiones indemnizatorias que versaban sobre este asunto. Acerca del fenómeno de la responsabilidad patrimonial por actos del legislador, adujo las siguientes consideraciones en sentencia de 30 de noviembre de 1992:

Si la exigencia de responsabilidad por actuaciones de la Administración o de órganos de la Administración de Justicia, aunque objeto de un tratamiento más completo en los arts. 106.2 y 121 de la Constitución, los mismos se remiten, y por tanto hacen necesario, un previo desarrollo legislativo, en la posible responsabilidad derivada de actos de aplicación de leyes, que hasta ahora cuenta únicamente con un enunciado genérico del artículo 9.3 del Texto Constitucional, la necesidad de un previo desarrollo legislativo que determine en qué caso procede y qué requisitos son exigibles parece más indispensable en este caso, por faltar cualquier antecedente histórico o regulación que posibilite una decisión sobre tales cuestiones, razón suficiente para la desestimación del recurso.⁹⁵

No obstante el planteamiento anterior, como punto para destacar de la argumentación sostenida por el Tribunal en estos fallos – sobre todo en aquellos que iniciaron la serie – afirmó que era posible declarar responsable patrimonialmente al legislador, por sus actos legislativos – incluso por leyes válidas sin ningún reproche de inconstitucionalidad –, en virtud del artículo 9.3 de la Constitución Española, que establece el principio de responsabilidad de todos los poderes públicos y de las evidencias registradas en el derecho comparado de la

⁹⁴ Las modificaciones legales en lo concerniente a la anticipación de la edad de jubilación, se dio no solo frente a Jueces y Magistrados en virtud de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sino también frente a los funcionarios civiles, que en virtud de la ley 30 de 1984, redujo la edad de jubilación de 70 a 65 años, generando también, una serie de demandas indemnizatorias contra el Estado por la supuesta vulneración de derechos adquiridos. Sin embargo, el Tribunal Supremo Español, decidió al igual que en el caso de la anticipación de la edad de jubilación de los Jueces y Magistrados, no conceder ninguna pretensión indemnizatoria debido a que dicha ley no había cercenado ningún derecho adquirido, sino simplemente, había modificado las condiciones legales y reglamentarias que los funcionarios públicos debían cumplir para efectos de obtener el derecho a su pensión. Al respecto, es esencial la sentencia del 30 de noviembre de 1992, dictada por el Pleno de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, en la cual afirma que del artículo 9.3. de la CE no puede desprenderse la responsabilidad patrimonial del Estado – legislador, en tanto dicho artículo establece un principio general de responsabilidad de los poderes públicos, principio del cual no se puede colegir directamente la responsabilidad patrimonial del legislador como consecuencia de su actividad legislativa. Requiere de un desarrollo concreto en el texto constitucional – desarrollo que recibe la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en el artículo 106.2. de la CE, y de la Administración de Justicia en el artículo 121 de la CE – y en la ley, que establezca en qué casos procede y cuáles son los requisitos que se deben observar para su configuración. Igualmente agrega lo siguiente: “No podría invocarse como soporte para generalizar la responsabilidad a *los daños y perjuicios derivados de la aplicación de cualquier ley no expropiatoria* ocasionados en *meras expectativas de derechos, en los derechos no consolidados*”, ya que de lo contrario ello conduciría a una petrificación del derecho. Cita encontrada en: García, *La responsabilidad patrimonial del Estado – legislador en el derecho español*, 70.

⁹⁵ Cita encontrada en: Ahumada Ruiz, “Responsabilidad patrimonial del Estado por leyes inconstitucionales”, 313.

aceptación de este escenario de responsabilidad. Al respecto, dicha Corporación esgrimió lo siguiente en sentencia de 15 de julio de 1987:

*La reparación de los posibles perjuicios que se puedan irrogar a Jueces y Magistrados al establecer la Ley Orgánica 6/1985, de 1º julio, una edad de jubilación forzosa que en relación con la normativa vigente cuando entraron al servicio de la Administración de Justicia minora su vida activa, plantea la cuestión de la responsabilidad del Estado por actos del Legislador, problema que la doctrina científica y el Derecho Comparado abordó en un sentido favorable a declarar esta responsabilidad cuando la aplicación de una Ley conforme a la Constitución produzca unos graves y ciertos perjuicios y que en el Ordenamiento legal que rige en nuestra patria encontraría su respaldo y cauce legal en los arts. 9 de la Constitución y 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado.*⁹⁶

En sentencias posteriores dicho Tribunal siguió argumentando la posible existencia de la responsabilidad legislativa, y agregó nuevas apreciaciones que indican una reflexión seria sobre la justificación de este escenario de responsabilidad en específico – Sentencia del TS de 15 de julio y 25 de septiembre de 1987 – :

*...no se puede negar la efectividad de esa responsabilidad, siquiera su declaración presente el problema de su falta de regulación expresa en nuestro Ordenamiento Jurídico, pero de ello no puede colegirse que de tal ausencia de regulación derive la exención de responsabilidad para el Estado, pues ello implicaría una absoluta falta de ética en sus actuaciones y el desconocimiento de unos valores y principios reconocidos en la Constitución al inspirar preceptos concretos de la misma (...) si a nadie le es lícito dañar a otro en sus intereses sin venir obligado a satisfacer la pertinente indemnización, menos puede hacerlo el Estado al establecer sus regulaciones generales mediante normas de cualquier rango, menos las leyes, de lo que se infiere que, si fácilmente se da perjuicio alguno para ciudadanos concretos, económicamente evaluables, ellos deben ser indemnizados si, además, concurren los restantes requisitos señalados.*⁹⁷

Sin embargo, este razonamiento replicado a lo largo de las sentencias que fallaron todos los casos surgidos con ocasión de la reforma al régimen funcional español, quedó en *obiter dicta*, y por consiguiente, no formó parte de las motivaciones que introdujo el juzgador para efectos de fallar todos los procesos en mención. Simplemente, fue un argumento que permitió abrir las puertas a la introducción ulterior de la responsabilidad patrimonial del legislador en el ordenamiento jurídico de este país, a pesar de las evidentes contradicciones suscitadas en el seno mismo del Tribunal Supremo español, al momento de fallar los casos allegados en virtud de las reclamaciones indemnizatorias realizadas por los afectados con ocasión de las reformas funcionariales promulgadas por el legislador en los años 80. La discordancia de conceptos y de la divergencia de posturas existentes acerca de la fundamentación jurídica de este escenario de responsabilidad en el ordenamiento español siguió persistiendo en escenarios procesales ulteriores que abordaron

⁹⁶ Cita encontrada en: García, *Responsabilidad del Estado legislador en el derecho español*, 85.

⁹⁷ Cita encontrada en: Ahumada, “Responsabilidad patrimonial del Estado por leyes inconstitucionales”, 313-314.

casos en los cuales se volvió a plantear la controversia de la responsabilidad patrimonial del Estado por el hecho de la ley, como bien se verá en el siguiente acápite subsiguiente.

3.2.2. LA ACEPTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL LEGISLADOR POR LEYES CONSTITUCIONALES EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL.

Las controversias suscitadas en el derecho español en virtud de la elaboración y promulgación de las Leyes Funcionariales comentadas en el acápite anterior, dio lugar a que durante la elaboración de la ley 30 de 1992 – Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, regulatoria entre otros asuntos, del instituto de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas –, el legislador estableciera una disposición particular relativa a la indemnización de los perjuicios generados con ocasión de la expedición de actos legislativos. El artículo 139.3 de la ley en mención estableció lo siguiente:

Artículo 139. Principios de la responsabilidad:

(...)

3. Las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezcan en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos.⁹⁸

Dicha norma, como bien lo consideró la doctrina española en su momento, implica *per se*, que no se pueda afirmar que la indemnización existirá en el supuesto en que la ley no contenga la reparación a que haya lugar como resultado de la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos, en tanto el legislador, al excluir expresamente cualquier tipo de reparación de los perjuicios que se pudiesen causar a los destinatarios de dicha norma, impide que el Juez Contencioso Administrativo pueda dictar sentencias de condena contra el Estado como resultado de la configuración de este supuesto en particular.⁹⁹

⁹⁸ Ley 30 de 1992, <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1992-26318>. Según la Dra. María Ángeles Ahumada Ruiz, dicho artículo “claramente parte de una noción de “soberanía del legislador” en la que no es difícil descubrir la herencia francesa. Ahumada, “Responsabilidad patrimonial del Estado por leyes inconstitucionales”, 307, pie de página.

⁹⁹ A criterio del Dr. Eduardo García de Enterría, la redacción del artículo 139.3 de la ley 30 de 1993 es desafortunado, debido a que cuando una ley consagra expresamente la reparación de los perjuicios ocasionados con la aplicación del acto legislativo, no se habla técnicamente de responsabilidad patrimonial sino de una “obligación derivada de una ley, en los términos de los artículos 1089 y 1090 del Código Civil”. Igualmente plantea que la única posibilidad de que exista el deber de indemnizar con ocasión de la expedición

Sin embargo, como bien señala el Dr. Clemente Checa González: “Pese a la anómala redacción del precepto (...) hay que tener en cuenta que la jurisprudencia acertadamente (...) no presta atención a si el acto legislativo recoge o no expresamente la indemnización procedente, sino al hecho de que el daño consista en un sacrificio especial e imprevisible para alguna persona, con quebranto además de los principios de confianza legítima, buena fe, seguridad jurídica y equilibrio de prestaciones”.¹⁰⁰

En tal virtud, resulta paradigmática la sentencia del TS de 8 de abril de 1997, “en la que se declaró que la omisión de previsión legal expresa sobre la materia de responsabilidad no impedirá la correspondiente indemnización, siempre que se demuestre que la norma procedente del Poder Legislativo supone para sus concretos destinatarios un sacrificio patrimonial de carácter especial”¹⁰¹, permitiendo con ello que ante la inexistencia de cualquier tipo de indemnización en la ley, el juez pueda dictar sentencia condenatoria en contra del Estado, siempre y cuando se logre comprobar por la parte demandante, la configuración de un daño que no estaba en la obligación jurídica de soportar.

Ahora bien, la aceptación de la responsabilidad patrimonial del Estado – legislador en el derecho español, acaeció al igual que en Francia, por vía jurisprudencial. El TS español razonó que era perfectamente posible imputar la obligación indemnizatoria a cargo del Estado dimanante de su actividad legislativa, a pesar de que la ley generadora del daño antijurídico fuese perfectamente válida y acorde con la Constitución Española.

La reflexión de dicho Tribunal para llegar a la conclusión precitada, parte de que el legislador debe respetar los principios que irradian todo el ordenamiento jurídico español, entre ellos, el principio de confianza derivado del principio de seguridad jurídica consagrado expresamente por la Constitución española en su artículo 9.3:

de una ley, es cuando esta tiene un “contenido expropiatorio desde el punto de vista material”. Al respecto afirma lo siguiente: “[El supuesto de una ley de contenido expropiatorio] admite, a su vez, dos variantes: que teniendo contenido expropiatorio disponga, directa o indirectamente, como la Constitución lo impone (artículo 33.3), que esa expropiación vaya acompañada de la correspondiente indemnización, previo el procedimiento oportuno; y segunda posibilidad: que teniendo dicho contenido expropiatorio en su regulación material, pretenda excluir cualquier indemnización negándola directa o indirectamente. Este último caso nunca puede dar lugar a que un juez o Tribunal ordinario imponga una responsabilidad patrimonial al Estado; por el contrario, el supuesto sería el de una Ley inconstitucional, por violación del art. 33.3 de la Constitución, Ley respecto de la cual la única facultad con que cuenta el juez o Tribunal ordinario es la de plantear una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional”. García, *Responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el derecho español*, 235-236.

¹⁰⁰ Checa, “La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública con fundamento en la declaración de inconstitucionalidad de una ley”, 53.

¹⁰¹ *Ibidem*.

Artículo 9

(...)

3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.¹⁰²

De esta manera, bien puede el Juez de lo Contencioso Administrativo atribuir dicha responsabilidad, basándose “en la ruptura de la confianza legítima que la norma origina, en el quebranto que la misma efectúa de la seguridad jurídica o de la incertidumbre que muestran los particulares hacia el mantenimiento, al menos durante un período de tiempo razonable, de una determinada situación jurídica”.¹⁰³

La determinación del empleo de dicho título jurídico de imputación como fundamento explícito para atribuir la responsabilidad patrimonial del Estado en ejercicio de su actividad legislativa, se dio en las sentencias del 5 de marzo de 1993 (Pescanova), 27 de junio de 1994 (Alvamar) y 16 de diciembre de 1997 (Pebesa), las tres sobre perjuicios ocasionados a empresas pesqueras en virtud de la adhesión de España a las Comunidades Europeas, mediante la suscripción del Tratado de Adhesión a la Comunidad Económica Europea, ratificada en el ordenamiento jurídico interno a través de la Ley Orgánica 10 de 1985, de 2 de agosto. Dicho Tratado, “dispuso en su artículo 168, la eliminación durante 7 años, del sistema de cupos exentos de aranceles, concedido, por el Reino de España”.¹⁰⁴

Como bien reseña la Dra. María Consuelo Alonso García:

[Dichas sentencias] tienen como punto de partida el mismo hecho: la incorporación de España a la Unión Europea, que determinó, entre otras consecuencias, la rebaja de los cupos de pesca de los armadores nacionales. Esta situación fue común a otros sectores empresariales, como el lácteo, o a otras profesiones, que incluso fueron objeto de supresión, como los corredores de comercio, los agentes de cambio y bolsa, pero el punto de inflexión que fue determinante para apreciar el deber reparatorio del Estado en este supuesto concreto, y no así en los demás, fue el hecho de que las entidades mercantiles dedicadas a la pesca habían realizado notables inversiones para la renovación de su flota, aprovechando para ello las ventajas económicas que el propio Gobierno, mediante real decreto, les brindó unos meses antes de la firma del tratado de adhesión.

Fueron, por consiguiente, la propia acción de fomento del Ejecutivo, combinada con la aprobación de la Ley de Adhesión a la Comunidad Europea, las auténticas artífices del daño causado a los empresarios, quienes habían realizado inversiones para la

¹⁰² Constitución Española de 1978, <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1978-31229>

¹⁰³ Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera., Sentencia del 14 de marzo de 2014, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

*mejora de su actividad comercial confiando en el mantenimiento del ordenamiento jurídico al menos durante el tiempo necesario para amortizar la deuda contraída.*¹⁰⁵

La eliminación de los cupos exentos de aranceles, configuró, a criterio del Tribunal, una serie de perjuicios sufridos por las empresas pesqueras que descansaban en la confianza legítima de que las condiciones inicialmente previstas, fuesen mantenidas, con el fin de permitirles afianzar la rentabilidad de sus negocios.

La primera sentencia que da inicio a dicha teoría, es la dictada el día 5 de marzo de 1993, en la cual dicho Tribunal discurrió de la siguiente manera:

*[...] y si esto es así, si los particulares acomodaron su actividad a la política de fomento plasmada en las disposiciones más arriba reseñadas y si el propio gobierno español, con las necesarias autorizaciones, promovió y dio lugar al Tratado de Adhesión suscrito por el Reino de España, en el que resultaron eliminados, aunque fuera progresivamente, los cupos exentos de arancel, que, según parece, era el mayor beneficio para las empresas pesqueras españolas, es visto cómo y cual anticipábamos al inicio de ésta motivación, deviene procedente la indemnización cuestionada, habida cuenta, en primer lugar, la existencia de derechos o al menos intereses patrimoniales legítimos, cuyo sacrificio particular se impuso por las determinaciones que hemos relatado, sin que las respectivas sociedades tengan el deber jurídico de soportarlo, y además porque concurren cuantos requisitos exige nuestro ordenamiento para dar lugar a la responsabilidad patrimonial del Estado, [...].*¹⁰⁶

No obstante, el mismo TS afirma que si bien con ocasión de la eliminación de los cupos exentos de aranceles implicó la configuración de una serie de perjuicios que las sociedades afectadas no estaban en la obligación jurídica de soportar, lo anterior no era óbice, para que el legislador atendiendo a las circunstancias socio – económicas del momento decida modificar la regulación existente en una materia determinada, ya que el ordenamiento jurídico no reconoce el derecho adquirido al manteniendo de una ventaja ni puede garantizar la perpetuación de una serie de ventajas o beneficios a favor de los agentes económicos. Sostener lo contrario, afirma, significaría la petrificación del derecho.

Esta doctrina construida por el Juez Contencioso Administrativo, se puede vislumbrar en otros casos, como en el de los propietarios de terrenos afectados por una disposición legal que los declara áreas protegidas por interés ambiental y el de

¹⁰⁵ María Consuelo Alonso García y Eric Leiva Ramírez, “La responsabilidad del Estado por la actividad del legislador”. *Revista Derecho del Estado*, No. 29 (2012), 154-155 <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/3295/3070>.

¹⁰⁶ Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera., Sentencia del 14 de marzo de 2014, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

empresas dedicadas a la fabricación de productos derivados de petróleo afectadas por la creación de tributos especiales sobre los mismos.¹⁰⁷

La fundamentación de la responsabilidad patrimonial del Estado por su actividad en la producción legislativa, partiendo de la vulneración del principio de confianza, ha sido mantenido no solo en las sentencias referidas previamente, sino también en una serie de casos adicionales, que dan lugar a que el Tribunal Supremo español, sostenga de manera pacífica – entiéndase dentro de su jurisprudencia, no exento de controversias a nivel doctrinal¹⁰⁸ – la existencia de este escenario de responsabilidad con base en leyes válidas sin ningún tipo de reproche constitucional.

3.2.3. LA ACEPTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL LEGISLADOR POR LEYES INCONSTITUCIONALES EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.

El máximo Tribunal de lo Contencioso – Administrativo español, además de sostener que el Estado debe responder patrimonialmente por los daños antijurídicos causados a los destinatarios de leyes constitucionales o acuerdos con el ordenamiento jurídico superior, en virtud de la vulneración del principio de confianza legítima, también abrió las puertas de la reparación por los perjuicios ocasionados en virtud de leyes declaradas inconstitucionales por el Tribunal Constitucional.

La decisión de aceptar este escenario de responsabilidad – como se verá después –, se da con ocasión de la expedición de la Ley 5/1990, de 29 de junio, que establecía en el artículo 38.2.2 el cobro de un gravamen complementario sobre los juegos de azar.

Dicho gravamen fue objeto de impugnación por los empresarios dedicados a dicha actividad al considerar que contrariaba abiertamente diversas disposiciones constitucionales. Pocos Tribunales aceptaron tal impugnación, entre ellos, el

¹⁰⁷ Ahumada, “Responsabilidad patrimonial del Estado por leyes inconstitucionales”, 317.

¹⁰⁸ En este sentido, resultan lúcidas las apreciaciones dadas a conocer por el jurista español, Eduardo García de Enterría, en su obra “Responsabilidad patrimonial del Estado – legislador en el derecho español”, en donde critica severamente las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en los casos de las empresas pesqueras que resultaron perjudicadas como consecuencia de la ratificación del Tratado de Adhesión a la Comunidad Europea por parte del Estado español, ya que considera que radicar en el principio de confianza como fundamento de la responsabilidad del Estado – legislador es un despropósito habida cuenta de la inexistencia de regulación constitucional expresa de dicho principio, que permita concluir, que los agentes públicos deban sujetar sus actuaciones a la observación de dicho principio. Igualmente asevera, que sostener esta doctrina implicaría, ni más ni menos, que la petrificación del derecho, dada la imposibilidad por parte del legislador de modificar la legislación vigente, en tanto cercenaría los derechos de los particulares al mantenimiento de la regulación anterior.

Tribunal Contencioso – Administrativo de Cataluña que planteó varias cuestiones de inconstitucionalidad, por solicitud expresa de los reclamantes, ante el Tribunal Constitucional, “invocando en concreto la vulneración de la regla de interdicción de la arbitrariedad del artículo 9.3 de la Constitución, el principio constitucional de capacidad económica (...), el principio de progresividad del sistema tributario (...), y en fin, el principio constitucional (art. 9.3) de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales”.¹⁰⁹

El Tribunal Constitucional, como órgano garante de la supremacía de la Constitución, acogió parcialmente los argumentos esgrimidos por los reclamantes, y procedió a declarar inconstitucional dicho gravamen en sentencia 173/1996, de 31 de octubre, aduciendo que la norma contentiva del tributo vulneraba el principio de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales.

Cabe aclarar que el análisis llevado a cabo por el Tribunal, no se dio de manera estricta con respecto a dicho principio, sino que el problema de la retroactividad lo enfocó desde la perspectiva de los principios de certeza del derecho y seguridad jurídica, “que protegen a los destinatarios (...) de los perjuicios derivados de cambios legislativos imprevisibles e injustificados”¹¹⁰, acudiendo, por vez primera, a la vulneración del principio de confianza legítima como título justificativo de la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma enjuiciada.¹¹¹

Un factor determinante dentro de la controversia suscitada posteriormente, fue que ni en la fundamentación de su sentencia ni en la *ratio decidendi*, el TC fijó los efectos temporales de su fallo.

La declaratoria de inconstitucionalidad de dicho gravamen, originó una oleada de demandas contra el Estado – a pesar de que el tributo había sido cobrado y recaudado por las Haciendas Públicas de las Comunidades Autónomas – con el fin de solicitar la devolución de las sumas pagadas por los contribuyentes por dicho concepto, atendiendo a la responsabilidad patrimonial que le cabía como consecuencia de la expedición de una ley que posteriormente fue retirada del ordenamiento jurídico por inconstitucional.

El Tribunal Supremo, al momento de conocer de dichas demandas, decidió acoger las pretensiones contenidas en ellas, y procedió a condenar patrimonialmente al Estado por virtud de la declaratoria de inexecutable de la ley contentiva del

¹⁰⁹ García, *Responsabilidad patrimonial del Estado – legislador en el derecho español*, 220.

¹¹⁰ Ahumada, “Responsabilidad patrimonial del Estado por leyes inconstitucionales”, 328.

¹¹¹ Como bien destaca la Dra. María Ángeles Ahumada, la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma en cuestión, no es por el gravamen como tal, sino por el modo en que este se impuso. “Lo que se declara inconstitucional es el gravamen complementario introducido por la Ley 5/1990 *en su aplicación a* “quienes en 1990 permanecieron en dicho sector del juego o iniciaron su actividad empresarial en el mismo en la confianza de que sus obligaciones fiscales se hallaban previamente delimitadas por el Real Decreto-ley 7/1989”. *Ibíd.*

gravamen precitado, ordenando la devolución íntegra de las sumas pagadas por los contribuyentes junto con los correspondientes intereses desde el momento de su pago hasta su reintegro efectivo. Fue a partir de las sentencias del 22 y 29 de febrero, 13 de junio y 15 de julio del año 2000, que dicho Tribunal empezó a conceder la devolución de las sumas recaudadas acudiendo a la figura de la responsabilidad patrimonial del Estado. Cabe decir, que dicho criterio se mantuvo en una serie innumerable de sentencias – que exceden el centenar – que siguió la misma línea decisoria acerca de las reclamaciones atinentes al asunto en mención.

El razonamiento esgrimido por el TS, parte de la base de que previo a la expedición de la Ley 30 de 1992 – Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común – esa misma Corporación había admitido la posibilidad de la existencia de la responsabilidad patrimonial dimanante de su actividad legislativa “cuando han existido actuaciones concomitantes de la Administración causantes de un perjuicio singular, aunque éste de manera mediata, tenga su origen en la Ley”¹¹². Igualmente, resalta que, atendiendo a las experiencias del derecho comparado¹¹³, resulta claro que puede haber lugar a decretar la responsabilidad patrimonial del Estado-legislador cuando una ley es declarada inconstitucional en el evento en que ella “ocasiona privación de derechos y lesión de bienes, derechos e intereses jurídicos protegibles”¹¹⁴. Al respecto, aseveró: “Por definición, la ley declarada inconstitucional encierra en sí misma, como consecuencia de la vinculación más fuerte de la Constitución, el mandato de reparar los daños y perjuicios concretos y singulares que su aplicación pueda haber originado... Existe, en efecto, una notable tendencia en la doctrina y en el derecho comparado a admitir que, declarada inconstitucional una ley, puede generar un pronunciamiento de responsabilidad patrimonial cuando aquélla ocasiona privación o lesión de bienes, derechos, o intereses jurídicos protegibles”.¹¹⁵

El quid de la fundamentación de dichas decisiones consiste en que el Tribunal Constitucional al no fijar los efectos temporales de su fallo de inconstitucionalidad, le permite a los Jueces ordinarios, fijar en los casos concretos el momento a partir del cual dicha decisión empieza a producir efectos jurídicos acudiendo a los principios generales del derecho. De esta manera, sostuvo: “En nuestra opinión, cuando la propia Sentencia del Tribunal Constitucional (...) no contenga

¹¹² García, *Responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el derecho español*, 222.

¹¹³ Acerca de la “notable tendencia del derecho comparado” a aceptar este tipo de reparaciones como resultado de la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley, la doctrina española en esto es unánime al afirmar que no hay ninguna evidencia en el derecho comparado de aceptar este nuevo escenario de responsabilidad.

¹¹⁴ García, *Responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el derecho español*, 222.

¹¹⁵ Cita encontrada en: Ahumada, “Responsabilidad patrimonial del Estado por las leyes inconstitucionales”, 302-303.

pronunciamiento alguno al respecto, corresponde a los jueces contencioso – administrativos ante quienes se suscite tal cuestión decidir definitivamente acerca de la eficacia retroactiva de la declaración de inconstitucionalidad”.¹¹⁶

La antijuridicidad del daño¹¹⁷, como primer elemento de la responsabilidad patrimonial del Estado, se configura una vez se tiene por establecido que los actos administrativos liquidatorios de los tributos, son nulos de pleno derecho, al perder vigencia la ley en virtud del cual se expidieron dichos actos, como resultado de su contravención con el ordenamiento jurídico superior. Ello implica, que al considerarse la inexistencia de dichos actos en el plano jurídico como consecuencia de la nulidad de los mismos, los contribuyentes del gravamen complementario no tenían el deber jurídico de soportar el daño representado en la erogación patrimonial realizada como consecuencia del pago forzoso de dicho tributo. En sentencia de 20 de enero de 2001, el Tribunal discurrió de la siguiente manera: “No parece necesario abundar en razones explicativas de la antijuridicidad del daño causado por el desembolso de determinadas cantidades en concepto de gravamen complementario sobre la tasa de juego, pues tal abono se produjo exclusivamente en virtud de lo dispuesto por el art. 38.2.2 de la Ley 5/1990, de 29 de junio, declarado inconstitucional por Sentencia del Tribunal Constitucional 173/1996, de 31 de octubre, de manera que quienes lo efectuaron no tenían el deber jurídico de soportarlo.”¹¹⁸

Atendiendo a lo anterior, procedió a reconocer los perjuicios patrimoniales sufridos por los contribuyentes, no sólo frente a aquellos casos en los cuales todavía estaban pendiente de pronunciamiento por parte del juez al momento de la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma en comento, sino también frente a aquellos casos en los cuales, existía sentencia en firme con fuerza de cosa juzgada en la que declaraba la no prosperidad de las pretensiones de la demanda, debido a que la ley aplicable al momento del enjuiciamiento del caso, era de obligatorio acatamiento por parte de todas las autoridades públicas. Adicional a lo anterior, nada le impidió

¹¹⁶ Cita encontrada en: *La responsabilidad del Estado legislador en el derecho español*, 223-224.

¹¹⁷ En sentencia de 29 de febrero de 2000, el Tribunal Supremo Español, hizo las siguientes consideraciones con respecto a la antijuridicidad del daño en el marco de la aplicación de una ley inconstitucional: “Ha existido un perjuicio individualizado, concreto y claramente identificable, producido por el abono de unas cantidades que resultaron ser indebidas por estar fundado aquél en la directa aplicación por los órganos administrativos encargados de la gestión tributaria de una disposición legal de carácter inconstitucional no consentida por la interesada. Sobre este elemento de antijuridicidad en que consiste el título de imputación de la responsabilidad patrimonial no puede existir la menor duda, dado que el Tribunal Constitucional declaró la nulidad del precepto en que dicha liquidación tributaria se apoyó”. Cita encontrada en: Gabriel Domenech Pascual, “Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública por daños derivados de una ley inconstitucional”, 280.

http://www.academia.edu/9492796/Responsabilidad_patrimonial_de_la_Administracion_por_danos_derivados_de_una_ley_inconstitucional

¹¹⁸ Cita encontrada en: García, *Responsabilidad Patrimonial del Estado – legislador en el derecho español*, 224.

para reconocer las correspondientes indemnizaciones en los eventos en los cuales, los contribuyentes habían consentido el pago del gravamen, y por consiguiente, no habían instaurado ningún tipo de reclamación administrativa ni judicial, adquiriendo firmeza las actuaciones desplegadas por dichos contribuyentes en sus relaciones con la Administración.

La cuestión subyacente a esta línea decisoria, parte de la base de que en aquellos casos en los cuales existe sentencia con fuerza de cosa juzgada, en aplicación de una ley posteriormente declarada inconstitucional, no es posible proceder a su revisión, a no ser que se trate de procesos penales o contencioso – administrativos en los cuales haya de por medio la reducción o exclusión de una pena según lo contempla el artículo 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.¹¹⁹

Sin embargo, el TS estimó que dicha preceptiva no era aplicable para los casos en los cuales se está en presencia de la configuración de un daño antijurídico individualizado padecido por la víctima, ya que la acción de responsabilidad es independiente de las reclamaciones realizadas por los contribuyentes vía administrativa o jurisdiccional¹²⁰, en tanto aquella surge una vez el Juez Constitucional declara inconstitucional la norma enjuiciada, siendo entonces dos cauces jurídicos distintos e independientes. Así, el TS arguye lo anterior expresando las siguientes consideraciones:

“En nuestro sistema legal quienes han tenido que satisfacer el gravamen complementario impuesto por el precepto declarado inconstitucional, después de haber impugnado en vía administrativa y sede jurisdiccional dicho gravamen obteniendo Sentencia firme que lo declara conforme a derecho, no tienen otra alternativa, en virtud de lo dispuesto por el art. 40.1 de la [Ley 2/1979], que ejercitar, como en este caso ha procedido la entidad demandante, una acción de responsabilidad patrimonial derivada del acto del Legislador, dentro del plazo fijado por la Ley. (Sentencia de 20 de enero de 2001).

Esta Sala considera que la acción de responsabilidad ejercitada es ajena al ámbito de cosa juzgada. El resarcimiento del daño causado por el poder legislativo no implica dejar sin efecto la confirmación de la autoliquidación practicada, que sigue manteniendo todos sus efectos, sino el reconocimiento de que ha existido un perjuicio

¹¹⁹ Artículo 40.1 de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional dispone lo siguiente: “Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las Leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso – administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad”, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1979-23709>

¹²⁰ Esta misma posición la mantuvo, incluso después de que el mismo Tribunal Constitucional, en Sentencia de amparo 159/1997, afirmara frente a este mismo asunto, que la sentencia 173/1996 no permitía revisar los procesos culminados mediante sentencias con fuerza de cosa juzgada, en aquellos procesos en donde se dio aplicación a la ley posteriormente declarada inconstitucional. Ello debido a que no se estaba frente a ninguno de los supuestos preceptuados en el artículo 40.1. de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

*individualizado, concreto y claramente identificado por el abono de unas cantidades que resultaron ser indebidas por estar fundado aquél en la directa aplicación de una disposición de carácter inconstitucional no consentida por la interesada (Sentencia de 29 de febrero de 2000).*¹²¹

La imputación del daño antijurídico padecido por los contribuyentes, radica a criterio de la Sala 3ª del TS, en el Estado como creador de normas posteriormente declaradas inconstitucionales. La obligación indemnizatoria, no recae pues, en el agente recaudador del tributo, v.gr. las Haciendas Públicas Autonómicas, como órganos encargados de dar aplicación a lo preceptuado en el artículo 38.2.2 de la citada ley, sino en el órgano encargado de dictar la disposición legal que autoriza al cobro del tributo. Ello, bajo el entendido de que: “[Dicha] actuación es ajena y de naturaleza distinta a la actividad administrativa tributaria (...). El resarcimiento de los daños causados por la aplicación de la Ley inconstitucional no equivale a la devolución de los ingresos realizados, la cual puede corresponder a un ente diferente. El Estado en vertiente de Legislador responsable de los perjuicios causados, es ajeno a la Administración concreta a quien corresponde la gestión tributaria amparada en la Ley declarada inconstitucional”.¹²²

La dilucidación previa del Tribunal Supremo implica entonces la posibilidad de declarar responsable patrimonialmente al legislador por normas posteriormente declaradas inconstitucionales, atendiendo a la posibilidad que le compete a él de fijar los efectos de los fallos de inconstitucionalidad dictados por el Tribunal Constitucional, bajo el escenario de que este mismo no los hubiese fijado expresamente en la sentencia en cuestión. Igualmente, lo esencial para aquella Corporación, es que de la ley declarada inconstitucional surge la responsabilidad del Estado – legislador por los concretos perjuicios antijurídicos que se pudieron ocasionar durante su vigencia. Ello, bajo el entendido de que la sola declaratoria de inconstitucionalidad de la ley, denota una falla en el servicio legislativo o, en otras palabras, un funcionamiento anormal de la actividad legislativa, situación que por sí misma, implica la antijuridicidad misma de la acción con las consecuencias que ello conlleva en el plano de la responsabilidad extracontractual del Estado.

¹²¹ García, *Responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el derecho español*, 225-226. Esta consideración ha sido objeto de críticas por un sector de la doctrina, entre los cuales se puede citar, el Dr. Eduardo García de Enterría, Domenech Pascual, Leguina, entre otros. Estos juristas sostienen que es un contrasentido afirmar que el acto administrativo mediante el cual se cobra el tributo es jurídicamente vinculante, obligatorio y eficaz y al mismo tiempo que el decremento patrimonial sufrido por el contribuyente es antijurídico en tanto la norma superior que sustentaba el cobro del tributo fue declarada inconstitucional. En términos prácticos, ello implica dejar sin efectos las autoliquidaciones practicadas por la entidad recaudadora.

¹²² Cita encontrada en: García, *Responsabilidad patrimonial del Estado – legislador en el derecho español*, 227.

Por otra parte, las incoherencias dentro de las posturas esgrimidas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo para defender la responsabilidad patrimonial del legislador por normas inexecutable son visiblemente notorias, en tanto, en varias sentencias afirmó que la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma contentiva del tributo generaba automáticamente la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos que se erigieron con base en la norma legal, dejando sin sustento jurídico la obligación de sufragar el tributo por parte de los contribuyentes, y en otras sentencias, afirmó que dichos actos conservaban su eficacia jurídica y obligatoriedad para sus destinatarios, indicando que la antijuridicidad del daño devenía de la contradicción de la ley con el ordenamiento jurídico superior y que la acción de responsabilidad ejercitada por el afectado con la disposición inconstitucional era individual, autónoma y diferente de la acción de revisión que podría realizar frente a los actos liquidatorios del tributo por parte del ente recaudador, en tanto, lo que se reprochaba no era la liquidación del tributo en sí mismo sino el funcionamiento anormal de la actividad legislativa en el marco ordinario de su labor de expedición de leyes. De este último argumento, procedía precisamente, la posibilidad de revisar procesos fenecidos en sede administrativa y jurisdiccional que rechazaban la devolución del pago realizado en vigencia de la norma.

Esta postura, fue ulteriormente matizada por el mismo Tribunal Supremo, que dándose cuenta de las implicaciones prácticas de sus decisiones y de las críticas realizadas por un sector de la doctrina, afirmó que no era posible revivir procesos fenecidos si el mismo Tribunal Constitucional sostenía lo contrario en virtud de lo consagrado en el artículo 40.1 de la Ley Orgánica, fundamentándose para ello, en el principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución Española. La posibilidad de declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, quedaba supeditada entonces a las situaciones jurídicas que estaban pendientes de adquirir firmeza gracias a la impugnación que habían realizado los contribuyentes dentro del término legal. Este cambio de postura, implica, como bien sostiene el Dr. Gabriel Doménech, el enfrentamiento frontal de una de los argumentos más fuertes para declarar la responsabilidad patrimonial del legislador, que hace referencia al carácter autónomo e individual que reviste la acción de responsabilidad frente a la acción de revisión.¹²³

Como bien se ha descrito a lo largo del presente acápite, la línea decisoria mantenida por el Tribunal Supremo, no ha estado exenta de controversias. De hecho, ha generado en el plano doctrinal, un serio debate académico acerca de la

¹²³ Gabriel Doménech Pascual, “Donde dije responsabilidad patrimonial del Estado legislador digo...”, 11 de diciembre de 2017, <http://almacenederecho.org/donde-dije-responsabilidad-patrimonial-del-estado-legislador-digo/>.

solidez argumentativa de dichas decisiones, y de los peligros que puede conllevar una defensa, llevada al extremo, de la responsabilidad patrimonial del legislador.

3.2.4. LA CUESTIÓN ACTUAL.

El avance jurisprudencial adelantado por el Tribunal Supremo, y alentado en parte por diversas decisiones del Tribunal Constitucional, en materia de responsabilidad patrimonial del legislador, dio lugar, como bien se ha detallado en líneas anteriores, a diversas controversias y debates académicos acerca de la conveniencia o no de la expansión de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas a ámbitos poco explorados históricamente tanto en el derecho español como en el derecho comparado – a pesar de que, sorprendentemente, el mismo TS afirme que existen evidencias de la aceptación de este escenario de responsabilidad en el derecho comparado –. No obstante, dichas controversias quedaron parcialmente zanjadas con la expedición de la Ley 40 de 2015, en donde se consagró expresamente la responsabilidad patrimonial por actos del legislador. Los artículos 32 y 34.1 de la Ley en mención, se encargaron de regular dicha materia en los siguientes términos:

“Artículo 32. Principios de la responsabilidad.

1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.

La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone, por sí misma, derecho a la indemnización.

2. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.

3. Asimismo, los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos como consecuencia de la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos que no tengan el deber jurídico de soportar cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que en ellos se especifiquen.

La responsabilidad del Estado legislador podrá surgir también en los siguientes supuestos, siempre que concurren los requisitos previstos en los apartados anteriores:

a) Cuando los daños deriven de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, siempre que concurren los requisitos del apartado 4.

b) Cuando los daños deriven de la aplicación de una norma contraria al Derecho de la Unión Europea, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 5.

4. Si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la inconstitucionalidad posteriormente declarada.

5. Si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma declarada contraria al Derecho de la Unión Europea, procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la infracción del Derecho de la Unión Europea posteriormente declarada. Asimismo, deberán cumplirse todos los requisitos siguientes:

a) La norma ha de tener por objeto conferir derechos a los particulares.

b) El incumplimiento ha de estar suficientemente caracterizado.

c) Ha de existir una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta a la Administración responsable por el Derecho de la Unión Europea y el daño sufrido por los particulares

6. La sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley o declare el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea producirá efectos desde la fecha de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» o en el «Diario Oficial de la Unión Europea», según el caso, salvo que en ella se establezca otra cosa.

(...)

Artículo 34. Indemnización.

1. En los casos de responsabilidad patrimonial a los que se refiere los apartados 4 y 5 del artículo 32, serán indemnizables los daños producidos en el plazo de los cinco años anteriores a la fecha de la publicación de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley o el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea, salvo que la sentencia disponga otra cosa.¹²⁴

De dichas proposiciones normativas, se colige que el legislador contempló, atendiendo a las experiencias pasadas, que la responsabilidad del legislador podía surgir como consecuencia de una medida legislativa contraria al Derecho de la

¹²⁴ Ley 40 de 2015, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-10566>

Unión Europea, y de una ley posteriormente declarada inconstitucional, que durante su vigencia, generó daños antijurídicos en su aplicación, dejando sin regulación expresa, la responsabilidad patrimonial por leyes válidas y de leyes que no requieren de actos de aplicación por parte de la Administración para que produzca plenos efectos jurídicos.

El surgimiento de este tipo de responsabilidad, queda supeditada, como bien lo contempla la norma, a que el accionante, que se considera perjudicado con la expedición del acto legislativo, haya agotado previamente la vía administrativa en donde se haya dictado sentencia firme desestimatoria de sus pretensiones resarcitorias, y haya alegado en el curso del proceso, la contravención de la ley generadora de daños con el ordenamiento superior o con el Derecho Comunitario, estableciendo en este último supuesto, una serie de requisitos adicionales, que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, ha ido elaborando dentro de su jurisprudencia en el marco de la responsabilidad patrimonial de los Estados – parte de la Unión de Europea.¹²⁵

Naturalmente, tendrá que demostrar los demás elementos de la responsabilidad patrimonial del Estado, contenidos en el numeral 2 de la disposición precitada, es decir, que el daño padecido por la víctima no hubiese estado en la obligación jurídica de soportar; y, que aquél sea efectivo, económicamente evaluable e individualizado, restringiendo para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial, los daños ocasionados en los últimos cinco años anteriores a la fecha de la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma acusada, teniendo esta disposición normativa, sentido práctico, al evidenciarse la lentitud en que se encuentra sumida la Jurisdicción Constitucional de dicho país, en el marco de sus labores de control de constitucionalidad de normas acusadas de inconstitucionalidad, lo cual hace, naturalmente, mucho más gravosa las pretensiones indemnizatorias que versen acerca de la responsabilidad patrimonial del legislador por el hecho de una ley declarada inconstitucional – en específico, por disposiciones tributarias declaradas inexecutable –.

¹²⁵ Los casos paradigmáticos de la responsabilidad de los Estados por la contravención de las medidas legislativas internas con el Derecho Comunitario, son los casos *Francovich* y *Bonafaci*, fallados por el Tribunal de Luxemburgo en el año 1991. Esta jurisprudencia inaugural sería después afianzada en los casos *Brasserie du pecheur* y *Factortame III*, en donde erige el requisito de una violación suficientemente caracterizada para el surgimiento de esta clase de responsabilidad. Roberto Galán Vioque, “A vueltas con la regulación de la responsabilidad del Estado Legislador (un nuevo intento introducido en el Proyecto de Ley de Régimen jurídico del sector público de limitar el alcance de la responsabilidad del Estado legislador, esta vez en su vertiente)”, *Documentación Administrativa. Nueva Época.*, No. 2 (2015): 3, <https://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=article&op=view&path%5B%5D=10273&path%5B%5D=10770>

Ahora, a pesar de que la existencia de este fenómeno de responsabilidad quedó parcialmente zanjado, en tanto, el propio legislador lo aceptó expresamente vía legal, quedan serias dudas acerca del alcance de dichos preceptos, debido a que establece, en primer lugar, el requisito de acudir a la Administración para luego instaurar demanda contra el Estado bajo el escenario de que la sentencia haya sido desestimatoria, situación que no acaecía anteriormente, cuando Tribunal Supremo, sostuvo en diversos fallos, que no era necesario agotar los recursos administrativos y judiciales que cabían contra el acto administrativo que aplicó la ley posteriormente declarada inconstitucional, para interponer una acción resarcitoria contra el Estado – legislador por los perjuicios causados.

Igualmente, al restringir los efectos temporales de las sentencias de inconstitucionalidad hacia el futuro – a no ser que el Tribunal Constitucional establezca lo contrario – queda la discusión acerca de la antijuridicidad del daño, en los supuestos en que se cumpla la regla general consagrada en dicho precepto – es decir, que la modulación de los efectos temporales de los fallos de inconstitucionalidad se entienden que son hacia el futuro, a no ser que el mismo Tribunal establezca expresamente lo contrario –, disposición similar a la consagrada en el ordenamiento jurídico colombiano, en el artículo 45 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia.

Como bien sostiene el Dr. Roberto Galán Vioque: “Es discutible que con esta regulación se cumpla con el principio de efectividad que exige la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que prohíbe que una regulación nacional pueda establecer unas condiciones que de facto imposibiliten el reconocimiento de responsabilidad derivada de una infracción imputable a un Estado miembro del Derecho de la Unión Europea porque <<hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil obtener reparación>>”.¹²⁶

Así las cosas, más que dar a conocer que con la nueva Ley 40 de 2015, se logró reconocer expresamente la responsabilidad patrimonial del Estado en su vertiente legislativa, se logra entrever, tal y como lo afirma la doctrina especializada, lo problemático que resulta este escenario de responsabilidad atendiendo a los diversos ordenamientos jurídicos, que de una u otra forma, lo han abordado.

¹²⁶ *Ibíd*em, 5.

4. ALCANCE DEL ARTÍCULO 90 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO.

La discusión en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado por el hecho de la ley adquirió especial relevancia a partir de la expedición de la Constitución de 1991, en la cual se dispuso en su artículo 90 – considerada la cláusula general de responsabilidad del Estado – la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos que le fueren imputables por su acción o por omisión.

La introducción de esta disposición dentro del articulado constitucional, significó la posibilidad de que el legislador, en ejercicio de su función legislativa, pudiese ocasionar daños antijurídicos a los asociados. Esto, debido a que el artículo 90 de la Carta Política no estableció distinciones ni excepciones frente a ninguna autoridad pública en materia de responsabilidad patrimonial del Estado.

La intención del Constituyente Primario de sujetar a todos los órganos del poder público, sin exclusión alguna, como agentes potenciales generadores de daños antijurídicos, sujetos al juzgamiento por parte del Juez de lo Contencioso – Administrativo, se puede advertir en la ponencia presentada por el Dr. Juan Carlos Esguerra ante la Asamblea Nacional Constituyente:

Tal como se ha redactado el artículo, cabe perfectamente la posibilidad, hacia la cual claramente se está inclinando el derecho moderno, de extender el régimen de la responsabilidad patrimonial de Estado a aquella que se deriva de los yerros de la administración de justicia y eventualmente en un futuro, también a la responsabilidad que pueda derivarse de la función legislativa. La instauración concreta de una u otra, quedaría como corresponde, en manos de la ley y la jurisprudencia.¹²⁷

Con ello, queda claro que la intención del Constituyente de cobijar a todas las autoridades públicas bajo la institución de la responsabilidad del Estado, se vio reflejada en la inserción del ya citado artículo 90 constitucional en el entendido de que decidió primar la protección de los derechos y bienes de los individuos que la conservación de privilegios e inmunidades de las que gozaba el poder político en épocas pretéritas.

Una muestra de lo anterior, se puede corroborar en lo dispuesto por la misma Constitución Política, en diversas disposiciones constitucionales, que establecen la obligación indemnizatoria por parte del legislador, en aquellos casos de

¹²⁷ Asamblea Nacional Constituyente, Gaceta Constitucional No. 56, Lunes 22 de abril de 1991, Mecanismos de protección del orden jurídico y de los particulares. Ponente.: Dr. Juan Carlos Esguerra Portocarrero, <http://ezproxy.eafit.edu.co:2107/lexbase/jurisprudencia/Gacetas%20Constitucionales/g056.pdf>

expropiación – artículo 58 de la C.P.¹²⁸. –, establecimiento de un monopolio – artículo 336 de la C.P.¹²⁹ – o cuando el Estado decide reservarse ciertas actividades estratégicas o servicios públicos – artículo 365 de la C.P.¹³⁰

Sin embargo, a pesar de la existencia de dichos supuestos de responsabilidad del Estado – legislador, no puede afirmarse, como bien lo asevera la misma Corte Constitucional, que dicho escenario de responsabilidad se restrinja a lo consignado en ellas, sino que, por el contrario, se deberá examinar en cada caso concreto, si hay lugar a proceder a la correspondiente indemnización de perjuicios a cargo del Congreso de la República, debido a que una ley – constitucional o inconstitucional

¹²⁸ Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultare en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica.

El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad.

Por motivos de utilidad pública o interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Este se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa-administrativa, incluso respecto del precio. (Negrillas fuera del texto original).

¹²⁹ Ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley.

La ley que establezca un monopolio no podrá aplicarse antes de que hayan sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de ella deban quedar privados del ejercicio de una actividad económica lícita. (Negrillas fuera del texto original).

(...)

¹³⁰ Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. **Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.** (Negrillas fuera del texto original).

– fue la causante de los mismos según un examen previo del Consejo de Estado de los elementos constitutivos de la responsabilidad civil extracontractual del Estado:

(...) [L]a responsabilidad patrimonial del Estado por los hechos, acciones u omisiones imputables al Poder Legislativo está expresamente contemplada en el artículo 90 constitucional, pues cualquier otra posibilidad sería abiertamente inconstitucional desde la perspectiva del Estado Social de Derecho y de los principios y valores que rigen nuestro ordenamiento constitucional tales como la solidaridad, la igualdad, la justicia material y la supremacía de la Constitución. Principios que cristalizaron en el ordenamiento jurídico colombiano y que encontraron una de sus expresiones en la disposición constitucional en comento.¹³¹

Así las cosas, el paso de una irresponsabilidad absoluta del legislador a una responsabilidad patrimonial del mismo, quedó claramente consignado en el ordenamiento jurídico colombiano. La desacralización de la labor legislativa y la consiguiente sujeción normativa del legislador a la Carta Política – entiéndase como la vinculación más fuerte de los preceptos superiores a todas las autoridades públicas, incluido el Congreso de la República, que en su labor de producción del derecho debe observar lo contenido allí –, trasciende del control normativo realizado por la Corte Constitucional, al juzgamiento de los daños antijurídicos ocasionados a particulares en virtud de las leyes promulgadas por el órgano de representación popular. Como bien destaca el jurista español, Tomás Ramón Fernández:

(...) se ha hecho ya evidente que el Legislador no es el soberano y que, aunque ocupe, ciertamente, una posición privilegiada en el sistema, no puede reclamar de sus productos, las Leyes, los atributos de soberanía, ni, por supuesto, la inmunidad que antes resultaba de su equiparación de iure y de facto a la Constitución en cuanto expresiones ambas de la voluntad general de la Nación. La afirmación de la justicia constitucional y de la Constitución como norma jurídica, superior en este plano y no sólo en el plano político a cualquier otra, ha acabado simplemente con el mito de la omnipotencia parlamentaria, cualesquiera que sean las limitaciones inherentes a la jurisdicción constitucional y al Derecho que en la Constitución se plasma y cualesquiera que puedan ser también los fueros propios de la política y de quienes, en virtud del mandato de sus conciudadanos, realizan esta.¹³²

Las apreciaciones del jurista Tomás Ramón Fernández, a pesar de ser propias del pensamiento jurídico español, se reflejan plenamente en el derecho colombiano, que como bien se ha venido señalando, tuvo un cambio de paradigma radical con el advenimiento de la Constitución de 1991, y la asunción de este texto, como norma jurídica plenamente aplicable. La labor del legislador, que venía siendo considerada como el eje central del ordenamiento jurídico, hasta la Constitución de 1886, se ve alterada en virtud de la inserción de instrumentos jurídicos novedosos para ese entonces – como la excepción de inconstitucionalidad, la acción pública de

¹³¹ Corte Constitucional, Sentencia C – 038 del 1º de febrero de 2006., M.P.: Humberto Sierra Porto.

¹³² Cita encontrada en: Botero, *Responsabilidad patrimonial del legislador*, 3.

inconstitucionalidad, la acción de tutela, entre otros –, de la instauración de la Jurisdicción Constitucional - encargada de salvaguardar la supremacía e integridad de la Constitución, según lo dispone el artículo 241 del mismo texto constitucional –, y del cambio en el fundamento del poder político, que pasa de residir en la Nación ejercida a través del legislador – según lo consagraba el artículo 2¹³³ en concordancia con el artículo 105¹³⁴ de la Ley Fundamental de 1886 – a residir de forma exclusiva en el pueblo – según lo expone el artículo 3¹³⁵ del actual ordenamiento superior –.

En vigencia de la Constitución de 1886, resultaba dable asumir la postura que venía siendo esgrimida desde el siglo XIX – aunque no por ello, dejaba de ser discutible –, referente a la imposibilidad de cuestionar los productos legislativos, debido a que eran expresión de la soberanía, al ser el único órgano público competente para plasmar la voluntad de la Nación en la toma de decisiones, ya que la Nación, al ser un ente abstracto, no podía actuar por sí misma, si no que requería de la intermediación de la Rama Judicial, para hacer valer los fines y cometidos del Estado. En palabras del Dr. Hernando Valencia Villa:

[Este estado de cosas] (...) significa que la capacidad de establecer una organización política soberana en Colombia radica en la nación, pero la nación como tal no puede actuar por sí misma sino tal sólo a través de la mediación del Congreso. Se establece, en consecuencia, la tiranía de los representantes sobre los representados gracias a la irresponsabilidad política garantizada a los senadores y representantes a la Cámara por el artículo 179 (también refractario al reformismo constitucional), el cual define la relación política entre electores y elegidos como representación y no como mandato puesto que los ciudadanos no pueden imponer obligaciones a sus diputados.¹³⁶

Pero la impunidad, no quedaba limitada a la irresponsabilidad política del legislador, o en tiempo más anejos, a la inmunidad de los productos legislativos – es decir, sin control normativo por ningún Juez – sino que también se ampliaba en el campo de la responsabilidad extracontractual del Estado, ante la imposibilidad de supeditar la obligación resarcitoria a cargo del Estado – legislador, por los daños antijurídicos causados los asociados (en virtud de la expedición de leyes. Este último rezago de privilegio propio del siglo XIX, se rompe de manera definitiva con la consagración del ya citado artículo 90 constitucional, que hace responsable patrimonialmente a

¹³³ Artículo 2 de la Constitución de 1886: “La soberanía reside esencial y exclusivamente en la Nación, y de ella emanan los poderes públicos, que se ejercerán en los términos que esta Constitución establece”.

¹³⁴ Artículo 105 de la Constitución de 1886: “Los individuos de una y otra Cámara representan a la Nación entera, y deberán votar consultando únicamente la justicia y el bien común”.

¹³⁵ Artículo 3 de la Constitución de 1991: “La soberanía reside exclusivamente en el pueblo. El pueblo la ejerce de forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece”.

¹³⁶ Hernando Valencia Villa, *Cartas de batalla. Una crítica del constitucionalismo colombiano*, 3ª edición (Bogotá, Panamericana Editorial Ltda., 2010), 56.

todas las autoridades públicas – vale repetir, sin distinción alguna – por los daños antijurídicos causados como consecuencia de sus acciones u omisiones.

4.1. JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL HECHO DE LA LEY.

La jurisprudencia dictada en esta materia por el máximo Tribunal de lo Contencioso – Administrativo si bien no es abundante, como podría verse en otras materias, sí resulta al menos suficiente para determinar, con claridad, la posición esgrimida en diversas épocas acerca del problemático escenario de responsabilidad patrimonial por el hecho del legislador.

El recorrido histórico del tratamiento jurisprudencial data desde 1990 en adelante, en donde atendiendo a las circunstancias fácticas allegadas en cada caso, han dado lugar a pronunciamientos, en algunas ocasiones en sentido absolutorio, y en otras, en sentido condenatorio, habiendo consenso en el derecho colombiano, de la existencia de responsabilidad patrimonial por normas exequibles o acordes con el ordenamiento jurídico, situación que por oposición se predica del examen realizado por dicha Corporación en lo relativo a la responsabilidad patrimonial que le puede caber al legislador por normas posteriormente declaradas inconstitucionales por la Corte Constitucional, tratándose, sin lugar a dudas, de un tema torturado en el ámbito judicial, como bien se podrá notar posteriormente.

4.1.1. INEXISTENCIA DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL HECHO DE LA LEY.

4.1.1.1. Sentencia del dieciocho (18) de noviembre de mil novecientos noventa (1990). C.P. Julio César Uribe Acosta.

En esta sentencia la Sección Tercera del Consejo de Estado conoció en ejercicio de acción de reparación directa, de un caso en donde la parte demandante, la Sociedad Felipe Garrido & Cía., dedicada a la importación, distribución y venta del aguardiente “Caporal” en el territorio del Valle del Cauca, solicitaba la indemnización de los perjuicios padecidos a la parte demandante – Departamento del Valle del Cauca –, con ocasión de la expedición de la Ordenanza No. 025 de 2 de diciembre de 1.981 de la Asamblea Departamental del Valle del Cauca, y del Decreto No. 0623 del 30 de marzo de 1982 de la Gobernación del Valle del Cauca, que establecía un nuevo impuesto sobre licores extranjeros, “pero disfrazado bajo la forma de servicio

de bodegaje de licores nacionales y extranjeros”, actos que posteriormente fueron suspendidos por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca y, después, declarados nulos por la misma Corporación debido a que contrariaban disposiciones superiores. Decisión que fue confirmada posteriormente por el Consejo de Estado, pero que durante la vigencia del impuesto en mención, resultó ser sumamente oneroso para los intereses de la empresa – significó un incremento impositivo legal del orden del 898, 87% imposible de sufragar rentablemente para la parte demandante –, debido a que ocasionó grandes pérdidas económicas que imposibilitaron la introducción y comercialización de licores extranjeros en el Valle del Cauca, pérdidas traducidas a título de daño emergente y lucro cesante.

En la providencia que resuelve el recurso de apelación, el Consejo de Estado se acoge a lo fundamentado en la sentencia dictada en primera instancia y, adicionalmente, considera que los supuestos fácticos del caso no tienen el universo suficiente para elaborar jurisprudencia acerca de la responsabilidad del Estado por el hecho de la ley. No obstante, deja abiertas las puertas para que en un futuro, dicha Corporación acepte que hay lugar a declarar responsable patrimonialmente al Estado – legislador por el hecho de una ley, en atención a las experiencias del derecho comparado, especialmente en Francia, que ha aceptado la responsabilidad del Estado en este escenario.

En atención a lo anterior, la Sala acude a los argumentos esgrimidos por el profesor Jean Rivero, quien establece el marco conceptual en el que se ha desarrollado la jurisprudencia de dicho país en esta materia:

"a) La solución reposa en la INTEPRETACION DE LA VOLUNTAD DEL LEGISLADOR: el juez deduce, de su silencio, teniendo en cuenta las circunstancias, un consentimiento a la indemnización".

"b) La responsabilidad se basa en el principio de la igualdad de todos ante las cargas públicas - la ley impone, un pequeño número de particulares, identificables a pesar de la generalidad de los términos empleados, un perjuicio especial, en interés general. En el caso La Fleurette, la ley, en un conjunto de medidas destinadas a proteger la producción lechera amenazada por una caída de precios, prohibió la fabricación de productos susceptibles de reemplazar la leche para ciertos usos, lo cual no alcanzaba de hecho sino a un número reducido de empresas".

"c) El interés general en nombre de cual el sacrificio es impuesto se confunde con el interés colectivo de una categoría social o económica (en la sentencia La Fleurette, los productores de leche): Se acuerda una ventaja a unos imponiendo una carga a otros. Si la medida adoptada beneficia al conjunto de la colectividad, el juez duda, en principio, en indemnizar".

"d) Finalmente la actividad sacrificada no debe ser ni ilícita, ni inmoral, ni peligrosa para la colectividad."¹³⁷

Considera la Sala, que la voluntad del legislador en el supuesto que se le da a conocer, no se puede interpretar como un consentimiento por parte de éste de indemnizar a aquellas personas – naturales o jurídicas – que resulten perjudicadas por los efectos jurídicos producidos por la expedición de dichos actos.

Igualmente, plantea los inconvenientes que surgen del estudio de la responsabilidad del Estado por el hecho de la ley, acogiéndose a la postura sostenida por el jurista francés, Georges Vedel, quien afirma, en términos generales, que es un desacierto sostener que la responsabilidad derivada de las leyes es un escenario adicional dentro de la genérica institución de responsabilidad extracontractual del Estado, en el entendido de que la fuente dañosa es la ley, que no puede ser susceptible de crítica por parte del juez. En este orden de ideas, concluye que en lugar de sostener que hay lugar a responsabilidad por el hecho de una ley, se debe hablar de que lo que hay es un régimen de reparación aceptado por el legislador, en el entendido de que es él mismo, quien decide de forma expresa o tácita, si el daño debe o no ser reparado, y el juez, está “irrevocablemente vinculado por esta decisión del legislador”.

En atención a las anteriores consideraciones, el Consejo de Estado denegó las pretensiones de la parte demandante y dejó abiertas las puertas para que en un futuro se pudiese llegar a plantear la posibilidad de su existencia según circunstancias fácticas distintas.

4.1.2. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL HECHO DE LA LEY EXEQUIBLE.

4.1.2.1. Sentencia del veinticinco (25) de agosto de mil novecientos noventa y ocho (1998). C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

Los hechos que se vierten en este caso, hacen referencia a la muerte del señor César Julio Cuervo Pineda, quien fue atropellado por Edmundo ScottCowan, Coronel del Ejército de EEUU, quien conducía un automotor de placa diplomática CD – 0744, de propiedad de la Embajada de dicho país. Los reclamantes, esposa e hijos, que resultaron ser víctimas indirectas de la muerte de su familiar, iniciaron acción de reparación directa por los perjuicios padecidos, en contra del Estado –

¹³⁷ Cita encontrada en: Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera., Sentencia del dieciocho de noviembre de 1990, Consejero Ponente: Julio César Uribe Acosta.

Nación, representado por el Ministerio de Relaciones Exteriores y Congreso de la República – representado por el Ministerio del Interior – , en virtud de la expedición de la ley 6ª de 1972, aprobatoria de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, ley que estableció la inmunidad jurisdiccional de los agentes diplomáticos en territorio colombiano, y que en virtud de dicho privilegio, les cerró las puertas de la reparación, vía ordinaria, en contra del causante directo del daño, configurándose un desequilibrio a favor del responsable de la muerte del señor en mención; y en contra, de los familiares afectados con el insuceso, situación reprochable desde el plano del derecho de igualdad – consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política – por el que propende un Estado Social de Derecho, como lo es el colombiano.

El Consejo de Estado sostuvo en esta oportunidad, que a pesar de que la celebración, incorporación y ratificación de tratados internacionales por parte del Estado colombiano, constituye una actividad legítima, no implica que las consecuencias derivadas de la celebración de actos complejos, estén fuera del juzgamiento de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa, en el evento en que se configure los presupuestos de responsabilidad extracontractual del Estado contenidos en el artículo 90 de la Constitución Política de 1991. De esta manera, consideró que no resulta sensato atendiendo a criterios de razonabilidad, de justicia y de equidad que los privilegios concedidos por parte del Estado a los agentes diplomáticos de países acreditados, en virtud de la Convención de Viena, sean oponibles a los particulares afectados con ocasión de dicha prerrogativa. Los privilegios concedidos a dichos agentes, deben correr por cuenta del Estado receptor, con el fin de no vulnerar los derechos de los asociados: “Si del cumplimiento del Tratado, que como en el caso particular que nos ocupa deviene para los actores un perjuicio cuya autoría material radica en cabeza de un agente diplomático, la Nación Colombiana debe asumir las consecuencias patrimoniales derivadas del cumplimiento de sus obligaciones y respecto de las relaciones diplomáticas entre los Estados”.¹³⁸

La imposibilidad de acudir a la jurisdicción ordinaria por parte de las víctimas indirectas de la muerte del causante, generó, según dicha Corporación, una vulneración del principio de igualdad ante la ley, contenido en el artículo 13 de la Constitución Política, vulneración que se materializó en la asunción de una carga excesiva en relación con las cargas públicas que normalmente tienen a cargo los demás asociados, al no poder resarcir sus pretensiones indemnizatorias contra el causante directo del daño por las vías ordinarias. En este sentido, el Juez Administrativo concluyó que en este caso había lugar a declarar responsable

¹³⁸ Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera., Sentencia del 25 de agosto de 1998, C.P.: Jesús María Carrillo Ballesteros.

patrimonialmente al Estado a título de daño especial, en el entendido de que el daño antijurídico, expresado en la restricción al derecho de acceso efectivo a la administración de justicia – derecho constitucional fundamental, consagrado en el artículo 229 de la C.P. – produjo un rompimiento en el principio de igualdad ante las cargas públicas, situación que permite surgir la obligación indemnizatoria a cargo del Estado.

Por último, afirmó que no es necesario que haya una contradicción entre el acto legislativo y el ordenamiento superior, para efectos de declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, debido a que esta se deriva con independencia de la licitud o ilicitud de la conducta generadora del daño antijurídico, “pues la reparación deviene de la antijuridicidad del daño”.¹³⁹

4.1.2.2. Sentencia del seis (6) de diciembre de dos mil trece (2013). C.P. Stella Conto Díaz del Castillo

En este caso, se discute la responsabilidad patrimonial del Ministerio de Relaciones Exteriores, derivado de la imposibilidad por parte del señor José Lorenzo Castillo, de acceder a la administración de justicia, para efectos de satisfacer sus acreencias laborales generadas con ocasión de su relación laboral con la Embajada de Corea del Sur, desde el 31 de julio de 1992 hasta el 20 de octubre de 1998 como portero en dicho interregno de tiempo en la locación de dicha Embajada.

El fundamento de la demanda ejercitada en contra de la Embajada de Corea, hace referencia, en términos generales, a que durante la vigencia de su relación laboral, no fue afiliado al sistema de seguridad social, salud y pensión, y no le fueron reconocidas las prestaciones sociales de ley, ni los trabajos realizados en fines de semana y días festivos, estableciéndose con ello su inconformidad por la liquidación de su contrato laboral, una vez es despedido sin justa causa por parte de su empleador.

Las pretensiones constitutivas de dicha demanda, hacen referencia al no pago de las acreencias laborales mencionadas previamente, y al despido sin justa causa, realizado por parte de la Embajada, sin la debida indemnización a que había lugar, según lo disponía la legislación laboral vigente para ese entonces.

La razón de la imposibilidad de satisfacer sus pretensiones laborales por medio de la jurisdicción ordinaria, se da en virtud del rechazo de la demanda presentada por el señor José Lorenzo Castillo por parte de la Corte Suprema de Justicia, debido a la inmunidad jurisdiccional que gozan los agentes diplomáticos en el país receptor,

¹³⁹ *Ibíd.*

gracias a lo consagrado en la Convención de Viena, incorporada en el ordenamiento jurídico interno, mediante la Ley 6ª de 1972.

Considerando los presupuestos fácticos del caso, el Consejo de Estado, sostiene que el Estado colombiano le ocasionó un daño antijurídico al accionante a título de daño especial, al impedirle acceder a la administración de justicia – por razones extraordinarias basadas en las relaciones internacionales que sostiene con los demás Estados –, contra la Embajada de Corea, en virtud de la inmunidad jurisdiccional que gozan los Estados acreditantes en los países receptores.

En este sentido, el desequilibrio de igualdad ante las cargas públicas padecido por el señor José Lorenzo Castillo, materializado en la denegación de justicia por parte de la Corte Suprema de Justicia, de las acreencias laborales que consideraba tenía derecho, da lugar a que se declare responsable extracontractualmente al Ministerio de Relaciones Exteriores, como órgano competente de coordinar las relaciones internacionales con los demás Estados, por los perjuicios padecidos como consecuencia de la aplicación de la Ley 6ª de 1972. La indemnización de perjuicios que reconoció en este caso el Consejo de Estado, se basa en los perjuicios morales padecidos por el sentimiento de congoja sufrido por la víctima del caso, al haberse negado sus pretensiones laborales vía jurisdicción ordinaria; y, al lucro cesante dejado de percibir expresado en el interregno de tiempo que no estuvo afiliado a la seguridad social en salud, pensión y vejez, y a la falta de indemnización por parte del empleador a pesar de que lo despidió sin justa causa.

Como bien se puede ver, el Juez de lo Contencioso – Administrativo, desplazó al juez laboral en la administración de justicia de la materia puesta en conocimiento por el demandante, en el entendido, de que ante la denegación de justicia sufrida por él producto del rechazo de las pretensiones laborales por parte de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado procedió a remediar el daño antijurídico padecido por la víctima otorgando la indemnización previamente descrita. En este caso, persisten preguntas acerca de la determinación del daño y la forma en cómo se indemniza el perjuicio en este tipo de eventos.

4.1.3. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR OMISIÓN LEGISLATIVA.

4.1.3.1. Sentencia del primero (1º) de noviembre de dos mil uno (2001). C.P. María Elena Giraldo Gómez.

El caso objeto de estudio por el a-quo, hace referencia a las pretensiones indemnizatorias contenidas en ejercicio de acción de reparación directa, interpuesta por el apoderado del señor Oswaldo Patascoy Martínez, empleado público del Instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología y Adecuación de Tierras – HIMAT

– en la cual sostiene que al momento del despido realizado sin justa causa por parte de su empleador, era miembro activo del Sindicato Nacional de Trabajadores Oficiales del Instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología y Adecuación de Tierras “HIMAT” , por lo cual, para que pudiera haber lugar al despido, era necesario contar con autorización previa del juez laboral, situación que no acaeció en este caso.

Ante dicho escenario, el señor afectado con la decisión, decidió en primer lugar, agotar vía gubernativa ante la misma empresa, solicitando el reintegro de inmediato, debido a que no obraron acorde a derecho. No obstante, la respuesta fue negativa, y por consiguiente, decidió demandar a su ex – empleador ante el juez laboral, con el fin de obtener la reparación del daño ocasionado al asalariado.

La sentencia dictada tanto en primera instancia, como en segunda instancia, absolvió a la entidad demandada considerando que, a pesar de que la garantía del fuero sindical también ampara a este tipo de empleados oficiales – conforme lo establece el artículo 39 de la Constitución Política, no era posible condenar a dicha entidad, ya que la disposición constitucional requería de un desarrollo normativo por parte del Congreso de la República, situación que no había sucedido hasta el momento de dictarse sentencia de segunda instancia –.

El inciso 4º del artículo 39 del texto constitucional establece: “Se reconoce a los representantes sindicales el fuero y las demás garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión”.

A pesar de que varios Tribunales del país cobijaron los derechos laborales vulnerados de diversos trabajadores sindicalizados, a pesar de la inexistencia de normativa legal expresa, que desarrollara el articulado constitucional, el Tribunal de conocimiento del caso – Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto – decidió lo contrario y absolvió a la parte demandada en el proceso.

De esta manera, ante la insatisfacción de dicha decisión, decidió demandar al Ministerio de Gobierno en ejercicio de acción de reparación directa, debido a que el Congreso de la República, no había reglamentado la disposición constitucional en comento, situación que generaba una omisión legislativa, por parte del constituyente derivado, en el entendido de que, en virtud de los artículos 114 y 150 de la Constitución Política, estaba en la obligación de expedir la ley que reglamentara la garantía foral, hecho que ante su inobservancia había generado la causación de un daño antijurídico en cabeza del señor Oswaldo Patascoy Martínez expresado en la imposibilidad de que las autoridades judiciales reconocieran los derechos y garantías derivadas del fuero sindical.

Atendiendo a lo anterior, la Sección Tercera del Consejo de Estado, evaluó las consideraciones fácticas, desde el plano de la responsabilidad extracontractual del Estado, concluyendo que no había lugar a declarar responsable patrimonialmente al Congreso de la República, por omisión legislativa, dado que la función legislativa, consagrada a dicha autoridad pública, por virtud de los artículos 114 y 150 de la Constitución Política, no implicaban una obligación o deber jurídico de expedir leyes en un tiempo y modo determinados, que determinara de manera correlativa, el derecho por parte de los asociados de exigir a dicha Corporación, la expedición o creación normativa de una determinada materia atendiendo a un término de tiempo previamente consagrado.

La función legislativa, considera la Sala en esta sentencia, no puede equipararse con la actividad administrativa, en tanto, esta última en virtud de las competencias asignadas previamente por la Constitución y la ley, puede adquirir obligaciones específicas con los administrados, en diversas materias, como salud, seguridad, transporte, etc., que derivan en el surgimiento de relaciones jurídicas con contenidos claros de exigibilidad de una actividad en particular.

No resulta posible concebir, que lo mismo sucede con la actividad legislativa asignada al Congreso de la República, que tiene por esencia, ser una actividad programática dependiente de diversas condiciones fácticas o socio – políticas del momento, y que predeterminan, en este sentido, la creación de normas en diversas materias, según el criterio del legislador.

Por último, si se habla de omisión legislativa, como afirma la parte demandante, es importante tener en cuenta que para que surja la responsabilidad patrimonial del Estado, por omisión en la realización de una acción determinada, es imperativo, que se haya dado en razón a un incumplimiento de una obligación o de un deber que instaba al supuesto agente generador de daños, a actuar de una determinada manera, situación que no sucede en el caso en mención, ya que como se dijo previamente, no existe norma constitucional que establezca una obligación por parte del legislador de expedir normas en cualquier materia, en un tiempo previamente definido.

Así las cosas, el juzgador decidió despachar desfavorablemente las pretensiones de la demanda, y consideró que para el caso en comento, no había lugar a declarar responsable patrimonialmente al Ministerio de Gobierno, por omisión en la actividad legislativa del Congreso de la República, en lo relativo a la regulación del artículo 39 de la Constitución Política, atinente al fuero sindical, en tanto, según las pruebas allegadas al proceso, la razón por la cual no obtuvo una resolución favorable de sus pretensiones en sede de jurisdicción ordinaria, fue que no logró probar que estaba

vinculado laboralmente a dicho establecimiento público como trabajador oficial y no como empleado público, razón por la cual, se presumía que estaba vinculado como empleado público – regla general en los establecimientos públicos – para el momento en que lo despidieron de su trabajo; situación que permitía concluir que, atendiendo a la normativa aplicable para ese entonces – artículo 409 del Código de Procedimiento Laboral – no estaba cobijado por el amparo de fuero sindical.

4.1.4. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LEY DECLARADA INEXEQUIBLE.

4.1.4.1. Sentencia del veintiséis (26) de septiembre de dos mil dos (2002). C.P. Ariel Eduardo Hernández.

En esta ocasión, el Consejo de Estado conoció de una demanda en ejercicio de acción de reparación directa por parte del Municipio de Prado en contra del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con ocasión del no pago de los saldos generados por la concesión del servicio de telefonía móvil celular, que le corresponden a los municipios de las entidades territoriales en función de su participación de los ingresos corrientes de la Nación, según lo establecen los artículos 357 y 358 de la Constitución Política – en el cual se estipula que los ingresos corrientes de la Nación se constituyen por los ingresos tributarios y no tributarios, con excepción de los recursos de capital –. La controversia se suscitó gracias a la expedición de la ley 168 de 1994, que establecía en el numeral 2.7 del artículo 1º, que el caudal recaudado por concepto de concesión del servicio de telefonía móvil celular eran ingresos de capital y no ingresos corrientes, generando con ello, que las entidades territoriales no pudiesen tener participación sobre dicho rubro.

Esta disposición normativa fue demandada ante la Corte Constitucional, debido a que contrariaba los artículos 356, 357 y 350 de la Carta Política. La Corte, en ejercicio del control de constitucionalidad, consideró que, efectivamente, la disposición en comento era inconstitucional a la luz del ordenamiento superior y, por consiguiente, la declaró inexecutable en sentencia C – 423 de 1995, indicando, adicionalmente, que debían ser reintegrados a los ingresos corrientes, los recursos no ejecutados – a la fecha de notificación de la sentencia – por concepto de concesión de los servicios de telefonía móvil celular que estaban dentro del rubro de ingresos de capital.

El Municipio de Prado, parte demandante en el proceso, consideró que en virtud de dicho fallo, le debían ser indemnizados los perjuicios que padeció como

consecuencia de la expedición de la norma precitada, en tanto, al declararla inexecutable, resultaba claro que contrariaba la Constitución Política, y por consiguiente, los ingresos dejados de percibir por parte del Municipio de Prado durante el tiempo que estuvo vigente la norma, debían ser consignados al ente territorial, gracias a lo establecido por la Corte Constitucional en dicha sentencia.

No obstante, la Sección Tercera del Consejo de Estado, decidió que la pretensión indemnizatoria no debía prosperar, y para ello, hizo un examen acerca los efectos temporales de las sentencias de constitucionalidad dictadas por la Corte Constitucional y de la conveniencia de aplicar el artículo 4 de la Constitución Política, que consagra la figura de la excepción de inconstitucionalidad.

El quid del asunto lo resolvió dicha Corporación, sosteniendo que el único órgano competente para fijar los efectos temporales de las sentencias de constitucionalidad, era la propia Corte Constitucional, como único guardián de la supremacía e integridad de la Constitución Política. Dicha postura, iba en concordancia con lo sostenido por el mismo Tribunal Constitucional, en su propia jurisprudencia – en donde afirma que es esta Corporación la única autoridad competente para fijar los efectos de sus fallos, observando, naturalmente, lo consagrado en el texto superior y los fines que esta persigue – y, por el mismo artículo 45 de la ley 270 de 1996, estatutaria de la Administración de Justicia, que dispone que las sentencias que profiera la Corte Constitucional tienen efectos hacia el futuro a menos que la misma Corte establezca lo contrario.

El estudio de la procedencia de la excepción de inconstitucionalidad en este caso, fue abordado con el fin de determinar la viabilidad de aplicarla en aquellos eventos en los cuales la Corte Constitucional ha dictado una decisión de constitucionalidad con efectos erga omnes y hacia el futuro, y la incidencia que tiene la concesión de dichos efectos frente a situaciones jurídicas o actos proferidos en vigencia de la disposición declarada inexecutable. Ya que, como es obvio, las autoridades públicas deben acatar las decisiones que profiera dicho Tribunal, en el evento en que declare executable la norma jurídica acusada – permaneciendo vinculante para todos los destinatarios y operadores jurídicos a partir de la declaratoria de executibilidad – o en el evento en que la retira del ordenamiento jurídico por estar viciada de inconstitucionalidad – en el entendido de que al no seguir siendo parte del ordenamiento jurídico, no puede ser aplicada por ninguna autoridad pública –.

De esta manera, el ámbito de estudio de aplicación de la excepción de inconstitucionalidad en este caso, se restringía en aquellos eventos en los cuales, se habían proferido actos o generado situaciones jurídicas en vigencia de la norma acusada, y el Tribunal Constitucional, había decidido retirarla del ordenamiento jurídico con efectos hacia el futuro.

La Sección Tercera del Consejo de Estado, determinó que, en estos eventos, no procedía la aplicación de dicho mecanismo jurídico, debido a que como bien lo ha señalado la misma Corte Constitucional en diversos pronunciamientos, las sentencias de constitucionalidad tienen efectos erga omnes y, es ella, en virtud de lo consagrado en la Constitución Política, la única competente para conferir los efectos de sus fallos, según un análisis armónico de las disposiciones constitucionales, y de los fines que esta persigue – justicia y seguridad jurídica –. “Por lo tanto, una vez se produce el pronunciamiento respectivo, esta valoración está vedada a las demás autoridades públicas, pues ella corresponde, exclusivamente, a la Corte Constitucional”.¹⁴⁰

En este orden de ideas, si dicho Tribunal decide declarar inexecutable una disposición normativa, con efectos hacia el futuro, las autoridades públicas deberán acatar lo dispuesto en el fallo, y no podrán disponer de la figura de la excepción de inconstitucionalidad, frente a los actos proferidos o situaciones jurídicas consolidadas durante la vigencia de la norma, ya que “aquellos y estas conservan su eficacia jurídica”. Afirmar lo contrario, implicaría modificar en términos prácticos los efectos temporales por ella conferidos.

Para el caso en comento, el Consejo de Estado dictaminó, que de los pronunciamientos de la Corte Constitucional acerca del numeral 2.7 del artículo 1º de la ley 168 de 1994, se puede colegir que la concesión de efectos hacia el futuro, de la declaratoria parcial de inexecutable de la norma jurídica en mención, se dio con el fin de evitar un desequilibrio macroeconómico derivado del pago de los recursos ya ejecutados con anterioridad a la notificación de la providencia, por concepto de concesión de telefonía móvil celular, como ingresos corrientes y no como ingresos de capital. Consideró entonces que,

*En estas condiciones, resulta inaplicable el artículo 4º de la Constitución Política, en relación con el numeral 2.7 del artículo 1º de la Ley 168 de 1994, por la cual se decretó el presupuesto de rentas y recursos de capital y la ley de apropiaciones para la vigencia fiscal de 1995. (...) [L]os dineros recibidos por la Nación por la concesión del servicio de telefonía móvil celular, en el año 1994, ejecutados con anterioridad a la notificación de la sentencia C-423 del 21 de septiembre de 1995, no pueden ser considerados ingresos corrientes de la Nación, sino recursos de capital y, en consecuencia, es claro que no surgió para la Nación, respecto de un porcentaje de ellos, la obligación de transferirlos al Municipio de Prado.*¹⁴¹

Así las cosas, sostuvo que no había lugar a declarar la responsabilidad patrimonial del Estado por los perjuicios causados al Municipio de Prado, en virtud del no pago de dichos recursos por parte de la Administración Central, debido a que no se puede

¹⁴⁰ Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera., Sentencia del 26 de septiembre de 2002, C.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

¹⁴¹ *Ibidem*.

predicar la contradicción del numeral 2.7. de la Ley 168 de 1994 con la Constitución Política, respecto de las situaciones jurídicas consolidadas en vigencia de la misma.

4.1.4.2. Sentencia del veintiséis (26) de marzo de dos mil catorce (2014).
C.P. Enrique Gil Botero.

El asunto puesto de presente en este caso, hace referencia a la pretensión indemnizatoria ejercitada en acción de reparación directa, por parte de Goodyear de Colombia S.A., en contra de la Nación – Congreso de la República, para que se declarara patrimonialmente responsable a dicha autoridad pública, en virtud de la expedición de la Ley 633 del año 2000, creadora de la Tasa Especial por Servicios Aduaneros (TESA) – artículos 56 y 57 – que fueron posteriormente declaradas inexequibles por parte de la Corte Constitucional, en sentencia C – 992 del 19 de septiembre de 2001 por contrariar el artículo 338 del ordenamiento superior.

La pretensión indemnizatoria versaba acerca de los perjuicios materiales sufridos por la sociedad en mención, con ocasión de la creación de la TESA, ya que mientras esta estuvo vigente, debió pagar las sumas generadas por dicho concepto, a sabiendas de que era un tributo abiertamente inconstitucional e ilegítimo, tal y como concluyó la Corte Constitucional en el estudio de constitucionalidad de dichas disposiciones normativas. Situación, que para la parte demandante, expresaba claramente la falla en el servicio legislativo, al no proceder de manera ajustada a la Constitución Política en la creación de la TESA.

En esta ocasión, la Sala consideró que, en materia de responsabilidad del Estado – legislador por el hecho de una ley inconstitucional, es importante tener en cuenta que el daño antijurídico padecido por el destinatario de la normativa, surge desde el momento mismo de su expedición, en el entendido de que la norma al contrariar el ordenamiento superior, en virtud del principio de supremacía de la Constitución, nace viciada de inconstitucionalidad, es decir, la víctima no tiene el deber jurídico de soportar el daño, desde el mismo momento en que el legislador dictó la ley posteriormente declarada inexequible. El hecho de que el retiro del ordenamiento jurídico se de en un momento posterior, solamente implica que es a partir de ese suceso, que la víctima adquiere conocimiento de la antijuridicidad del daño, y por consiguiente, está legitimado en la causa por activa, para demandar en ejercicio de acción de reparación directa, a la Nación – Congreso de la República, por la expedición de una norma inconstitucional, ya que la sola declaratoria de inexequibilidad de la norma, es un indicador de que hubo una falla en el servicio legislativo, al no sujetarse el legislador a los preceptos superiores en la etapa de creación de las disposiciones jurídicas.

Sostiene, que el daño antijurídico le es imputable al Congreso de la República y no a la DIAN, como autoridad administrativa encargada del recaudo de la TESA, debido a que, es el agente creador de las normas y no el encargado de aplicarla, la autoridad pública a quien debe atribuírsele los daños padecidos por los destinatarios de la disposición, ya que sin ella, la autoridad administrativa, no hubiese procedido al cobro del tributo en mención. En este orden de ideas, la DIAN, no es más que “un mero agente estatal”, que obra de buena fe y que se encarga de cumplir la ley.

En materia de responsabilidad del Estado, resulta necesario distinguir las situaciones jurídicas consolidadas en vigencia de la norma, y los daños antijurídicos generados con ocasión de su expedición, ya que jurídicamente, “se trata de dos figuras autónomas e independientes”. No se puede sujetar el surgimiento de la obligación indemnizatoria a los efectos temporales concedidos en sus fallos por la Corte Constitucional, ya que ello no tiene incidencia alguna, a la luz del artículo 90 de la Constitución Política.

Dicho razonamiento, le permitió a la Sala, concluir que en el caso objeto de estudio, había lugar a declarar responsable patrimonialmente al Congreso de la República, por el defectuoso funcionamiento de la función legislativa, expresado en la declaratoria de inexequibilidad de su producto legislativo.

Cabe aclarar que esta sentencia fue dejada sin efectos vía tutela, debido a que a criterio del juez de tutela, dicho fallo había sido producto de una interpretación contraevidente o *contra legem* de la norma jurídica aplicable al caso concreto, es decir, sin tomar en cuenta los criterios de razonabilidad que le vinculan a todo juez en el marco de su amplio margen de interpretación de las normas jurídicas, implicando con ello la vulneración del derecho al debido proceso de la parte demandada.

4.1.4.3. Sentencia del veinte (20) de octubre de dos mil catorce (2014). C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

El supuesto fáctico en el presente asunto hace referencia a la pretensión indemnizatoria ejercitada en acción de reparación directa, por parte de EPSON Colombia Ltda., en contra de la Nación – Congreso de la República, con el fin de que se declarara patrimonialmente responsable a dicha autoridad pública, en virtud de la expedición de la Ley 633 del año 2000, creadora de la Tasa Especial por Servicios Aduaneros (TESA) – artículos 56 y 57 – que fueron posteriormente declaradas inexecutable por parte de la Corte Constitucional, en sentencia C – 992 del 19 de septiembre de 2001 al infringir el artículo 338 de la Constitución Política.

Los artículos en mención contemplaban lo siguiente:

Artículo 56. (...) Tasa Especial por los servicios aduaneros. Créase una tasa especial como contraprestación por el costo de los servicios aduaneros prestados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales a los usuarios, que será equivalente al uno punto dos por ciento (1.2%) del valor FOB de los bienes objeto de importación.

(...)

La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales mediante Resolución fijará los mecanismos de control para garantizar el pago de dicha tasa, así como la forma y los plazos para su cancelación.

(...)"

Artículo 57. (...) Administración y control. Para el control de la tasa especial por los servicios aduaneros, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales contará con las facultades de investigación, determinación, discusión, y cobro previsto en las normas aduaneras vigentes, en el Estatuto Tributario, y sus reglamentos. Teniendo en cuenta que esta tasa es un ingreso corriente sujeto a lo previsto por el inciso 2 del parágrafo del artículo 357 de la Constitución Política, y que no constituye en ningún caso un impuesto, créase el Fondo de Servicios Aduaneros, el cual se financiará con los recursos que recaude la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales por concepto de la misma. Los recursos de dicho Fondo se destinarán a recuperar los costos incurridos por la Nación en la facilitación y modernización de las operaciones de comercio exterior, mediante el uso de su infraestructura física y administrativa y para la financiación de los costos laborales y de capacitación de la DIAN. El Fondo de Servicios Aduaneros será administrado por la Dirección General del Presupuesto Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.¹⁴²

La pretensión indemnizatoria versaba acerca de los perjuicios materiales sufridos por la sociedad en mención, con ocasión de la creación de la TESA, ya que mientras esta estuvo vigente, debió pagar las sumas generadas por dicho concepto, a sabiendas de que era un tributo abiertamente inconstitucional e ilegítimo, tal y como concluyó la Corte Constitucional en el estudio de constitucionalidad de dichas disposiciones normativas, al considerar que el tributo en mención era un impuesto disfrazado de tasa. Situación, que para la parte demandante, denotaba la falla en el servicio legislativo en la expedición del tributo en mención, al no estar ajustado al ordenamiento superior.

El Consejo de Estado considera que, a pesar de que el artículo 90 de la Constitución Política, no excluye al Congreso de la República para efectos de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que causa en ejercicio de su función legislativa; en este caso no hay lugar a declarar patrimonialmente responsable a la autoridad pública enjuiciada, debido a que, para surja la obligación indemnizatoria

¹⁴² Ley 633 del 29 de diciembre de 2000. *Diario Oficial*, 44.275.

a cargo del Estado, es menester que se acrediten debidamente tanto el daño antijurídico como la imputación, al ser los elementos constitutivos de dichos instituto.

A juicio de la Sala: “En los eventos de responsabilidad por el hecho del legislador, el fundamento del deber jurídico de reparar puede residir tanto en un régimen subjetivo como en el objetivo de la responsabilidad, ora por la existencia de una falla en la prestación del servicio, ya por violación del principio de igualdad frente a las cargas públicas, y la determinación de uno u otro título de imputación depende de los hechos alegados y acreditados dentro del plenario”.¹⁴³

La delimitación del daño antijurídico, para el caso en comento, debe hacerse teniendo en cuenta la decisión tomada por parte de la Corte Constitucional, para efectos de determinar si era una carga que la parte demandante estaba en la obligación jurídica de soportar, o si por el contrario, era un daño indemnizable en razón a la antijuridicidad del mismo.

Resultaba necesario, a criterio del juzgador, que la Corte Constitucional le otorgara efectos retroactivos a su sentencia, para efectos de que el daño generado con ocasión de la expedición de la mencionada disposición jurídica, se tornara antijurídico, ya que de lo contrario, los efectos generados por la norma jurídica acusada se consideran válidos hasta el día en que el Tribunal Constitucional la retire del ordenamiento jurídico, siendo una carga de obligatorio cumplimiento por parte de sus destinatarios mientras esta estuvo vigente. De esta manera, la simple declaratoria de inexecuibilidad no basta para el surgimiento de responsabilidad patrimonial del legislador. Es menester, que dicho Tribunal le conceda efectos retroactivos a su decisión, situación que no acaeció en la sentencia C – 992 de 2001.

El anterior razonamiento condujo a que no prosperaran las pretensiones de la parte demandante, y se declarara no probado la consolidación del daño antijurídico, atendiendo a la presunción de legalidad y de garantía constitucional, que revisten las normas jurídicas hasta tanto no haya un pronunciamiento de la Corte Constitucional que la declare contraria a la Constitución con efectos retroactivos. Si la decisión es conferida con efectos hacia el futuro, las situaciones jurídicas consolidadas en vigencia de la norma, conservan su eficacia jurídica, y por consiguiente, no hay lugar al surgimiento de la antijuridicidad del daño.

¹⁴³ Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera., Sentencia del 20 de octubre de 2014, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

4.1.4.4. Sentencia del veintinueve (29) de abril de dos mil quince (2015). C.P. Hernán Andrade Rincón.

El Consejo de Estado conoció en este proceso, de una demanda de acción de reparación directa por parte de Hyundai Automotriz Colombia S.A., en contra de la Nación – Congreso de la República, por la expedición de la ya mencionada ley 633 de 2001, contentiva de la Tasa Especial para Servicios Aduaneros – TESA – posteriormente declarada inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C – 992 de 2001. Acto, que en criterio del demandante, le generó perjuicios económicos, expresados en el pago de dicho tributo durante el tiempo que estuvo en vigencia.

La Sala, consideró que para efectos del surgimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado – legislador por el hecho de una ley declarada inexecutable, no era necesario observar los efectos temporales concedidos a la decisión de inexecutable, debido a que no se podía sujetar dicho instituto a criterios adicionales a los consagrados en el artículo 90 constitucional. Así, la sentencia de constitucionalidad, solamente tenía utilidad en materia de responsabilidad extracontractual del Estado, a fin de determinar el término de caducidad de la acción de reparación directa, así como la cuantificación de los perjuicios. Nunca, para la determinación de la antijuridicidad del daño, y su imputación a la entidad pública causante del mismo.

El razonamiento elaborado por la Sección Tercera del Consejo de Estado en esta sentencia, parte de la base de que afirmar que los efectos temporales de las sentencias de constitucionalidad tienen incidencia en el plano de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, al punto de constituirse en el fundamento único y esencial para el surgimiento de aquella, significaría vaciar de contenido el artículo 90 de la Carta Política, en el entendido de que en ninguna ocasión se podría dar el supuesto de responsabilidad del Estado por el hecho de una norma inconstitucional, en tanto, todas las situaciones jurídicas consolidadas en vigencia de la norma declarada inexecutable, se consideran eficaces, y por consiguiente, aquellas “escaparían al régimen de responsabilidad patrimonial del Estado, reservándose este análisis a aquellas situaciones que nacieran con posterioridad a tal declaración, cuestión que resulta en un imposible jurídico puesto que la sentencia de inexecutable (...), en los más de los casos, tiene por efecto la exclusión automática del ordenamiento jurídico de tal disposición normativa, razón por la cual no sería lógico que se constituyeran situaciones jurídicas al amparo de una norma que ya no existe”.¹⁴⁴

¹⁴⁴ Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera., Sentencia del 29 de abril de 2015, C.P.: Hernán Andrade Rincón.

En este orden de ideas, es menester distinguir los conceptos de situación jurídica consolidada y de reparación del daño antijurídico, con el fin de dilucidar que lo que sucede en los casos de expedición de normas tributarias declaradas inexequibles, es que el daño antijurídico se consolidó con la expulsión de una norma inconstitucional, evento que permite entender la estructuración de la certeza del daño antijurídico.

Estas consideraciones, le permitieron a la Sala, concluir que atendiendo a los supuestos fácticos acreditados en el proceso, había lugar a decretar la responsabilidad extracontractual del Estado – legislador, por la expedición de una disposición jurídica inconstitucional, posteriormente declarada inexequible por la Corte Constitucional, condiciones suficientes para solicitar la indemnización de los perjuicios padecidos por parte de la sociedad actora al Congreso de la República.

Cabe aclarar, que, tal y como sucedió con la sentencia del veintiséis de marzo de 2014, esta sentencia también fue dejada sin efectos vía tutela, acudiendo a los mismos argumentos que en aquella ocasión esgrimió el juez de tutela, es decir, a una interpretación *contra legem* de la norma jurídica aplicable, y en la consecuente vulneración del derecho al debido proceso de la parte demandada dentro del proceso.

4.1.4.5. Sentencia de tutela del siete (7) de abril de dos mil dieciséis (2016). C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia.

La sentencia de tutela dictada por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, se da con ocasión de la tutela interpuesta por parte de la Agencia de la Defensa Jurídica para el Estado y el Congreso de la República en contra de la providencia dictada por la Subsección C, de la Sección Tercera del Consejo de Estado, el día 26 de marzo del año 2014, en la cual se condenó patrimonialmente al Congreso de la República por los daños antijurídicos causados a la Sociedad Goodyear de Colombia S.A., en virtud de la expedición de la ley 633 del año 2000, creadora de la Tasa Especial para Servicios Aduaneros – TESA -, posteriormente declarada inexequible – con efectos *ex nunc* – por la Corte Constitucional en la sentencia C – 992 del año subsiguiente, situación que a criterio de la Sala, derivó en que los pagos realizados por dicha sociedad mientras la norma estuvo vigente, fueran erogaciones que no estaban en el deber jurídico de soportar debido a la inconstitucionalidad de la norma contentiva del tributo.

Según los accionantes, el juzgador incurrió en diversos yerros que la hacen susceptible de ser atacada vía tutela por violar el derecho al debido proceso, en el entendido de que, incurrió en un defecto sustantivo, al aplicar incorrectamente el

artículo 90 de la Constitución Política e inaplicar el artículo 45 de la LEAJ al caso concreto.

El fundamento de dicha afirmación, hace referencia a que, el fallo controvertido no fundamentó la aplicación del título jurídico de imputación de falla del servicio, como criterio para el establecimiento de la obligación indemnizatoria por parte de la autoridad pública enjuiciada, es decir, no realizó un juicio de reproche a la conducta de la entidad condenada, ni estableció las razones de la antijuridicidad de la acción, indicando con ello, que a pesar de que hizo uso de dicho título jurídico, en la realidad, terminó imputando el daño causado de manera objetiva. Si se hubiese confrontado la norma jurídica contentiva del tributo declarado inexecutable con el ordenamiento superior, habrían concluido que dicha disposición no era “manifiestamente contraria a la Constitución”, sino que era producto de la libre configuración normativa de la cual es titular el Congreso de la República, “principio que permite al legislador dictar normas que son susceptibles de un amplio margen de interpretación”.

De igual manera, sostienen que no hay lugar a hablar de la antijuridicidad del daño, generado con la declaratoria de inexecutable de la disposición acusada, ni mucho menos, a que el destinatario de la misma no estaba en el deber jurídico de soportar la carga impuesta por ella, debido a que dicha normativa nació viciada de inconstitucionalidad en virtud del principio de supremacía de la Constitución, en tanto mientras estuvo vigente, formaba parte del ordenamiento jurídico y era de obligatorio cumplimiento por parte de sus destinatarios, concluyendo con ello, que al estar impregnada del principio de presunción de constitucionalidad, los daños ocasionados a los contribuyentes eran daños jurídicos que estaban en la obligación jurídica de soportar.

Por último, la parte demandante consideró que era totalmente evidente el desconocimiento del artículo 45 de la ley 270 de 1996, debido a que el Consejo de Estado no tiene la competencia para indicar desde qué momento producen efectos jurídicos los fallos proferidos por la Corte Constitucional, para efectos de determinar desde cuándo surge el daño antijurídico, ya que dicha normativa – y en ese mismo sentido, la jurisprudencia constitucional – establece que la única autoridad competente para fijar los efectos de los fallos de constitucionalidad, es la propia Corte Constitucional, situación que el juzgador desconoce de forma patente.

La Sección Cuarta, como juez de tutela en este asunto, cuestionó la fundamentación jurídica realizada por la Subsección C, de la Sección Tercera del Consejo de Estado, debido a que no era dable sostener, por una parte, que la disposición jurídica contentiva del tributo, estaba viciada de inconstitucionalidad desde el mismo momento de su expedición, y por otra parte, que dicha disposición, mientras estuvo

vigente, era de obligatorio cumplimiento por parte de los destinatarios de la misma, al presumirse su legalidad y estar incorporada al ordenamiento jurídico:

Un razonamiento [de este tipo] no tiene asidero, por cuanto la ley es vigente con todos sus atributos y consecuencias, por tanto no es posible, por ejemplo, que el juez administrativo escinda la ley en cuanto a sus efectos, para indicar que sí debía ser cumplida, obedecida y observada por todos los destinatarios, pero, de manera simultánea, que los efectos que esa ley produjo durante su vigencia derivaron en un daño antijurídico, máxime si la ley, durante su vigor, mantuvo su presunción de constitucionalidad, es decir, estuvo conforme con el ordenamiento.¹⁴⁵

Resulta equívoco sostener, que la antijuridicidad del daño surge desde el momento mismo de la expedición de la norma jurídica, debido a que, la nota de antijuridicidad hace referencia a que el daño sufrido por la víctima no tenga un título jurídico válido para su imposición a la luz del ordenamiento jurídico; el tributo cuestionado, mientras estuvo vigente, era de obligatorio cumplimiento por parte del sujeto pasivo del tributo, en el entendido, de que es deber de todos los asociados contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad – numeral 8 del artículo 95 de la Constitución Política –, y por consiguiente, si bien debe entenderse que la expedición de tributos por parte del Estado genera un detrimento patrimonial en sus destinatarios, que ocasiona un daño, este daño se considera jurídico, porque el ordenamiento jurídico así lo autoriza. Es incorrecto, aseverar que la norma nace viciada de inconstitucionalidad, debido a que los vicios solamente son percibidos cuando la Corte Constitucional en ejercicio del control de constitucionalidad, decide declararla inexecutable, es decir, solamente es contradictoria con el ordenamiento superior, desde que el Tribunal Constitucional decide retirarla del sistema de normas; antes de dicha declaratoria, se presume acorde con el ordenamiento jurídico:

El criterio adoptado por el fallo acusado es insostenible, toda vez que se funda en una escisión de los efectos de la vigencia de la ley que no es posible desde la lógica y el entendimiento jurídico. Además, que atenta con el valor supremo de la seguridad jurídica, característica esencial del Estado de derecho, pues de nada sirve que los fallos de inexecutable precisen que tienen efectos a futuro, si en todo caso, según el fallo cuestionado, habría que revisar todas las situaciones generadas con anterioridad a estos para determinar si pudo existir algún daño antijurídico que deba repararse.

(...)

Los efectos que señalan las sentencias de la Corte Constitucional cuando deciden la inconstitucionalidad son omnicomprendidos de todas las situaciones, por tanto, no es

¹⁴⁵ Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta., Sentencia de tutela del 7 de abril de 2016, C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia.

*acertado sostener, como lo hace el fallo acusado, que el efecto es ex nunc cuando se refiere a la validez de la norma, pero que para los daños que esta pudo causar durante su vigencia los efectos son ex tunc.*¹⁴⁶

Defender la posición esgrimida en dicha providencia, significa, ni más ni menos, crear una excepción, vía jurisprudencial, de lo preceptuado en el artículo 45 de la ley 270 de 1996, que establece que los efectos de los fallos de constitucionalidad dados por la Corte Constitucional se consideran que son ex nunc, a no ser que la misma Corporación diga lo contrario: “Esta “excepción” que pretende establecer el fallo acusado al artículo 45 de la Ley 270 de 1996 no es menor, todo lo contrario, es determinante para el caso, al punto que sobre aquella descansa su ratio decidendi. De otra forma la sentencia acusada no habría podido condenar al Congreso de la República, a pesar de que la sentencia C- 992 de 2001 determinó la inexecutableidad ex nunc de los artículos 56 y 57 de la Ley 633”.¹⁴⁷

Adicional a dichos cuestionamientos, esta Corporación critica el análisis prohiado en la sentencia objeto de tutela, en materia de la imputación del daño antijurídico al Congreso de la República, ya que no resulta lógico que el legislador responda patrimonialmente por los daños generados, simplemente por ser el órgano creador de la disposición jurídica declarada inexecutable, ya que, si se aceptara que el daño es antijurídico – que no lo es – cabría imputarlo a la DIAN, como entidad competente para recaudar los impuestos en nombre del Estado y en beneficio de la Nación, ya que es como consecuencia de dicho acto, que la sociedad perjudicada con la expedición de la norma en mención, le correspondió realizar las erogaciones debidas para efectos de satisfacer el tributo adeudado. No es acertado entonces, afirmar que dicha autoridad administrativa, es un “simple órgano estatal”, que actúa de buena fe y en cumplimiento de lo preceptuado por la ley, ya que es ella “la entidad estatal, es decir, el mismo Estado, encargada de recaudar las rentas tributarias nacionales, verbigracia la TESA, y el titular de tales rentas también es el Estado, concretamente, la persona jurídica Nación”¹⁴⁸. Sin contar, la incoherencia subyacente a dicho postulado, en razón, a que la presunción de constitucionalidad de la norma aplica para todos los actos ejercitados por la DIAN, en vigencia de la disposición inconstitucional, pero no para los daños antijurídicos ocasionados en virtud de la ley.

Igualmente, la falla del servicio como título jurídico de imputación empleado para radicar la obligación indemnizatoria en cabeza del Estado, no goza de la suficiente fundamentación jurídica, que permita concluir que el Congreso de la República

¹⁴⁶ *Ibíd.*

¹⁴⁷ *Ibíd.*

¹⁴⁸ *Ibíd.*

incurrió en una falla en el servicio legislativo. Asimilar la falla del servicio a un defecto en la función legislativa, materializado a la declaratoria de inexecutable de la norma por parte de la Corte Constitucional, constituye un error de concepto sobre la materia, en el entendido de que, no se puede equiparar la actividad legislativa encaminada a la producción del derecho, a la actividad que emprende la Administración – o los particulares – para la satisfacción de los servicios públicos. Resulta imposible, concluir que la simple exclusión de la norma inconstitucional, del ordenamiento jurídico, constituye un acto culposo por parte del agente generador del daño, que deriva en el juicio de reproche por parte del juzgador, por el funcionamiento anormal, tardío o negligente del servicio prestado.

En este punto, el juez de tutela realizó las siguientes consideraciones:

No desconoce esta Sala que la función pública legislativa tiene controles, por ejemplo, el control normativo con base en la Constitución Política, pero, en todo caso, dichos controles no pueden equipararse al control de oportunidad, calidad o de mérito que es propio de los servicios públicos. Por tanto, no es posible afirmar, como lo hace el fallo acusado, que el Congreso de la República incurrió en falla del servicio.

(...), la afirmación sobre la culpabilidad del autor, en este caso el Congreso de la República, requiere de un mínimo de argumentación para llegar a la convicción de que existió negligencia, decidida omisión o defectuoso cumplimiento del servicio, si es que pudiera hacerse este estudio frente a la actividad legislativa que, como se vio, no es posible.

*La función legislativa tiene amplio campo para configurar el ordenamiento jurídico. Ahí radica la autonomía del Congreso de la República. Y esa función está sometida al control de la Corte Constitucional. No puede transformarse la función pública legislativa en una suerte de servicio legislativo para de ahí derivar la falla del servicio causada por la expedición de leyes que luego son declaradas inexecutable.*¹⁴⁹

Lo anterior, dio pie para exponer que la vía que debió haber emprendido la parte afectada con la expedición del tributo inconstitucional – Goodyear de Colombia S.A., era, en primer lugar, acudir a la Administración para solicitar la devolución de lo pagado en el plazo previsto por el artículo 11 del Decreto 1000 de 1997, esto es, cinco años después del pago – en virtud de lo contenido en el artículo 850 del Estatuto Tributario, que establece la obligación por parte de la DIAN de devolver a los contribuyentes aquellos pagos no debidos o lo pagado en exceso. Si la respuesta por parte dicha entidad es negativa, el afectado con la decisión debe agotar los procedimientos administrativos para controvertir dicha decisión, y ejercitar posteriormente la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, con el fin de que sea el Juez Administrativo, a través de este medio de control, el que

¹⁴⁹ *Ibíd.*

decrete la nulidad de lo decidido, y ordene subsecuentemente, el resarcimiento de los perjuicios padecidos con ocasión de la decisión dada por la DIAN.

Así las cosas, diferenciar entre restitución de lo pagado y reparación por el pago, se erige como una distinción artificiosa por parte del juzgador, debido a que ello implicaría la posibilidad de que el afectado con el pago del tributo inconstitucional, pueda acudir tanto a la devolución de lo pagado – ante la DIAN – como al resarcimiento del perjuicio padecido por vía de acción de reparación directa – en contra del Congreso de la República –, situación que resulta a todas luces inconcebible dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

En razón de lo anterior, la Sección Cuarta, concluyó que el fallo acusado desconoció lo preceptuado en el artículo 90 de la Constitución Política y 45 de la Ley 270 de 1996, y de igual forma, el mecanismo dispuesto por el legislador, en el artículo 850 del Estatuto Tributario, “en cuanto al trámite que deben seguir los contribuyentes cuando estimen que un tributo pagado les debe ser devuelto”.¹⁵⁰

En consecuencia, amparó el derecho al debido proceso, vulnerado con la expedición de la sentencia del 26 de marzo del 2014, dejándola sin efectos, y ordenando a la Sección Tercera del Consejo de Estado, expedir una nueva sentencia, dentro del marco de autonomía judicial, atendiendo a los precisiones dadas a conocer en la sentencia de tutela.

4.1.4.6. Sentencia del treinta y uno (31) de octubre de dos mil dieciséis (2016). C.P. Guillermo Sánchez Luque.

En cumplimiento de lo ordenado en sede de tutela por parte de la Sección Cuarta y Quinta del Consejo de Estado – que ratificó en recurso de apelación interpuesto por Goodyear de Colombia S.A., lo dispuesto en el fallo de tutela de primera instancia –, la Sección Tercera de la misma Corporación, decidió de fondo acerca de las pretensiones indemnizatorias solicitadas por la parte demandante en su recurso de apelación, atendiendo a las observaciones realizadas por el juez de tutela contra la providencia judicial del 26 de marzo del 2014.

En esta sentencia se consideró, que en virtud de que existe un procedimiento administrativo previo que culmina con la expedición de un acto administrativo, para

¹⁵⁰ *Ibídem*.

solicitar la devolución de lo pagado – artículo 850 del Estatuto Tributario –, por parte de los afectados con tributos declarados inexequibles por la Corte Constitucional, la parte demandante en el proceso – Goodyear de Colombia S.A. – eligió de forma inadecuada la vía procesal para satisfacer sus pretensiones. Es decir, para efectos de reclamar la devolución de lo pagado por un tributo inconstitucional, resulta inconducente la acción de reparación directa, cuando el contribuyente tiene a su disposición la petición previa ante la Administración, que se constituye no sólo en una prerrogativa en cabeza de ella, sino en una garantía a favor del administrado, en tanto, le permite evitar una posible controversia judicial:

La demanda en estos casos deberá, pues, dirigirse no contra la Nación-Congreso de la República, sino contra la entidad de la administración de impuestos que sea competente, no solo porque es la encargada de la recaudación efectiva (art. 189.20), sino además porque estos proyectos de ley son de iniciativa privativa del gobierno (art 154 CN).

Cuando una ley, y esto es la regla general, requiere para su materialización efectiva la aplicación por la Rama Ejecutiva, es ésta y no el legislador, quien debe asumir los daños antijurídicos que llegare a generar. Ello, en modo alguno, supone negar la responsabilidad por el hecho de la ley, pero esta debe ser -por principio- excepcional, pues siempre la legislación para su efectiva aplicación requerirá de la intervención de la administración.¹⁵¹

Así, en caso de que la DIAN, rechace la solicitud realizada por el administrado, relativa a la devolución de la sumas pagadas en virtud del tributo declarado inconstitucional, este podrá no solo hacer uso de los mecanismos administrativos disponibles a su alcance para controvertir dicha decisión, sino también acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso – Administrativo, mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, con el fin de controlar la regularidad de la actuación administrativa y conseguir la indemnización de los perjuicios a que hubo lugar, en virtud de la expedición del acto administrativo nugatorio de sus pretensiones.

Dichas consideraciones, a criterio de la Sala, fueron suficientes para configurarse una ineptitud sustantiva de la demanda, atendiendo a que el medio de control no fue el adecuado según lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, y por consiguiente, se inhibió de conocer de la demanda instaurada por la parte demandante.

¹⁵¹ Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera., Sentencia del 31 de octubre de 2016, C.P.: Guillermo Sánchez Luque.

4.1.4.7. Sentencia de unificación jurisprudencial de la Sección Tercera del Consejo de Estado del veintisiete (27) de abril de dos mil diecisiete (2017). C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

En esta ocasión la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, emitió sentencia de reemplazo, en cumplimiento de lo ordenado por la Sección Cuarta de la misma Corporación, en sede de tutela, que dejó sin efectos la sentencia del 29 de abril de 2015, amparando el derecho a la “tutela judicial efectiva” del Congreso de la República en el fallo de tutela del día 26 de enero del año 2017, que fue confirmado por la Sección Quinta de la Corporación, luego de la interposición del recurso de apelación por parte de la sociedad Hyundai Colombia Automotriz S.A contra el fallo de primera instancia.

En esta providencia, la Sala Plena considera que no hay lugar a declarar patrimonialmente responsable a la Nación – Congreso de la República por la creación de la Tasa Especial de Servicios Aduaneros, declarada posteriormente inexecutable por la Corte Constitucional con efectos hacia el futuro.

El fundamento de lo anterior, consiste en que para poder dar vía libre a la responsabilidad patrimonial del Estado – legislador por el hecho de una norma tributaria declarada inexecutable, es menester probar la existencia de los elementos configurativos de la responsabilidad extracontractual del Estado contenidos en el artículo 90 de la Constitución Política. En el caso sub – examine, la entidad demandante – Hyundai Colombia Automotriz S.A. – no logró probar la antijuridicidad del daño ocasionado en virtud del menoscabo patrimonial sufrido por dicha sociedad como consecuencia del pago del tributo en mención, mientras este estuvo vigente, “toda vez dicho carácter no depende, per se, del pago realizado por la entidad demandante y de la declaración de inexecutable dispuesta por la Corte Constitucional respecto de los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000”¹⁵².

Ello, debido a que no se encontró acreditado dentro del proceso, que dicha sociedad hubiese acudido primero a la Administración en el trámite de la devolución del pago de lo no debido, - según expresa previsión legal del artículo 850 del Estatuto Tributario – en donde planteara la controversia de la juridicidad del daño padecido, sino que, por el contrario, hizo caso omiso de dicho mecanismo jurídico que tenía a su disposición o simplemente “optó por renunciar al derecho que tenía para reclamar la devolución de manera que no planteó la controversia relativa a la juridicidad de los pagos realizados durante la vigencia de las normas que posteriormente fueron

¹⁵² Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera., Sentencia del 27 abril de 2017, Sala Plena de la Sección Tercera, C.P.: Martha Nubia Velásquez Rico.

declaradas inconstitucionales”¹⁵³ dentro de un término de cinco años a partir del pago efectivo.

Atendiendo a las anteriores reflexiones, el juzgador consideró que en este caso no se podía hablar de la existencia del antijurídico, como fundamento de la responsabilidad del Estado, y por consiguiente, negó las pretensiones alegadas por la parte demandante.

¹⁵³ *Ibíd.*

5. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA POR EL HECHO DE LA LEY EN EL DERECHO NACIONAL.

La introducción de la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado dentro del articulado constitucional, al no eximir de responsabilidad a ninguna autoridad pública, condujo a que en un inicio se planteara la posibilidad de que el Congreso de la República, como órgano del poder legislativo, fuera responsable patrimonialmente como consecuencia de los daños antijurídicos que se pudieran causar a los particulares en virtud de la expedición de una ley – trátase de una ley constitucional o inconstitucional –.

No obstante, existía una fuerte resistencia en cuanto a la admisión de tal posibilidad, debido a que se partía de una concepción decimonónica de la labor del legislador dentro del Estado, en el cual su voluntad materializada en la ley, era considerada la expresión de la soberanía de la Nación, y por consiguiente, resultaba en contra de la lógica misma, pensar que de la expedición de una ley se generaran daños indemnizables, en el entendido de que la actividad legislativa giraba en torno a la satisfacción del interés general, y por consiguiente, los posibles daños que se pudieran generar en ejercicio de dicha actividad, debían ser soportados por la comunidad, en aras de garantizar el bien común. Esta línea de pensamiento se plasma en un sentido categórico por Laferriere de la siguiente manera: “...es un principio que los daños causados a los particulares por medidas legislativas no les dan ningún derecho a obtener una indemnización. La ley es, en efecto, un acto de soberanía y lo propio de la soberanía es imponerse sin que puedan reclamar ninguna compensación. El legislador puede apreciar la naturaleza y la gravedad del daño, apreciar las necesidades y los recursos del Estado, para determinar si debe conceder esta compensación. Los órganos jurisdiccionales no pueden asignarlo en su lugar”.¹⁵⁴

Dicha concepción, arraigada en el derecho nacional hasta la última década del siglo XX, – y vista claramente en la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 18 de octubre de 1990 donde desestima las pretensiones del demandante con base en dicho pensamiento jurídico – producto de la notable influencia histórica que ha ejercido el derecho francés sobre prestigiosos juristas y operadores jurídicos en el derecho nacional, generaba un manto de inmunidad sobre la labor del legislador en virtud de argumentos artificiosos que escapaban a la razón, en el entendido de que según los principios propios que rigen la responsabilidad, resulta inaceptable que el mismo agente generador de daños, decida en qué ocasiones procede su indemnización y en qué ocasiones no procede.

¹⁵⁴ Botero, *Responsabilidad patrimonial del legislador*, 13.

Como bien lo retrata el Dr. Luis Felipe Botero Aristizábal, en su obra Responsabilidad Patrimonial del Legislador, “una de las facetas más complejas de la responsabilidad del Estado es aquella que se produce cuando este, en cumplimiento de su función legislativa, se convierte en agente de daños, pues se trata de aceptar que la ley puede ser causa adecuada de perjuicios antijurídicos para los administrados e incluso para los mismos entes públicos, rompiendo la sacrosanta legalidad en mil pedazos”¹⁵⁵.

El juzgamiento del legislador por los daños antijurídicos ocasionados a los destinatarios de las leyes, implica asumir un giro copernicano acerca de la concepción de la actividad legislativa en el marco de un Estado Social de Derecho, en donde lo que debe primar es la defensa judicial de los derechos de los perjudicados en virtud de leyes constitucionales e inconstitucionales, y no el mantenimiento de privilegios e inmunidades infundadas, que lo único que buscaban era mantener un status que no corresponden con la realidad actual en materia jurídica y filosófico política, según la cual, todas las autoridades del Estado, independientemente de quien se trate, están sujetas al cumplimiento de lo establecido en el ordenamiento superior, que en virtud de la axiologización de la Constitución y su eficacia normativa, adquiere vinculatoriedad directa para todos los órganos del Estado en el cumplimiento de sus funciones, dando lugar a la “erradicación” constitucional de todo tipo de impunidad frente a la actuación del poder público. En este sentido se pronuncia, el Dr. Eduardo García de Enterría, a quien conviene citar por su especial lucidez en esta materia:

La Constitución, por una parte, configura y ordena los poderes del Estado por ella construidos; por otra, establece los límites del ejercicio del poder y el ámbito de libertades y derechos fundamentales, así como los objetivos positivos y las prestaciones que el poder debe cumplir en beneficio de la comunidad. En todos esos contenidos la Constitución se presenta como un sistema preceptivo que emana del pueblo como titular de la soberanía, en su función constituyente, preceptos dirigidos tanto a los diversos órganos del poder por la propia Constitución establecidos como a los ciudadanos. Como dijo KAEGI, <<lo fundamentalmente nuevo del Estado constitucional frente a todo el mundo del autoritarismo, es la “fuerza vinculante bilateral de la norma” (IHERING), esto es, la vinculación a la vez de la autoridades y de los ciudadanos, en contraposición a toda forma de Estado de privilegios de viejo y nuevo cuño. La Constitución jurídica transforma el poder desnudo en legítimo poder jurídico. El gran lema de la lucha por el Estado constitucional ha sido la exigencia de que el (arbitrario) government by men debe disolverse en un (jurídico) government by laws>>¹⁵⁶.

¹⁵⁵ Ibídem, 5.

¹⁵⁶ Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª Edición, (Madrid, 1983), 49.

La asunción del Estado constitucional como forma de organización política y de control del poder subyacente a las relaciones Estado – individuo – que se había desbordado trágicamente a principios del siglo XX, luego de constantes luchas sociales e ideológicas –, permitió la generación de varios cambios de paradigma en el ámbito de la teoría del derecho público europeo, que partía de una concepción legalista del derecho, fruto de la desconfianza de la clase burguesa hacia los jueces, para dar paso al desmantelamiento del poder legislativo – otrora poder omnímodo e imponente a todos –, subordinado, ya, a un código formal y materialmente vinculante a todas las esferas de la sociedad y a todos los ámbitos de actuación del Estado, quedando entonces, la ley hasta ese entonces como máxima expresión de la soberanía nacional, como simple instrumento normativizador de materias o asuntos ordinarios, que debían ir, como resulta obvio, en concordancia con los preceptos superiores. La inobservancia de dicho postulado, significaba ni más ni menos, que su declaratoria de inconstitucionalidad.

Este pensamiento jurídico, si bien se puede pensar que fue novedoso para la época, ya tenía suficiente arraigo en la tradición jurídica norteamericana, que desde antes de la declaración de independencia del 4 de julio de 1776, venía construyendo una teoría del derecho completamente ajena a la prevalente para la época en el mundo occidental, donde se partía de la concepción soberana del Parlamento, y por consiguiente, en la inmunidad legislativa por ningún órgano del poder público.

El postulado distintivo del derecho constitucional norteamericano – que permitió sin ninguna duda forjar las premisas para la independencia de la Corona Inglesa – fue la concepción de un derecho supralegal o *higher law* que vinculaba al derecho positivo en su validez, es decir, la posibilidad de reputar como *nula* una ley, cuando esta iba en contra del *fundamental law*, cuyo raigambre, de corte claramente iusnaturalista, estipulaba los valores y principios inmutables, inmodificables y perpetuos para efectos de respetar los derechos inherentes del hombre¹⁵⁷. El gran mérito de los juristas norteamericanos, fue plasmar este pensamiento iusfilosófico, en el nuevo texto constitucional, fundacional del Estado federal de los Estados Unidos, en 1787, que decide la validez de las normas jurídicas de inferior jerarquía: “<<Una vez que la fuerza vinculante del *higher law* se ha trasladado a estas nuevas

¹⁵⁷ “Ya en los famosos argumentos de JAMES OTIS en *el Writs of Assistance case*, de 1761 (que para ADAMS significan <<el nacimiento del niño independencia>>) se atacan las medidas fiscales que azotan a los colonos como contrarias a *the fundamental principles of law*, de lo que deduce que *an Act against Constitution is void* (una Ley contra la Constitución es nula) y que los Tribunales deben inaplicarlas (*the courts must pass such Acts into disuse*). Igualmente (...), el juicio por los pares y no por jueces extraños es <<el primero y más esencial derecho de la Constitución>>, estimando que juzgar irlandeses (o norteamericanos) en Inglaterra era contrario al *fundamental law* y que la ley que lo autorizaba era, por tanto, una *unconstitutional Act of Parliament*, una Ley inconstitucional del Parlamento; es quizás la vez primera en que aparece este concepto capital”. García, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 51-52.

bases, la noción de soberanía del órgano legislativo ordinario desaparece automáticamente, puesto que no puede ser soberano un cuerpo creador de Derecho que está subordinado a otro cuerpo creador de Derecho; pero, en segundo lugar, aun bajo la forma escrita constitucional difícilmente se habría mantenido el *higher law* como una protección para los individuos si no se hubiesen apoyado sobre la *judicial review* [la facultad judicial de declarar inconstitucionales las leyes]>>.”¹⁵⁸

Este razonamiento sentado desde finales del siglo XVIII, permitió que a través de elaboraciones doctrinales, liderados por Alexander Hamilton, principalmente, a través de *El Federalista*, se diera a conocer la importancia de la supremacía de la Constitución – o de su vinculación más fuerte que cualquier ley dictada por el legislador – y de su necesaria observancia por parte de los jueces del Estado federal, a través de la técnica jurídica de la *judicial review*, o de la inaplicación de leyes contrarias a la Constitución. Esta doctrina, como bien retrata García de Enterría, no vendría a consolidarse en el Tribunal Supremo norteamericano, sino hasta la conocida sentencia *Marbury vs Madison* de 1803, en donde el honorable juez Marshall, sostiene que ningún acto expedido por el legislador puede contrariar la Constitución, so pena de declarar su nulidad – “*than an act of the legislature repugnant to the Constitution is void*”¹⁵⁹ –: “Por primera vez en esa famosa sentencia se anula una ley federal, partiendo de la observación elemental que hace el juez Marshall de que cuando una ley se encuentra en contradicción con la Constitución la alternativa es muy simple: o se aplica la ley, en cuyo caso se inaplica la Constitución, o se aplica la Constitución, lo que obliga a inaplicar la ley; él opta por esta segunda solución, naturalmente, que juzga the very essence of judicial duty.”¹⁶⁰

Esta particular concepción del derecho, indica que la validez o invalidez de una norma está subordinada desde el momento mismo de su expedición, es decir, su forma de producción o su contenido se encuentran supeditados a los estándares fijados por el ordenamiento superior, de manera que su inobservancia acarrea indefectiblemente su nulidad que da lugar a que el juez en el caso *sub examine*, deba inaplicarla con el fin de defender la Constitución, como *supreme law of the land*: “De aquí derivaría el principio llamado de <<the void ab initio theory>>, la teoría de la nulidad de origen, lo cual implica, como se comprende, que los efectos de la constatación de inconstitucionalidad de la Ley se aplicarían retroactivamente, dado que, en los términos de una Sentencia del Tribunal Supremo de 1883, in legal contemplation... it has never been passed, en perspectiva legal es como si nunca hubiese ocurrido”.¹⁶¹

¹⁵⁸ *Ibidem*, 53.

¹⁵⁹ Cita encontrada en: García, *Responsabilidad patrimonial del Estado – legislador*, 266.

¹⁶⁰ *Ibidem*, 126.

¹⁶¹ García, *Responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el Derecho español*, 266.

No fue sino hasta la segunda mitad del siglo XX – en la segunda post-guerra – que el derecho europeo recibe y consolida el principio de supremacía constitucional elaborado por el derecho norteamericano, con el fin de dotar de eficacia normativa a un texto, que hasta ese entonces, venía siendo considerado, como un texto meramente programático y, a lo sumo, de distribución o reparto del poder dentro del entramado estatal¹⁶². La configuración de la justicia constitucional, como órgano garante de la supremacía normativa de la Constitución, tiene su origen en el sistema de control de constitucionalidad elaborado por Kelsen, e implementado por primera vez en el derecho austríaco en 1920, año en el cual se crea el primer Tribunal Constitucional en tierras europeas. El sistema kelseniano difiere del *judicial review* norteamericano, en diversos aspectos sustanciales, que marcan claramente las dos concepciones iusfilosóficas existentes en los dos países creadores de ambos esquemas de control constitucional, producto del particular contexto político y social que revisten ambos momentos de la historia jurídica universal.

Mientras que el control difuso implementado en Norteamérica, implica que cualquier juez puede inaplicar una norma por juzgarla inconstitucional, el control austríaco-kelseniano, parte de la base de un control constitucional concentrado que permite que un Tribunal especializado, juzgue de forma positiva o negativa, la conformidad de una norma de inferior jerarquía con la Constitución¹⁶³, impidiendo de esta manera, que “cualquier” juez pudiese ejercer dicho control a través de la inaplicación de la norma enjuiciada. Esta cuidadosa estructuración del control de

¹⁶² Cabe recordar, que el significado propio de la Constitución, fue perdiendo vigencia en Europa durante el siglo XIX, como consecuencia de los embates que le propinaron desde la izquierda y la derecha a la noción construida desde finales del siglo XVIII, gracias a la etapa revolucionaria francesa. Como bien reseña, García de Enterría: “Por la derecha, es la obra de las Monarquías restauradas que suceden a la ruptura impuesta en todo el Continente por los Ejércitos de Napoleón. Estas Monarquías van a recoger de la idea constitucional únicamente lo que contiene de codificación formal del sistema político superior, así como, si acaso, alguno de sus contenidos menos peligrosos, de los que pasa a hacer simple retórica. Es así como los Monarcas <<otorgan>> Cartas constitucionales, que tienen ya poco que ver con la primigenia idea de Constitución (...) [colocándose] en una situación propia pre- y supraconstitucional, puesto que lo consagra como co-poder constituyente.

El ataque por la izquierda al concepto originario de Constitución procede de la izquierda hegeliana y, finalmente, del marxismo en que ésta desemboca. Con resolución se intenta hacer la <<reducción>> de la norma constitucional formal a la estructura de poder real que la subyace y soporta y de la que aquella no sería más que un enmascaramiento convencional (...).

Esos dos embates son decisivos, hasta el punto de que en Europa continental va a perderse, con alguna excepción, el sentido genuino de Constitución durante casi todo el siglo XIX”. García, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 42.

¹⁶³ “El sistema de control de la constitucionalidad de las Leyes se configura como una función constitucional que no sería propiamente judicial, sino, en los explícitos términos de KELSEN, de <<legislación negativa>>. En concreto, el Tribunal Constitucional no enjuicia ningún supuesto de hecho singular, sino sólo el problema puramente abstracto de compatibilidad lógica entre el pronunciamiento, también abstracto, de una ley y la norma de la Constitución”. García, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 57.

constitucionalidad en el derecho europeo continental, se hizo con el fin de evitar, lo que la doctrina ha denominado como el “gobierno de los jueces”, en una época en la que estaban en su esplendor movimientos como la “Escuela Libre del Derecho” o la “Libre Jurisprudencia de Conceptos”, que propugnaban por un mayor activismo judicial de forma paralela a la incentivación de la inobservancia de la ley como instrumento del que se sirve el juez para la resolución de conflictos, como consecuencia del ingreso de nuevos movimientos políticos en la arena política que estaban trastocando los valores tradicionales.

Acerca de este planteamiento teórico elaborado por este jurista austríaco, García de Enterría expone lo siguiente: “El rigor lógico con que este principio es mantenido lleva a Kelsen a sostener que hasta tanto el Tribunal Constitucional no ha declarado la Ley inconstitucional (declaración que tiene efectos erga omnes, lo que es propio de un acto legislativo -<<fuerza de ley>> -, aunque aquí sea de abrogación) dicha Ley es válida, que es lo que justifica que los jueces y Tribunales ordinarios no puedan inaplicarla”.¹⁶⁴

Criterio radicalmente distinto al manejado en el constitucionalismo norteamericano genuino, donde se tiene que la norma nace viciada de inconstitucionalidad, y por consiguiente, una vez declarada su inexecutableidad, es declarada con efectos *ex tunc*, a diferencia del sistema continental europeo, donde su declaratoria es realizada con efectos *ex nunc*. No obstante, cabe aclarar que la técnica de la *judicial review* originaria, cambió sustancialmente a partir de la segunda mitad del siglo XX, especialmente con el fallo *Linkletter*, en el cual el Tribunal Supremo adopta la doctrina prospectiva en sus fallos – es decir, los efectos temporales se producen hacia el futuro o *ex nunc* – con el fin de salvaguardar importantes valores del ordenamiento jurídico, como lo son la buena fe y la seguridad jurídica.¹⁶⁵

Ahora, teniendo en cuenta lo esbozado en líneas precedentes, conviene detenerse a examinar la conexión íntima que ha existido históricamente, entre el control constitucional que recae sobre los productos legislativos y la responsabilidad extracontractual del Estado – legislador, situación que ha derivado en un sinnúmero de planteamientos y debates inconclusos, y han generado confusiones tanto en el

¹⁶⁴ *Ibidem*.

¹⁶⁵ En este sentido se pronuncia García de Enterría, cuando reseña: “...hay que notar que una jurisprudencia que data ya de la segunda mitad del siglo XX ha corregido sustancialmente la doctrina de la retroactividad absoluta de los efectos de las Sentencias de inconstitucionalidad (ya afectada paulatinamente por sucesivas puntualizaciones desde la perspectiva de la buena fe, la razonabilidad de los plazos y la seguridad jurídica), introduciendo, ya por vía general, la doctrina llamada <<prospectiva>>, esto es, la que establece que los efectos de una declaración de inconstitucionalidad se producen *pro futuro*, no para el pasado, que se mantiene en principio íntegro”. García, *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el derecho español*, 268.

derecho comparado como en el derecho nacional, acerca de la configuración de este escenario de responsabilidad, en las que en el ámbito teórico – jurídico, se han mezclado profundamente ambas herramientas jurídicas de control del ejercicio del poder, y que de forma paralela han dado paso a diversas formas de solución de las controversias en el ámbito judicial. Acerca de la relación entre ambos mecanismos jurídicos, la Corte Constitucional colombiana, en sentencia C – 038 de 2006, expuso lo siguiente:

El control de constitucionalidad no es un requisito sine qua non para el reconocimiento de la responsabilidad del Legislador, y como bien señala la doctrina, la conexión entre las teorías del control de constitucionalidad y de la responsabilidad del legislador es, cuando menos, problemática pues no toda declaratoria de inconstitucionalidad implica responsabilidad estatal, ni todo reconocimiento de la responsabilidad del legislador tiene como requisito la previa declaratoria de inconstitucionalidad de una norma. Incluso, un examen del derecho comparado nos demuestra la independencia de ambas figuras pues es posible apreciar que hay ordenamientos sin control de constitucionalidad de leyes vigentes que reconocen la posibilidad de responsabilidad del legislador (Francia); ordenamientos sin control de constitucionalidad de leyes y sin mecanismos de exigencia de responsabilidad del legislador (Reino Unido); ordenamientos con control de constitucionalidad en los que no hay una asociación entre inconstitucionalidad y responsabilidad patrimonial (EE.UU.); ordenamientos con control de constitucionalidad y reconocimiento –limitado a lo dispuesto por la ley- de un derecho a indemnización por los perjuicios causados por leyes (España), y ordenamientos con control de constitucionalidad en los cuales no se admite la responsabilidad del legislador (Alemania). Curiosamente, en el derecho comparado la figura de la responsabilidad estatal por el hecho del legislador ha sido de creación jurisprudencial y en cada país se han acogido distintos regímenes y fundamentos de responsabilidad.¹⁶⁶

En el derecho nacional, hay antecedentes sumamente interesantes en materia de responsabilidad del Estado por el hecho de la ley, en especial, por leyes declaradas inexequibles, que sostienen que en este supuesto en particular, se debe reconocer y declarar la responsabilidad patrimonial del legislador. El profesor Luis Felipe Botero Aristizábal, hace referencia a diversos juristas que en diferentes épocas plantearon sus posturas y preocupaciones en esta materia.

El jurista Tulio Tascón, en sus comentarios a la Constitución de 1886, asumía la misma postura defendida por M. Diguít, quien afirmaba que independientemente de los efectos concedidos a las sentencias que declaraban inexequible una disposición normativa, el Estado debía reparar los perjuicios ocasionados a los particulares mientras la ley estuvo vigente¹⁶⁷. Se extraña, no obstante, la falta de fundamentación de la postura sostenida por el profesor Tascón, pero deja entrever al menos, que para efectos de la declaratoria de responsabilidad del Estado en este

¹⁶⁶ Corte Constitucional. Sentencia C – 038 del 1º de febrero de 2006, M.P.: Dr. Humberto Sierra Porto.

¹⁶⁷ Botero, *Responsabilidad patrimonial del legislador*, 136.

tipo de casos, se deben disociar los efectos temporales concedidos a las sentencias de constitucionalidad del estudio mismo de la responsabilidad del Estado en este supuesto.

Bajo esta misma orientación, se adscribe el ex – magistrado de la Corte Constitucional, Jaime Sanín Greiffestein, en su obra “La defensa judicial de la Constitución”, quien en atención a la responsabilidad del legislador por la ley declarada inexecutable, resume su reflexión en el siguiente aserto:

Si la guarda de la Constitución ha de hacerse en forma íntegra, esto es, completa o total, debe impedirse que la ley se ejecute en el futuro y también que surta efectos en el pasado. Estos efectos representan una lesión consumada al orden jurídico superior y deben ser, consecuentemente eliminados (...) De la misma manera, si la ley ha causado perjuicios a una persona, el Estado está obligado a indemnizarla, como sería el caso de una ley inconstitucional sobre expropiaciones, sobre ocupación de inmuebles, sobre impuestos y otras situaciones análogas.¹⁶⁸

Esta línea argumentativa, da lugar a entender que en los supuestos en los cuales se generan daños antijurídicos como consecuencia de la expedición de una norma inconstitucional posteriormente declarada inexecutable, se debe dar preeminencia al principio de supremacía de la Constitución sobre otros principios, igual de importantes, como el de la seguridad jurídica y buena fe. Y ello tiene sentido, si se tiene en cuenta que los jueces, en general, y los jueces contencioso administrativos, en particular, en ejercicio de su labor jurisdiccional deben consultar los principios y valores que irradian todo el ordenamiento jurídico con el fin de garantizar la efectividad de los derechos de los particulares afectados por la actividad estatal, independientemente de que se trate de una actividad lícita o ilícita. En este caso, una forma de materializar el mandato contenido en el artículo 2 de la Constitución Política, es eliminando los efectos que produjo la ley inconstitucional durante su vigencia, esto es, indemnizando a las personas que sufrieron perjuicios con ocasión de la expedición de la ley, bajo el supuesto de que la decisión contenida en la sentencia de constitucionalidad que declaró inexecutable la disposición normativa, fuera conferida con efectos hacia el futuro – sobre esta idea, se puntualizará ulteriormente –.

Como bien declara el Dr. Luis Felipe Botero,

Parecería evidente que si la jurisprudencia nacional ha aceptado la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador cuando la ley – siendo executable – quebranta el principio de igualdad ante las cargas públicas (...), con mayor razón debería hacerlo cuando la ley es declarada inconstitucional. La antijuridicidad de tal hecho, como de

¹⁶⁸ Cita encontrada en: Botero, *Responsabilidad patrimonial del legislador*, 142.

*los daños que de su aplicación se derivan, son incuestionables. Si una norma ilegal no puede ser fuente de daños jurídicos, muchos menos puede serlo una contraria a la Constitución, pues la gravedad de la infracción resulta más ominosa. Si la Constitución es el referente principal de toda la cadena de normas que se expiden dentro de un ordenamiento jurídico, su violación produce un estado de cosas en el que la integridad del sistema se compromete con mayor severidad.*¹⁶⁹

De lo expuesto, se puede colegir que lo que resulta esencial entender en este supuesto de responsabilidad del Estado, es que la ley, si bien se presume constitucional hasta tanto la Corte Constitucional no declare lo contrario, se encuentra sometida a los principios y valores constitucionales que irradian todo el ordenamiento jurídico, y por consiguiente, si desde su promulgación cercena derechos protegidos en la Carta Política, se debe proceder a protegerlos ulteriormente, a través de los mecanismos jurídicos dispuestos por el ordenamiento para su tutela judicial efectiva. Esta posición va en concordancia con lo establecido en los artículos 1, 2, 3, 4 y 90 de la Constitución Política de 1991, los cuales armónicamente establecen que en un Estado Social de Derecho, se debe dar prioridad a la defensa de los derechos de las víctimas ante la actividad estatal. En este sentido, si el legislador ha expedido una ley contraria a la Constitución generadora de daños, estos se deberán entender, como daños cualificados, es decir, daños indemnizables a partir de la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma acusada por parte de la Corte Constitucional.

Por su parte, en el derecho italiano, por ejemplo, el jurista Giovanni Duni ha afirmado que “en ordenamientos como el nuestro, llamados justamente de “Constitución Rígida”, la causa de justificación puede estar viciada por contraste con la norma constitucional y ser por consiguiente inidónea para justificar el daño, que debe, por consiguiente, ser considerado ilícito”.¹⁷⁰

La consideración del jurista italiano es interesante, en tanto en tratándose de constituciones rígidas como la italiana y la colombiana, la sujeción de la ley al ordenamiento superior es mucho más fuerte que en constituciones flexibles, es decir, hay una mayor vinculatoriedad de los preceptos constitucionales con respecto a las normas de rango inferior. Ello supone que si bien puede llegar a plantearse que los daños causados en vigencia de leyes inconstitucionales pueden estar excluidos de antijuridicidad en virtud de la presunción de constitucionalidad, lo esencial para efectos de determinar la responsabilidad del Estado, es que hubiese existido una contradicción de la ley con los preceptos constitucionales, posteriormente verificada por el Tribunal Constitucional, y que en virtud de la

¹⁶⁹ *Ibíd.*, 203.

¹⁷⁰ Cita encontrada en: Botero, *Responsabilidad patrimonial del legislador*, 203.

inconstitucionalidad de la norma, se hubiese constatado la causación de daños a particulares en vigencia de la misma, daños que los particulares afectados no tenían el deber jurídico de soportar, debido a que la Constitución no lo permitía.

En cuanto a los atributos que reviste la Constitución en nuestra época contemporánea, es menester tener en cuenta que el texto constitucional, no solo es norma de normas o *lex superior*, sino que, al ser la norma fundacional de una organización política autoregulada y legitimada en ella, tiene vocación de permanencia dentro de un conglomerado social específico:

[Esta idea] parece asegurarla una superioridad sobre las normas ordinarias carentes de una intención total relevante y limitada a objetivos mucho más concretos, todos singulares dentro del marco globalizador y estructural que la Constitución ha establecido. Esta idea determinó, primero, la distinción entre un poder constituyente, que es de quien surge la Constitución, y los poderes constituidos por éste, de los que emanan todas las normas ordinarias. De aquí se dedujo inicialmente la llamada <<rigidez>> de la norma constitucional, que la asegura una llamada “superlegalidad formal”, que impone formas reforzadas de cambio o modificación constitucional frente a procedimientos legislativos ordinarios. Pero la idea llevará también al reconocimiento de una <<superlegalidad material>>, que asegura a la Constitución una preeminencia jerárquica sobre todas las demás normas del ordenamiento, producto de los poderes constituidos por la Constitución misma, obra del superior poder constituyente.

Esas demás normas sólo serán válidas si no contradicen, no ya sólo el sistema formal de producción de las mismas (...), sino, y sobre todo, el cuadro de valores y de limitaciones del poder que en la Constitución se expresa.¹⁷¹

En este mismo sentido, se pronuncia el máximo Tribunal Constitucional colombiano, que dentro de su Jurisprudencia ha sostenido que el factor diferenciador existente entre el poder constituyente y poder constituido, radica en que el primero, al ser el centro de imputación sobre el que recae el poder político, puede establecer un nuevo texto fundacional en el que se cimentará el ordenamiento jurídico, permitiéndole entonces, derogar el marco constitucional vigente por uno enteramente inédito; situación que no se predica del poder constituido o poder derivado, el cual si bien tiene poder de reforma constitucional, se encuentra supeditado a los cauces mismos de los preceptos superiores. Acerca de esta diferenciación, la Corte ha sostenido invariablemente lo siguiente:

El poder constituyente originario tiene por objetivo el establecimiento de una Constitución, está radicado en el pueblo y comporta un ejercicio pleno del poder político, lo que explica que sus actos son fundacionales, pues por medio de ellos se establece el orden jurídico, por lo que dichos actos escapan al control jurisdiccional. A diferencia del poder constituyente originario, el poder constituyente derivado,

¹⁷¹ García, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 50.

*secundario o de reforma se refiere a la capacidad que tienen ciertos órganos del Estado para modificar una Constitución existente, pero dentro de los cauces determinados por la Constitución misma, de donde se desprende que se trata de un poder establecido por la Constitución y que se ejerce bajo las condiciones fijadas por ella misma, de manera que, aunque es poder constituyente, se encuentra instituido por la Constitución, por lo que es derivado y limitado, así como sujeto a controles.*¹⁷²

En materia de responsabilidad patrimonial del legislador por virtud de sus productos legislativos, es importante tener como referencia la posición que sostuvo la Corte Constitucional en sentencia C – 038 de 2006, cuando se le puso de presente el problema ya mencionado de la responsabilidad patrimonial del legislador en el derecho colombiano. En dicha sentencia, el Alto Tribunal Constitucional, hizo un recuento del tratamiento que en el derecho comparado se le ha dado a dicho escenario de responsabilidad.

Uno de los puntos a destacar, hace referencia a que, para sorpresa de dicha Corporación, los daños antijurídicos causados por una ley declarada inconstitucional, si bien se constituyen como el supuesto más claro de responsabilidad patrimonial del Estado por la actividad del legislador, sería el último en reconocer por la jurisprudencia en el derecho comparado. En dicho sentido, hace alusión a las sentencias dictadas en el año 2000, por el Tribunal Supremo Español – sobre el cual ya se hizo la correspondiente alusión en el acápite relativo a la responsabilidad patrimonial del legislador en el derecho español –, en donde se ha reconocido y declarado la responsabilidad del Estado – legislador como consecuencia de la aplicación de una ley inconstitucional, que en palabras de la Corte Constitucional, se fundamentan en “argumentos tan lógicos y evidentes que sorprende que no hubiesen sido acogidas mucho antes”. El eje principal de razonamiento del Alto Tribunal español para que hubiera admitido la obligación jurídica de indemnizar los daños infringidos, parte de la base del principio de supremacía constitucional, entendida como la Constitución dotada de plena eficacia normativa, que supone el sometimiento del legislador a la norma superior. Su reflexión en este caso en particular, se trae a colación por su trascendencia en el problema jurídico que se aborda:

[C]iertamente, el Poder Legislativo no está exento del sometimiento a la Constitución y sus actos –leyes- quedan bajo el imperio de tal norma suprema. En los casos donde la Ley vulnera la Constitución, evidentemente el Poder Legislativo habrá conculcado su obligación de sometimiento, y la antijuridicidad que ello supone traerá consigo la obligación de indemnizar. Por tanto, la responsabilidad del Estado-legislador puede tener (...) origen en la inconstitucionalidad de la Ley.

¹⁷² Corte Constitucional. Sentencia C – 141 del 26 de febrero de 2010. Sala Plena, M.P.: Humberto Sierra Porto.

“[P]or definición, la ley declarada inconstitucional encierra en sí misma, como consecuencia de la vinculación más fuerte de la Constitución, el mandato de reparar los daños y perjuicios concretos y singulares que su aplicación pueda haber originado (...) Existe, en efecto, una notable tendencia en la doctrina en el derecho comparado a admitir que, declarada inconstitucional una ley, puede generar un pronunciamiento de reconocimiento de responsabilidad patrimonial cuando aquella ocasione privación o lesión de bienes, derechos o intereses jurídicos protegibles.”¹⁷³

Ahora bien, en nuestro derecho interno hay una fuerte resistencia a admitir la existencia de responsabilidad del Estado bajo este supuesto, debido a las particularidades que reviste el control constitucional en nuestro ordenamiento jurídico que lo diferencian en el ámbito del derecho comparado.

Esta particularidad la expone el Dr. Luis Felipe Botero de la siguiente manera: “Por los matices de nuestro control constitucional, se han abierto las puertas a que normas inconstitucionales sean causa de daños no reparables, pues en nuestro sistema de derecho las sentencias de inexecutable siempre tienen efectos hacia el futuro, a menos que la Corte Constitucional le otorgue expresamente efectos retroactivos, por lo que en principio, en aquellas situaciones en donde los efectos de la sentencia sean ex nunc, no podría haber reparación”.¹⁷⁴

Esta línea de pensamiento ha sido defendida por varios juristas de nuestro país – incluido un sector del Consejo de Estado – en donde han considerado que en los casos en que la Corte Constitucional declara inexecutable una norma con efectos hacia el futuro, no resulta posible hablar de responsabilidad patrimonial del Estado por los daños causados a los particulares durante su vigencia, debido a que todas las situaciones jurídicas consolidadas desde la expedición de la norma hasta antes de su declaratoria de inexecutable, se mantienen incólumes, y por consiguiente, alterarlas implicaría desconocer los efectos que el Alto Tribunal Constitucional le otorga a sus sentencias.

Si bien el escenario de responsabilidad patrimonial del Estado por el hecho de una ley declarada inexecutable no ha sido una materia explorada a profundidad por la doctrina administrativa colombiana – y mucho menos el caso específico de responsabilidad patrimonial del Estado – legislador por disposiciones tributarias declaradas inexecutables –, cabe decir que ha estado marcado por un debate

¹⁷³ Acerca de la supuesta tendencia a admitir este escenario de responsabilidad en el derecho comparado, me remito a lo dicho en el acápite del presente trabajo, relativo a la responsabilidad por el hecho de la ley en España, donde la doctrina nacional de dicho país, queda perpleja ante esta aseveración por parte del Tribunal Supremo, cuando da cuenta que no existe ningún tipo de admisión o tratamiento de este tipo de responsabilidad tanto por la jurisprudencia como por la doctrina de los países que tienen un sistema jurídico similar al español.

¹⁷⁴ Botero, *Responsabilidad patrimonial del legislador*, 205.

profundamente marcado, por dos posiciones “antagónicas” que no han podido conciliarse aún. Este panorama se ha trasladado a la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, que le ha dado un tratamiento disímil y en algunas ocasiones contradictorio a este supuesto particular de responsabilidad, tal y como se dio a conocer *ab initio*, donde de forma primigenia se desconoció la existencia de responsabilidad del Estado por el hecho de la ley, fundado principalmente, en el principio de soberanía del legislador, y posteriormente, acogió su existencia para luego desconocerla en la última sentencia de unificación jurisprudencial de la Sección Tercera del año 2017.

6. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA POR LA EXPEDICIÓN DE DISPOSICIONES TRIBUTARIAS DECLARADAS INEXEQUIBLES.

La problemática que se ha erigido en el ordenamiento jurídico colombiano con respecto a la responsabilidad patrimonial del legislador por disposiciones tributarias declaradas inexecutable, se debe, como bien se ha podido ver, de la incidencia que tiene la modulación de los efectos temporales de las sentencias de inconstitucionalidad dentro de los presupuestos configurativos de la responsabilidad patrimonial del Estado, en el entendido de que, un sector jurisprudencial – actualmente mayoritario – sostiene que es condición necesaria para que surja la responsabilidad patrimonial del legislador, la concesión de efectos retroactivos a los fallos de inexecutable por parte de la Corte Constitucional, ya que ello permite concebir jurídicamente que, la norma retirada del sistema jurídico, nunca hizo parte de este, y por consiguiente, todas las situaciones jurídicas surgidas al amparo de la ley o disposición legal mientras esta estuvo vigente, deben volver al estado anterior a la expedición de la misma por parte del legislador. De esta manera, el recaudo tributario realizado desde el momento en que se hace exigible el cobro del mismo hasta su declaratoria de inexecutable, deberá ser devuelto a los contribuyentes que sufragaron el tributo, en aras de garantizar la justicia material que se predica de un Estado Social de Derecho.¹⁷⁵

En caso contrario, esto es, si la Corte Constitucional en ejercicio del control de constitucionalidad, guarda silencio acerca de los efectos temporales conferidos a su fallo, deberá entenderse que fueron modulados hacia el futuro, tal y como lo dispone el artículo 45 de la LEAJ – Ley Estatutaria de Administración de Justicia –, el cual contempla que las sentencias dictadas por el máximo Tribunal Constitucional tienen efectos hacia el futuro a no ser que la misma Corporación establezca lo contrario.

Esta tesis prohienda actualmente por la Sección Tercera del Consejo de Estado, sostiene que los daños generados a los destinatarios de la disposición tributaria posteriormente declarada inexecutable, son daños jurídicos en tanto durante su vigencia, las normas se encuentran investidas por el principio de presunción de

¹⁷⁵ Fue lo que sucedió en la sentencia C – 149 de 1993 – M.P. José Gregorio Hernández Galindo – en la cual la Corte Constitucional declaró inexecutable los artículos 16, 17 y 18 de la ley 6ª de 1992, que autorizaban al Gobierno Nacional a emitir títulos de deuda pública. Dicha Corporación, consideró que dichas disposiciones no creaban bonos de inversión sino gravámenes de carácter tributario con efectos retroactivos, contrariando el principio constitucional de irretroactividad de normas tributarias contenido en el artículo 363 de la Constitución Política. Lo relevante del fallo de constitucionalidad, es que fue conferido con efectos retroactivos, y por consiguiente, la misma Corte Constitucional, con el fin de garantizar la supremacía constitucional y la justicia material, ordenó la devolución de las sumas recaudadas desde el momento en que se empezó el cobro efectivo del tributo hasta el retiro del ordenamiento jurídico de la norma enjuiciada.

constitucionalidad, que implica que mientras estas no sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, se presumen acordes con el ordenamiento jurídico, y por tanto, sea vinculante tanto para los destinatarios de la disposición enjuiciada como para los operadores jurídicos encargados de aplicarla. En este orden de ideas, resulta imposible considerar que hay lugar a decretar la configuración del daño antijurídico, si los efectos conferidos a la sentencia de inconstitucionalidad, son hacia el futuro, en tanto, las situaciones jurídicas erigidas a su amparo, conservan su eficacia jurídica y resultan inmodificables, porque de esta manera lo previó el mismo Tribunal Constitucional.

De igual forma, se sostiene que el ordenamiento jurídico al prever un mecanismo jurídico en vía administrativa, que permite hacer valer sus derechos primero ante la Administración, en virtud del principio del privilegio de lo previo, y luego ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa en caso de que sus reclamaciones hayan sido desestimadas por la Administración, con el fin de controvertir la decisión vía judicial, no permite hablar, *per se*, de la configuración de un daño antijurídico en el entendido de que este no depende del pago del tributo y su ulterior declaratoria de inexecutable.

Se requiere, como bien se dijo, plantear la controversia primero ante la Administración, acerca del deber jurídico que le correspondía al contribuyente de pagar el tributo, mediante el trámite de devolución del pago de lo no debido, dispuesto en el artículo 850 del Estatuto Tributario.

La vía jurídica, que a criterio de la Sala, está a disposición de los contribuyentes perjudicados con la erogación patrimonial suscitada con ocasión del cobro de un tributo inconstitucional, establece lo siguiente:

Artículo 850. Devolución de saldos a favor. <Artículo modificado por el artículo 49 de la Ley 223 de 1995. El nuevo texto es el siguiente:> Los contribuyentes o responsables que liquiden saldos a favor en sus declaraciones tributarias podrán solicitar su devolución.

“La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales deberá devolver oportunamente a los contribuyentes, los pagos en exceso o de lo no debido, que éstos hayan efectuado por concepto de obligaciones tributarias y aduaneras, cualquiera que fuere el concepto del pago, siguiendo el mismo procedimiento que se aplica para las devoluciones de los saldos a favor (...).¹⁷⁶

¹⁷⁶ Ley 223 del 22 de diciembre de 1995. *Diario Oficial* 42.160.

A criterio de la Sala, plantear la controversia de la juridicidad del pago del tributo a través de este procedimiento administrativo, permite examinar, entre otros asuntos, el aspecto atinente a los efectos de los fallos de inexecutableidad. El hecho de que los perjudicados con la disposición tributaria declarada inconstitucional, no acudan a este instrumento normativo como primer paso para la defensa de sus derechos, denota por un lado, la falta de interés sobre la reclamación que lo legitima para suscitar la controversia, o bien, la renuncia al derecho para reclamar los saldos sufragados.

Esta postura, adolece de solidez argumentativa y de un análisis más detenido del fenómeno particular en que consiste la declaratoria de inexecutableidad de tributos inconstitucionales. El fundamento de lo anterior, parte de la base de que no se realiza un estudio detallado tanto de los elementos propios de la responsabilidad patrimonial del Estado y sus connotaciones particulares dentro de este supuesto particular, como de la idoneidad del mecanismo jurídico – señalado previamente – que según el máximo Tribunal, se encuentra dispuesto por el ordenamiento jurídico a favor de los contribuyentes.

El quid del asunto de la juridicidad del daño se puede plantear realizándose las siguientes preguntas: ¿Los efectos temporales de la sentencias de constitucionalidad inciden en la delimitación o configuración de la antijuridicidad del daño? ¿Es condición necesaria para efectos de su configuración la modulación retroactiva de los efectos temporales de los fallos de constitucionalidad? ¿Qué rol juegan las sentencias de constitucionalidad dentro del primer presupuesto de responsabilidad del Estado? Pues bien, es menester tener en cuenta, por un lado, que el legislador en ejercicio de sus atribuciones constitucionales – artículos 114 y 150 de la C.P – está legitimado para crear o expedir disposiciones legales que desarrollan las disposiciones superiores, que permiten, en principio, el desarrollo acorde y armónico de la sociedad dentro de un marco legal, y la adecuación del ordenamiento jurídico a las coyunturas socio – económicas del momento, observando como es natural, lo dispuesto en la Constitución Política, como norma de normas.

Por su parte, uno de las cargas sociales más importantes de todos los asociados, consiste en contribuir al gasto y funcionamiento del aparato estatal, con el fin de que este pueda cumplir con sus fines y cometidos estatales, consagrados en el artículo 2º del ordenamiento superior. Entre los deberes que establece el artículo 95 constitucional, se encuentra el de contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad. Ello significa, que tanto las personas naturales como morales, están en el deber jurídico de sufragar todos los emolumentos que el legislador, dentro de sus competencias

constitucionales, establece según las necesidades de inversión social y de los gastos ocasionados como contraprestación de servicios a los particulares para el desarrollo de sus actividades económicas.

En este sentido, el acto de creación de tributos ha sido entendido por la doctrina administrativa, como obligaciones que los particulares están en el deber jurídico de soportar en tanto hacen parte de las cargas normales o comunes que se tienen para un correcto desenvolvimiento del aparato estatal. Si bien se puede afirmar, que los tributos creados por el legislador, son daños ocasionados a los contribuyentes en el ámbito de su esfera patrimonial, resulta incontrovertible que son daños jurídicos que los asociados deben asumir como cargas comunes que se dan como consecuencia de su participación dentro de un conglomerado social específico. Los daños jurídicos, no indemnizables por el Estado, son aquellos que se imponen porque tienen un título jurídico válido de acuerdo con la ley y el ordenamiento en su conjunto. En este mismo sentido, reflexiona el jurista español, Eduardo García de Enterría, acerca de las connotaciones que reviste la antijuridicidad del daño: “[H]ay lesión y, por lo tanto, responsabilidad de la Administración siempre que no existan causas de justificación capaces de legitimar el perjuicio material producido, esto es, siempre que no concorra un título jurídico que determine o imponga como rigurosamente inexcusable, efectivamente querido o, al menos, eventualmente aceptado el perjuicio contemplado. Es legalmente inexcusable el pago de un impuesto, el deber de soportar una ejecución administrativa o judicial (...) y, en general, el cumplimiento de cualquier otra obligación impuesta por la Ley”.¹⁷⁷

La existencia de causales de justificación en torno al deber de sufragar un determinado tributo, en el entendido de que así lo ordena la ley – que se encuentra investida del principio de presunción de constitucionalidad – impide entonces, en términos que emplea la doctrina española, hablar de una lesión resarcible por el derecho. A lo sumo, existirá un perjuicio económico expresado en la erogación patrimonial realizada por los contribuyentes al momento de realizar el pago continuo de los tributos ante la entidad encargada del cobro y recaudo del mismo.

La controversia que se suscita en este escenario, es cuando el tributo sufragado por los contribuyentes es declarado inexecutable por la Corte Constitucional al mostrarse contrario a los preceptos constitucionales. Una primera impresión, denotaría que al otorgarse efectos ultractivos al fallo de inconstitucionalidad, los contribuyentes no podrían reclamar las sumas ingresadas al erario público, debido que las situaciones jurídicas surgidas al amparo de la disposición inconstitucional mientras esta estuvo vigente, quedan incólumes, y por consiguiente, no son susceptibles de revisarse

¹⁷⁷ García, *Curso de Derecho Administrativo, Tomo II*, 376-377.

dentro de ningún escenario procesal. Ahora, un análisis sereno y detenido de dicha postura, permite diferir de ella, al expresar una parquedad en el abordaje de la antijuridicidad del daño como presupuesto de la responsabilidad patrimonial del Estado y de los instrumentos jurídicos dispuestos por la Constitución y la ley, para efectos de garantizar los derechos de los particulares ante el actuar estatal.

Vale decir, que la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado está configurada para proteger a los particulares – léase personas naturales o jurídicas – en sus bienes y derechos frente al actuar del Estado en sus diversos ámbitos – como se ha venido insistiendo a lo largo del escrito –. Lo determinante de este postulado es que el centro de atención debe recaer en el análisis del detrimento patrimonial del daño con respecto al acto – material o jurídico – que lo ocasiona. En muchas ocasiones, el análisis de la responsabilidad extracontractual del Estado se circunscribe a determinar la atribución del daño a la simple materialidad de la acción, que atendiendo a las circunstancias fácticas del caso, resulta fácil de dilucidar. En otras ocasiones, este análisis no se puede realizar teniendo en cuenta actos materiales o de despliegue de actividad, sino actos jurídicos, emanados de actos de poder, bien sea, producto de una deliberación previa – como sucede en la actividad legislativa materializada en la ley – o de una decisión unilateral de una persona de derecho público, investido de facultades legales para su expedición – como sucede en la actividad de la administración a través de la expedición de actos administrativos que propenden por la materialización de los cometidos estatales –.

Esta reflexión básica, sirve para determinar el ámbito de estudio de este escenario de responsabilidad, que la Jurisdicción Contencioso Administrativa lo ha trasladado al de la relación jurídico administrativa existente entre el particular y la Administración con ocasión a las vicisitudes particulares que le dan origen, vicisitudes que en algunas ocasiones dan lugar a la asunción de situaciones jurídicas subjetivas activas o pasivas – según comporten una ampliación de la esfera patrimonial o una restricción de la misma –, dependiendo de “la posición jurídica del administrado ante el Poder público”¹⁷⁸. Situación que vale la pena detenerse a examinar en lo sucesivo.

Resulta claro, que la potestad pública tributaria a cargo del Estado, se puede materializar con la expedición de una ley contentiva de un tributo, que mientras permanece vigente, es de obligatorio cumplimiento por parte de los operadores jurídicos y de los destinatarios de la misma, cuya obligación jurídica de sufragar las sumas tributarias iniciarán una vez la entidad encargada del recaudo y cobro del mismo proceda a dictar los correspondientes actos administrativos liquidatorios del

¹⁷⁸ García, *Curso de Derecho Administrativo, Tomo II*, 29.

gravamen. Esta operación, permite erigir la relación jurídico administrativa pasiva entre la Administración y el administrado, en la cual, se concreta el deber genérico de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, situación que deriva en una obligación jurídica a cargo de un sujeto particular y a favor de una persona jurídica de derecho público, quien, como parte del entramado estatal, también tiene la obligación de realizar el correspondiente cobro y recaudo del tributo del que se trate, atendiendo a que el ordenamiento jurídico le exige desplegar todas las conductas necesarias – naturalmente delimitadas por la ley – para ejecutar la obligación contenida en el acto administrativo, en virtud del principio de obligatoriedad del que este se encuentra investido. Como bien sostiene García de Enterría:

[L]a situación de deber se producen en el seno de una relación dada en estricta correlación con un derecho subjetivo de otro sujeto que es parte de dicha relación y que, en consecuencia, tienen el poder de exigir del sujeto gravado, so pena de responsabilidad, el efectivo cumplimiento del comportamiento previsto, en la medida en que ese comportamiento viene impuesto en el marco de la relación considerada, en atención, precisamente, a los específicos intereses del titular del derecho. [Una de las formas de tejer o trabar este tipo de relaciones es a través de los] actos administrativos, que (...) precisan en relación a un sujeto determinado el deber genérico impuesto en la norma y el alcance concreto del comportamiento exigible al sujeto gravado.¹⁷⁹

De esta reflexión, se colige, precisamente, que la Administración, en ejercicio de sus potestades públicas – que luego se verán concretizadas en deberes, obligaciones y derechos –, puede exigir un determinado comportamiento del administrado, quien estará sujeto a lo dictado por aquella en una determinada situación jurídica. La inobservancia de lo preceptuado por la Administración – recuérdese que esta siempre actúa a través de actos administrativos¹⁸⁰ – conlleva a la instauración de una serie de sanciones y responsabilidades de todo tipo, que permiten exigir de forma coactiva la realización del comportamiento exigido por ella.

De esta manera, cuando estamos en presencia de actos administrativos que cumplen de manera automática lo preceptuado en la Ley, es decir, que producen efectos jurídicos por plena disposición legal¹⁸¹ – como sucede en la actividad de

¹⁷⁹ *Ibíd*em, 34.

¹⁸⁰ El Dr. Jaime Orlando Santofimio define el acto administrativo de la siguiente manera: “entendemos por acto administrativo toda manifestación unilateral, por regla general de voluntad, de quienes ejercen funciones administrativas, tendientes a la producción de efectos jurídicos”. Santofimio, *Compendio de Derecho Administrativo*, 526.

¹⁸¹ En este asunto han surgido discusiones acerca de la naturaleza del acto administrativo, en cuanto un sector de la doctrina, sostiene que no se puede considerar fruto de la voluntad o el querer de la Administración, sino que se le debe definir como simple declaración de un órgano estatal, en cumplimiento de los fines estatales. Esta teoría, que erradica por completo el elemento voluntarista del acto administrativo, sostiene que la definición esbozada en líneas anteriores es más ajustada a la realidad, debido a que no siempre la

recaudo y cobro tributario –, y no como consecuencia del querer o expresión de deseo de la Administración de dictar una decisión conforme a sus facultades constitucionales, legales y reglamentarias, el ámbito de actuación de ella se limita a lo preceptuado en la Ley – el elemento de la discreción de la Administración se ve nublado por la exigencia misma de la Ley – y la posibilidad de participar al administrado afectado con el acto administrativo se delimita a la potestad que tiene de controvertirlo por vía gubernativa – y, ulteriormente, por vía jurisdiccional en caso de que sean desestimadas por la Administración las observaciones realizadas por el administrado – en virtud de cualquier inconformidad de hecho o de derecho que se suscite. Esta postura, la sostiene el Dr. Jaime Orlando Santofimio de la siguiente manera:

[D]e manera excepcional, determinadas manifestaciones de la administración [son] meramente objetivas, productoras de efectos jurídicos por disposición legal. El asunto es fácil de entender en la legislación colombiana. Estaríamos frente a la regla general en relación con la voluntad [de la Administración] en los eventos que (...) debe reconocer un derecho, imponer una sanción, decidir una controversia, otorgar un permiso o una licencia, en fin, cuando se trate de poner término a un procedimiento administrativo.

Sin embargo, por vía de expresa definición normativa determinadas situaciones jurídicas adquieren vida por simples actuaciones de las autoridades, en donde no interviene en absoluto la voluntad. (...) En ese sentido, actos como los de mera certificación o simple conocimiento, actos de información o comunicación, siempre y cuando creen situaciones jurídicas o impongan obligaciones.¹⁸²

El acto del ente encargado del cobro y recaudo del tributo, se limita a comunicar al contribuyente afectado con la expedición de la disposición legal contentiva del mismo, la obligación de pagar una determinada suma dineraria por dicho concepto, estableciendo o creando a través de aquél, una nueva relación jurídica de derecho, que afecta, naturalmente, en términos jurídicos, al patrimonio del contribuyente al verse alteradas “las relaciones jurídicas que lo vinculaban con la administración”¹⁸³. Como bien sostiene el Consejo de Estado: “...es elemento esencial el carácter decisorio que lo haga capaz de producir efectos jurídicos; de crear, modificar o extinguir una situación jurídica”¹⁸⁴. Según se puede ver, es a través de actos

Administración actúa por su propia voluntad atendiendo a elementos de juicio que ella misma recopila y estima convenientes para efectos de dictar una determinada decisión. Como bien sostiene Santofimio Gamboa: “Se pretende fundamentar la teoría del acto administrativo en la sofisticada distinción de manifestaciones de conocimiento y manifestaciones de voluntad, negando entidad a la teoría “voluntarista” y proponiendo la “manifestacionista”, en la medida que con aquella se dejaría por fuera del concepto de acto administrativo a una gran cantidad de actos que de por sí no son sino simples “manifestaciones de conocimiento”. *Ibíd*em, 532.

¹⁸² *Ibíd*em, 528,

¹⁸³ *Ibíd*em, 542.

¹⁸⁴ Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera., Sentencia del 5 de agosto de 1991, exp. 1588. Consejero Ponente: Dr. Yesid Rojas Serrano.

administrativos de contenido individual, que se replica de manera objetiva lo estipulado en la Ley, como forma de concretizar los fines y cometidos estatales. No obstante, sin descartar, como resulta obvio, que existen actos administrativos dictados por la Administración, que obedecen a su libre juicio y que le otorgan razones de conveniencia para proceder a emitir una decisión que se atribuye a su propia voluntad.

Ahora, de conformidad con los elementos configurativos del acto administrativo, la Administración puede incurrir en yerros en su formación y expedición o puede actuar atendiendo de manera rigurosa a lo preceptuado en la ley y en la Constitución, indicando con ello un respeto por los derechos y garantías de los administrados. Como bien destaca la doctrina, una falla o error en la estructuración del acto administrativo, implica la asunción de vicios que pueden afectar la legalidad del acto administrativo. La doctrina explica los elementos del acto administrativo, clasificándolos en elementos intrínsecos y extrínsecos, dependiendo de la naturaleza que revisten de cara a su papel en la estructuración del acto administrativo. Esto es:

*En el plano teórico podemos agrupar los elementos esenciales para la existencia y validez del acto administrativo en tres importantes grupos: el primero recoge los elementos externos del acto, entre los que podemos señalar el sujeto activo que comprende la competencia y la voluntad, los sujetos pasivos y las denominadas formalidades del acto; y el segundo aborda los elementos internos, tales como el objeto, los motivos y la finalidad del mismo, y el tercero estudia básicamente el mérito u oportunidad para la producción del acto, que si bien no hace parte de su legalidad, como los dos anteriores, sí constituye importante argumento de ciencia administrativa...*¹⁸⁵

De esta manera, la inobservancia de los requisitos necesarios para su adecuación plena con el ordenamiento jurídico, deriva en la posibilidad de que el administrado pueda interponer los recursos de ley – trátase de una acción de nulidad simple o de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho – con el fin de que sea la Jurisdicción Contencioso Administrativa la encargada de anular la decisión administrativa enjuiciada. No obstante, mientras el acto administrativo – así adolezca de vicios de nulidad – exista y no sea sometido a control por vía gubernativa o judicial, producirá efectos jurídicos en virtud del principio de presunción de legalidad del que se encuentra investido por expreso mandato legal – artículo 88 de la ley 1437 de 2011.¹⁸⁶

¹⁸⁵ Santofimio, *Compendio de Derecho Administrativo*, 536.

¹⁸⁶ Artículo 88. “Presunción de legalidad del acto administrativo. Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto de resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar”.

En virtud del principio de sometimiento de las decisiones de la Administración al ordenamiento jurídico, los actos administrativos se presumen legales hasta tanto la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no establezca lo contrario. Así, en virtud de dicho principio, se genera de forma indefectible, la obligatoriedad de lo contemplado en la decisión de la Administración, que permite que esta, atendiendo al principio de autotutela, pueda exigir del administrado el comportamiento exigido en aquél:

La presunción se desprende del hecho supuesto de que la administración ha cumplido integralmente con la legalidad preestablecida para la expedición del acto, lo que hace desprender a nivel administrativo importantes consecuencias; entre las más importantes, la de la ejecutoriedad o autotutela del mismo por la administración, sin posibilidad de desconocimiento unilateral del mismo por sus destinatarios, según se desprende del texto del artículo 88 de la Ley 1437 de 2001, salvo pronunciamiento judicial en contrario.

La presunción de legalidad no es absoluta y admite prueba en contrario (...). Mientras esto no suceda, la obligación de todos los servidores públicos es someterse integralmente a lo dispuesto en los actos administrativos, cumplirlos y, si les corresponde, ejecutarlos en razón de que gozan de presunción de legalidad. Lo contrario, sería el caos jurídico, la inseguridad jurídica y la ruptura del Estado de Derecho.¹⁸⁷

Le corresponde al afectado con el acto administrativo de contenido individual – o general –, realizar las acciones legales correspondientes que permitan desvirtuar la presunción de legalidad que irradia a aquél, con el fin, bien de restablecer el orden jurídico, o de que los derechos que considera vulnerados con dicha decisión sean restablecidos. La cuestión sustancial que reviste para el caso que se examina, hace referencia a que mientras el acto administrativo liquidatorio del tributo se expide con base en la ley tributaria que le da fundamento – que sería la causa o motivo del acto administrativo –, este se considera acorde a derecho no sólo en virtud del principio de presunción de legalidad sino en virtud del principio de presunción de constitucionalidad que reviste la ley, presunción que solamente puede ser desvirtuada a través de un juicio de constitucionalidad que ejerce el Tribunal Constitucional, a través de acción rogada - y de manera excepcional por todos los jueces del país a través de la excepción de inconstitucionalidad contenida en el artículo 4º de la Constitución Política – con el fin de restaurar el ordenamiento jurídico vulnerado con la expedición de la ley inconstitucional.

En el caso puntual que se ha venido tratando, es menester tener en cuenta que, el acto administrativo emitido por la Administración– en este caso la DIAN, como ente encargado de la administración y control de las obligaciones tributarias –, que

¹⁸⁷ Santofimio, *Compendio de Derecho Administrativo*, 558.

confirma la liquidación tributaria a cargo del contribuyente, es un acto que se delimita a corroborar la existencia de la obligación atendiendo a la vigencia de la disposición superior que le da fundamento. Una vez la ley contentiva del tributo es declarada inexecutable – con efectos ultractivos – por la Corte Constitucional, lo que se produce es la pérdida de fuerza de ejecutoriedad o decaimiento del acto administrativo que establece lo dispuesto en la ley, al perder de manera sobreviniente, uno de los elementos esenciales que le dan cuerpo a la existencia y eficacia de la decisión administrativa¹⁸⁸. “Cintra do Amaral identifica el decaimiento como las modificaciones de orden legal que le retiran los fundamentos de validez a un acto que ha sido producido válidamente”.¹⁸⁹

No obstante, ello no implica que desaparezcan los efectos jurídicos generados durante su vigencia, ya que mientras esta estuvo vigente se presumía su legalidad. En el caso puntual de la TESA – Tasa Especial de Servicios Aduaneros – varias empresas que sufragaron el tributo de manera cumplida, intentaron controvertir – de manera infructuosa – en vía gubernativa la liquidación oficial tributaria realizada por la Administración. Este mismo sentido decisorio se mantuvo en instancias de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa que negó la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ejercido sobre dichos actos, aduciendo las siguientes consideraciones que resulta conveniente reproducir:

[Con la declaratoria de inexecutable hacia el futuro de la TESA,] la vigencia de la norma se preserva hasta la ejecutoriedad de la sentencia que la declara inexecutable, toda vez que sólo desaparece o deja de ser aplicable o ejecutable a partir de esa fecha, luego las situaciones jurídicas ocurridas antes de la sentencia y que se encuadren en dicha norma son susceptibles de su aplicación, y están llamadas a generar las consecuencias o efectos jurídicos correspondientes, independientemente de que se trate de situaciones jurídicas consolidadas o no, con excepción de las materias o asuntos que por mandato constitucional están cobijados por el principio de favorabilidad, esto es, de la aplicación de la norma más favorable.

¹⁸⁸ El artículo 91 de la Ley 1437 de 2011, se encarga de regular las causales específicas de pérdida de fuerza de ejecutoriedad del acto administrativo, entre las cuales se encuentra la eliminación de sus fundamentos de hecho o de derecho. Dicha disposición consagra lo siguiente:

“Artículo 91. Pérdida de ejecutoriedad del acto administrativo. Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Perderán obligatoriedad y, por lo tanto, no podrán ser ejecutados en los siguientes casos:

1. Cuando sean suspendidos provisionalmente sus efectos por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.
2. **Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho.**
3. Cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la autoridad no ha realizado los actos que le corresponden para ejecutarlos.
4. Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto.
5. Cuando pierdan vigencia.” (Negrillas fuera del texto original).

¹⁸⁹ Cita encontrada en: Santofimio, *Compendio de Derecho Administrativo*, 368.

De lo anterior se deduce que la inexecutable del artículo 56 de la Ley 633 de 2000 no afecta la liquidación y pago por las importaciones realizadas antes de la ejecutoriedad de la sentencia respectiva, de la tasa especial que en él se establecía, entre las cuales se encuentran las importaciones de la actora que sirven de fundamento a su solicitud de liquidación oficial de corrección objeto del sub lite, pues en esa época la norma se encontraba vigente.¹⁹⁰

La pérdida de ejecutoria de un acto administrativo como consecuencia de la declaratoria de inexecutable de la ley que le da fundamento a su existencia y validez, si bien no ha sido tratado a profundidad por la Jurisprudencia de lo Contencioso Administrativo, sí ha trazado una línea clara acerca de las connotaciones que dicho fenómeno reviste en el plano jurídico. Se ha considerado de manera pacífica, que una de las causales por las cuales el acto administrativo muere para el mundo jurídico, es la extinción ulterior de los fundamentos de hecho o de derecho que le dieron origen en su momento, estando entonces desligada esta consecuencia jurídica de situaciones relacionadas con la validez inicial del acto, en tanto, al momento en que este se expidió gozaba de todos los atributos esenciales para que se le calificara como válido. Esta materia la ha abordado expresamente el Consejo de Estado en varias decisiones, en donde ha señalado lo siguiente:

...Cuando se produce la declaratoria de inexecutable de la norma constitucional o legal en que se funda un acto administrativo creador de un situación jurídica individual o concreta, ¿se produce la extinción y pérdida de fuerza ejecutoria de ese acto administrativo? (...) para la Sala es (...) claro que cuando se produce una declaratoria de inexecutable (...) esa declaratoria no afecta la existencia o vigencia del acto administrativo, como tampoco la existencia y validez de los actos jurídicos celebrados durante la vigencia de la ley o del decreto ley posteriormente declarado inexecutable (...) creador de situación jurídica individual, particular o concreta, no sólo por la consideración de que antes de la sentencia de inexecutable el precepto podía ejecutarse porque, en abstracto, debía considerarse acorde con la Constitución (...) sino por razones de seguridad jurídica para los integrantes de una sociedad...¹⁹¹

En este mismo sentido, se ha pronunciado la Corte Constitucional, en el cual al tratar la vinculación existente entre el acto administrativo y la ley que le sirve de fundamento, asevera lo siguiente, en el supuesto en el cual la ley es declarada inexecutable:

¹⁹⁰ Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera., Sentencia del 13 de noviembre de 2008. M.P.: Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. Esta misma *ratio decidendi* se mantuvo en un sinnúmero de idénticas sentencias que trataron los mismos supuestos de hecho y de derecho. Véase: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera., Sentencia del 30 de octubre de 2008, M.P.:Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta; sentencia del 26 de noviembre de 2009, M.P.: María Claudia Rojas Lasso; Sentencia del 3 de junio de 2010, M.P.: Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta; Sentencia del 28 de abril de 2011, M.P.: María Elizabeth García González; entre otras.

¹⁹¹ Cita encontrada en: Santofimio, *Compendio de Derecho Administrativo*, 569.

Cuando se declara la inexecutable de una norma legal en que se funda un acto administrativo se produce la extinción y fuerza ejecutoria del mismo, pues si bien es cierto que todos los actos administrativos son obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo, también lo es (...) que bien puede prescribirse la pérdida de fuerza ejecutoria frente a la desaparición de un presupuesto de hecho o de derecho indispensable para la vigencia del acto jurídico, que da lugar a que en virtud de la declaratoria de nulidad del acto o de inexecutable del precepto en que este se funda, decretado por providencia judicial, no pueda seguir surtiendo efectos hacia el futuro, en razón precisamente de haber desaparecido el fundamento legal o el objeto del mismo.¹⁹²

Ello denota, una vez más, que la única consecuencia jurídica que se deriva de la declaratoria de inexecutable de la ley que le da fundamento al acto administrativo de contenido individual, es la pérdida de fuerza ejecutoria del mismo, implicando, de esta manera, que los efectos jurídicos ocasionados durante su vigencia permanezcan intactos en virtud del principio de presunción de legalidad del acto administrativo.

Por otro lado, cuando las Secciones Tercera y Cuarta del Consejo de Estado, insisten en que los contribuyentes que se consideran afectados con la disposición tributaria declarada inexecutable, deben acudir primero ante la Administración con el fin de solicitar la devolución de los saldos sufragados en virtud del pago de lo no debido – consagrado en el artículo 850 del Estatuto Tributario –, están incurriendo en una contradicción insalvable, en el entendido de que resulta ilógico plantear, en principio, que los destinatarios de la ley contentiva del tributo, estaban en el deber jurídico de realizar las erogaciones patrimoniales relativas a solventar las sumas derivadas del tributo en mención, y por otro lado, afirmar que deben solicitar la devolución de unas sumas de dinero en virtud de un pago de lo no debido, a pesar de que al momento de la vigencia de la norma eran sumas debidas.

Con este razonamiento, lo único que hace el Consejo de Estado, es conducir a los reclamantes a un camino sin salida. Incluso, en gracia de discusión, si se acepta que este es el mecanismo jurídico que deben seguir los sujetos afectados con el pago de un tributo que resultó siendo inconstitucional, los contribuyentes vendrían truncadas sus expectativas de resarcir los perjuicios padecidos. En primer lugar, debido a que resulta inocuo plantear la controversia, en una primera instancia ante la Administración, acerca de la juridicidad del pago de los tributos en virtud de la declaratoria de inexecutable de la ley, en tanto la entidad encargada del cobro y recaudo del mismo, se limita a observar lo preceptuado en ella, que durante su vigencia, se repite, se encontraba impregnada por el principio de presunción de constitucionalidad, y por consiguiente, era válida hasta tanto la Corte Constitucional,

¹⁹² Corte Constitucional, Sentencia C – 069 del 23 de febrero de 1995, M.P.: Hernando Herrera Vergara.

consideró lo contrario y procedió a retirarla del ordenamiento jurídico – naturalmente, una vez se retira la norma del ordenamiento jurídico no es posible seguir obligando al contribuyente al cobro del tributo, por simple sustracción de materia –.

De esta manera, cabría plantearse la posibilidad de que estando en vigencia la norma contentiva del tributo posteriormente declarado inconstitucional, se pueda solicitar a la Administración que aplique la excepción de inconstitucionalidad, al ser manifiestamente contraria a la Constitución, la norma que le sirve de fundamento al acto administrativo emitido por aquél. Como bien lo ha sostenido la Corte Constitucional:

Si bien es cierto que por regla general las decisiones estatales son de obligatorio cumplimiento tanto para los servidores públicos como para los particulares (...) también lo es que, cuando de manera palmaria, ellas quebrantan los ordenamientos constitucionales, con fundamento en la supremacía constitucional, debe acatarse el mandato contenido en el artículo 4° de la Carta ya citado, que ordena que "en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales", sin perjuicio de la responsabilidad correspondiente de que trata el artículo 6° de la misma, por infringir la Constitución y las leyes y por omisión o extralimitación, por parte de los servidores públicos, en el ejercicio de sus funciones. Lo anterior no se predica de la norma jurídica de contenido particular, individual y concreto, que crea derechos en favor de un particular, la cual no puede dejar de aplicarse a través de la excepción de inconstitucionalidad, en presencia de la garantía de que gozan los derechos adquiridos con justo título y con arreglo a las leyes civiles, hasta tanto no sean anulados o suspendidos por la jurisdicción competente, o revocados por la misma administración con el consentimiento expreso y escrito de su titular.¹⁹³

Si bien el ordenamiento constitucional permite que los servidores públicos, inapliquen las disposiciones ordinarias de inferior jerarquía, cuando estas contravienen manifiestamente los preceptos superiores, cabe decir, que ello no sucede en la práctica nacional, al menos, en lo relativo a la administración de las obligaciones tributarias por parte de la autoridad administrativa – léase DIAN – encargada de dicha labor. Esta aseveración se logra entrever, por ejemplo, en el ya mencionado caso de la declaratoria de inexecutable de la TESA por parte de la Corte Constitucional, donde la DIAN defendió la constitucionalidad de la norma acusada.

¹⁹³ Ibídem.

En segundo lugar, porque la acción de nulidad y restablecimiento del derecho¹⁹⁴, que cabría contra la decisión nugatoria de la Administración de devolver los saldos sufragados durante su vigencia, resulta inoperante, en virtud de que este medio de control judicial, hace referencia a establecer en un primer momento, la contrariedad existente entre el acto administrativo liquidatorio del tributo y el ordenamiento jurídico; y en un segundo instante, conforme al dictamen al que llegue el juzgador en el seno de dicho estudio, reconocer que en virtud de la contrariedad dilucidada se le generó un daño al administrado. No es necesario abundar en explicaciones de técnica jurídica, para sostener que el acto administrativo, durante su vigencia, cumplía con todos los requisitos para su adecuación conforme a derecho, y por consiguiente, al estar impregnado del principio de presunción de legalidad, era de obligatorio cumplimiento por todos los órganos y personas que resultaron involucradas con la expedición de la disposición legal inconstitucional, y en ese orden de ideas, concluir que las sumas sufragadas resultaron siendo debidas, tal y como lo sostuvo la Jurisdicción Contencioso Administrativa en los casos que conoció en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Desatender este razonamiento, conduciría a la única solución que el mismo Consejo de Estado niega en su jurisprudencia, es decir, desconocer los efectos temporales de las sentencias de constitucionalidad conferidos por la Corte Constitucional, con el fin de devolver las situaciones a su estado anterior.

Resulta equívoco afirmar que los contribuyentes afectados con ocasión de la expedición de un tributo posteriormente declarado inconstitucional – con efectos hacia el futuro – por parte de la Corte Constitucional, deben acudir en primer lugar ante la Administración, en virtud del pago de lo no debido, ya que como bien se expuso anteriormente, mientras este estuvo vigente eran sumas que los destinatarios de la norma contentiva del tributo, estaban en el deber jurídico de sufragar, situación que se perpetúa con la modulación hacia el futuro de los efectos

¹⁹⁴ Ley 1437 de 2011. “Artículo 138. *Nulidad y restablecimiento del derecho*. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.

Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel”.

de las sentencias de inconstitucionalidad, al establecer que las situaciones jurídicas individuales surgidas al amparo de la ley mientras estuvo vigente, permanecen incólumes.

No se puede subsumir, dentro de los supuestos consagrados en el artículo 850 del Estatuto Tributario, los pagos realizados por parte de los contribuyentes de obligaciones tributarias declaradas inexequibles por el Alto Tribunal Constitucional, ya que no resultan siendo sumas indebidas ni mucho menos pagos en exceso de una obligación tributaria – como también lo adujeron de manera infructuosa varios reclamantes –.

La controversia generada en torno a la juridicidad del pago del tributo, no radica en virtud del acto administrativo liquidatorio del mismo, tal y como se acaba de ver, si no en virtud de la ley que lo crea, debido a que, al ser la ley vinculante tanto para los operadores jurídicos – léase la Administración encargada de dar aplicación a lo preceptuado en ella – como para los contribuyentes que resultaron afectados con dicha preceptiva, el daño generado durante su vigencia debía ser soportado por quienes tuvieron que sufragar el tributo. No obstante, ello no implica, necesariamente, que al conferirse efectos *ex nunc* al fallo de inconstitucionalidad, los reclamantes tengan que ver atónitos cómo las arcas del Estado se benefician de lo que la doctrina ha denominado “inconstitucionalidad útil”, en virtud de la consolidación de las situaciones jurídicas surgidas a su amparo.

Todo lo contrario, en virtud de la mayor vinculatoriedad existente entre la Constitución, como auténtica norma dotada de eficacia normativa, y la labor del legislador, como órgano encargado de crear leyes acordes con los preceptos superiores, la declaratoria de inexequibilidad de la norma enjuiciada – entiéndase en este aspecto particular de normas creadoras de tributos inconstitucionales – indica es la consolidación del daño antijurídico – situación completamente ajena a su incidencia en plano de la relación jurídico – administrativa trabada entre la Administración y el administrado –, por contravenir los preceptos superiores, y ordenarle a los contribuyentes el pago de un tributo inconstitucional so pena de ser coaccionado por la misma Administración, en virtud del principio de autotutela y de ejecutividad de los actos administrativos, sin detrimento, vale decir, de las eventuales responsabilidades que se puedan suscitar por la reticencia a cumplir con lo ordenado en la ley y replicado en el acto administrativo. En este punto, resulta esencial la referencia que realiza el Dr. José Manuel Busto Lago, acerca del juicio de antijuridicidad que propone Nipperdey: “[Para Nipperdey] el juicio de antijuridicidad sólo estará completo cuando, además del resultado (o lesión de intereses), se atienda también a la función determinante de la norma jurídica. Nipperdey define la antijuridicidad (*widerrechtlich*) como la lesión de intereses

jurídicos reconocidos – bienes jurídicos – por medio de acciones contrarias a los mandatos o prohibiciones del ordenamiento jurídico”.¹⁹⁵

Esta definición que trae a colación el jurista Busto Lago, en su excepcional libro acerca del daño, permite indicar que la antijuridicidad del mismo, se configura plenamente con la declaratoria de inexecuibilidad de la disposición legal contentiva del tributo. El daño, expresado en este supuesto, en un daño patrimonial a título de daño emergente, denota la erogación patrimonial realizada por los contribuyentes desde el momento de la expedición de la ley hasta su posterior retiro del ordenamiento jurídico, en razón de su inconstitucionalidad, al contravenir materialmente, los preceptos constitucionales que sirven de base para la creación del mismo, implicando con ello, la injusticia misma en el pago de un tributo que resulta contrario a los preceptos constitucionales. La única manera de realizar la justicia, por la que propende el Estado Constitucional moderno, es indemnizando a la víctima a través de la cuantificación de la erogación patrimonial sufrida por esta, como consecuencia del pago de un tributo declarado inconstitucional, indemnización que se traduce, de esta manera, en la sumatoria que resulta del pago continuo del mismo, mientras este estuvo vigente.

Cabe destacar, que esta apreciación no borra el carácter antijurídico del daño, debido a que su antijuridicidad se predica es de la declaratoria de inexecuibilidad del tributo en mención, que da pie a indicar que los contribuyentes no tenían el deber jurídico de soportar el pago del mismo al no tener un título jurídico válido de acuerdo a los preceptos superiores. La indemnización del daño, con base en lo pagado durante su vigencia, es lo que permite realizar la justicia material propugnada dentro de un Estado Social de Derecho, el cual protege a los asociados en su vida, honra y bienes – tal y como lo enuncia el artículo 2 constitucional –.

Por estos motivos, es que tampoco resulta dable jurídicamente, afirmar, como en su momento lo hizo la Sección Tercera del Consejo de Estado – por ejemplo, en sentencia del 26 de marzo de 2014 – que el daño antijurídico surge desde el momento mismo de la expedición de la ley, en virtud del principio de supremacía de la Constitución. Esta postura, es contradictoria en el planteamiento que le sirve de base para llegar a dicha conclusión, en el entendido de que es ilógico sostener que el tributo estaba investido por el principio de presunción de constitucionalidad – y los actos administrativos liquidatorios del mismo, del principio de presunción de legalidad – y al mismo tiempo afirmar que los contribuyentes no estaban en el deber jurídico de soportar el daño padecido como consecuencia de las sumas sufragadas

¹⁹⁵ Cita encontrada en: Busto, *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*, 67.

durante su vigencia. Es decir, como bien sostuvo la Sección Cuarta del Consejo de Estado, en sede de tutela, ello significa disociar los efectos de la vigencia de la norma retirada del ordenamiento jurídico, en el que por una parte, resulta de obligatorio cumplimiento tanto para la Administración encargada del control y administración de las obligaciones tributarias, como de los contribuyentes compelidos a sufragar el tributo; y por otra parte, aseverar que era un daño que no estaban en el deber jurídico de soportar. Es una reducción al absurdo, debido a que no se puede afirmar al mismo tiempo que un contribuyente está y no está en el deber jurídico de soportar un daño. Es necesario separar ambos momentos, con el fin de evitar contradicciones en el Derecho.

Por otro lado, la postura aquí defendida, permite sostener igualmente, la imposibilidad de decretar el consentimiento del perjudicado como causal de exclusión de la antijuridicidad del daño, debido a que, como bien se puede colegir de lo explicado hasta ahora, el contribuyente debía respetar la constitucionalidad de la norma mientras estuvo vigente, y no podía rehusarse al cumplimiento de lo preceptuado en ella, ya que el Estado goza de una serie de prerrogativas para hacer cumplir lo dispuesto por la ley. Contravenir lo ordenado, implicaría entonces, su antijuridicidad expresada en la infracción tributaria en virtud de su renuencia a cumplir con su deber de sostenimiento al gasto público. El consentimiento del perjudicado, se ve entonces viciado por la fuerza u obligatoriedad de la disposición contentiva del tributo – que se puede hacer exigible por los medios coactivos dispuestos por el ordenamiento jurídico – y de la imposibilidad por parte del reclamante de disponer de sus bienes, como podría hacerlo en el campo del Derecho Civil, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad privada. Como bien destaca el Consejo de Estado: “...en los términos de la desobediencia civil, no puede reprochársele a una persona que obró de manera legítima frente a lo que se cataloga como una consecuencia injusta, que se adecuó y obre conforme a la misma; una postura contraria supondría atribuirle el daño a quien precisamente lo padeció”.¹⁹⁶

Se trata, sin duda alguna, de un caso *suis generis* en el derecho nacional, ya que el ordenamiento jurídico no prevé ningún mecanismo jurídico idóneo y conducente en vía administrativa, que permita que los contribuyentes afectados por disposiciones tributarias declaradas inexecutable puedan reclamar las sumas sufragadas durante su vigencia. Esto, en el entendido de que, el legislador, en ejercicio de su libre configuración normativa, puede, evidentemente, crear mecanismos de acceso por parte de los reclamantes a dichos ingresos, sin necesidad de acudir directamente

¹⁹⁶ Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera., Sentencia del 9 de junio de 2010, Consejero Ponente.: Enrique Gil Botero.

en vía de acción de reparación directa. Este escenario no impide, desde luego, que queden daños antijurídicos sin reparación por parte del ordenamiento jurídico, ya que la cláusula general de responsabilidad extracontractual del Estado, permite la resarcibilidad de todo daño no querido, ni merecido ni que estaba en el deber jurídico de soportar un particular como consecuencia de la actuación u omisión del Estado. Sobre este asunto se profundizará posteriormente.

En cuanto a la incidencia de la modulación de los efectos temporales de las sentencias de constitucionalidad dentro de la antijuridicidad del daño – cabe decir – no cumple ningún rol en el plano de la responsabilidad extracontractual del Estado, debido a que lo esencial para determinar su existencia es la declaratoria de inexecutable de la norma por parte del Tribunal Constitucional, sin importar si fue con efectos retroactivos o ultractivos. En el primer supuesto – es decir, si se confieren efectos *ex tunc* al fallo de inconstitucionalidad – es el mismo Tribunal, que en ejercicio de sus facultades constitucionales, decide eliminar la antijuridicidad del daño ordenando la devolución de las sumas ingresadas al erario público con el fin de restablecer el equilibrio roto con la disposición enjuiciada – según lo hizo de forma primigenia la Corte Constitucional –. En el segundo supuesto, le corresponde a la Jurisdicción – Contencioso Administrativa, como órgano competente para conocer de los daños antijurídicos causados a los particulares, el que conceda la reparación a que haya lugar como consecuencia de la expedición de una norma tributaria inconstitucional.

Sostener lo contrario, significaría, ni más ni menos, que vaciar de contenido lo preceptuado en el artículo 90 constitucional, en el entendido de que, se estaría supeditando la existencia de la responsabilidad extracontractual del Estado a elementos ajenos a los consagrados en dicha disposición, como viene a ser en este supuesto, al otorgamiento de efectos retroactivos del fallo de inconstitucionalidad como condición necesaria o *sine qua non*, para la configuración de la antijuridicidad del daño.

Ello conduciría, según la experiencia que enseña la modulación de sentencias realizadas en esta materia por parte de la Corte Constitucional – que siempre han sido otorgados *ex nunc*, salvo la excepción hecha en la sentencia C – 149 de 1993 –, que los contribuyentes se verían supeditados de manera indefectible al pago de tributos inconstitucionales, sin tener ningún recurso para poder hacer valer sus derechos. Las personas naturales y morales, si bien están obligados al sostenimiento del gasto público a través del pago de tributos – sea cual sea su denominación –, no lo están, frente a tributos que materialmente resultan siendo contradictorios con la Carta Política.

La dialéctica iuspositivista – iusnaturalista existente en nuestro ordenamiento constitucional exige encontrar un equilibrio entre los valores superiores consagrados por el Constituyente, de manera que no queden vestigios de afectaciones sin reparación al patrimonio de los asociados, como consecuencia de una visión, si se quiere, conservadora, o tal vez, equivocada, de la responsabilidad extracontractual del Estado – legislador por disposiciones tributarias inconstitucionales. Ello no quiere decir, no obstante, que el Estado en su vertiente legislativa deba responder por todas las declaratorias de inexecutableidad en la que hayan de por medio tributos contrarios a la Carta Política. Resulta interesante, por ejemplo, analizar qué sucede cuando el tributo declarado inexecutable por la Corte Constitucional, no contradice materialmente la Constitución, sino que es retirada del ordenamiento jurídico, por vicios en su formación, particularidad que si bien tiene importancia, en el ámbito del derecho constitucional, podría resultar discutible de cara a examinar su incidencia en el campo de la responsabilidad extracontractual del Estado, y sobre todo, de evitar una extensión ilimitada de la responsabilidad patrimonial del Estado en el campo tributario, que puede derivar en cuantiosas sumas de dinero para la Hacienda Pública. Por ello, si bien se exige, por un lado la indemnizabilidad plena de perjuicios, también, se exige por otro, la viabilidad del sistema macroeconómico del país y compaginar, de igual manera, estos factores dentro de los presupuestos configurativos de la responsabilidad extracontractual del Estado, tal y como se intentará realizar en líneas posteriores.

Como nota al margen, un argumento que puede servir de base para rechazar la responsabilidad del Estado legislador en materia de la declaratoria de inexecutableidad de disposiciones tributarias por vicios en su formación, puede consistir, al menos primariamente, que el tributo en sí mismo – es decir, en su contenido – era acorde con la Carta Política, y por consiguiente, si bien se retiró del ordenamiento jurídico por yerros en su tramitación legislativa, puede volver a ser tramitado por el Congreso de la República, observando esta vez, los requisitos que exige la Constitución para su tramitación y aprobación.

Ahora bien, teniendo en cuenta lo planteado en materia de la antijuridicidad del daño, como presupuesto configurativo de la responsabilidad extracontractual del Estado, se debe afirmar que es el legislador el responsable de su causación, ya que sin la expedición de la ley no se hubiese generado el detrimento patrimonial padecido, sin justo título, por parte de los destinatarios de la normativa. El argumento al que apela un sector de la jurisprudencia, en lo relativo a que, suponiéndose que el daño es antijurídico, su imputación debe hacerse a la autoridad administrativa que hizo el correspondiente recaudo del mismo, cabe decir que no es una afirmación, que *en derecho*, tenga asidero, ya que la Administración obró conforme a derecho, mientras la ley que le dio fundamento a los actos

administrativos que aquella profirió para dar lugar a la obligación tributaria estuvo vigente, es decir, el daño antijurídico sufragado a los contribuyentes no proviene del acto administrativo – en el entendido de que, como bien se explicó, se trata de un daño proferido con título jurídico válido –, sino de la ley, una vez esta es declarada inconstitucional.

Por consiguiente, en el marco del juicio de imputación fáctica, lo correcto es atribuir el daño en el patrimonio del Estado, en su vertiente legislativa, al ser este el autor de una ley, que al ser declarada inconstitucional, ocasionó daños antijurídicos a los particulares afectados con dicha preceptiva. Sin contar que, sostener que el legitimado en la causa por pasiva debe ser la Administración, conllevaría tener que demandar la nulidad del acto administrativo que ocasionó el daño, y el consiguiente restablecimiento del derecho, situación que, como bien se explicó previamente, es inconducente.

Adicionalmente, al ser una de las funciones de la responsabilidad extracontractual del Estado, encontrar un patrimonio al cual imputarle las consecuencias padecidas por la víctima como resultado del actuar del Estado, este supuesto en particular, no conduce a otra respuesta, que radicar el juicio de imputación fáctica – en este caso, de expedición de un acto jurídico – en la labor del Estado dimanante de la actividad legislativa, ya que de lo contrario, no habría ninguna autoridad pública – según las circunstancias fácticas y jurídicas que se enmarcan dentro del análisis de la responsabilidad patrimonial del Estado – a quien atribuirle la causación del daño antijurídico.

Por otro lado, siguiendo el esclarecimiento de la responsabilidad del Estado – legislador por disposiciones tributarias declaradas inexecutable, surgen otros interrogantes interesantes que resultan imperativos de abordar, de cara a la configuración de la obligación indemnizatoria a cargo del Estado – legislador. Dichos interrogantes, se pueden resumir en los siguientes: ¿Cuál es el título jurídico de imputación que se debe emplear en este tipo de casos? ¿Cuál es el fundamento jurídico para atribuir la obligación indemnizatoria a cargo del Estado? ¿Se puede imputar el daño antijurídico al Estado – legislador a título de falla del servicio legislativo? ¿Cuál es el rigor técnico que se observa del uso de este título jurídico de imputación – empleado por la Sección Tercera del Consejo de Estado en varias sentencias para condenar al Estado – en el campo de la actividad legislativa? ¿Se debe pensar en otro título jurídico de imputación?

En tratándose del fundamento en que debe recaer la obligación indemnizatoria a cargo del Estado – legislador por virtud de la declaratoria de inexecutable de disposiciones tributarias, la Sección Tercera del Consejo de Estado empleó en su

momento el título de falla del servicio como criterio de atribución jurídica del daño antijurídico causado a los destinatarios de la preceptiva legal enjuiciada – al respecto, remitirse al acápite 4.1.4 del presente escrito –.

La argumentación esgrimida por dicha Corporación se limita a hacer referencia a que una vez la Corte Constitucional, en ejercicio de su control normativo, retira del ordenamiento jurídico una disposición legal, por ser contraria a los preceptos superiores, ello denota claramente, la falla en el servicio legislativo por parte del Congreso de la República, es decir, un defectuoso funcionamiento de la actividad legislativa que se traduce en la inconstitucionalidad de la norma promulgada por dicha autoridad pública.

Sin mayor profundización sobre la fundamentación del uso de este título de imputación, la Sección Tercera del Consejo de Estado, procedió a declarar responsable patrimonialmente al Congreso de la República a título de falla del servicio legislativo, sin realizar el correspondiente juicio de reproche que le corresponde al juzgador con el fin de comprobar que efectivamente el legislador actuó – para el caso particular – violando una de sus “obligaciones” que le correspondía observar en materia de creación de sus productos legislativos, que se podría traducir en un evidente funcionamiento anormal del servicio legislativo. Como bien destacó la parte accionante – en la acción de tutela contra la providencia judicial en comento –, si bien la autoridad judicial radicó la obligación indemnizatoria en la falla del servicio, terminó imputando objetivamente el daño antijurídico a la autoridad pública que expidió la ley – de ahí, uno de los más fuertes argumentos para que se procediera a dejar sin efectos las providencias dictadas por la Sección Tercera del Consejo de Estado que acudieron a esta línea de razonamiento para condenar al legislador –.

Nótese la dificultad de dicha tarea y el anti tecnicismo – *a priori* – en que incurre el juzgador al emplear este título de imputación.

Varias son las observaciones y reflexiones que se deben hacer con base en esta postura sostenida por el Consejo de Estado.

En primer lugar, históricamente se ha partido de que este título de imputación subjetivo, se utiliza haciendo referencia al funcionamiento anormal, deficiente, retardado o negligente de los servicios públicos – definición que ilustra las hipótesis en las cuales se puede configurar la responsabilidad del Estado – que corren a cargo de la Administración, es decir, se parte de la base de que se está frente a un servicio público, el cual, requiere para su cometido, el despliegue de actividades que se encuentran regladas, es decir, actividades que en el marco de su ejecución,

deben cumplir una serie de obligaciones en aras de que el fin por el que se propende, sea acometido de manera exitosa. Ello sucede, por ejemplo, en materia de responsabilidad médica, donde un paciente que ingresa a un hospital público como consecuencia de una patología cualquiera, activa la actuación del Estado, con el fin de que su enfermedad sea mitigada y eliminada gracias a un conjunto de acciones que observaron las obligaciones asignadas en la Constitución, la ley y los reglamentos, con el fin de salvaguardar la salud e integridad física y psicológica del paciente. En caso de que la inobservancia de dichas obligaciones, derive en la causación de un daño antijurídico al paciente – que vale decir, se encuentra en una relación de especial sujeción con el Estado –, conllevará de manera irremediable a la asunción de la obligación indemnizatoria a cargo del Estado a título de falla del servicio. Lo mismo sucede, en el supuesto en el cual, por ejemplo, una persona continuamente amenazada por grupos armados ilegales es posteriormente asesinada en manos de dichos grupos, como consecuencia de la desprotección en que lo sumió el Estado, a pesar de haber estado al tanto de dichas amenazas, bien por ser un hecho de conocimiento público o, bien, gracias a la información brindada por la víctima. Naturalmente, este supuesto, encierra otro caso que se subsume en la falla en el servicio en que incurre la autoridad pública encargada de brindar protección a la persona intimidada por las constantes amenazas contra su vida. La violación del contenido obligacional – que tiene en el artículo 2 de la Constitución Política, su fundamento constitucional – en que incurre el Estado implica el deber por parte del juzgador, de realizar un juicio de reproche por la omisión en que incurrió la autoridad estatal.

Como bien se puede ver de los ejemplos esbozados – que naturalmente son meramente enunciativos, y hacen parte de una gran cantidad de casos que se pueden vislumbrar en la Jurisprudencia del Consejo de Estado –, el título de falla del servicio, es comúnmente usado por la Jurisdicción Contencioso Administrativa para efectos de determinar la calidad de la *función administrativa*, en la prestación de un servicio, que tiene dentro de sus connotaciones intrínsecas, la protección, garantía y satisfacción de los derechos de los asociados.

La falla del servicio, en esta línea de razonamiento, es utilizada como una violación de un contenido obligacional a cargo de una persona de derecho público cuando se encuentra compelida a brindar un determinado servicio público, como bien afirma el Dr. Juan Carlos Henao Pérez. Es tarea del Juez Contencioso Administrativo, determinar la prestación¹⁹⁷ y el contenido obligacional¹⁹⁸ al cual estaba sujeto la

¹⁹⁷ La prestación ha sido definida tradicionalmente por la doctrina civilista, como el deber de conducta que debe emprender el deudor en beneficio del acreedor.

¹⁹⁸ “...el contenido de la obligación se refiere a la estructura del vínculo, los matices que presente, las particularidades de la orientación que el deudor ha de imprimir a su conducta (...) son las circunstancias de

Administración, con el fin de dilucidar si el hecho generador del daño contrarió dichas obligaciones.

La primera observación que cabe realizar, consiste en la concepción de la labor legislativa como un servicio público a cargo del Estado y a favor de los asociados. ¿Acaso se puede asimilar el acto de elaborar y expedir una ley al acto de brindar un servicio médico o un servicio de seguridad o de policía? ¿Ambas actividades revisten la misma naturaleza? Son preguntas que surgen producto del planteamiento esgrimido por la Sección Tercera del Consejo de Estado, que dejan entrever, al menos, primariamente, que se tratan de actividades radicalmente disímiles, en el cual la función pública legislativa, según el artículo 114 de la Constitución Política, se limita a “*reformular la Constitución, hacer las leyes y ejercer control político sobre el gobierno y la administración*”. Competencia que le da un amplio margen de libertad para crear o expedir leyes, en el entendido de que el actuar del legislador obedece a razones de orden político, social y económico, según las cuales, no se encuentra compelido u obligado a legislar acerca de una determinada materia en un modo y tiempo determinados; situación que sí acaece en el campo de los servicios públicos, donde se examina la calidad de la prestación del servicio – atendiendo a las circunstancias modales que la rodean – y cuyos elementos fácticos del caso sirven para imputar la responsabilidad extracontractual del Estado.

Ello no quiere decir, como bien lo sostuvo la Sección Cuarta en su momento, que la labor del legislador no se encuentre sujeta a una serie de controles, como sucede, naturalmente, con el control normativo ejercido por el Tribunal Constitucional por expreso mandato del artículo 241¹⁹⁹ de la Constitución Política, que realiza con el fin de salvaguardar la supremacía e integridad del ordenamiento jurídico superior.

En posición contraria se ubica un sector de la doctrina, que afirma que los daños antijurídicos padecidos por las víctimas como consecuencia de una ley declarada inconstitucional, deben fundamentarse en la falla del servicio legislativo. En este sentido, reflexiona el Dr. Bustamante Ledesma: “Si una ley declarada inconstitucional y con su aplicación se causó un deterioro o lesión a los asociados en sus legítimos derechos, el Estado debe responder por falla en el servicio, con fundamento en las normas constitucionales que protegen los derechos adquiridos

tiempo, modo y lugar a las que está sujeta la prestación y, por ende, a las que se encuentra sometido el deudor, en especial en cuanto a su diligencia, esmero, idoneidad y presteza (arts. 1603 y ss. C.C.), en últimas determinantes de la efectividad del cumplimiento y de la validez del pago (arts. 1626 a 1627 C.C.).

¹⁹⁹ Artículo 241. “A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo (...)”.

con justo título, que no pueden ser vulnerados ni desconocidos por Leyes posteriores”.²⁰⁰

En esta misma línea, se adscriben Paola Franco Rodríguez y Manuel Eduardo Góngora Mera, quienes en su tesis “La responsabilidad del Estado legislador en los eventos de sentencias moduladas”, sostienen lo siguiente:

*La Falla en la función legislativa es toda falta a las obligaciones constitucionales del legislador en ejercicio de su función legislativa, declarada como tal por sentencia de inconstitucionalidad. No sólo incurre en falla el legislador cuando profiere una Ley inconstitucional, sino también cuando omite hacerlo teniendo un mandato de la Constitución de regular una materia específica (...). La responsabilidad del Estado por Falla en la función legislativa se sustenta en el deber estatal de garantizar a los ciudadanos la efectiva realización de los mandatos y derechos que la Constitución incorpora; su fundamento filosófico es el Estado Social de Derecho; el principio jurídico que lo gobierna es la supremacía de la Constitución; y se configura sólo ante la declaratoria de inexecuibilidad de una Ley o la declaratoria de inconstitucionalidad por omisión.*²⁰¹

No obstante, y con ánimo de polemizar en este tema, sin duda interesante, si se asume una concepción ahistórica del concepto de falla del servicio - o, incluso, se reformula el concepto de *faute de service* por el de *falla en la prestación de la función pública legislativa* – en la cual se pueda subsumir la actividad legislativa como objeto de examen por parte del Juez de lo Contencioso Administrativo en supuestos de responsabilidad extracontractual del Estado por el hecho de una ley inconstitucional que implique un juicio de reproche sobre dicha labor –, se pueden llegar a plantear las siguientes preguntas: ¿cuál es la obligación a la que se encuentra compelido observar el legislador para efectos de evitar incurrir en falla del servicio – o en la falla de la función pública legislativa como acá se propone –? ¿Cómo se delimitaría esa obligación? Una cuestión es clara, y es que, *a priori*, la inexistencia de tal obligación denota necesariamente la imposibilidad de hablar de una eventual falla del servicio – o *falla en la función pública legislativa* –.

En el campo del Derecho Administrativo, no se han realizado elaboraciones doctrinarias que permitan determinar qué se entiende por obligaciones administrativas. Por el contrario, se ha acudido a la doctrina civilista que ha abordado profusamente dicho concepto en aras de aclarar su naturaleza y alcance. Hinestrosa, define el concepto “obligación” de la siguiente manera:

²⁰⁰ Álvaro Bustamante Ledesma, *La responsabilidad extracontractual del Estado*, (Bogotá, LEYER, 1998), 115.

²⁰¹ Paola Franco Rodríguez y Manuel Eduardo Góngora Mera, “La responsabilidad del Estado legislador en los eventos de sentencias moduladas” (Tesis para optar al título de abogado, Universidad Pontificia Javeriana, 2001), 80, <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere2/Tesis43.pdf>.

[Obligación] *significa ligamen, atadura, vínculo [...] que [...] implican una relación jurídica, o sea una relación sancionada por [el derecho], establecida entre dos personas, determinadas en razón de la cual un sujeto activo, que se denomina acreedor, espera fundadamente un determinado comportamiento, colaboración, que es la prestación, útil para él y susceptible de valoración pecuniaria, de parte y a cargo de otro sujeto pasivo, llamado deudor, quien se encuentra, por lo mismo, en la necesidad de ajustar su conducta al contenido del nexa, so pena de quedar expuesto a padecer ejecución forzada.*²⁰²

Definición que, en términos generales²⁰³, ha acogido la doctrina administrativa con el fin moldear las obligaciones que vinculan a la Administración al momento en que despliega sus actividades para el perfecto funcionamiento de los servicios públicos, es decir, en este asunto en particular, la Administración siempre obrará como deudora y el particular involucrado como acreedor de la obligación. Ahora, la dificultad que reviste en este campo, es determinar el contenido obligacional, "...es decir, de aquello a lo cual están obligadas las personas públicas, o, lo que es lo mismo, las reglas de "comportamiento" que deben cumplir en su funcionamiento. En este sentido dice MOREAU que, "para saber si tal hecho es constitutivo de una falla del servicio, hay que determinar a priori, con certeza, el contenido de la obligación que recae sobre la administración".²⁰⁴

Al respecto, se ha dicho que el principio funcional y el principio de legalidad, permiten abordar el contenido de la obligación con el fin de determinar ulteriormente la existencia o no de la falla del servicio. El juzgador al momento de examinar la conducta generadora del daño, debe revisar si la actividad emprendida por el agente del Estado se encontraba regulada previamente en la Constitución, la ley o el reglamento, a efectos de ubicar allí, las obligaciones específicas que se debían observar. Ello sucede, por ejemplo, en materia de seguridad o de policía, donde dicha actividad se encuentra regulada expresamente en diversos instrumentos normativos, que establecen de forma detallada la forma en que deben actuar dichas autoridades ante diversos escenarios, con el fin de evitar el abuso de autoridad, o la violación de un bien jurídicamente tutelado – por ejemplo el bien jurídico vida – como consecuencia de la omisión en los deberes funcionales que les correspondían cumplir. Este supuesto, permite que el juez pueda realizar su labor de una manera mucho más sencilla, en el entendido de que debe compaginar únicamente el supuesto de hecho enjuiciado con las normas exigibles al caso concreto, y de allí, concluir si se incurrió o no en falla del servicio:

²⁰² Cita encontrada en: Henao, "La noción de falla del servicio", 63.

²⁰³ "Es discutible en derecho administrativo el que la prestación tenga que ser susceptible de valoración pecuniaria, en la medida en que pueden existir hipótesis en la que la indemnización en caso de incumplimiento se honre sólo con el cumplimiento de la obligación primaria, que en sí puede no tener equivalente pecuniario". *Ibíd.*, 65-66.

²⁰⁴ *Ibíd.*, 67.

En esta primera forma, para determinar el contenido de las obligaciones hay que subrayar como esencial la existencia de normas que establecen con nitidez el contenido obligatorio que, al preceptuar con claridad la forma como la actuación estatal que se encuentra el origen del perjuicio debió ser desarrollada, vincula la responsabilidad de la persona pública que actuó de manera contraria.

(...)

En una segunda forma de determinar el contenido obligatorio a partir de [los textos legales], la actividad administrativa cuestionada por el advenimiento del perjuicio no se encuentra reglamentada de manera minuciosa, razón por la cual el juez se refiere a las normas de manera más libre (...). “En efecto, para decidir si hay o no violación de una obligación, el juez se apoya en los textos sin sentirse realmente ligado por ellos, de tal suerte que los textos se convierten en una especie de báscula que permite “medir” la acción administrativa.”²⁰⁵

No obstante, esta asimilación normativa no sucede en todos los supuestos en los que se desenvuelve la Administración, ya que muchas actividades no se encuentran regladas en textos legales en donde se consagran de manera específica las obligaciones a cargo de una determinada autoridad pública o donde apenas se hace una referencia genérica a las mismas, de manera que en otros escenarios, el juzgador acude al texto constitucional en busca de delinear o “darle tinte” al contenido obligatorio que le correspondía observar a la Administración. Es en este caso, donde adquiere importancia el artículo 2 de la Constitución Política que no solo establece los fines del Estado – servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación en todos los ámbitos; defender la independencia nacional; y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo – sino también los deberes a cargo de las autoridades públicas, quienes deben proteger a todos los residentes en su vida, honra y bienes. Estos deberes sociales a cargo del Estado, es lo que permite afirmar, como bien ha sostenido el Consejo de Estado, que “en el derecho público colombiano, las obligaciones a cargo de la administración se encuentran formuladas a partir de los cánones constitucionales comentados”²⁰⁶: [E]l artículo 2º del actual ordenamiento constitucional supone, por no expresar un contenido obligatorio preciso, una tal posibilidad interpretativa del juez que unos mismos hechos pueden dar lugar, dependiendo de la interpretación, a que se declare o no la falla del servicio. Esta posibilidad se abre, naturalmente, ante la ausencia de reglamentación precisa, en cualquier campo de la actividad estatal, del mencionado artículo 2”.²⁰⁷

²⁰⁵ *Ibíd.*, 73-74.

²⁰⁶ *Ibíd.* p. 80.

²⁰⁷ *Ibíd.* p. 81.

De forma paralela a estas posibilidades que se encuentran a disposición del juez con el fin de esclarecer la existencia de una falla del servicio, también ha establecido la doctrina, el sometimiento al principio de legalidad, que obliga a la Administración a actuar de conformidad con el ordenamiento jurídico. Su inobservancia, denota no sólo la posibilidad de decretar la nulidad de lo actuado, sino también de decretar una falla en el servicio. En este asunto en particular, se ha discutido si la ilegalidad de un acto administrativo conlleva *necesariamente* una falla en el servicio. Esta discusión surge, planteándose supuestos en los cuales la ilegalidad del acto radica en irregularidades o vicios de forma que podrían expedirse de nuevo observando las ritualidades legales del caso. El Dr. Juan Carlos Henao, retrata esta discusión, que por su importancia, vale la pena reproducir:

Para la doctrina clásica, representada básicamente por DELBEZ y DUEZ, la ilegalidad de un acto no conlleva necesariamente la falla del servicio. Conocida es en este aspecto la frase de DUEZ que enuncia que “toda falla no genera responsabilidad del poder público”, lo cual equivale a decir, según el pensamiento de este autor, que solamente una falla grave en la legalidad del acto podría comprometer la responsabilidad estatal. Se presentaría bajo esta óptica una “escala de ilegalidades”, que tendría como “argumento convincente el hecho de que con frecuencia, en caso de irregularidad externa del acto, la ilegalidad forma no impediría que el acto fuere expedido posteriormente.”²⁰⁸

Estos planteamientos esbozados hasta ahora, permiten, si bien no descartar de plano la procedencia del título subjetivo de imputación existente en nuestro ordenamiento constitucional en el plano de la responsabilidad patrimonial del legislador por disposiciones tributarias declaradas inexequibles, sí, al menos, entrever la dificultad de acudir al mismo, en aras de analizar su aplicabilidad en este supuesto.

Esta premisa se fundamenta en la falta de técnica jurídica que se presenta al momento de delimitar el contenido obligacional al que se encuentra supeditado el legislador en el marco de su actividad ordinaria de deliberación, creación y expedición de leyes.

Se podría llegar a plantear, por ejemplo, en virtud de la “mayor vinculatoriedad normativa” de la Constitución con la actuación del poder público, que existe una “obligación genérica de sometimiento del legislador a la Constitución” – que en el plano de la responsabilidad extracontractual del Estado, se consideraría una obligación de medios y no de resultado – que permita a partir de esta elaboración, llenar de contenido dicha obligación y a partir de allí, sostener que la configuración de una *ilicitud sustancial legislativa* o *antijuridicidad sustancial legislativa* expresada

²⁰⁸ *Ibíd.* p. 88.

en la declaratoria de inexecutable de la norma generadora del daño antijurídico, deriva eventualmente en la *falla del servicio legislativo* – o en la *falla en la prestación de la función pública legislativa* –. Cuestión sumamente controversial, si se tiene en cuenta que en muchas ocasiones, la Corte Constitucional, al momento de realizar el juicio de constitucionalidad de la norma acusada, realiza ingentes esfuerzos por determinar si la disposición enjuiciada contraría efectivamente la Constitución, situación que resulta a todas luces complejo de prever por parte del legislador en el marco de su actividad legislativa. Es precisamente, en el asunto de la previsibilidad del daño, como límite a la determinación de la falla en el servicio – o en la función pública legislativa –, que resulta también difícil de determinar hasta qué punto es posible hablar de la previsión por parte del legislador de la generación de un daño antijurídico a los particulares.

Incluso, esta problemática se mantiene si se examina no desde el ámbito del agente generador del daño – que en el examen de falla del servicio se tiene en cuenta los poderes jurídicos que tenía la autoridad pública al momento de emprender el hecho reprochado y la previsibilidad del daño para efectos de dilucidar el deber de conducta exigible para el caso concreto – sino desde el sujeto efectivamente dañado en sus bienes y patrimonio. Si la falla del servicio consiste en la vulneración de un contenido obligacional a cargo de una persona de derecho público, surge entonces el siguiente interrogante: ¿tienen los asociados un derecho correlativo a no ser perjudicados por una ley inconstitucional? ¿Cómo se justifica este derecho a la luz del ordenamiento jurídico? Son interrogantes, que atendiendo a su complejidad resultan difíciles de dar una respuesta positiva.

Otra cuestión, que reviste suma importancia, es no sólo delimitar el contenido de la obligación, si no justificar el incumplimiento de la misma, enjuiciando la conducta emprendida por el legislador al momento de expedir la disposición inconstitucional. Y aquí, se presenta otra dificultad, que resulta compleja de superar. Dicha dificultad hace referencia a la forma en cómo se debería hacer un juicio de reproche sobre el acto de expedir una ley posteriormente declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional, teniendo en cuenta que su expedición se produce en el seno de un órgano, en el cual, por su naturaleza, se produce una deliberación conjunta por diversas fuerzas de poder que confluyen en la toma de decisiones. ¿Acaso se puede hablar de un acto culposo del legislador expresado en la inobservancia de los preceptos superiores a través de la expedición de una ley inconstitucional? ¿Se puede afirmar que en cada declaratoria de inexecutable se configura un acto culposo del legislador? ¿Cuál es la línea –en términos jurídicos– que demarca un acto acorde a derecho de un acto culposo en el marco de la actividad legislativa?

Es por estos motivos – que señalan más interrogantes que respuestas – que se considera, al menos primariamente, que resulta forzoso acudir a un título jurídico de imputación subjetiva, con el fin de atribuir la obligación indemnizatoria a cargo del Estado – legislador. No obstante, son cuestiones que sin duda revisten importancia y trascendencia para el derecho nacional, tratándose de un tema tan importante como lo es la responsabilidad patrimonial del Estado dimanante de su actividad legislativa, situación que merece, como resulta obvio, un examen mucho más detenido.

Dejando a un lado estas reflexiones, lo más prudente desde el rigor técnico que caracteriza a la ciencia jurídica, es que el criterio de atribución jurídica que se debería utilizar en este escenario de la responsabilidad del Estado es el criterio de daño especial. Ello se debe a que, la actividad legislativa, independientemente de que posteriormente sea cuestionada – desde el plano puramente normativo o constitucional – por el Tribunal Constitucional a través del retiro de las normas promulgadas por el legislador en virtud de vicios de inconstitucionalidad que ellas revisten, no denotaría, *per se*, la ilicitud de esta actividad ni mucho menos, la antijuridicidad de la acción emprendida por esta autoridad pública, que termina desembocando en la producción de daños antijurídicos.

Se trata, según se puede concluir atendiendo a criterios de lógica – jurídica, que la actividad legislativa no deja de ser legítima ni lícita en virtud de los vicios de inconstitucionalidad que puedan revestir los productos legislativos, ya que la Constitución le confiere a este órgano del poder público, la competencia para expedir leyes de distinta naturaleza, que permiten regular materias de suma importancia para la asociación política – como lo es, por ejemplo, la creación de tributos a cargo de los contribuyentes para el sostenimiento del gasto público – pero que no por ello, es decir, al tratarse de una actividad legítima y lícita encaminada a la satisfacción del interés general, puede dejar de ser sancionado por el derecho, al generar daños que los destinatarios no estaban en el deber jurídico de soportar.

Como bien destaca, el Consejo de Estado, en lo referente a la teoría del daño especial y su especial trabazón con la idea de justicia material que caracteriza a un Estado Social de Derecho – que por su pertinencia conviene reproducir en su tenor literal –:

El daño especial ha sido entendido como un título de imputación de aplicación excepcional, que parte de la imposibilidad de resarcir un daño claramente antijurídico con fundamento en un régimen subjetivo de responsabilidad. Aunque la situación a partir de la Constitución de 1991 ha cambiado radicalmente, el aparte transcrito resulta especialmente esclarecedor de los elementos que soportan la teoría del daño especial, ya que el mismo resalta claramente el papel que dentro del razonamiento

jurídico realizado por el juez juega el principio de equidad. Es éste, y no otro elemento, el que conduce al juez a la convicción de que el daño que se causó es por esencia antijurídico; y que, por consiguiente, si no se encuentra fundamento a la reparación del mismo en la falla del servicio, debe buscarse en otro de los posibles regímenes de responsabilidad estatal (...). [E]ste tipo de razonamiento es el que se exige de todos y cada uno de los operadores jurídicos, quienes al momento de aplicar la ley deben permear su interpretación con los principios constitucionales vigentes dentro del sistema jurídico, sobre todo a partir de la entrada en rigor de la nueva Constitución, norma que incorpora los valores y principios como un elemento axial dentro de su estructura, algo que debe reflejarse en la concepción del derecho que tengan los operadores jurídicos que funcionan dentro del sistema. Esta es, precisamente, la esencia del daño especial, la injusticia material que se derivaría de seguir otro parámetro de responsabilidad estatal en un caso concreto, situación que impone sobre los hombros del juez el deber de excepcionar la aplicación del régimen general con el objeto de dejar actuar la justicia material que de sentido al Estado Social de Derecho. Esta aproximación sirve para reforzar la idea de que la equidad en ningún momento debe entenderse como consecuencia del arbitrio judicial; por el contrario, se trata del uso de la discrecionalidad que permite-e incluso, en algunos casos exige-el ordenamiento para eventos en que la vía excepcional es la que cumple con el valor de justicia material que se busca.²⁰⁹

La pretensión de este particular criterio de imputación jurídica, es en este orden de ideas, resarcir aquellos daños antijurídicos padecidos por un grupo individualizado de personas – sean naturales o jurídicas – que no tenían el deber jurídico de soportar una erogación patrimonial que a la luz de la Constitución Política resultaba siendo injusto, ya que es el texto constitucional el que establece de manera detallada cómo debe ser la elaboración legislativa en materia de tributos que se requieren para el sostenimiento del gasto público. La inobservancia de estos preceptos, que resultan siendo vinculantes para el legislador – como autoridad pública –, no pueden trasladarse de forma impune a los contribuyentes, que si bien tienen ciertos deberes que la misma Carta consigna, no implica que deban sufrir o padecer de forma inexorable la falta de técnica jurídica que se reputa del Congreso de la República en el escenario particular de creación de tributos.²¹⁰

²⁰⁹ Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera., Sentencia del 3 de mayo de 2007, Consejero Ponente.: Enrique Gil Botero.

²¹⁰ “La teoría del daño especial reúne una buena muestra de los eventos en que, con el ánimo de buscar un resultado satisfactorio desde una óptica de justicia material, se utiliza la equidad para reequilibrar las cargas públicas, honrando así el principio de igualdad. En otras palabras, la teoría del daño especial, contando con el substrato de la equidad que debe inspirar toda decisión judicial, se vale de la igualdad para fundamentar las soluciones que buscan restablecer el equilibrio ante las cargas de la administración en situaciones concretas, objetivo que se alcanza gracias a la asunción del principio de solidaridad como argumento de impulsión de la acción reparadora del Estado, como se observará al momento de considerar el caso concreto. Se denota claramente la gran riqueza sustancial que involucra la teoría del daño especial y, como no, lo esencial que resulta a un sistema de justicia que, como el de un Estado Social de Derecho, debe buscar mediante el ejercicio de su función la efectiva realización de los valores y principios esenciales al mismo”. *Ibidem*.

Para el caso puntual de la creación de la TESA, se debió apelar a la vulneración del principio de igualdad ante las cargas públicas, en el entendido de que si bien los ciudadanos tienen el deber de “contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y de equidad”, ello no implica, que deban sacrificar su patrimonio en aras de sufragar tributos que son materialmente inconstitucionales, y que por consiguiente, para sus destinatarios – que no era para la comunidad en general, sino para un grupo claramente individualizado, en este caso los importadores – se configuró en un daño especial y anormal, expresado en el pago del tributo inconstitucional durante su vigencia, que como se puede ver en las distintas reclamaciones realizadas en instancias de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, resultaron ser sumas sumamente cuantiosas para el patrimonio de los particulares.

No se puede defender el pago de estos tributos, bajo el pretexto del deber de solidaridad que le cabe a todas las personas – naturales y jurídicas – del conglomerado social de contribuir al gasto público, cuando lo que sucede es que en el caso particular que se examina, se creó artificialmente una tasa como contraprestación de un supuesto servicio que brindaría el Estado a los importadores, pero que como bien concluyó la Corte Constitucional, no se correspondía con la contraprestación de ningún servicio, sino más bien en otro impuesto a cargo de los contribuyentes, situación que termina desencadenando en una desigualdad frente a las cargas públicas, de todos aquellos que, de forma obligatoria, debieron pagar las sumas derivadas del pago del tributo, a favor del Estado.

Según esta línea de razonamiento, se estaría únicamente ante el escenario de responsabilidad del Estado por disposiciones tributarias declaradas inexequibles, en los supuestos en los cuales se crean tributos especiales – no aquellos que son impuestos comunes o generales para toda la comunidad, como el IVA – a cargo de un sector individualizado del conglomerado social, que resultan siendo disposiciones inconstitucionales por contrariar materialmente disposiciones superiores.

La responsabilidad extracontractual del Estado – legislador, dependerá pues, de las circunstancias particulares de cada caso, en donde se deberá examinar el tributo declarado inconstitucional, las razones que llevaron a esa declaratoria de inconstitucionalidad – si fue por vicios en su formación o por vicios materiales o de fondo –, su incidencia en el patrimonio de los afectados y en la determinación clara de quienes resultaron afectados con el pago del tributo, en el entendido de que si afecta a la comunidad en general, adolecerá del carácter especial y anormal que

rompe con el principio de igualdad ante las cargas públicas, que caracteriza al título jurídico de imputación de daño especial.

7. CONCLUSIONES.

Del pensamiento jurídico vertido en este trabajo, se pueden llegar a las siguientes conclusiones:

- La responsabilidad patrimonial del Estado – legislador se puede configurar tanto por leyes constitucionales como por leyes declaradas inexecutable por el Alto Tribunal Constitucional. Ambos escenarios de responsabilidad se imputarían jurídicamente a título de daño especial. En el caso objeto de estudio, esta aseveración se restringe en materia de leyes contentivas de tributos inconstitucionales.
- La antijuridicidad del daño producido con la ley a sus destinatarios se logra resolver con la declaratoria de inexecutable de la disposición contentiva del tributo, en tanto, con ella el Juez Constitucional sostiene que a la luz del ordenamiento jurídico, el tributo es materialmente inconstitucional y durante su vigencia provocó un daño cierto, directo y personal, que el contribuyente no estaba en el deber jurídico de soportar. En el momento en que se declara la inexecutable de la norma jurídica contentiva del tributo cesa el daño jurídico para devenir en un daño antijurídico consumado resarcible por el derecho.

Se requiere entonces, no sólo la declaratoria de inexecutable de la norma enjuiciada sino la demostración del padecimiento del daño por el perjudicado, a través del pago que efectuó mientras el tributo estuvo vigente.

- No se puede afirmar que la única manera para que proceda la responsabilidad del Estado – legislador por disposiciones tributarias declaradas inexecutable, es la modulación retroactiva de los efectos temporales de las sentencias de inconstitucionalidad. Esta postura, como bien se explicó en el acápite 6 del presente escrito, significaría vaciar de contenido la institución de la responsabilidad extracontractual del Estado consagrada en el artículo 90 constitucional, el cual no establece dentro de sus presupuestos para su configuración, la modulación retroactiva de los fallos de inconstitucionalidad para efectos de que proceda la configuración del daño antijurídico en este escenario en particular.
- El control normativo ejercido por la Corte Constitucional sobre los productos normativos expedidos por el legislador y el estudio que emprende la

Jurisdicción Contencioso – Administrativa en materia de la reparación de daños sufridos por los particulares como consecuencia de una Ley inconstitucional, se deben concebir como actividades complementarias más no excluyentes, ya que una lectura contraria a este postulado, implicaría cercenar de manera injustificada los derechos – y el patrimonio – de los cuales son titulares los individuos, situación a todas luces reprochable en un Estado Social de Derecho como el colombiano.

- La causa del daño no es el acto administrativo liquidatorio del tributo declarado inconstitucional, sino la ley creadora del mismo, en el entendido de que mientras este estuvo vigente, era de obligatorio cumplimiento tanto para los operadores jurídicos como para sus destinatarios, dando lugar a que el acto administrativo expedido en virtud de dicha ley se encontrase investido del principio de presunción de legalidad y el daño producido por ella tuviera un título jurídico válido. La declaratoria de inexecuibilidad de la ley solo produce el decaimiento del acto administrativo, al perder vigencia el fundamento jurídico que le dio vida al mismo.

La causa del daño se debe entonces, a la expedición de la ley creadora del tributo declarado inconstitucional, por ser ella la causa sin la cual no se hubiese producido el nocimiento en el patrimonio de los perjudicados con dicha disposición, cuya antijuridicidad, según se explicó, se configura con la declaratoria de inconstitucionalidad de la misma.

- El artículo 850 del Estatuto Tributario, como mecanismo en vía administrativa que el Consejo de Estado sostiene que deben acudir los contribuyentes afectados con el pago de un tributo inconstitucional, no es el mecanismo jurídico aplicable, ni mucho menos, el idóneo y conducente para efectos de reclamar las sumas sufragadas durante la vigencia de la Ley tributaria declarada inconstitucional – con efectos *ex nunc* – por la Corte Constitucional. Esto, debido a que el artículo 850 del Estatuto en mención, contempla como causales para su procedencia de reclamación en vía administrativa, el pago de sumas indebidas o el pago de sumas en exceso, supuestos en los cuales no se puede circunscribir el pago de un tributo inconstitucional, en el entendido de que, en primer lugar, mientras este estuvo vigente, resultó ser debido por parte de los contribuyentes – y, por tanto, que estaban en el deber jurídico de soportar – y, en segundo lugar, porque no se está frente al supuesto del pago de un tributo – que es constitucional – del cual se ingresaron sumas en exceso como consecuencia de un error en la liquidación de la obligación tributaria por parte de la autoridad administrativa.

- Encontrar en el título jurídico de imputación subjetiva el fundamento para atribuir la obligación indemnizatoria a cargo del Estado – legislador, implica incurrir, *prima facie*, en un error de técnica – jurídica, situación que se debe evitar tanto en la elaboración doctrinaria como jurisprudencial, en el entendido de que, en primer lugar, se requiere partir de una concepción ahistórica del concepto de *falla del servicio* – o de reelaborarlo como acá se propuso – y, en segundo lugar, de determinar el contenido obligacional al cual se encuentra vinculado el legislador frente a los asociados, con el fin de dilucidar ulteriormente, la manera en que el legislador violó dicha obligación al momento de expedir una ley que resultó siendo inconstitucional.
- La obligación indemnizatoria a cargo del Estado – legislador por los daños antijurídicos causados a los particulares con ocasión de la expedición de leyes tributarias declaradas inexecutable, tiene como fundamento la generación de un daño especial y anormal que rompe con el principio de igualdad ante las cargas públicas, en el entendido de que, fruto de una actividad legítima y lícita, como lo es la actividad legislativa, se generó un daño especial y anormal a los destinatarios de la ley, expresado en el pago de un tributo que resultó siendo inconstitucional, y que por tanto, denota la injusticia padecida por los contribuyentes por la erogación patrimonial en que tuvieron que incurrir para poder sufragar el tributo mientras estuvo vigente, situación que los sitúa en un plano de desigualdad frente a los demás contribuyentes del Estado, que también deben contribuir al sostenimiento del gasto público, pero atendiendo a criterios de justicia y de equidad.
- Para efectos de evitar una expansión ilimitada de este escenario de responsabilidad, que convierta al Estado en un asegurador universal, se propone en el presente escrito, que en tratándose de tributos declarados inconstitucionales por vicios en su formación, no se proceda a declarar la responsabilidad patrimonial del legislador en este supuesto, ya que si bien contrarió la Carta Política, en lo atinente al trámite y a los principios que se deben observar en el marco de la creación y aprobación de una ley, no resultó siendo materialmente inconstitucional, lo cual no impide que el legislador, en ejercicio de su libre configuración normativa, pueda volver a expedir el mismo tributo, esta vez, observando las reglas procedimentales para su debida aprobación.

Este mismo cometido se logra, acudiendo al título jurídico de imputación de daño especial – en lugar del de la falla del servicio – como criterio por

excelencia para atribuir al Estado la obligación indemnizatoria del daño padecido por los destinatarios de la ley inconstitucional, ya que el Estado, en su vertiente legislativa, sólo respondería por los daños antijurídicos causados a los particulares – trátase de personas naturales o jurídicas – en el supuesto de la causación de un daño especial y anormal que rompe con el principio de igualdad ante las cargas públicas, situación que no se puede predicar frente a tributos que afectan a la generalidad de las personas o a la comunidad en su conjunto – como sucede, por ejemplo, con el IVA –.

8. BIBLIOGRAFÍA.

Ahumada Ruiz, María Ángeles. “Responsabilidad patrimonial del Estado por leyes inconstitucionales (o el derecho a no ser perjudicado por una ley inconstitucional)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*. No. 62 (2001): 301-352. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1996791>

Alonso García, María Consuelo, y Eric Leiva Ramírez. “La responsabilidad del Estado por la actividad del legislador”. *Revista Derecho del Estado*. No. 29 (2012). 145-173. <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/3295/3070>.

Asamblea Nacional Constituyente. Gaceta Constitucional No.112. Miércoles 3 de julio de 1991. Ponencia para Segundo Debate de la Nueva Constitución Política de Colombia. Dr. Augusto Ramírez Ocampo, <http://ezproxy.eafit.edu.co:2107/lexbase/jurisprudencia/Gacetas%20Constitucionales/g112.pdf>

Asamblea Nacional Constituyente. Gaceta Constitucional No. 56. Lunes 22 de abril de 1991. Mecanismos de protección del orden jurídico y de los particulares. Dr. Juan Carlos Esguerra Portocarrero. <http://ezproxy.eafit.edu.co:2107/lexbase/jurisprudencia/Gacetas%20Constitucionales/g056.pdf>

Botero Aristizábal, Luis Felpe. *Responsabilidad patrimonial del legislador*. Bogotá: Legis, 2007.

Bustamente Ledesma, Álvaro. *La responsabilidad extracontractual del Estado*. Bogotá: LEYER, 1998.

Busto Lago, José Manuel. *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*. Madrid: TECNOS, 1998.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 2 de febrero de 1984. Exp. 2.744. Consejero Ponente.: Eduardo Suescún Monroy.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 18 de noviembre de 1990. Proceso No. 5.396. Consejero Ponente.: Julio César Uribe Acosta.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 5 de agosto de 1991. Exp. No. 1.588. Consejero Ponente.: Yesid Rojas Serrano.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 25 de agosto de 1998. Proceso No. IJ-001. Consejero Ponente.: Jesús María Carrillo Ballesteros.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 21 de octubre de 1999. Exp. 11.815. Consejero Ponente.: Germán Rodríguez Villamizar.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 1º de noviembre de 2001. Proceso No. 13.002. Consejera Ponente.: María Elena Giraldo Gómez.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 26 de septiembre de 2002. Proceso No. 20.945. Consejero Ponente.: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 13 de diciembre de 2005. Proceso No. 24671. Consejero Ponente.: Alier Eduardo Hernández.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 3 de mayo de 2007. Proceso No. 16696. Consejero Ponente.: Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 30 de octubre de 2008. Consejero Ponente.: Rafael E. Osteau de Lafont Pianeta.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 13 de noviembre de 2008. Consejero Ponente.: Rafael E. Osteau de Lafont Pianeta.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 26 de noviembre de 2009. Consejero Ponente.: María Claudia Rojas Lasso.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 3 de junio de 2010. Consejero Ponente.: Rafael E. Osteau de Lafont Pianeta.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 9 de junio de 2010. Consejero Ponente.: Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 8 de noviembre de 2010, Proceso No. 18.499. Consejero Ponente.: Mauricio Fajardo Gómez.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 28 de abril de 2011. Consejera Ponente.: María Elizabeth García González.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 6 de julio de 2013. Proceso No. 26.011. Consejero Ponente.: Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 10 de julio de 2013. Proceso No. 26.855. Consejero Ponente.: Hernán Andrade Rincón.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 6 de diciembre de 2013. Proceso No. 29.183. Consejera Ponente.: Stella Conto Díaz del Castillo.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 26 de marzo de 2014. Proceso No. 28.741. Consejero Ponente.: Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 20 de octubre de 2014. Proceso No. 29.355. Consejero Ponente.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 29 de abril de 2015. Proceso. No. 28.846. Consejero Ponente.: Hernán Andrade Rincón.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 31 de agosto de 2015. Consejero Ponente.: Ramiro Pazos Guerreo

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de tutela del 7 de abril de 2016. Consejera Ponente.: Martha Teresa Briceño de Valencia.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 31 de octubre de 2016. Proceso No. 28.741. Consejero Ponente.: Guillermo Sánchez Luque.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 27 de abril de 2017. Sala Plena de la Sección Tercera. Consejera Ponente.: Martha Nubia Velásquez Rico.

Constitución Política de Colombia de 1886.

Constitución Política de Colombia de 1991.

Constitución Española de 1978. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1978-31229.

Constitución Francesa de 1958. https://www.senat.fr/fileadmin/Fichiers/Images/Ing/constitution-espagnol_juillet2008.pdf

Corte Constitucional. Sentencia T – 406 del 5 de junio de 1992. M.P.: Ciro Angarita Barón.

Corte Constitucional. Sentencia C – 069 del 23 de febrero de 1995. M.P.: Hernando Herrera Vergara.

Corte Constitucional. Sentencia C – 141 del 22 de abril de 1993. M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional. Sentencia C – 333 del 1º de agosto de 1996. M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. Sentencia C – 043 del 27 de enero de 2004. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional. Sentencia C – 141 del 26 de febrero de 2010. Sala Plena. M.P.: Humberto Sierra Porto.

Corte Constitucional. Sentencia T – 125 del 23 de febrero de 2012. M.P.: José Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional. Sentencia C – 038 del 1º de febrero de 2006. M.P.: Humberto Sierra Porto.

Checa González, Clemente. “La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública con fundamento en la declaración de inconstitucionalidad de una ley”. *Ius Et Praxis* 10, no. 1 (2004): 45-75, <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19711002>

Díez-Picazo, Luis. *Derecho de daños*. Madrid: Civitas, S.L., 1999.

Díez Granados, Santiago. "Responsabilidad del Estado por Daño Especial", Tesis de grado, Universidad Pontificia Javeriana, 2001, <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere2/Tesis46.pdf>

Domenech Pascual, Gabriel. "Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública por daños derivados de una ley inconstitucional", 275-299. http://www.academia.edu/9492796/Responsabilidad_patrimonial_de_la_Administracion_por_danos_derivados_de_una_ley_inconstitucional

Franco Rodríguez, Paola, y Góngora Mera, Manuel Eduardo. "La Responsabilidad del Estado – legislador en los eventos de sentencias moduladas", Tesis de grado, Universidad Pontificia Javeriana, 2001, <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere2/Tesis43.pdf>.

Galán Vioque, Roberto. "A vueltas con la regulación de la responsabilidad del Estado Legislador (un nuevo intento introducido en el Proyecto de Ley de Régimen jurídico del sector público de limitar el alcance de la responsabilidad del Estado legislador, esta vez en su vertiente)". *Documentación Administrativa. Nueva Época*. No.2 (2015) <https://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=article&op=view&path%5B%5D=10273&path%5B%5D=10770>

García de Enterría, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid, 1985.

García de Enterría, Eduardo. *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el derecho español*. 2ª edición. Navarra: THOMSON Civitas, 2007.

García de Enterría, Eduardo. *Curso de Derecho Administrativo. Tomo I*. 10ª edición. Madrid: Civitas, 2000.

García de Enterría, Eduardo. *Curso de Derecho Administrativo. Tomo II*. 10ª edición. Madrid: Civitas, 2000.

García de Enterría, Eduardo. *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*. Madrid: Alianza, 1994.

Garrido Falla, Fernando. "Sobre la responsabilidad del Estado legislador", *Revista de Administración Pública*, No. 118 (1989), 35-56. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=17002>

Gil Botero, Enrique. *Responsabilidad Extracontractual del Estado*. 7ª edición. Bogotá: Temis, 2017.

Henao Pérez, Juan Carlos. *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho Colombiano y Francés*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

Henao Pérez, Juan Carlos. “La noción de falla del servicio como violación de un contenido obligacional a cargo de una persona pública en el derecho colombiano y el derecho francés”. *Estudios de Derecho Civil, Obligaciones y Contratos, Libro de Homenaje a Fernando Hinestroza, 40 años de Rectoría*. Vol. 1 (2003): 57-114 <https://es.scribd.com/document/72453455/La-Nocion-de-Falla-Del-Servicio-Como-Violacion-de-Un-Contenido-Obligacional-a-Cargo-de-Una-Persona-Publica-en-El-Derecho-Colombiano-y-El-Derecho-Franc>

Ley de Expropiación Forzosa (LEF) del 16 de diciembre de 1954. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1954-15431>

Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1979-23709>

Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1992-26318>

Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-10566&p=20151002&tn=2>

Ley 223, del 22 de diciembre de 1995, *Diario Oficial*, 42.160.

Ley 633, del 29 de diciembre de 2000, *Diario Oficial*, 44.275.

Ley 1437, del 18 de enero de 2011, *Diario Oficial*, 47.956.

Mir Puigpelat, Oriol. *Responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*. Madrid: Civitas, 2001. Edición en PDF.

Pérez Luño, Antonio – Enrique. *La seguridad jurídica*. 2ª edición. Barcelona: Ariel, 1994.

Pérez Medina, Gonzalo. Apuntes de la cátedra “Responsabilidad del Estado” (2017 – 1). Universidad EAFIT.

Quinche Ramírez, Manuel F. *Derecho constitucional colombiano*. 6ª edición. Bogotá: Temis, 2015.

Santamaría Pastor, Juan Alfonso. "La Teoría de la Responsabilidad del Estado legislador". *Revista de Administración Pública*. No. 68 (1972). 55-136. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2111429>.

Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. *Compendio de Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017.

Valencia Villa, Hernando. *Cartas de batalla. Una crítica del constitucionalismo colombiano*. Bogotá: Panamericana, 2010.