

EL RECONOCIMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL LEGISLADOR EN COLOMBIA

Daniel Arango Perfetti¹

I. INTRODUCCIÓN

Si bien el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado fue un logro tardío para los sistemas jurídicos continentales de tradición romano-germánica, la aceptación de un régimen de responsabilidad en cabeza del Estado, pero en su faceta legislativa fue una novedad solamente reconocida a partir del siglo XX.

Mucho tardaron las cortes y en especial las francesas, para abortar la idea de la existencia de un principio general de irresponsabilidad del Estado, “porque ocurre que solo a partir de la segunda mitad del siglo XIX vino a reconocerse en el mundo que, a pesar de los poderes y preeminencias que evidentemente lo definen y caracterizan, el Estado, como sujeto de derecho que es, está obligado a responder por los perjuicios que con sus actos pueda causarle a los ciudadanos”².

Dicho reconocimiento, se ha sostenido históricamente, surgió el 8 de febrero de 1873, cuando el Tribunal de Conflictos francés emitió el célebre fallo Blanco, con ocasión del litigio entrabado por el padre de una menor a la cual una vagoneta de propiedad de una compañía tabacalera estatal le ocasionó severas lesiones corporales.

El fallo Blanco, en el cual el Tribunal de Conflictos francés simplemente buscaba desatar un conflicto negativo de competencias, por haber sido interpuesta la demanda ante los tribunales ordinarios mediante una acción civil de indemnización de perjuicios, aportó las siguientes 4 conclusiones jurídicas que fueron definitivas en la historia de la responsabilidad estatal: (i) puso fin al principio de irresponsabilidad del Estado; (ii) estableció como principio, que la responsabilidad administrativa no se regía por las normas del Código Civil, sino que estaba sujeta

¹ Abogado de la Universidad Pontificia Bolivariana; especialista en Responsabilidad Civil y Seguros de la Universidad Eafit y Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia; candidato a Magíster en Derecho (LL.M) Universidad de California, Berkeley. Docente de pregrado en Responsabilidad Extracontractual del Estado en la Universidad Pontificia Bolivariana. Árbitro de la Cámara de Comercio de Medellín; abogado litigante y consultor socio de la firma Londoño & Arango.

² Juan Carlos Esguerra Portocarrero, La Protección Constitucional del Ciudadano, primera edición, Legis, p. 258.

a reglas especiales, que deberían atender a los imperativos propios de los servicios públicos; (iii) reconoció que la problemática propia de la responsabilidad administrativa era de competencia de la jurisdicción administrativa; y (iv) le atribuyó a un establecimiento industrial del Estado la calidad de servicio público, criterio funcional finalístico que en aquel entonces permitía determinar el concepto de administración pública.

Luego, más de medio siglo tardó la jurisprudencia francesa, para que, en 1938, se reconociera la existencia de la responsabilidad patrimonial del Estado–legislador con la expedición del famoso *arrêt La Fleurette*. Las particulares circunstancias en que el mismo fue expedido merecen la pena resaltarse, en la medida en que, para aquel momento, en Francia no se había admitido el control de constitucionalidad - el Consejo Constitucional solamente se creó en 1958– y se había emitido una ley que como en muchos posibles casos anteriores, sin ser contraria a disposiciones superiores, causaba perjuicios a un particular.

Los supuestos fácticos del mencionado caso, correspondieron con que en 1934, en Francia, se expidió la Ley de 29 de junio de 1934 sobre protección de productos lácteos, que prohibía la fabricación, exposición, comercialización, importación, exportación o tránsito de las cremas lácteas que se fabricaban con materias primas que no proviniesen exclusivamente de la leche. La única empresa afectada con la norma fue la *Société des produits laitiers La Fleurette*, la cual producía y comercializaba una crema que se compadecía con el supuesto de hecho prohibitivo de la norma, es decir, la crema que éstos fabricaban contaba con materias primas que no eran exclusivamente la leche.

Con el ánimo de introducir la exposición en el título jurídico de imputación utilizado por el Consejo de Estado francés en este caso, vale la pena citar el siguiente aparte de la mencionada decisión:

“Considerando que nada, ni en el texto de la Ley ni en sus trabajos preparatorios, ni del conjunto de las circunstancias del asunto permiten pensar que el Legislador ha querido hacer soportar a la interesada una carga que no le incumbe normalmente; que esta carga, creada por el interés general, debe ser soportada por la colectividad, de lo que se infiere que dicha sociedad La Fleurette tiene fundamentos para demandar que el Estado sea condenado a pagar una indemnización en reparación del perjuicio por ella sufrido”³.

De esta manera, como lo destaca el doctor Luis Felipe Botero Aristizabal en su obra de la Responsabilidad Patrimonial del Legislador, “a partir del caso La

³ Cita y traducción tomada de la sentencia C-038 de 2006 de la Corte Constitucional.

Fleurette, la jurisprudencia francesa enumeró las siguientes condiciones para estructurar la responsabilidad del Estado legislador.

1. La ley crea una carga anormal y especial, que rompe el principio de igualdad ante las cargas públicas – evento de responsabilidad sin falla -. El perjuicio debe ser especial, es decir que debe alcanzar un número limitado de individuos. La exigencia de anormalidad implica, por su parte, que la persona perjudicada soporte un perjuicio que excede las molestias e inconvenientes ordinarios que resultan de la vida en sociedad.
2. Hay una ausencia de decisión del legislador de excluir expresamente la posibilidad de reparación – ni del texto de la ley o de sus actas preparatorias se infiere la voluntad de excluir una indemnización a los afectados -.
3. La actividad prohibida por la ley no debe ser inmoral o contraria al interés general⁴.

Así pues, el Consejo de Estado francés, soportó su decisión en la necesaria existencia, como título de imputación, de un daño especial, es decir, que la aplicación de la ley hubiese generado una ruptura de la igualdad ante las cargas públicas.

Pese a las discusiones en cuanto a si con fundamento en el principio de igualdad ante las cargas públicas existe o no en Francia un verdadero régimen de responsabilidad del estado-legislador, lo cierto es que con posterioridad al *arrêt La Fleurette* se han presentado en Francia una serie de decisiones en las cuales se ha reconocido el deber indemnizatorio en cabeza del Estado con base en dicho título objetivo de imputación. “Dentro de esos casos, podrían citarse los *arrets Caucheteux et Desmots* del 21 de enero de 1944 por la prohibición legal de la fabricación de cerveza con productos distintos a cebada; *Bovero* del 25 de enero de 1963 prohibición hecha por la ley de proceder a la expulsión de sus alojamientos de familias cuyos miembros prestaron el servicio militar en África del Norte, *Association pour le développement de l'aquaculture en région Centre et autres* del 30 de julio de 2003 y *Société Coopérative Ax'ion* del 2 de noviembre de 2005”⁵.

Sin que sea menester adentrarnos en la exposición particular de la situación, por no ser éste un trabajo de aproximación histórica comparada, es importante señalar que no solamente en Francia se ha reconocido la existencia de la responsabilidad

⁴ Luis Felipe Botero Aristizabal, La Responsabilidad Patrimonial del Legislador, Legis, p. 17.

⁵ *Ibidem*, p. 19.

del Estado-legislador. Atendiendo a que el desarrollo de nuestra responsabilidad patrimonial del Estado, por lo general se viene presentando en términos de derecho comparado, vale la pena indicar, que entre otros también España ha presentado avances jurisprudenciales en la materia. Sin embargo, la responsabilidad del Estado-legislador en dicho país en lo que tiene que ver con normas que nos son contrarias a la Constitución, se soporta en el principio de la confianza legítima y no en el de la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas.

De esta forma, “el Tribunal Supremo español inicialmente acudió a la tesis de la violación del principio de la confianza legítima en las primeras ocasiones en las cuales condenó el resarcimiento de los perjuicios causados por la actividad del Legislador. Esto es lo que sucedió en el caso de las empresas pesqueras afectadas por la supresión de los cupos de pescado importado exentos del pago de derechos aduaneros tras el Acta de Adhesión de España a las Comunidades Europeas (Sentencias Pescanova, Pebsa y Alvamar), en el caso de propietarios de terrenos afectados por la declaración legal de áreas protegidas por interés ambiental (STS de 17 de febrero de 1998), o en el caso de ciertas empresas dedicadas a la comercialización de productos derivados del petróleo afectados por una ley que establecía impuestos especiales sobre tales productos (sentencias de 8 y 9 de octubre de 1998). (...) En las anteriores oportunidades, las decisiones judiciales se detienen en la indagación de la presencia de la acción de estímulo realizada por el Ejecutivo en orden a hacer sugestivas inversiones particulares como causa originaria de los posibles perjuicios”⁶.

Una vez expuesto, grosso modo, el antecedente histórico comparado de la responsabilidad del Estado-legislador, es importante enmarcar el desarrollo del presente trabajo, en lo que tiene que ver con el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado por la expedición del leyes, que si bien constitucionales -esta es la paradoja-, rompen la estructura de la igualdad ante las cargas públicas y por lo tanto le ocasionan un daño indemnizable al particular perjudicado.

Al existir en Colombia, conforme con el artículo 241 de la Constitución Política control de constitucionalidad en cabeza de la Corte Constitucional es posible, aunque también objeto de amplia discusión, que tal como se señaló en la sentencia C – 149 de 1993, la Corte Constitucional, al modular sus sentencias, otorgue efectos ex-tunc a la decisión y como consecuencia de dicha retroactividad, se genere responsabilidad patrimonial del Estado por leyes inconstitucionales. No obstante, el análisis del discurrir jurisprudencial en este trabajo se concentrará en

⁶ Corte Constitucional; sentencia C – 038 de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

los eventos de leyes constitucionales que ocasionan un daño especial a los particulares.

II. DESCRIPCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA RESPONSABILIDAD PATROMONIAL DEL ESTADO-LEGISLADOR EN COLOMBIA

El reconocimiento jurisprudencial de la responsabilidad del Estado-legislador en Colombia, si bien insípido cuenta con tres sentencias que le han establecido con claridad el marco de acción a dicha posibilidad.

En tal sentido, a partir de esas tres sentencias, se encuentran decantados dos de sus principales elementos, a saber, el título jurídico de imputación en tanto responsabilidad de tipo objetiva y la vía procesal adecuada para la materialización de las indemnizaciones que se pretenden reclamar. Así mismo, si se entendiera la responsabilidad del Estado-legislador en sentido amplio, es decir, como mecanismo indemnizatorio no solo de los perjuicios ocasionados con la ley en sentido estricto sino también en sentido amplio, incluyente de actos administrativos que bien pueden entenderse como ley en sentido material –que no formal por provenir del ejecutivo-, también existen una serie de pronunciamientos jurisprudenciales que con claridad establecen la vía procesal adecuada atendiendo al querer del demandante efectuando necesarias distinciones al interior del complejo intrínquilis de las acciones de lo contencioso administrativo, en especial las derivadas de los contenciosos de anulación y la acción de reparación directa.

De esta forma, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, le han dado vida a la responsabilidad del Estado-legislador en Colombia, en eventos de leyes constitucionales a partir de las siguientes sentencias:

1. La sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, proferida el veinticinco (25) de agosto de 1998, con radicación IJ – 001, con ponencia del Consejero Jesús María Carrillo Ballesteros y que resolvió el litigio que se entrabó entre Vitelvina Rojas Robles en contra del Ministerio de Relaciones Exteriores y el Congreso de la República representado en este caso por el Ministerio del Interior.
2. La sentencia de la Corte Constitucional C – 038 de 2006 del primero (1) de febrero de 2006, con ponencia del Magistrado Humberto Antonio Sierra Porto y que resolvió una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo

86 (parcial) del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 31 de la Ley 446 de 1998.

3. La sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, proferida el ocho (8) de marzo de 2007, con radicación 16.421, con ponencia de la Consejera Ruth Stella Correa Palacio y que resolvió el litigio que se entrabó entre Carlos Sammy López Mustafá en contra del Municipio de la Virginia (Risaralda) y su alcalde.

A partir de estas tres decisiones y en especial de las dos primeras, es que se puede afirmar que en Colombia, más allá de posiciones doctrinales aisladas, existe un diáfano reconocimiento jurisprudencial de la responsabilidad del Estado-legislador por leyes constitucionales.

III. EL TÍTULO JURÍDICO DE IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO-LEGISLADOR A PARTIR DE LA SENTENCIA DE 25 DE AGOSTO DE 1998 DE LA SALA PLENA DEL CONSEJO DE ESTADO

Algunos años tuvieron que pasar y muchas discusiones presentarse, para que el Consejo de Estado, reconociera, que a partir del contenido del artículo 90 de la Constitución Política, el sistema de responsabilidad patrimonial del Estado no se había convertido, de manera integral, en un esquema meramente objetivo de reparación.

Lo anterior resultó especialmente complejo, en la medida en que la mención hecha por el constituyente a un principio general de responsabilidad fundamentado en el “daño antijurídico”, evocaba el antecedente español, en relación con el cual, doctrinariamente, el profesor Eduardo García de Enterría, había argumentado la existencia de un mecanismo básicamente objetivo de reparación, en el que la lesión –entendida como el perjuicio que el particular no tenía del deber jurídico e soportar- y no la conducta de la administración, era el centro de gravedad del sistema de responsabilidad patrimonial estatal.

Y no solo ello, sino la misma concepción del constituyente en la exposición de motivos y ponencias que motivaron el contenido del artículo 90 de la Constitución, aún generan discusiones en cuanto al tránsito de una responsabilidad patrimonial estatal de carácter únicamente objetiva. Al respecto, cabe la pena la siguiente transcripción:

“Por otra parte, la ponencia explicó, mucho más detalladamente de lo que lo había hecho la exposición de motivos original, el sentido y el alcance que tenían algunas de las innovaciones que se proponían por el lado de la estructura conceptual de la responsabilidad patrimonial del Estado.

En ella dijo lo siguiente el constituyente Esguerra:

“Conviene señalar que el régimen que se propone en materia de responsabilidad patrimonial 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 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 título válido y que exceda el conjunto de las cargas que normalmente debe soportar el individuo en su vida social.

“Por lo que hace a la imputabilidad, se trata de resaltar la circunstancia de que, para que proceda la responsabilidad en cuestión, no basta con la mera relación de causalidad entre el daño y la acción de una autoridad pública, sino que es necesario, además, que pueda atribuirse al órgano o al Estado el deber jurídico de indemnizarlo. La determinación de las condiciones necesarias para el efecto quedará, naturalmente, en manos de la ley y la jurisprudencia”⁷.

A partir de la interpretación del artículo 90 de la Constitución, el Consejo de Estado, sostuvo, en primer lugar, que del texto constitucional se desprendía una responsabilidad totalmente objetiva⁸; luego, con fundamento en la aproximación civilista de las obligaciones de medio y algunas consideraciones adicionales, moduló su posición inicial, aseverando que dicha norma no había convertido en

⁷ Juan Carlos Esguerra Portocarrero, La Protección Constitucional del Ciudadano, primera edición, Legis, p. 297.

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, julio 30 de 1992, expediente 6941, C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

objetiva toda la responsabilidad patrimonial del Estado⁹; caminando un poco más allá, en dirección contraria a la primigenia, sostuvo que la responsabilidad extracontractual del Estado era, por regla general, de naturaleza subjetiva y reiteró la vigencia de la falla del servicio como título jurídico de imputación¹⁰; por último, la posición del Consejo de Estado, terminó por unificarse, reconociendo la existencia de los títulos jurídicos de imputación, unos fundamentados en el régimen de la falla del servicio y otros objetivos, al tenor de la siguiente posición:

“Muestra lo anterior que bajo cualquier clase o régimen de responsabilidad patrimonial del Estado o de las personas jurídicas de derecho público es menester que estén presentes estos elementos: La acción o la omisión de la entidad estatal, el daño antijurídico, el nexo de causalidad material y el título jurídico de imputación”¹¹.

Al interior de los títulos jurídicos de imputación de carácter objetivo, se encuentra la denominada responsabilidad por ruptura de la igualdad ante las cargas públicas o daño especial, en relación con la cual tanto en Francia como en Colombia se “... acepta que al menos una parte de la jurisprudencia sobre la responsabilidad administrativa sin falta puede explicarse en referencia a la idea de que cuando la potestad pública toma una decisión que, sin ser ilegal (esa es la paradoja) rompe la igualdad debida a los ciudadanos frente a las cargas públicas, queda obligada a reparar las consecuencias dañosas en la medida en que ha creado un perjuicio anormal y especial”¹².

A efectos de que se configure un daño de naturaleza especial, que genere una ruptura de la igualdad ante las cargas públicas, se requiere, principalmente, de la presencia de dos características, a saber: (i) la anormalidad del daño, por la cual “... hay que entender la gravedad que excede las molestias e incomodidades que impone la convivencia social”¹³; y (ii) la especialidad del daño, “noción cuantitativa, no es objeto de una definición muy estricta. En principio, el daño es especial, cuando es sufrido por una persona o por un grupo de personas determinable”¹⁴.

El supuesto de la responsabilidad del Estado por actos del legislador traducidos en leyes de carácter exequible, ha sido enmarcado por la jurisprudencia del Consejo

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, julio 12 de 1993, expediente 7622, C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, julio 13 de 1993, expediente 8163, C.P. Juan de Dios Montes Hernández.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, mayo 8 de 1995, expediente 1818, C.P. Juan de Dios Montes Hernández.

¹² Ramiro Saavedra Becerra, *la Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública*, primera edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, p. 430.

¹³ *Ibíd.*, p. 433.

¹⁴ *Ibíd.*, p. 434.

de Estado –que valga la pena decirlo, no ha sido prolija en frente de éste específico desarrollo– al interior de la teoría del daño especial.

El antecedente más representativo, fue la sentencia de 25 de agosto de 1998, de radicado IJ-001 proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, con ponencia del consejero Jesús María Carrillo Ballesteros. Los hechos que dieron lugar al pronunciamiento, se pueden sintetizar así:

1. El 10 de octubre de 1991 en la ciudad de Bogotá, un ciudadano colombiano fue atropellado por un vehículo de propiedad de la Embajada de los Estados Unidos, conducido por un miembro de sus fuerzas militares y como consecuencia de dicho accidente se le ocasionó la muerte a aquel.
2. Los demandantes – familiares del fallecido – presentaron una reclamación directa ante la embajada de los Estados Unidos y ésta fue desfavorablemente atendida.
3. Luego, los demandantes acudieron ante la Corte Suprema de Justicia pero su demanda fue rechazada por falta de jurisdicción atendiendo a que la Embajada de los Estados Unidos se encontraba protegida por la inmunidad establecida en la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, incorporada al ordenamiento jurídico colombiano a través de la Ley 6 de 1972.
4. Ante la imposibilidad de obtener una decisión de fondo ante la justicia patria, los familiares del fallecido, formularon acción de reparación directa en contra de la Nación, Ministerio de Relaciones Exteriores – Congreso de la República y solicitaron declarar al Estado Colombiano patrimonialmente responsable “como consecuencia del acto legislativo consistente en haber expedido, sancionado y promulgado la ley 6ª. de 1972, la cual aprobó la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, ley que estableció la inmunidad de jurisdicción diplomática, por cuya aplicación se les impide accionar para obtener la reparación consecencial por la muerte de su esposo y padre, contra la Embajada de USA”¹⁵.

En síntesis, el Consejo de Estado, encontró que la inmunidad jurisdiccional reconocida mediante la Ley 6 de 1972, aprobatoria de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas había generado, frente al particular, una ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas, ocasionando un daño especial,

¹⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, 25 de agosto de 1998, radicado IJ-001, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

consistente en la imposibilidad que se les generó a las víctimas de materializar sus pretensiones indemnizatorias, en la medida en que los agentes diplomáticos causantes del daño tendrían que ser demandados en los Estados Unidos. En lo que toca con éste análisis, es importante resaltar los siguientes apartes de la sentencia:

En primer lugar, el Consejo de Estado establece una clara diferenciación entre el objeto de la pretensión en éste proceso y el de los anteriores que habían sido formulados por los demandantes:

“En síntesis debe tenerse presente que mientras en el fallido proceso ordinario el demandado era Edmund Scott y el daño, la muerte de Cesar Julio Cuervo, en este proceso, el demandado es el Estado Colombiano y el fundamento es el desequilibrio de las cargas públicas ante la ley. Aquí, la muerte de Cuervo solo se tendrá en cuenta como factor objetivo para el cálculo de la indemnización a la que haya lugar y no es materia de juicio la conducta de Scott”.

Al analizar el régimen jurídico aplicable y por ende el título jurídico de imputación, el Consejo de Estado señaló lo siguiente:

“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. Entonces, se encuentra claramente establecido por el factor de imputación de la responsabilidad impetrada respecto del ente demandado por su titularidad jurídica exclusiva y excluyente para el manejo de las relaciones internacionales que constitucionalmente implican una operación compleja con participación de las tres ramas del poder público, a saber, el ejecutivo encabezado por el Presidente de la República a quien corresponde la dirección de las relaciones internacionales y por ende la negociación de los tratados; el legislativo que incorpora los tratados internacionales como texto de derecho interno mediante leyes y el judicial representado en el caso por la Corte Constitucional mediante el control automático que ejerce sobre dichas leyes.

(...)

“En el sub-judice, estima la Sala, que es pertinente aplicar el régimen de la responsabilidad por daño especial, que es el que corresponde aplicar cuando por la actividad legítima del Estado se causa un daño. En el caso

presente la incorporación a la legislación nacional del texto de la convención de Viena de fecha 18 de abril de 1961, en desarrollo de una operación compleja de naturaleza pública consistente en la negociación y firma del dicho tratado, su incorporación como ley nacional y la sujeción a los controles jurisdiccionales de conformidad con la constitución y su aplicación produjo un daño consistente en el desequilibrio de las cargas públicas que los actores no deben soportar.

(...)

“La aplicación del texto normativo en el sentido de conferir la inmunidad conduce a un enfrentamiento de derechos reconocidos por el ordenamiento colombiano; de un lado la condición del diplomático que goza de la inmunidad para ante los jueces colombianos y de otro lado el derecho que tienen todos los residentes de Colombia para accionar ante sus jueces naturales para que se respeten sus derechos, se les proteja o se les garantice conforme al derecho positivo vigente, y demandar y ser demandados. Si excepcionalmente como en este caso y por un tratamiento de privilegio conferido por el Estado a una persona, atendida sus calidades, se produce un desequilibrio en su favor y en contra de otro que resulta damnificado y sin la posibilidad de demandar con fundamento en el hecho dañino ante su juez natural, es claro que hay un desequilibrio de las cargas públicas y que por ello el particular está habilitado para demandar al Estado en reparación con fundamento en su actuar complejo como ya se dijo.

En síntesis, puede afirmarse que el título de imputación jurídica sobre el cual se edifica el juicio de responsabilidad para el Estado, lo constituye el rompimiento del equilibrio de las cargas públicas, ocasionado por la actividad legítima de autoridades estatales (Congreso y Presidente de la República), que causa daño antijurídico, respecto del cual, el administrado no está en el deber de soportar, pues la carga pública debe ser colectiva, no debe correr a cargo de una persona en particular. De ahí que sea equitativo, imponer al Estado en representación de la sociedad, la obligación de reparar el perjuicio irrogado a los actores. Esta solución no es cosa distinta que el cabal desarrollo y ejecución lógica del principio de la igualdad ante la ley, previsto en el artículo 13 de la C.P”.

Esta decisión asumida por la sala plena del Consejo de Estado y en la que se aplicó un régimen de responsabilidad objetivo, ha sido fruto de críticas no solo doctrinarias sino también en el seno mismo del Consejo de Estado, en donde varios de sus Consejeros formularon diversas aclaraciones de voto a la sentencia

de mayoría. Al interior de dichas aclaraciones de voto cabe destacar, las siguientes:

“Considero que ha debido reafirmarse que en el presente caso el fundamento de la responsabilidad estatal no puede ser otro que el daño antijurídico causado por las autoridades públicas (art. 90 Constitución Política), que han privado del derecho de acceso a la justicia a quienes han padecido la lesión de uno de sus derechos. El título de imputación aquí sería el daño especial que la actividad legítima del Estado de acatar las reglas y pactos del derecho internacional puede causarle a los asociados al imponerles la carga de demandar en el territorio del estado causante del daño y consecuentemente, impedirles el acceso al aparato judicial internacional”¹⁶.

“La fuente de la responsabilidad estatal por las actuaciones de los agentes diplomáticos extranjeros que gozan de inmunidad, no se encuentra en la existencia de la ley aprobatoria del tratado ni en las actuaciones de las personas públicas que la hacen posible. Mal puede invocarse, entonces, que estas actuaciones originan una desigualdad en las personas ante las cargas públicas. Es principio general que tanto el tratado como la ley que lo aprueba producen efectos erga omnes, es decir, sus efectos son de carácter general, impersonal y abstracto, en otros términos, vincula a todos los habitantes del territorio nacional”¹⁷.

Pese a las aclaraciones de voto y tal como lo señala el doctor Luis Felipe Botero Aristizabal, en su texto de la Responsabilidad Patrimonial del Legislador, existen en la historia jurídica colombiana dos sentencias adicionales, proferidas por el Consejo de Estado¹⁸ en las que se reconoce con claridad que el título jurídico de imputación en los casos en que se requiera indemnizar perjuicios ocasionados por leyes exequibles corresponde con el daño especial que encuentra soporte en nuestro país, en el principio de igualdad ante la Ley establecido en el artículo 13 de la Constitución Política.

Por último, el reconocimiento de este esquema objetivo de responsabilidad, fue reconocido recientemente y sin generar mayor discusión cuando el Consejo de Estado, en sentencia del 8 de marzo de 2007¹⁹, al analizar la responsabilidad del Estado por actos administrativos regulares hizo un recuento del estado de cosas

¹⁶ Consejo de Estado, aclaración de voto, 25 de agosto de 1998, radicado IJ-001, Ricardo Hoyos Duque.

¹⁷ Consejo de Estado, aclaración de voto, 25 de agosto de 1998, radicado IJ-001, Juan de Dios Montes Hernández.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, 8 de septiembre de 1998, radicado IJ-002 y Consejo de Estado, Sección Tercera, 19 de octubre de 2000, radicado 13.945.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, 8 de marzo de 2007, radicado 16.421, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

en la jurisprudencia colombiana, en lo que tiene que ver con la ley en sentido amplio, es decir, inclusiva de leyes expedidas a través del procedimiento legislativo y de actos administrativos de carácter general.

IV. LA VÍA PROCESAL IDÓNEA PARA RECLAMAR PERJUICIOS DERIVADOS DE LEYES EXEQUIBLES A LA LUZ DE LA SENTENCIA C- 038 DE 2006 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Por las particulares características que reviste el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador en Colombia, así como por lo complejo de los diferentes tipos de acciones constitucionales y contencioso-administrativas, surgió la duda de la acción propia para el ejercicio de tales pretensiones.

En especial, partiendo del supuesto de que la acción más apropiada, al no discutirse la legalidad o constitucionalidad de una norma, era la de reparación directa, existía una razonable duda de que dicha posibilidad encajara en los supuestos del artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, en la medida en que realmente no se está hablando de un hecho, una omisión, una operación administrativa o una ocupación temporal o permanente de inmuebles.

Fue así como el ciudadano Félix Hoyos Lemus formuló demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 31 de la Ley 446 de 1998.

Las razones de la demanda, se pueden sintetizar así:

1. El legislador al regular la acción de reparación directa, incurrió en una omisión pues no incluyó expresamente entre los supuestos que dan lugar a la imposición de dicho remedio procesal la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador.
2. Al no incluir el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo la responsabilidad estatal por el hecho del legislador, se impide la utilización de ésta vía judicial para el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado colombiano cuando es originada por un acto del poder legislativo.
3. Se presenta una violación al artículo 90 de la Constitución Política en la medida en que éste cubre horizontal y verticalmente a todas las entidades públicas y la norma demandada proyecta la sensación de que el aparato

legislativo es inmune a las acciones judiciales por la actividad de expedición leyes.

Al resolver sobre los cargos formulados por el actor, la Corte Constitucional, efectuó varias aclaraciones en frente del espectro genérico de la responsabilidad del Estado y el particular de la responsabilidad del legislador.

De esta forma, reconoció la inclusión de la responsabilidad del legislador, al interior del espectro del artículo 90 de la Constitución Política. En tal sentido, señaló lo siguiente:

“De este modo la 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. No sobra advertir que la Constitución establece expresamente determinados supuestos de obligación reparatoria por la actuación del Legislador, tales como la figura de la expropiación, la obligación de indemnizar cuando se establece un monopolio o cuando el Estado decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos”²⁰.

A continuación, la sentencia reconoce que los eventos de responsabilidad legislativa constitucionalmente establecidos no son los únicos y le reconoce competencia al legislador y a la jurisprudencia de lo contencioso administrativo como fuentes determinadoras de otros supuestos y de los títulos de imputación en la materia.

“Lo anterior no significa que la responsabilidad del Estado legislador se vea circunscrita exclusivamente a los anteriores eventos o a los supuestos de declaratoria de inconstitucionalidad de las leyes, pues como ya se ha dicho su fundamento estriba en la noción de daño antijurídico, la cual como se ha reiterado a lo largo de esta decisión descansa en los principios de solidaridad y de igualdad, y no en la idea de la actividad ilícita del Legislador, entendida como tal las actuaciones contrarias a la Constitución.

²⁰ Corte Constitucional, sentencia C – 038 de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Por lo tanto determinar el régimen particular de la responsabilidad del Estado legislador, o si se prefiere los títulos de imputación del daño antijurídico a la actuación u omisión del Congreso de la república, es una tarea que en todo caso corresponde precisar al propio Legislador en ejercicio de su potestad configuradora y a la jurisprudencia contencioso administrativa, como juez especializado en la materia”²¹.

Luego, la sentencia se adentra en análisis sustantivos de los diferentes regímenes de responsabilidad legislativa a nivel mundial, haciendo un recuento más o menos extenso de lo ya señalado en este artículo, para finalmente analizar, en detalle, la sentencia del Consejo de Estado de 25 de agosto de 1998.

Una vez entra en materia, dejando de lado los aspectos sustantivos de la responsabilidad patrimonial estatal, en relación con los cuales aprovecha para sentar doctrina haciendo un interesante análisis, la Corte Constitucional comienza su estudio señalando que conforme con la jurisprudencia, la acción adecuada cuando se trata de reclamar perjuicios causados por la aplicación de una norma que ha sido declarada inexecutable es la de reparación directa. Indicó la Corte que “..., de conformidad con la interpretación que ha hecho el órgano judicial encargado de fijar el alcance del artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, dentro de los supuestos de procedencia de la acción de reparación directa está comprendida la responsabilidad proveniente de hechos u omisiones imputables al poder legislativo, es decir, la así denominada responsabilidad del Estado legislador”²².

Al momento de analizar la Corte el cargo referido a la omisión legislativa y realizar el examen de exequibilidad del artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, procede a indicar lo siguiente:

“No obstante, como bien lo señalan algunos intervinientes el precepto demandado es susceptible de una segunda lectura de conformidad con la cual las expresiones “hecho” y “omisión” no se restringen a los imputables a una autoridad administrativa, sino que incluirían la actuación de los órganos del Estado que cumplen funciones legislativas. Esta segunda interpretación resulta conforme a la Constitución, razón por la cual debe ser aceptada, pues permite adaptar el texto legislativo demandado al mandato del artículo 90 constitucional.

²¹ Ibídem.

²² Ibídem.

Entonces, no se configura la supuesta omisión señalada por el actor pues una lectura de conformidad con el artículo 90 constitucional del inciso demandado abarca los supuestos que el demandante extraña en la letra de la ley. Cabría por lo tanto estudiar si hay lugar en este caso a una sentencia interpretativa que retire del ordenamiento aquella norma que resulta contraria al texto constitucional.

Sin embargo tampoco es procedente un pronunciamiento de esta naturaleza pues tal como se expuso ampliamente en el acápite anterior de ésta providencia, el órgano encargado de fijar el alcance y contenido del precepto legal demandado ha sostenido de manera reiterada que la acción de reparación directa cabe contra los hechos y omisiones provenientes del poder legislativo. En efecto, la jurisprudencia tanto de la Sala de lo Contencioso administrativo del Consejo de Estado como la Sección Tercera ha reiterado que la vía procesal para reclamar los daños antijurídicos provenientes de la actuación u omisión del poder legislativo es la acción de reparación directa, como se sostuvo en las sentencias de 25 de agosto y 8 de septiembre de 2002 y el auto de 15 de mayo de 2003, providencias a las que previamente se hizo referencia.

Entonces, la interpretación que ha acogido el Consejo de Estado en su jurisprudencia es una interpretación de conformidad con el texto constitucional, por tal razón no hay lugar a un pronunciamiento de esta Corporación que acoja una interpretación condicionada del precepto jurídico demandado”²³.

De esta forma, bajo el expediente de acoger, por su constitucionalidad, la interpretación efectuada por el Consejo de Estado, en el sentido de extender las expresiones “hecho” y “omisión” del artículo 86 del Código Contencioso Administrativo a supuestos en los que se involucra además la rama legislativa del poder del Estado, se definió, finalmente y sin que exista lugar a duda posterior, que la acción adecuada para reclamar la responsabilidad patrimonial del Estado por leyes exequibles, es la de reparación directa contenida en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo.

²³ Ibídem.

V. LA EXTENSIÓN DEL CONCEPTO A LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTOS ADMINISTRATIVOS REGULARES Y LA DEFINICIÓN ADECUADA DE LAS ACCIONES CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVAS SEGÚN EL FIN PERSEGUIDO POR EL ACTOR A PARTIR DE LA SENTENCIA DE 8 DE MARZO DE 2007 DE LA SECCIÓN TERCERA DEL CONSEJO DE ESTADO

Sin mencionar nada nuevo en lo que toca con la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, el Consejo de Estado en esta sentencia bien aprovechó la oportunidad para consolidar su posición frente a ese particular así como en frente de la responsabilidad administrativa por actos administrativos regulares, que con el mismo título jurídico de imputación –el daño especial- había venido siendo reconocida de tiempo atrás por dicha corporación. Igualmente y es éste un valioso aporte de la sentencia, se da claridad en cuanto a las vías procesales adecuadas conforme con la finalidad del actor en los diferentes eventos en los que se puede ver involucrada la responsabilidad por actos administrativos legales o ilegales.

Los hechos del proceso se pueden sintetizar de la siguiente forma:

1. Al actor fue elegido por el Consejo Municipal, como Contralor Municipal del municipio de la Virginia (Risaralda).
2. Posteriormente, el mismo Consejo Municipal, sin que se hubiese surtido el período para el cual había sido elegido el actor, mediante Acuerdo, suprimió la Contraloría Municipal de la Virginia (Risaralda) sin que hubiese lugar a indemnización en cabeza del mismo.
3. La decisión asumida por el Consejo Municipal tuvo por motivación el cumplimiento de lo establecido por la Ley 136 de 1994, atendiendo a la incapacidad económica del municipio para contar con su propio órgano de control fiscal, correspondiéndole entonces dicha labor a la Contraloría del Departamento.

Antes de adentrarse en el análisis concreto del caso, el Consejo de Estado, señaló con claridad que el título jurídico de imputación por los perjuicios ocasionados a los particulares, bien sea en casos de responsabilidad por leyes exequibles o por actos administrativos de carácter regular es el daño especial.

“Vista en forma panorámica la evolución jurisprudencial en punto de responsabilidad estatal por actos legítimos, puede afirmarse que tras la construcción de la responsabilidad por la expedición y aplicación de normas

constitucionales, de preceptos legales, así como de actos administrativos, cuya “juridicidad” no es reprochada, y que no obstante su “licitud” o “legitimidad” pueden entrañar algún daño antijurídico que comprometa la responsabilidad del Estado, hay un común denominador; ese elemento que se predica de la responsabilidad estatal con ocasión de estos tres niveles normativos no es otro que el régimen de responsabilidad aplicable: el *daño especial*²⁴.

Una vez comienza el Consejo de Estado su análisis dentro del marco de la responsabilidad del Estado, plantea, en primer lugar, la posibilidad de que en Colombia exista responsabilidad del estado por el hecho del Constituyente, lo anterior a la luz de la decisión asumida en 1991 cuando se privó a los congresistas de su investidura para efectos del ejercicio del mandato conferido a la Asamblea Nacional Constituyente. Como conclusión, señala la corporación que “el acto del constituyente escapa a todo control por parte de los poderes constituidos”, y ello es así en la medida en que éste no se encuentra limitado por la constitución ya que constituye el origen mismo de ella.

En materia de responsabilidad por el hecho de la ley, el Consejo de Estado remite su análisis a las mismas situaciones y casos mencionados en este escrito, haciendo un análisis comparativo, entre las decisiones que al respecto se han asumido tanto en Francia como en España.

En lo que tiene que ver con la responsabilidad del Estado por los actos administrativos legales, sostiene reiteradamente la jurisprudencia, que al igual que en el caso de la responsabilidad por leyes constitucionales, el fundamento de la responsabilidad es la teoría del daño especial y la vía procesal adecuada para reclamar los perjuicios ocasionados con el acto administrativo legal es la de reparación directa.

“La jurisprudencia nacional de vieja data ha indicado que si el perjuicio tuvo origen en una actividad lícita de la administración como es la que se desprende de la ejecución de un acto administrativo cuya legalidad no se discute, es posible reclamarlo mediante el ejercicio de la acción de reparación directa en la medida en que se configura un daño especial (Bonnard). De modo que no es forzoso reclamar, mediante el contencioso subjetivo, la indemnización proveniente de actos administrativos expedidos con arreglo a la Constitución y la ley y cuya legalidad no se controvierte, sobre la base de que al imponerse al administrado una carga especial que no tiene por qué padecer se presenta un rompimiento del equilibrio en las

²⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, 8 de marzo de 2007, radicado 16.421, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

cargas públicas, idea inserta en la conciencia jurídica moderna (Duez) como una expresión del principio general de igualdad ante la ley (isomía).

(...)

Por manera que, vista la evolución jurisprudencial en punto de responsabilidad por el Estado-Regulador, sea este constitucional, legal o administrativo, la jurisprudencia vigente de esta Corporación se inclina decididamente por admitir la procedencia de la acción de reparación directa cuando quiera que no se cuestiona la “legitimidad” del acto normativo causante del desequilibrio ante las cargas públicas”²⁵.

Como requisitos para la procedencia de la acción de reparación directa en contra de actos administrativos, el Consejo de Estado señala, como necesaria la reunión de las siguientes condiciones: “i) Que se trate de un acto administrativo legal, esto es, que se trate de una actuación legítima de la administración; ii) Que se acredite que la carga impuesta al administrado sea anormal o desmesurada (rompimiento de la igualdad ante las cargas públicas o violación de la justicia distributiva)”²⁶.

En este aspecto es importante diferenciar, tal como lo hace el Consejo de Estado que si el acto administrativo tiene algún vicio de legalidad y se busca la indemnización de los perjuicios ocasionados con su aplicación, será entonces la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y no la de reparación directa la que deba ser incoada por el afectado para lograr la finalidad resarcitoria. Al respecto, señala el Consejo de Estado:

“La procedencia de la acción no depende de que el actor escoja cuestionar o no la legalidad del acto administrativo, tal elección depende directamente de la presencia o no de causal de ilegalidad en el mismo, si ella se presenta entonces el perjuicio por el cual se reclama indemnización deviene de una actuación irregular de la administración, esto es, del acto administrativo afectado de ilegalidad, evento en el cual para que el daño causado con aquel adquiera la connotación de antijurídico, es menester lograr su anulación en sede de revisión de legalidad, mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que es la que corresponde

En cambio, cuando el acto administrativo se ajusta al ordenamiento jurídico, no obstante lo cual causa un daño, ese daño sólo comprometerá la responsabilidad patrimonial del Estado, cuando de él pueda predicarse el carácter antijurídico, el cual resulta de la demostración del rompimiento de

²⁵ Ibídem.

²⁶ Ibídem.

la igualdad frente a las cargas públicas, que el acto ha causado a alguno o algunos de los administrados, demostración que debe tener lugar en el ámbito de una acción de reparación directa.

Es decir, que frente a un vicio de ilegalidad en el acto administrativo no es viable intentar la acción de reparación directa para obtener la indemnización del perjuicio causado, por el acto administrativo, dado que en ese evento la imputación de responsabilidad no se hace por un daño especial que tiene como fundamento estructural la legalidad de la conducta con la cual se causa, sino, la legalidad del acto”²⁷.

En este caso específico, lo que derrumbó las pretensiones del actor, fue precisamente la ambivalencia de los cargos formulados en frente a la actuación del Consejo Municipal, ya que aquel, de alguna forma, formuló reproches a la legalidad del acto y luego, al parecer por conveniencia, en segunda instancia, quiso argumentar la presencia de un daño especial en frente de un acto administrativo cuya legalidad no se discutía.

VI. CONCLUSIONES:

A manera de conclusión y como síntesis de las sentencias analizadas, es importante señalar lo siguiente:

1. En Colombia, actualmente es indiscutible la existencia de la responsabilidad patrimonial del legislador y de la administración por leyes constitucionales y actos administrativos regulares.
2. El fundamento de dicha responsabilidad es de carácter objetivo y tiene asiento en la teoría del daño especial como título jurídico de imputación, la cual requiere a su vez, para su materialización, que existan circunstancias especiales y anormales en la causación del daño al particular afectado.
3. La vía procesal adecuada para el ejercicio de pretensiones resarcitorias en esta materia es la acción de reparación directa contenida en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo.
4. En materia de actos administrativos de carácter regular, no existe opción en cuanto a la acción contencioso administrativa a interponerse por el actor. Si

²⁷ *Ibíd.*

el acto administrativo cuenta con algún vicio de legalidad, la única posibilidad existente para reclamar los perjuicios ocasionados será la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y si dicho acto causa un perjuicio pero es perfectamente legal, la vía procesal adecuada será la acción de reparación directa.

En lo que tiene que ver con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es importante señalar que ésta procede tanto contra actos administrativos de carácter general como particulares conforme con la teoría de los motivos o móviles y finalidades que ha sido recurrentemente esbozada por parte del Consejo de Estado.