La responsabilidad del Estado colombiano por falla en el servicio en la expedición de normas por parte del legislador. El caso *Goodyear*

Yovanny Robledo Chaverra
Autor

Jorge Andrés Páez Quiñones
Magíster en Derecho Constitucional
Director

Dúber Armando Celis Vela
Doctor en Filosofía
Asesor metodológico

Artículo presentado para optar al título
MAGISTER EN DERECHO ADMINISTRATIVO

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINOAMERICANA
Escuela de Posgrados
Medellín
2021

José Rodríguez Flórez Ruiz

Rector

Universidad Autónoma Latino Americana

Mónica Cecilia Montoya Escobar

Decana (e) de escuela de posgrados

Nataly Vargas Ossa

Coordinadora de Maestría en Derecho Administrativo

Edna Roció Hoyos Lozada
Alejandro Gaviria Cardona

Evaluadores

El trabajo de grado fue sustentado el 15 de 02 de 2022 y obtuvo una aprobación unánime de conformidad con el Acuerdo 195 del Consejo Académico de 2016, lo cual quedó en el consignado en el acta de evaluación de trabajos de grado # 02 de 2022

Resumen

El artículo 90 de la Constitución Política de 1991 contempla la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos ocasionados por las autoridades públicas. El Consejo de Estado ha establecido una serie de requisitos objetivos y subjetivos en virtud de los cuales se definen los títulos de responsabilidad atribuibles a las autoridades estatales, entre las cuales está incluido el Congreso de la República que tiene, entre otras facultades, reformar la Constitución y hacer las leyes, lo que le permite crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones que rigen la vida de los ciudadanos. En esa actividad, el Congreso expide leyes que eventualmente son declaradas inconstitucionales por la Corte Constitucional, respecto de lo cual el Consejo de Estado llegó a señalar que no existe uniformidad de criterios en cuanto a la responsabilidad del Estado que de tal hecho se pueda derivar. Esta investigación indagó si de acuerdo con los criterios constitucionales y legales vigentes, es posible jurídicamente atribuir responsabilidad patrimonial al Estado a causa de los daños ocasionados por la expedición de normas por parte del legislador, concretamente, leyes declaradas inconstitucionales. Se concluyó que la declaración de inconstitucionalidad de una ley evidencia una falla del servicio legislativo que en caso de ocasionar daños antijurídicos hace posible atribuir dicha responsabilidad al Estado por el hecho del legislador.

Palabras claves

Responsabilidad del Estado, hecho del legislador, falla del servicio

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN 5

1. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO COLOMBIANO EN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA 11

1.1. FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO COLOMBIANO 11

1.2. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO 14

1.2.1. Daño antijurídico 15

1.2.2. Imputación 16

1.3. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR 17

2. LA FALLA DEL SERVICIO COMO TÍTULO DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y LAS FUNCIONES DEL LEGISLADOR 20

2.1. LA FALLA DEL SERVICIO COMO TÍTULO DE IMPUTACIÓN 20

2.2. FALLA DEL SERVICIO EN LAS FUNCIONES DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA 24

3. EL CASO *GOODYEAR* S. A. CONTRA EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA. SÍNTESIS DE LOS ELEMENTOS SENTENCIA GOODYEAR 30

3.1. IDENTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA 30

3.2. HECHOS ANTECEDENTES DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO 31

3.3. DECISIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO Y SUS FUNDAMENTOS 32

3.3.1. Hecho del legislador 32

3.3.2. Supremacía de la Constitución frente a la función del legislador 33

3.3.3. Efectos de las sentencias de constitucionalidad frente al juicio de responsabilidad del Estado por el hecho del legislador 34

3.3.4. Concepto de daño antijurídico y la responsabilidad patrimonial del Estado por el hecho del legislador.....*34*

3.3.5. Títulos de imputación aplicables a la responsabilidad patrimonial del Estado por el hecho del legislador y órgano estatal en cabeza del cual recae la responsabilidad.....*36*

3.4. ANÁLISIS Y CONCLUSIÓN 37

CONCLUSIONES 42

BIBLIOGRAFÍA 47

Introducción

El artículo 90 de la Constitución Política de 1991 dispone que el Estado colombiano responde patrimonialmente por los daños antijurídicos ocasionados por las autoridades públicas, sea por acción u omisión. Esta norma es resultado de una evolución histórica del derecho constitucional y del derecho administrativo que ha conducido a aceptar que el Estado debe resarcir patrimonialmente los daños que causa de forma injustificada o excediendo las cargas públicas que deben soportar los particulares. Así se satisface el interés general, se protegen derechos fundamentales y se reconoce la dignidad humana que le asiste a los administrados.

El Consejo de Estado, máximo órgano jurisdiccional en materia de lo contencioso administrativo, ha establecido una serie de requisitos objetivos y subjetivos en virtud de los cuales se definen los títulos de responsabilidad atribuibles a las autoridades estatales. Entre tales autoridades efectivamente está incluido el Congreso de la República que, de acuerdo con el artículo 114 de la Constitución Política, tiene competencia para reformar la Constitución y hacer las leyes. Lo anterior significa que está facultado para crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones que rigen la vida, honra y bienes jurídicamente tutelados a los administrados. La actividad legislativa es una atribución de vital importancia, pues la expedición de normas vinculantes se entiende como una especie de ampliación del contenido de la Constitución Política de 1991 a través del desarrollo de condicionamientos, exigencias o libertades que se encuentren contenidas en las leyes, ya que las mismas deben respetar y ampliar el contenido del conjunto de fines, valores, derechos fundamentales y principios en que se inspira la Carta Política.

Las consecuencias que tiene el uso de la competencia del poder constituyente derivado para reformar la Constitución vigente o el ejercicio de la potestad legislativa en la promulgación de leyes son aspectos que no se pueden menospreciar en un Estado social y democrático de derecho. Las deficiencias normativas pueden tener implicaciones sobre los administrados y las instituciones de derecho público cuando se producen declaratorias de inexequibilidad de las normas. En este contexto, es necesario evaluar, a través de las instituciones que forman parte de la administración pública, si es aceptable que el Estado, en el ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, cause daños antijurídicos a los bienes o a los derechos de los administrados.

La afirmación anterior toma mayor relevancia a partir del contenido del artículo 152 de la Constitución Política, el cual especifica que el Congreso de la República se ocupará de regular y reglamentar, a través de las leyes, los derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección, es decir, todos los aspectos relativos a la administración de justicia. Además, se ocupa de la organización y régimen de los partidos y movimientos políticos; del estatuto de la oposición y de las funciones electorales, sin dejar de lado las instituciones y mecanismos de participación ciudadana, entre otros. Estos aspectos clara e irrevocablemente inciden sobre el despliegue de las garantías fundamentales de los particulares.

Las decisiones tomadas por el Congreso de la República, sus omisiones en el ejercicio de sus deberes constitucionales e, inclusive, las consecuencias derivadas de la invalidez de las normas se muestran como actividades que afectan directamente la forma como los particulares y

las demás instituciones que integran la administración pública se comportan a efectos de obtener el resguardo de sus derechos o el cumplimiento de sus obligaciones. Los procedimientos por medio de los cuales se hace exigible la protección de derechos o se cumplen las obligaciones se encuentran condicionados por las normas que al respecto pueda adoptar el órgano legislativo.

No existe univocidad de criterios en cuanto a la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador cuando ocasiona perjuicios que provienen de una ley inconstitucional. El Consejo de Estado ha puesto de presente que no han "sido uniformes los pronunciamientos en torno al tema, especialmente cuando del régimen de falla se trata" (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sent. marzo 26 de 2014, rad. 28741). En este sentido, cabe preguntarse si, de acuerdo con los criterios constitucionales y legales vigentes, es posible jurídicamente atribuir responsabilidad patrimonial al Estado a causa de los daños ocasionados por falla en el servicio en la expedición de normas por el legislador.

El propósito de este trabajo es identificar los presupuestos de la responsabilidad patrimonial del Estado a causa de los daños antijurídicos ocasionados por la actividad del legislador. De acuerdo con el esquema definido por el constituyente en el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado es eventualmente responsable por la acción o la omisión de todas las autoridades, entre las cuales se encuentra la autoridad legislativa. El análisis del problema planteado en este trabajo se divide en tres partes: la primera aborda la dogmática de la responsabilidad patrimonial del Estado desde la doctrina y la jurisprudencia. La segunda precisa el concepto de falla del servicio y su eventual relación con las funciones del legislador. La tercera parte analiza el caso *Goodyear* S.A. contra el Congreso de la República que fue resuelto

por el Consejo de Estado mediante sentencia del 26 de marzo de 2014 dictada dentro del proceso radicado con el número 25000-23-26-000-2003-00175-01(28741) con ponencia del doctor Enrique Gil Botero. En dicho proceso se discutió si, a causa de un tributo pagado por el demandante, que posteriormente fue declarado inexequible por la Corte Constitucional, es posible atribuir responsabilidad patrimonial al Estado por la expedición de la norma jurídica que, mientras estuvo vigente, sirvió de fundamento al pago de tributo.

El caso Goodyear fue seleccionado como objeto de estudio porque el Consejo de Estado hizo en la respectiva sentencia un análisis de sus distintas posturas sobre la responsabilidad del Estado legislador, especialmente por falla del servicio respecto de la cual expuso diferentes decisiones anteriores con reglas jurisprudenciales dispares. El tema es de vital relevancia para la teoría de la responsabilidad del Estado, pues lo que aquí se plantea tiene un estricto arraigo en los fines, valores y principios en los que se cimenta el funcionamiento del Estado colombiano. Así, se quiere determinar si el poder del Congreso de la República para expedir normas que crean, modifican, extinguen o desarrollan derechos, obligaciones y procedimientos formales o alternativos para el acceso, reconocimiento y cumplimiento de las garantías fundamentales reconocidas en instrumentos internacionales o por la propia Constitución Política son susceptibles de generar responsabilidad bajo el título de falla en el servicio.

De este modo, los senadores y representantes a la Cámara podrán dimensionar, de mejor manera, la responsabilidad que les asiste en el ordenamiento jurídico no sólo de cara a los intereses de sus benefactores o de sus electores, sino de la forma como sus decisiones conjuntas han de incidir sobre la vida, bienes y honra de los administrados. En todo caso, es posible que se fragüe un perjuicio que pueda o no generar cargas patrimoniales para el erario, como

consecuencia de procederes carentes del fundamento constitucional que se les exige o de un mínimo ejercicio de planeación, análisis y adecuación de los condicionamientos normativos al sector al que se pretenden aplicar. Por tanto, la actividad de producción de normas debe respetar tanto los contenidos constitucionales como los procedimientos definidos en un Estado de derecho.

El enfoque metodológico que se utiliza es el cualitativo, analítico e interpretativo. Cualitativo porque sin mediciones numéricas y de manera descriptiva y holística será observado el objeto de investigación (Cortés e Iglesias, 2004, p. 10). Analítico, dado que cada noción o concepto será separado para estudiarlo de manera ordenada (Gutiérrez, 1990, p. 133) mediante el examen juicioso de sus connotaciones prácticas y jurídicas en el ordenamiento legal colombiano y la jurisprudencia. Lo que se propone no será el simple resultado de la recaudación de información de fuentes de consulta documental, sino un análisis responsable de los poderes y facultades encomendadas al legislador bajo la perspectiva de la teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado. Los jueces, individual o colegiadamente considerados, deben comportarse más que como simples operadores judiciales. Sin duda, deben actuar como jueces constitucionales que velen por el respeto de los derechos y garantías fundamentales de los particulares que son administrados por el Estado colombiano.

La información requerida para desarrollar la investigación se obtuvo en la búsqueda selectiva en bases de datos de universidades, así como en el buscador general de Google y el especializado de Google Académico, en las que se rastrearon libros, tesis y artículos académicos. De igual manera, se localizaron providencias judiciales relacionadas con el objeto de la investigación en la relatoría y el buscador especializado del Consejo de Estado y la Corte

Constitucional. Así mismo, se consultaron libros y textos que reposan en la biblioteca personal del investigador.

La tesis que se defiende frente al problema planteado es aquella según la cual, cuando una ley es declarada inexequible y, además, mientras estuvo vigente causó daños antijurídicos, se abre paso la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador, en cuyo caso el título de imputación procedente es el de la falla del servicio. Esto como consecuencia de la supremacía de la Constitución Política que debe ser respetada por todas las autoridades, incluido el Congreso de la República. En esos términos, la declaración de inconstitucionalidad de una ley indica una falla del servicio legislativo, por lo que los ciudadanos no tienen el deber jurídico de soportar los daños que ella les cause.

Capítulo 1

1. La responsabilidad patrimonial del Estado colombiano en la doctrina y la jurisprudencia

La responsabilidad es un valor ético y moral que se enseña tanto en el contexto familiar como en el ámbito educativo. También es un valor social, pues está presente en situaciones que determinan deberes de conducta compartidos en un grupo o comunidad. Como se afirma de manera cotidiana: *todos debemos hacernos cargo de las consecuencias de nuestros actos*. En este capítulo se hace referencia a la responsabilidad patrimonial del Estado ya que, al igual que los individuos, este también debe ser responsable de sus actos y del daño que ocasione sobre las personas, actividades o cosas. El propósito de este apartado es analizar la responsabilidad patrimonial del Estado colombiano derivada de los daños ocasionados por falla en el servicio en la expedición de normas jurídicas por el legislador. Además, se describe el fenómeno de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador en la doctrina y la jurisprudencia. Se comienza presentando los fundamentos de la responsabilidad, luego los elementos de esta, así como la responsabilidad del Estado legislador.

1.1. Fundamentos de la responsabilidad patrimonial del Estado colombiano

El fundamento filosófico de la responsabilidad es encontrado por Gil Botero (2006) en el imperativo categórico de Kant que señala: "[…] obra de tal manera que tu deseo sea el que tu acción se convierte en ley universal. Por ello cada uno es responsable de su acción, si yo hice

algo debo asumir la responsabilidad". Este fundamento filosófico, añade el autor, "debe interrelacionarse con el derecho" (p. 33). En este sentido, las acciones u omisiones de cada sujeto tienen consecuencias que deben ser asumidas incluso por el Estado cuando ellas implican daños que sufren otros sujetos, lo cual sustenta la responsabilidad jurídica. De acuerdo con Santofimio (2017) la responsabilidad patrimonial del Estado permite que quien se crea lesionado por un hecho que le ocasione un daño antijurídico, imputable a una entidad del Estado o a un particular con funciones públicas, pueda acudir a la jurisdicción contencioso administrativa para que se le reparen integralmente los perjuicios causados, no solo mediante una compensación económica, sino también por medio de una reparación *in natura* o a través de medidas de satisfacción (p. 33).

La responsabilidad patrimonial del Estado ha enfrentado varios retos, dicen Vidal y Molina. El primero de ellos es la idea que reinó con anterioridad según la cual el Estado no debe responder por los perjuicios que ocasione. El segundo, el de la responsabilidad directa e indirecta, es decir, si el Estado debe responder directamente como un organismo, o si debe hacerlo respondiendo por los perjuicios que causan sus agentes. El tercer reto consiste en determinar cuáles son las normas jurídicas que deben ser aplicadas al Estado, esto es, las de derecho privado contenidas en el Código Civil o una normativa especial (Vidal y Molina, 2019, p. 517).

Durante la vigencia de la Constitución Nacional de 1886 la responsabilidad del Estado en Colombia tuvo inicialmente como fundamento las normas del Código Civil que regulan la responsabilidad civil extracontractual, las cuales encuadraba la Corte Suprema de Justicia en el actuar ilícito de la Administración Pública. Posteriormente, con la entrada en funcionamiento del

Consejo de Estado como juez de la Administración, antes de la vigencia de la Constitución Política de 1991, empezó a construirse un régimen especial con principios y reglas propias del derecho público con sustento en los preceptos constitucionales que disponen que el Estado está instituido para proteger los derechos de los residentes en el país (Santofimio, 2017, p. 28).

En línea con lo anterior, el Estado de derecho se fundamenta en dos importantes premisas: el principio de legalidad y la responsabilidad patrimonial del Estado, según lo ha precisado la Corte Constitucional. La preservación de los derechos ciudadanos no solo se garantiza exigiendo que las actuaciones de las autoridades se ciñan al ordenamiento jurídico, sino también que, si causan un daño antijurídico en esa labor, lo reparen (Corte Constitucional, Sent. ago. 8 de 2001, C-832 de 2001). La acción u omisión de los servidores pueden llegar a afectar los derechos y garantías fundamentales cuya protección es parte de los fines esenciales estatales. Así lo estableció el artículo 2 de la Constitución Política, en virtud del cual las autoridades están instituidas para proteger la vida, honra, bienes y derechos de los habitantes del territorio.

En armonía con lo anterior, a partir de las decisiones tomadas por la Asamblea Nacional Constituyente y la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, se concibió la idea de un régimen de responsabilidad del Estado a través del cual todas las acciones, omisiones u operaciones de las autoridades públicas, con ocasión de sus atribuciones constitucionales y legales, son susceptibles de control por parte de los operadores judiciales. La vigilancia y control de los daños antijurídicos ocasionados por el Estado procura la protección de los intereses de todos los administrados en vista de que “la indemnización restablece el equilibrio roto en detrimento de ellos” (Rivero, 1984, p. 293).

En ese sentido, existe hoy un régimen de responsabilidad patrimonial del Estado que tiene su fundamento normativo en el artículo 90 de la Constitución Política, el cual dispone que el "Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas". Dicho artículo es considerado como la cláusula general de responsabilidad del Estado (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sent. may. 8 de 1995, rad. 8118) con en el cual se previó de manera expresa y por primera vez un deber a cargo del Estado de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que cause a un administrado, siempre que le sean imputables por acción o por omisión (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sent. feb. 26 de 2015, rad. 30924).

Del texto del artículo comentado se advierte que a todas las "autoridades públicas" se les atribuye eventualmente responsabilidad, cualquiera sea la rama del poder público u organismo al cual pertenezcan, ya que el Constituyente no distinguió ni excluyó a ninguna de ellas, de ahí que el Congreso de la República, como autoridad pública, puede responder patrimonialmente por su acción u omisión. Sin embargo, no siempre el Estado está llamado a responder por los perjuicios que se ocasionan a los ciudadanos, pues el artículo 90 de la Carta previó los elementos que configuran su responsabilidad, como se describirá a continuación.

1.2. Elementos de la responsabilidad del Estado

Libardo Rodríguez asegura que no hay uniformidad doctrinal en torno a los elementos de la responsabilidad, sin embargo, sostiene que son: "una actuación de la administración, un daño o perjuicio y un nexo causal entre el daño y la actuación" (Rodríguez, 2021, p. 339). De acuerdo con lo previsto en el artículo 90 de la Constitución Política, hay lugar a la responsabilidad

patrimonial del Estado cuando se causa un daño antijurídico imputable al Estado. Con base en la disposición citada, el Consejo de Estado ha precisado que los elementos necesarios para configurar la responsabilidad del Estado son: el daño antijurídico y la imputación (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sent. oct. 21 de 1999, rad. 10948-11643). En sentido similar, la Corte Constitucional sostiene que surge la responsabilidad del Estado "siempre y cuando: i) ocurra un daño antijurídico o lesión, ii) este sea imputable a la acción u omisión de un ente público" (Corte Constitucional, Sentencia C-619 de 2002).

1.2.1. Daño antijurídico

El daño consiste en la "aminoración patrimonial de quien lo sufre" (Henao, 2007, p. 84), el cual, conforme a lo señalado por el artículo 90 de la Constitución, debe ser antijurídico, es decir, que quien lo padece no tiene el deber jurídico de soportarlo porque el ordenamiento jurídico no le ha impuesto esa carga (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sent. feb. 1 de 2012, rad. 21466). De esa manera, el daño es antijurídico cuando la afectación que se experimenta contraviene el ordenamiento jurídico (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sent. mayo 14 de 2014, rad. 30724), cuando es irrazonable frente a los derechos establecidos en la Constitución o cuando no se fundamenta en la prevalencia del interés general (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sent. nov. 19 de 2012, rad. 25506).

Si el daño es antijurídico, el Estado debe entonces responder patrimonialmente, ya sea porque aquel es producto de acciones u omisiones ilícitas que constituirían falla del servicio, o de acciones u omisiones lícitas, que constituirían un daño especial (Corte Constitucional, Sentencia C-037 de 1996). El daño, es un "requisito necesario mas no suficiente para que se declare la

responsabilidad" (Henao, 2007, p. 38) ya que se requiere también que sea personal, es decir, que quien reclama su reparación lo haya sufrido; cierto, o sea que haya realmente ocurrido pues no puede ser hipotético (Gil Botero, 2011, pp.116-117) y se requiere además que el daño antijurídico sea imputable al Estado tal como lo dispone el artículo 90 de la Constitución Política.

1.2.2. Imputación

La imputación es el segundo elemento de la responsabilidad del Estado en virtud de la cual es posible atribuir fáctica y jurídicamente el daño antijurídico a una entidad pública a partir de criterios como la falla del servicio, el daño especial, el riesgo excepcional o el que en cada caso concreto permita atribuir responsabilidad (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sent. jun. 1 de 2020, rad. 45437). De acuerdo con el Consejo de Estado, el daño especial y la falla del servicio son los dos títulos de imputación que han servido de fundamento para atribuir la responsabilidad patrimonial del Estado por el hecho del legislador (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sent. mar. 26 de 2014, rad. 28741).

El daño especial es un título de imputación propio del régimen objetivo de responsabilidad, porque en él no se presenta una falla o culpa, sino que se fundamenta en el rompimiento del equilibrio de las cargas públicas. Si en un ciudadano recaen las mismas cargas públicas que soportan sus conciudadanos, no hay fundamento para reclamar responsabilidad al Estado; pero si le llega a imponer una carga especial, una carga mayor a la que los otros ciudadanos soportan, debe el Estado indemnizarlo (Ruiz, 2016) con fundamento en el principio de igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas.

Así, con independencia de si se ha dado o no "una determinada falla por parte de la Administración, ésta es llamada a responder cuando se altera ese principio de igualdad frente a las cargas ciudadanas que se supone debe primar y prevalecer en toda actividad social frente al Estado" (Gómez, 2003, p. 95). La falla del servicio consiste en el actuar ilícito de la Administración, esto es, que ella no actúa, que actúa mal o que lo hace de manera tardía, hipótesis que implican la violación al contenido obligacional establecido en una norma jurídica (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sent. feb. 26 de 2018, rad. 36853).

1.3. Responsabilidad del Estado Legislador

"Los atributos de soberanía y generalidad de los cuales gozan las leyes han dificultado la posibilidad de derivar responsabilidad por el hecho de su creación" (Vidal, 2019, p. 530). En efecto, como lo expresó Laferriere citado por Botero (2007): "la ley, se ha dicho, es un acto de soberanía y lo propio de la soberanía es imponerse a todos sin compensación alguna" (p. 123). Esta postura, dice Botero (2007), "se encuentra superada hoy en las democracias modernas, y en Colombia se ha venido aceptando de manera lenta la obligación de reparar los perjuicios que causa la ley" (p. 124). Esta reparación ha sido posible cuando la constitución o la misma ley imponen el deber de indemnizar "como en el caso de la expropiación, cuando la ley establece un monopolio o cuando la ley se reserva actividades estratégicas o servicios públicos, conforme a lo dispuesto en los artículos 58, 336 y 365 de la Constitución Política" (Rodríguez, 2021, p. 378).

Si se tiene en cuenta que el artículo 90 de la Constitución Política dispone que el Estado responde por los daños antijurídicos causados por la acción u omisión de las autoridades, y el Congreso de la República es una autoridad, se puede entonces generar la responsabilidad

patrimonial del Estado por el ejercicio de sus funciones constitucionales y legales. Una de esas funciones consiste en hacer las leyes como literalmente lo contempla el artículo 150 de la Constitución.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha declarado, en algunas hipótesis, la responsabilidad del Estado por el hecho de las leyes. Así sucedió con ocasión de la aplicación de la Ley 6 de 1972 que aprobó la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, pues en el caso concreto, a la demandante que pretendía obtener la reparación de perjuicios ocasionados por un agente diplomático, se le impidió el acceso a la administración de justicia por la inmunidad que la firma de la Convención le concedía a este (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sent. ago. 25 de 1998, rad. IJ-001). En este caso el título de imputación de responsabilidad aplicado por el Consejo de Estado fue el del daño especial en el que la ley se ajusta al ordenamiento jurídico, es constitucional, pero que genera daños antijurídicos.

Cuando la ley es inconstitucional se considera que ha habido una falla del servicio por parte del legislador al crear la ley, y si con ella se han causado daños antijurídicos, habría responsabilidad patrimonial del Estado. Sin embargo, como lo ha dicho el mismo Consejo de Estado, no son "uniformes los pronunciamientos en torno al tema, especialmente cuando del régimen de falla se trata, […] la jurisdicción contencioso-administrativa ha sido mucho más temerosa al momento de dar por acreditada la existencia de una falla en el servicio" (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sent. marzo 26 de 2014, rad. 28741). La falla del servicio, como título de imputación de responsabilidad al Estado y por el hecho del legislador, se precisará en el capítulo siguiente.

En conclusión, el artículo 90 de la Constitución Política instituyó la responsabilidad patrimonial del Estado, la cual se configura si se reúnen dos elementos: el daño antijurídico y la imputación. El primero consiste en el menoscabo patrimonial que se padece sin que el ordenamiento jurídico imponga el deber de soportar. El segundo, es decir, la imputación, es el que permite la atribución de responsabilidad a un ente estatal, y ello se consigue con alguno de los títulos de imputación de responsabilidad, esto es, falla del servicio, riesgo excepcional y daño especial. En materia de responsabilidad del Estado por el hecho del legislador, los títulos de imputación de responsabilidad que operan son el de la falla del servicio y el daño especial.

Los sujetos implicados en este fenómeno son, por una parte, las autoridades públicas, cualesquiera que sean y sin que importe a cuál rama u órgano del Estado pertenecen; y por otra, la víctima que padece un daño antijurídico. El objeto consiste en la reparación de los perjuicios que causa el Estado en el ejercicio de sus atribuciones como consecuencia necesaria del principio de legalidad y el de responsabilidad. La causa de la responsabilidad estatal es el daño antijurídico. En el capítulo siguiente se abordará la falla del servicio como título de imputación al Estado por su función lícita, partiendo de la definición, sus características y elementos. Lo anterior, porque la sentencia objeto de análisis en esta investigación aplicó dicho título para atribuir responsabilidad patrimonial al Estado por los daños antijurídicos ocasionados en actividad del legislador.

Capítulo 2

2. La falla del servicio como título de imputación de responsabilidad del Estado y las funciones del legislador

El artículo 90 de la Constitución Política de 1991 establece que los elementos de la responsabilidad patrimonial del Estado son el daño antijurídico y su imputación a una autoridad estatal. Este capítulo expondrá las formas imputación de responsabilidad, con especial énfasis en la falla del servicio. Además, se analizará si ella puede presentarse en el ejercicio de las funciones del legislador como autoridad pública. La imputación de responsabilidad al Estado puede concretarse a través de la falla del servicio, el daño especial y el riesgo excepcional; sin embargo, cuando se trata de la responsabilidad que pueda atribuirse al Estado por el ejercicio de las funciones del legislador por causa de una ley declarada inconstitucional, a juicio del Consejo de Estado, el título de imputación procedente es el de la falla del servicio.

2.1. La falla del servicio como título de imputación

La imputación es el segundo elemento de la responsabilidad del Estado en virtud de la cual una conducta activa u omisiva es atribuible o endosable al Estado (Armenta, 2009, p. 100), la cual se concreta con los conceptos de falla del servicio, daño especial, riesgo excepcional o el que permita atribuir responsabilidad (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sent. Jun. 1 de 2020, rad. 45437). La falla del servicio es uno de los títulos de imputación con fundamento en el cual

se ha atribuido responsabilidad al Estado por el hecho del legislador (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sent. Marzo 26 de 2014, rad. 28741).

La falla del servicio, como título de imputación, es aplicada cuando la administración no actúa, actúa mal o de lo hace tardíamente (Duez, 1938). En su momento, así lo comprendió la Corte Suprema de Justicia, tribunal que inicialmente tuvo competencia para juzgar la responsabilidad del Estado, en un fallo de 1962 en el que expresó que la responsabilidad de las entidades públicas tenía fundamento en el Código Civil y en la Constitución Política de 1886, pues uno de los deberes del Estado es el de prestar servicios públicos eficientes cuya falla en su prestación, de la que se siguiera daño, obligaba a aquél a repararlo (Corte Suprema de Justicia, Sent. jun. 30 de 1962).

La idea tradicional de falla del servicio, que también empleó el Consejo de Estado, cambió, según sostiene Henao (1996), a partir de la sentencia del 30 de marzo de 1990. En esta providencia se empezó a utilizar otro entendimiento según el cual la falla consiste en la "violación al contenido obligacional que se impone al Estado, y que puede ser infringido ya sea porque así se deduce nítidamente de una norma que estatuye con precisión aquello a lo cual está obligado el Estado frente al caso concreto, ya sea porque así se deduce de la función genérica del Estado" (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sent. mar. 30 de 1990).

El contenido obligacional se transgrede cuando se desconoce una concreta y determinada disposición legal o reglamentaria (Gil Botero, 2011, p. 316) que establece claramente al Estado una prestación a favor de la sociedad. En cada caso concreto deben identificarse cuáles son las obligaciones de la administración en la actividad en la cual se generó el daño para establecer si

ella las incumplió, y así definir si hubo falla del servicio. En este sentido, debe decirse que la falla del servicio se encuentra determinada por el principio de legalidad, pues es el ordenamiento jurídico el que fija las obligaciones del Estado cuyo incumplimiento implica una falla.

En el régimen de imputación de la falla del servicio

> la responsabilidad surge a partir de la comprobación de la existencia de tres elementos fundamentales: el daño antijurídico sufrido por el interesado, el deficiente funcionamiento del servicio, porque no funcionó cuando ha debido hacerlo, o lo hizo de manera tardía o equivocada, y finalmente, una relación de causalidad entre este último y el primero, es decir, la comprobación de que el daño se produjo como consecuencia de la falla del servicio (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sent. Feb. 24 de 2005, rad. 14170).

El Consejo de Estado ha distinguido algunos tipos de falla del servicio como lo son, la falla relativa, la falla presunta y la falla probada del servicio. La primera de ellas, es decir, la falla relativa del servicio, libera de responsabilidad al Estado pues si bien el artículo 2 de la Constitución Política le impone el deber de proteger la vida, honra, bienes y derechos de todos los habitantes del territorio, ese deber se le exige de acuerdo a lo que normalmente se le puede pedir teniendo en cuenta los recursos, los medios, el personal a su alcance, su capacidad de maniobra, etc., de manera que si se produce un daño a pesar de que el Estado actuó diligentemente, haciendo uso de los medios con los que contaba, no se compromete su responsabilidad (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sent. sep. 14 de 2011, rad. 22745), es decir, al Estado no se le puede exigir lo imposible, por eso cuando la falla del servicio es relativa,

no hay responsabilidad del Estado porque se demuestra que él fue diligente al realizar las acciones que estaban a su alcance de acuerdo con los recursos disponibles, aunque a pesar de ello se haya presentado un daño.

Así, es necesario precisar la forma en que debió haber cumplido el Estado con su obligación y si ella le era exigible, de suerte que "sólo si en las circunstancias concretas del caso que se estudia se establece que no obró adecuadamente, esto es, que no lo hizo como una administración diligente, su omisión podrá considerarse como causa del daño cuya reparación se pretende" (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sent. Jun. 19 de 2008, rad. 15263).

La falla presunta del servicio, por su parte, es un concepto que facilita la carga probatoria del demandante en el proceso en el que se reclama la responsabilidad del Estado, pues aunque en principio tiene la carga de demostrar todos los elementos de la responsabilidad del Estado, en algunos casos la dificultad probatoria para demostrar la falla del servicio que se alega, exime al accionante de su prueba, caso en el cual solo tiene que demostrar la existencia de un daño antijurídico y su vínculo de causalidad con el servicio público para que se declare la responsabilidad en cabeza del Estado (Bustamante, 2003, p. 67). Al accionante se le exime de la carga probatoria cuando le resulta imposible cumplir con ella y, en cambio, al demandado le resulta fácil hacerlo por sus conocimientos técnicos o científicos, por su cercanía con el material probatorio, por estado de indefensión del demandante, entre otros supuestos señalados en el artículo 167 del Código General del Proceso.

En la falla probada del servicio es indispensable acreditar la irregularidad en el actuar público o la culpabilidad de "la administración, lo que significa, que además de acreditar la

actuación, el daño y el nexo causal, es preciso evidenciar un Estado alejado de criterios de buen servicio público y, por el contrario, se presenta como vulnerador de derechos" (Güechá, 2012, p. 100).

En la falla del servicio, el elemento que se reprocha no es una desproporcionada distribución de las cargas públicas por el daño que ha ocasionado un actuar legítimo de la administración pública, sino que versa sobre la constatación del incumplimiento o el deficiente cumplimiento de un deber en cabeza del Estado. Esto quiere decir que la administración ha obrado por fuera del marco de la legalidad sobre la cual se encuentran amparadas sus atribuciones y facultades constitucionales, al igual que legales, dejando desprovisto al particular de cualquier tipo de deber de soportar el proceder u omitir que ha sido concebido por la entidad pública de que se trate.

2.2. Falla del servicio en las funciones del Congreso de la República

En la Constitución Política, el constituyente primario atribuyó un poder al Congreso de la República para que, de una parte, reforme la Constitución con base en las reglas instituidas; y por otra, desarrolle el contenido de los enunciados normativos constitucionales a través de las leyes, actividad cimentada en la libertad de configuración legislativa que le permite crear, modificar o extinguir derechos, garantías, deberes y obligaciones previstas en la Constitución Política o que se deriven de su interpretación armónica, sistemática y conjunta. Lo anterior, en razón a que es necesario que, de forma permanente, exista una regulación que adapte las normas sustanciales y procedimentales a las necesidades de la realidad social, económica, ambiental, económica y cultural vigente en el Estado.

El poder que ejerce el Congreso de la República no puede contrariar o asignar efectos diferentes al sentido del texto constitucional, motivo por el cual el legislador solo puede "[…] interpretar con autoridad las leyes que él mismo ha expedido pero no puede interpretar, con autoridad y de manera auténtica, la propia Constitución, pues dejaría de estar sometido a la Carta, que es norma de normas" (Corte Constitucional, Sent. ago. 22 de 1996, C-386 de 1996). Esta actividad de interpretación le corresponde a la Corte Constitucional como cuerpo colegiado encargado de velar por el cumplimiento de los fines, valores y principios que instruye la carta política.

El poder del constituyente derivado se encuentra sometido a las reglas sustanciales y procedimentales que sobre el particular haya indicado el texto constitucional elaborado por el constituyente originario. La naturaleza jurídica derivada del poder constituido del Congreso de la República le impide comportarse por fuera de los márgenes que le ha establecido el constituyente primario. Por ende, esta facultad extraordinaria para actuar sobre la integridad de la carta política sólo se remite a modificar la "Constitución existente, en ocasiones con el concurso de la ciudadanía y, en todo caso, bajo las directrices que la propia Carta Política establece. En este orden de ideas, el Congreso está sujeto a límites formales y procedimentales, lo mismo que al control jurisdiccional" (Corte Constitucional, Sent. oct. 19 de 2005, C-1040 de 2005). De acuerdo con lo anterior, la Corte Constitucional ha afirmado que, aun cuando el poder del constituyente derivado puede ocuparse de modificar la constitución, es un poder limitado por los procedimientos y la competencia del Congreso (Corte Constitucional, Sent. ago. 27 de 2009, C-588 de 2009).

El sentido amplio de democracia y, por ende, aplicable al Estado social y democrático de derecho, se hace extensivo a aspectos normativos según los cuales el poder "constituyente ha previsto un grupo de derechos, principios y valores mínimos, que dan forma y sentido al Estado constitucional y que, a su vez, cumplen el doble papel de justificación y límite de la actuación de los poderes constituidos" (Corte Constitucional, Sent. abr. 28 de 2010, C-303 de 2010). Esto garantiza que el constituyente secundario no podrá desconocer el mínimo de beneficios y derechos fundamentales que le corresponden a los administrados bajo el pretexto de su facultad de modificación de la Constitución.

En este orden de ideas, los lineamientos que direccionan la facultad de arbitrio del constituyente derivado, en cuanto a la modificación de la Carta Política, son: (i) el Congreso de la República y el pueblo por medio de referendo son titulares del poder constituyente derivado; (ii) ese poder faculta para reformar la Constitución, no para sustituirla; (iii) solo la Asamblea Nacional Constituyente puede sustituir la Constitución; (iv) las directrices de la Carta son límites al ejercicio del poder constituyente derivado; (v) la Corte Constitucional controla que el constituyente derivado respete los límites mencionados (Corte Constitucional, Sent. marzo 29 de 2012, C-249 de 2012).

Los actos del Congreso de la República comprenden también la expedición de normas generales, impersonales y abstractas, fruto de su libertad de configuración legislativa, para modificar, crear o extinguir derechos, obligaciones y procedimientos administrativos, al igual que jurisdiccionales, para acceder o reclamar los mismos. Estas normas están sujetas a un control eventual por parte de los administradores permanentes de justicia cuando aquellas disposiciones normativas resulten contrarias a la Constitución. Así las cosas, la responsabilidad patrimonial del

Estado, por el hecho del legislador, tiene lugar a partir de las disposiciones establecidas en el texto constitucional que, en los artículos 1, 2 4, 6, 13, 58, 90, 123, 332 y 336, señala "la forma, las características, los fines esenciales del Estado, los parámetros para imputarle responsabilidad; la supremacía de la Carta Política y la prevención expresa de indemnización" (Rojas Sánchez, 2017, p. 17).

El Congreso de la República no es la única autoridad facultada para expedir normas con las mismas características de la ley, dado que esa corporación puede facultar al presidente de la República para expedir normas con fuerza de ley, según lo establece el artículo 150.10 de la Constitución. Igualmente, con fundamento en los artículos 212 y siguientes de la Carta, el presidente de la República tiene competencia para proferir decretos legislativos para conjurar estados de excepción. Estas competencias constituyen funciones legislativas del ejecutivo (Naranjo, 2018, p. 287) eventuales y temporales, pero aun así legislativas, por lo que constituyen un hecho generador de responsabilidad por el hecho del legislador, pese a que quien lo ejecuta es una autoridad distinta a la que normalmente legisla.

Botero Aristizábal (2007) va más allá, pues no solo incluye como hecho generador de responsabilidad del legislador a los decretos con fuerza de ley y a los decretos legislativos, sino también a los actos administrativos reglamentarios del presidente. El autor sostiene que restringir la responsabilidad patrimonial del Estado por el hecho del legislador de forma exclusiva a los mandatos del Congreso, dejando de lado las facultades reglamentarias y, con mayor razón, las órdenes que expide el presidente con fuerza de ley, implicaría tratar de justificar una diferenciación difícilmente explicable (p. 160). En el mismo sentido, Dueñas Rugnon (2015) considera que no solo las actuaciones del Congreso de la República deben ser condicionadas

como un hecho generador de responsabilidad patrimonial del Estado, sino que la misma suerte deben correr los decretos con fuerza de ley, los decretos expedidos "por el presidente en el marco de facultadas extraordinarias, entre otros, como quiera que es de la función reguladora del Estado como tal, de la que puede derivarse el daño antijurídico, sin importar quién las ejerce o la dicta" (p. 25).

La falla del servicio como título de imputación de responsabilidad del Estado por el hecho del legislador se manifiesta con la declaración de inconstitucionalidad de un acto del legislador porque la Constitución es el referente principal del ordenamiento jurídico, y su "[…] violación produce un estado de cosas en el que la integridad del sistema se compromete con mayor severidad" (Botero, 2007, p. 203). Tal es el caso de la Ley 633 de 2000, cuya declaratoria de inconstitucionalidad constituyó una falla del servicio como lo definió el Consejo de Estado en al caso *Goodyear* de Colombia S. A. (Consejo de Estado, Sent. Marzo 26 de 2014, rad. 28741).

En ese proceso, en el que se declaró la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador, se discutió acerca del daño antijurídico ocasionado por la ley citada, la cual creó una tasa especial sobre servicios aduaneros, y mientras estuvo vigente, la sociedad comercial demandante pagó al Estado más de ochocientos millones de pesos por concepto de la tasa creada, sin embargo, la Corte Constitucional declaró inexequible ese gravamen dada su contradicción con la Constitución Política, razón por la cual la empresa accionante solicitó, como reparación, la devolución de lo que pagó por un tributo inconstitucional.

Capítulo 3

3. El caso *Goodyear* S. A. contra el Congreso de la República

Tal como lo expresó el Consejo de Estado, sus pronunciamientos no han sido uniformes en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado por el hecho del legislador cuando del régimen de falla del servicio se trata (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sent. mar. 26 de 2014, rad. 28741), es decir, en la hipótesis de la ley declarada inexequible o el acto administrativo anulado. El tema fue abordado ampliamente por el máximo tribunal de lo contencioso administrativo en la sentencia que resolvió el caso *Goodyear* Colombia S. A. contra el Congreso de la República, en la que, luego de exponer distintas posturas al respecto, concluyó que la inexequibilidad de la ley evidencia la existencia de una falla del servicio legislativo que compromete la responsabilidad patrimonial del Estado por el hecho del legislador cuando la ley, además de ser inconstitucional, causa daños antijurídicos. En este capítulo se efectuará un análisis de la sentencia en mención.

3.1. Identificación de la sentencia

La providencia fue dictada por la Subsección C de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado el 26 de marzo de 2014, con ponencia del magistrado Enrique Gil Botero dentro del proceso radicado con el número 25000-23-26-000-2003-00175-01(28741) promovido por *Goodyear* de Colombia S. A. contra el Congreso de la República.

3.2. Hechos antecedentes del problema jurídico planteado

El Congreso de la República promulgó la Ley 633 de 2000 “por la cual se expiden normas en materia tributaria, se dictan disposiciones sobre el tratamiento a los fondos obligatorios para la vivienda de interés social y se introducen normas para fortalecer las finanzas de la Rama Judicial”. Los artículos 56 y 57 *ibídem* crearon una tasa especial por servicios aduaneros —en adelante TESA— que fue declarada inexequible por la Corte Constitucional a través de la Sentencia C-992 de 2001.

La Corte Constitucional aclaró que es consustancial a las tasas el hecho de estar vinculadas al respectivo servicio que se cobra y que se presta al usuario, de manera que su tarifa debe estar asociada a ese servicio. Sin embargo, en el caso de la tasa especial creada por los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000, el legislador no estableció la tarifa por la TESA sino por el valor de bienes importados, lo cual constituiría un impuesto sobre importaciones. Por ello, la destinación especial que le dió el legislador —como si se tratara de una tasa— es inconstitucional (Corte Constitucional, Sent. sep. 19 de 2001, C-992 de 2001).

Durante el lapso que la TESA, creada por la Ley 633 de 2000, estuvo vigente, la compañía demandante pagó al Estado más de 800 millones de pesos por ese gravamen que, posteriormente, fue declarado inexequible. Esta situación, a juicio de la demandante, constituyó una falla del servicio por parte del legislador que le generó un daño antijurídico y, a título de reparación, solicitó la devolución de las sumas pagadas por ese concepto. Con fundamento en lo anterior, el problema jurídico planteado consistió en determinar si el Congreso de la República era patrimonialmente responsable por los daños derivados de la TESA, creada por la Ley 633 de

2000, que fue declarada inconstitucional después de que la empresa demandante hubiera efectuado pagos al Estado por concepto del gravamen en mención.

3.3. Decisión del Consejo de Estado y sus fundamentos

El Consejo de Estado confirmó la sentencia de primera instancia que había declarado administrativamente responsable a la Nación–Congreso de la República por la expedición de la Ley 633 de 2000 y le condenó a pagar, por perjuicios materiales, la suma indexada que la compañía *Goodyear* de Colombia S. A. había pagado al Estado por concepto de la TESA.

Para fundamentar su decisión, el Consejo de Estado precisó: i) qué debe entenderse por "hecho del Legislador", ii) el papel que juega la supremacía de la Constitución Política en el juicio de responsabilidad del Estado por el hecho del legislador, iii) los efectos de las sentencias de constitucionalidad frente a dicho juicio, iv) el concepto de daño antijurídico, v) los títulos de imputación de responsabilidad estatal procedentes en estos casos y el órgano estatal en cabeza del cual recae la responsabilidad.

3.3.1. Hecho del legislador

El legislador tiene distintas funciones constitucionales, según lo dispone el artículo 114 de la Constitución Política, en virtud de las cuales al Congreso de la República le compete reformar la Constitución, hacer las leyes y ejercer control político. Las dos primeras implican creación normativa con características de generalidad, impersonalidad y abstracción, función que no es exclusiva, dado que al presidente de la República le corresponde expedir decretos

reglamentarios, resoluciones y órdenes para la ejecución de la ley; así como la expedición de normas con fuerza de ley, tal como lo preceptúan los artículos 189 numeral 11 y 150 numeral 10. En el mismo sentido, las asambleas departamentales, los gobernadores, los concejos municipales y distritales y los alcaldes tienen entre sus funciones la creación de normas jurídicas con efectos similares a los de la ley en su carácter general, impersonal y abstracto.

Sobre este punto, en la sentencia del caso Goodyear, el Consejo de Estado consideró que por "hecho del legislador" se entiende la ley en sentido estricto y en sentido material. De tal suerte que el concepto mencionado comprende las normas generales, impersonales y abstractas como las leyes que expide el Congreso, los decretos con fuerza de ley, los actos administrativos, las resoluciones, las ordenanzas entre otras, que son la manifestación de la función reguladora del Estado, la cual puede eventualmente generar daños antijurídicos.

3.3.2. Supremacía de la Constitución frente a la función del legislador

En la sentencia se discutió si es posible derivar la responsabilidad patrimonial del Estado por causa de las leyes contrarias a la Constitución, teniendo en cuenta una suerte de inmunidad del legislador. Con apoyo en decisiones del Tribunal Supremo Español, imperó la tesis que defiende la supremacía del constituyente primario sobre el constituyente derivado —el legislador—. Esto debido a la supremacía de la Constitución sobre cualquier otra norma jurídica, postura que, dice el Consejo de Estado, tiene más de medio siglo de vigencia en el derecho occidental.

De acuerdo con lo anterior, todos los poderes estatales están llamados a respetar la supremacía constitucional, lo cual incluye al legislador frente al que no cabe inmunidad, pues, si

bien es el constituyente derivado y representa la voluntad popular, sus atribuciones no incluyen reemplazar al constituyente primario. En ese sentido, el Consejo de Estado concluyó que tener por cierto que no se derivan perjuicios como consecuencia de una disposición jurídica declarada inexequible, conduciría a la inaceptable conclusión de que la voluntad del constituyente primario tendría menos valor que la del constituyente derivado.

3.3.3. Efectos de las sentencias de constitucionalidad frente al juicio de responsabilidad del Estado por el hecho del legislador

El Consejo de Estado precisó que, de acuerdo con la Corte Constitucional, por el principio de seguridad jurídica, los fallos de constitucionalidad tienen efectos hacia el futuro. Sin embargo, aclaró también que ese efecto no es un obstáculo para que se ordene la reparación del daño antijurídico causado por la actuación del legislador, pues la intangibilidad de las situaciones jurídicas que se consolidaron antes de la inconstitucionalidad de la ley, constituye un fenómeno diferente al deber que tiene el legislador de reparar los perjuicios que ocasione por la expedición de normas jurídicas que desde su vigencia son inconstitucionales.

3.3.4. Concepto de daño antijurídico y la responsabilidad patrimonial del Estado por el hecho del legislador

El Consejo de Estado reiteró que el daño antijurídico, como elemento de la responsabilidad del Estado, consiste en aquel que se padece sin que exista la obligación jurídica de padecerlo, lo que significa que el daño antijurídico es contrario a derecho en tanto implica "[…] la contradicción entre la conducta del sujeto y el ordenamiento jurídico aprehendido en su

totalidad" (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sent. mar. 26 de 2014, rad. 28741), de ahí que el desconocimiento de cualquier disposición normativa, cualquiera que sea la rama del derecho vulnerada, genera la antijuridicidad del daño.

Con la aproximación al concepto de daño, es pertinente señalar, que la constatación de este no es suficiente para que se proceda a su indemnización; en efecto, el daño debe ser cualificado para que sea relevante en el mundo jurídico, por ello la Constitución Política en el artículo 90 señala que "El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas". La antijuridicidad se refiere a aquello que no se tiene la obligación de padecer, al evento que es "contrario a derecho", "es la contradicción entre la conducta del sujeto y el ordenamiento jurídico aprehendido en su totalidad", ello se refiere a que se desconozca cualquier disposición normativa del compendio normativo, sin importar la materia o la rama del derecho que se vulnera, puesto que la transgresión a cualquiera de ellas, genera la antijuridicidad del daño.

En este punto el Consejo de Estado explicó que la antijuridicidad puede estudiarse desde el plano formal y el material. El formal se presenta al constatar la violación de una norma jurídica, mientras que el material alude al daño que produce esa violación; pero "es preciso señalar que no sólo es antijurídico el daño cuando se vulnera una norma jurídica, sino también aquel que atenta contra un bien jurídicamente protegido" (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sent. mar. 26 de 2014, rad. 28741).

3.3.5. Títulos de imputación aplicables a la responsabilidad patrimonial del Estado por el hecho del legislador y órgano estatal en cabeza del cual recae la responsabilidad

El daño especial y la falla del servicio son los dos títulos de imputación procedentes en materia de la responsabilidad patrimonial del Estado por el hecho del legislador. En la sentencia se sostiene que la falla del servicio es el título que ha encontrado mayores inconvenientes para su aplicación, al paso que en Colombia el daño especial no ha presentado mayores problemas al respecto. La falla del servicio aplicaría cuando el daño es causado por norma declarada nula o inexequible, y el daño especial cuando la norma es declarada ajustada al ordenamiento jurídico.

El Consejo de Estado concluyó que no había duda de que la declaración de inexequibilidad de la ley que creó la TESA evidenció la falla del servicio en que incurrió el Congreso de la República, que además ocasionó un daño antijurídico consistente en la disminución del patrimonio de la sociedad *Goodyear* de Colombia S. A., por cuenta de los pagos que le hizo al Estado para cancelar el gravamen inconstitucional que, por tanto, "no puede avalarse, pues ello iría en contravía del principio de supremacía constitucional y sería tolerar la consolidación de situaciones abiertamente inconstitucionales" (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sent. mar. 26 de 2014, rad. 28741).

Finalmente, el Consejo de Estado añadió que la atribución de responsabilidad patrimonial —la imputación— recae en el Congreso de la República y no en la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales —DIAN—, porque el primero fue el que creó el tributo, causa generadora del daño, al paso que la segunda solamente actuó como agente del Estado en el recaudo y control del tributo.

3.4. Análisis y conclusión

De acuerdo con los criterios definidos por el Consejo de Estado en la sentencia expedida en el proceso promovido por la sociedad *Goodyear*, es posible atribuir por falla del servicio, como título de imputación, la responsabilidad al Estado por el hecho del legislador, a causa de la expedición de leyes o actos administrativos de carácter general, impersonal y abstracto que hayan ocasionado daños antijurídicos.

No obstante, el hecho de que la DIAN conservara el dinero recaudado por la TESA implicaría de alguna manera un enriquecimiento sin causa porque ingresaría a su patrimonio una suma cuyo fundamento legal fue declarado inconstitucional desde su expedición. Lo mismo podría argumentarse en relación con la decisión de la Corte Constitucional de permitir al Estado conservar sumas de dinero recaudadas con fundamento en el artículo 10 de la Ley 1607 de 2012 declarado condicionalmente exequible. En ese caso, por razones de sostenibilidad fiscal tal como se expresó en el Auto 233 de 2016 de la misma Coporación.

Por otra parte, la conclusión del Consejo de Estado en la que parece incluir en el concepto de "hecho del legislador" a los actos administrativos —decretos reglamentarios del Presidente, ordenanzas de las asambleas, decretos y resoluciones de los gobernadores, acuerdos municipales y distritales y decretos y resoluciones de los alcaldes— es ciertamente discutible, ya que si bien los mencionados actos pueden compartir con la ley las características de generales, impersonales y abstractos; son intrínsecamente actos derivados de funciones constitucionales diferentes: una cosa es la ley, que se deriva de la función legislativa y otra cosa son los actos administrativos que son producto de función administrativa.

De hecho, el control constitucional de las leyes corresponde a la Corte Constitucional, mientras que el control constitucional de los actos administrativos corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Igualmente, quien concurriría como parte en el proceso judicial en el que se juzgue la responsabilidad patrimonial del Estado por causa de una ley sería el Congreso de la República, mientras que en el caso de los actos administrativos quien resistiría en tales procesos sería la autoridad administrativa con mayor rango en la entidad de donde surge el acto.

Por otra parte, el Consejo de Estado parece confundir la esencia de lo que constituye falla del servicio con la concepción de daño antijurídico del constituyente en la Constitución de 1991, cuando sostiene en el fallo comentado que el daño antijurídico implica "[…] la contradicción entre la conducta del sujeto y el ordenamiento jurídico aprehendido en su totalidad" (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sent. mar. 26 de 2014, rad. 28741), y que el desconocimiento de cualquier disposición normativa genera la antijuridicidad del daño.

La falla del servicio implica la antijuridicidad de la conducta del Estado, es decir, una acción u omisión contraria a derecho. En la falla se reprocha la conducta del Estado, mientras que en el daño antijurídico se reprocha el resultado de esa conducta que genera un daño que no se está en la obligación de soportar. Por esta razón, no podría decirse, como lo hizo el Consejo de Estado, que el daño antijurídico consiste en la violación de una norma jurídica, ya que esto sería una falla del servicio que, además, corresponde a una categoría distinta a la de aquel: la falla corresponde a un título de imputación, el segundo elemento de la responsabilidad del Estado, al paso que el daño antijurídico corresponde al primer elemento de la responsabilidad.

Efectivamente, la falla del servicio consiste en la transgresión del contenido obligacional establecido en una concreta y determinada disposición legal o reglamentaria (Gil, 2011, p. 316); es incumplir una disposición jurídica que establece al Estado una prestación a favor de un sujeto. Por su parte, el daño antijurídico, como concepto introducido en el ordenamiento jurídico colombiano por el artículo 90 de la Constitución Política, es el que sufre un sujeto que no se encuentra en el deber jurídico de soportar. Con dicho concepto quiso el constituyente superar la insuficiencia del concepto de falla del servicio dentro del cual no cabe el de daño especial, tal como se explicó en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 en la ponencia ante la Comisión Primera sobre mecanismos de protección del orden jurídico y de los particulares: "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 antijuridicidad del daño producido por ella" (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

Como se desprende de las discusiones en la Asamblea Nacional Constituyente (1991), antes de la Constitución Política de 1991 el Consejo de Estado atribuía responsabilidad al Estado a través de diferentes títulos de imputación de responsabilidad, entre ellos, la falla del servicio y el daño especial. La falla del servicio corresponde al régimen subjetivo de responsabilidad en el que se reprocha al Estado un comportamiento contrario a derecho, generalmente culposo, omisivo, no diligente. El daño especial, por el contrario, pertenece al régimen objetivo de responsabilidad en el que no existe un comportamiento no diligente ni contrario a derecho, "prescinde plenamente del elemento culpa o dolo" (Ocampo, 2021, p. 137) y por ello, no puede hacerse un reproche a la conducta estatal. En el daño especial existe un reproche al resultado de un comportamiento del Estado acorde con el ordenamiento jurídico, pero que, por ocasionar

daños antijurídicos, es decir, que quien los sufre no tiene el deber jurídico de soportar, deben ser reparados por el Estado.

Ese fue el querer expreso del Constituyente de 1991, cambiar el paradigma de la responsabilidad del Estado desplazando el fundamento de la responsabilidad que giraba en torno al reproche de la conducta antijurídica del Estado, por el reproche del resultado antijurídico de la conducta estatal (Asamblea Nacional Constituyente, 1991), fuera o no la conducta del Estado contraria a derecho. Esto quiere decir que puede existir daño antijurídico por causa de un actuar irregular —falla del servicio— así como daño antijurídico por un comportamiento conforme al ordenamiento jurídico —daño especial—. Es por eso que resulta impreciso sostener, como lo hizo el Consejo de Estado en la sentencia analizada, que el daño antijurídico implica "[…]la contradicción entre la conducta del sujeto y el ordenamiento jurídico aprehendido en su totalidad", ya que tal afirmación reduce el alcance del concepto de daño antijurídico introducido en la Constitución Política de 1991, presentándolo como equivalente a la falla del servicio y dejando por fuera al daño especial.

Lo dicho ha permitido distinguir dos formas de responsabilidad del Estado por el hecho del legislador. Una de ellas aplica el título de imputación de daño especial, o sea, cuando la ley se ajusta a la Constitución Política, como lo es el caso de la ley declarada constitucional que, pese a ello, causa daños que quien los sufre no tiene el deber jurídico de soportar. Como ejemplo de esto, puede citarse la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado del 25 de agosto de 1998, radicado número IJ-001, en la que se condenó al Estado por causa de la expedición de la Ley 6 de 1972 que aprobó la Convención de Viena por la cual se confirió inmunidad jurisdiccional a los cuerpos diplomáticos. La ley mencionada impidió que se enjuiciara a un

ciudadano extranjero diplomático que causó la muerte del cónyuge de la accionante en un accidente. El Consejo de Estado declaró la responsabilidad del Estado por considerar que la ley, aun siendo exequible, quebrantó la igualdad de las cargas públicas. La otra forma de responsabilidad del Estado por el hecho del legislador se fundamenta en el título de imputación de falla del servicio, es decir, cuando la ley quebranta la Constitución y por ello es declarada inconstitucional. Además, causa daños que, quien los sufre, no tiene el deber jurídico de soportar.

Conclusiones

El recorrido anterior hizo posible concluir que el Estado de derecho se fundamenta, entre otras premisas, en el principio de legalidad y de responsabilidad que exigen de las autoridades públicas ceñirse a los postulados de la ley y responder patrimonialmente por los daños que ocasionen. Con esa mirada, el Constituyente de 1991 introdujo por primera vez en Colombia una cláusula general de responsabilidad contenida en el artículo 90 de la Constitución Política, en virtud del cual el Estado está llamado a responder por los daños antijurídicos que les sean imputables a la acción o la omisión de las autoridades públicas. A partir del artículo citado se ha entendido que son dos los elementos de la responsabilidad patrimonial del Estado, el daño antijurídico y la imputación.

El daño antijurídico es aquel que quien lo padece no tiene el deber jurídico de soportar. La imputación, por otra parte, consiste en la atribución que del daño antijurídico se hace a una entidad del Estado, y esa atribución se efectúa mediante alguno de los títulos de imputación de responsabilidad existentes: falla del servicio, daño especial y riesgo excepcional. En el marco de la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador, los títulos de imputación viables son los de falla del servicio y daño especial. La falla implica necesariamente una conducta culposa o dolosa, negligente u omisiva, que causa el daño antijurídico; falla con la que la autoridad pública incumple una concreta obligación impuesta por el ordenamiento jurídico; mientras que el daño especial, significa lo contrario, es decir, una conducta estatal cuidadosa y diligente, respetuosa del ordenamiento jurídico que aun así genera un daño antijurídico.

El Congreso de la República, que encarna la autoridad legislativa, como autoridad pública que es, se encuentra comprendido entre los agentes estatales que pueden comprometer con su acción u omisión una responsabilidad del Estado, fenómeno que se ha conocido como la responsabilidad por el hecho del legislador. Por esa razón, si en el ejercicio de sus competencias constitucionales y legales ocasiona daños antijurídicos que les sean imputables, se generaría dicha responsabilidad. Las funciones del legislador que pueden dar lugar a ella son la expedición de actos modificatorios de la Constitución Política y las leyes. También corresponden a hechos del legislador los actos del presidente de la República que, de acuerdo con la Constitución, tienen características similares a las de la ley, o sea, generales, impersonales y abstractas; con naturaleza jurídica equivalente a la ley cuyo control constitucional corresponde a la Corte Constitucional —decretos con fuerza de ley y decretos legislativos—. Cuando el hecho del legislador contraría la Constitución Política y además causa daños antijurídicos, la imputación de responsabilidad se abre paso por la vía de la falla del servicio; pero si respeta la Carta y provoca daños antijurídicos, el título de imputación será el del daño especial.

Según los criterios definidos por el Consejo de Estado en el caso *Goodyear*, es posible atribuir por falla del servicio la responsabilidad al Estado por el hecho del legislador, no solo a causa de la expedición de leyes o actos modificatorios de la Constitución, sino también por la expedición de actos administrativos de carácter general, impersonal y abstracto que hayan ocasionado daños antijurídicos. Igualmente, el Consejo de Estado sostiene en el fallo del caso indicado que el daño antijurídico implica la contradicción entre la conducta del sujeto estatal y el ordenamiento jurídico, de manera que el desconocimiento de cualquier norma genera la antijuridicidad del daño.

Estas conclusiones del Consejo de Estado parecen erróneas. La primera, es decir, incluir los actos administrativos —decretos reglamentarios del presidente, ordenanzas de las asambleas, decretos y resoluciones de los gobernadores y alcaldes, acuerdos municipales y distritales, entre otros— en el conjunto de lo que se considera "hecho del legislador" resulta discutible porque si bien los mencionados actos pueden compartir con la ley las características de generales, impersonales y abstractos; son sustancialmente actos derivados de funciones constitucionales diferentes, esto es, de la función administrativa, mientras que el hecho del legislador se deriva de la función legislativa. Decir que un decreto reglamentario de un gobernador es un hecho del legislador sería atribuirle función legislativa a quien en realidad no la tiene.

Cosa diferente es que los hechos del legislador y los actos administrativos hagan parte del conjunto de la "función reguladora del Estado", pero ello no les hace iguales porque, como se dijo, proviene de diferentes funciones constitucionales. Debe recordarse que el control constitucional de las leyes o normas de su jerarquía es competencia de la Corte Constitucional, al paso que el control constitucional de los actos administrativos corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

La otra conclusión del Consejo de Estado, según la cual el daño antijurídico implica la contradicción entre la conducta del sujeto y el ordenamiento jurídico, de suerte que el desconocimiento de cualquier norma jurídica genera la antijuridicidad del daño, contradice la dogmática jurisprudencial y doctrinal sobre la responsabilidad del Estado porque el daño antijurídico es el que se sufre sin tener el deber jurídico de soportarlo, y ese daño puede existir tanto por causa de un actuar contrario al ordenamiento jurídico, como por un comportamiento respetuoso de las normas jurídicas. Esto ha permitido distinguir las dos formas de

responsabilidad del Estado por el hecho del legislador: la que se fundamenta en la falla del servicio, es decir, cuando la ley quebranta la Constitución y causa daños antijurídicos, y la que se edifica a partir del daño especial, o sea, cuando la ley se ajusta a la Constitución Política, pero causa daños antijurídicos.

Bibliografía

Armenta Ariza, A. M. (2009). El régimen de la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia: El título jurídico de la imputación. *Via Iuris*, num. 6 pp. 88-112.

Botero Aristizábal, L. F. (2007). Responsabilidad patrimonial del legislador. Bogotá: Universidad del Rosario – Legis.

Bustamante Ledesma, A. (2003). La responsabilidad extracontractual del Estado. Bogotá: Leyer.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (2020). Sentencia del 1 de junio de 2020. Expediente radicado 68001233100020070028601(45437). Magistrado Ponente Doctor Nicolás Yepes Corrales.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (2015). Sentencia del 26 de febrero de 2015. Expediente radicado 68001231500019990261701(30924). Magistrado Ponente Doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (2014). Sentencia del 14 de mayo de 2014. Expediente radicado 41001-23-31-000-2003-01165-01(30724)). Magistrada Ponente Doctora Olga Mélida Valle De la Hoz.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (2014). Sentencia del 26 de marzo de 2014. Expediente radicado 25000-23-26-000-2003-00175-01(28741). Magistrado Ponente Doctor Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (2012). Sentencia del 19 de noviembre de 2012. Expediente radicado 76001-23-31-000-1998-01510-01(25506). Magistrado Ponente Doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (2012). Sentencia del 1 de febrero de 2012. Expediente radicado 21466. Magistrado Ponente Doctor Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (2011). Sentencia del 14 de septiembre de 2011. Expediente radicado 66001-23-31-000-1998-00496-01(22745). Magistrado Ponente Doctor Mauricio Fajardo Gómez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (2008). Sentencia del 19 de junio de 2008. Expediente radicado 76001-23-31-000-1994-00736-01(15263). Magistrada Ponente Doctora Myriam Guerrero de Escobar.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (2005). Sentencia del 24 de febrero de 2005. Expediente radicado 85001-23-31-000-1993-00074-01(14170)). Magistrado Ponente Doctor Ramiro Saavedra Becerra.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (1999). Sentencia del 21 de octubre de 1999. Expediente radicado 10948-11643. Magistrado Ponente Doctor Alier E. Hernández Enríquez.

Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (1998). Sentencia del 25 de agosto de 1998. Expediente radicado IJ-001. Magistrado Ponente Doctor Jesús María Carrillo Ballesteros.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (1995). Sentencia del 8 de mayo de 1995. Expediente radicado 8118. Magistrado Ponente Doctor Juan de Dios Montes Hernández.

Consejo de Estado, Sección Tercera. (1990). Sentencia de marzo 30 de 1990. Magistrado Ponente Doctor Antonio José de Irisarri Restrepo.

Corte Constitucional. (2012). Sentencia C-249. Magistrado Ponente Doctor Juan Carlos Henao Pérez.

Corte Constitucional. (2010). Sentencia C-303. Magistrado Ponente Doctor Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional. (2009). Sentencia C-588. Magistrado Ponente Doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Corte Constitucional. (2005). Sentencia C-1040. Magistrados Ponentes Doctores Manuel José Cepeda Espinosa, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Humberto Antonio Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional. (2002). Sentencia C-619. Magistrado Ponente Doctor Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional. (2001). Sentencia C-992. Magistrado Ponente Doctor Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional. (2001). Sentencia C-832. Magistrado Ponente Doctor Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional. (1996). Sentencia C-386. Magistrado Ponente Doctor Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. (1996). Sentencia C-037. Magistrado Ponente Doctor Vladimiro Naranjo Mesa).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales. (1962). Sentencia de junio 30. Magistrado Ponente Doctor José J. Gómez. Gaceta Judicial, Tomo XCIX.

Dueñas Rugnon, R. I. (2015). Responsabilidad del Estado por la Actividad Legislativa y Jurisdiccional. Madrid, Madrid, España: Universidad Nacional de Educacion a Distancia.

Duez, P. (1938). La responsabilité de la puissance publique (en dehors du contrat). París: Dalloz. Reimpresión 2012.

Gil B., E. (2011). Responsabilidad extracontractual del Estado. Bogotá: Temis.

Gil B., E. (2006). Temas de responsabilidad extracontractual del Estado. Medellín. Librería jurídica Comlibros.

Gómez P., J. F. (2003). Teoría y Crítica de La Responsabilidad Por Daños del Estado en Colombia. Bogotá D.C., Cundinamarca, Colombia: Universidad Sergio Arboleda.

Güechá, C. N. (2012). La Falla en el Servicio: Una Imputación Tradicional de Responsabilidad del Estado. Prolegómenos-Derechos y Valores, 95-109.

Henao, J. C. (2007). El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del estado en derecho colombiano y francés. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Henao, J. C. (1996). Presentación general de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia. Jornadas Colombo Venezolanas de Derecho Público. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Ocampo Marulanda, Y. (2021). Deconstruyendo el origen del daño especial en Colombia: análisis del caso “El Siglo”. *Díkaion*, *30*(1), 130–159.

Rivero, J. (1984). Derecho administrativo (9a edición ed.). Caracas, Venezuela: Universidad Central de Venezuela.

Rodríguez, L. (2021). Derecho Administrativo General y colombiano Tomo II. Bogotá: Temis.

Rojas Sánchez, D. (2017). Responsabilidad Extracontractual del Estado por el Hecho del Legislador Frente a la Declaratoria de Inconstitucionalidad de las Leyes. Cali: Universidad de San Buenaventura Colombia.

Ruiz O., W. (2016). Responsabilidad del Estado y sus regímenes, tercera edición. Bogotá: ECOE Editores.

Santofimio G., J. O. (2017). Tratado de Derecho Administrativo. Derecho de víctimas y responsabilidad del estado. Tomo V. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Naranjo Mesa, V. (2018). Teoría constitucional e instituciones políticas. Bogotá: Editorial Temis.

Vidal P., J. & Molina B., C. (2019). Derecho Administrativo. Bogotá, Legis.