RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL HECHO DEL LEGISLADOR EN COLOMBIA. A PROPÓSITO DE LOS CASOS TESA Y PARTICULARMENTE EL CASO MERCEDES BENZ COLOMBIA S.A VS NACIÓN - CONGRESO DE COLOMBIA

Mauricio Hernández Cáceres

Programa de Derecho

Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales

Universidad La Gran Colombia

Bogotá D.C.

2021

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL HECHO DEL LEGISLADOR EN COLOMBIA. A PROPÓSITO DE LOS CASOS TESA Y PARTICULARMENTE EL CASO MERCEDES BENZ COLOMBIA S.A VS NACIÓN - CONGRESO DE COLOMBIA

Mauricio Hernández Cáceres

Trabajo de Grado presentado como requisito para optar al título de Magíster en Derecho

Director:

Adrian Zeballosf-Cuathin

Programa de Derecho

Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales

Universidad La Gran Colombia

Bogotá D.C.

2021

Tabla de contenido

RESUMEN **4**

ABSTRACT **5**

INTRODUCCIÓN **6**

CAPÍTULO I **11**

1. ASPECTOS TEÓRICOS Y CONCEPTUALES DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL HECHO DEL LEGISLADOR **11**

1.1. El arte de legislar y la división del poder 12
1.2. El arte de legislar y el contrato social 16
1.3. El arte de legislar en la tradición jurídica colombiana 22

CAPÍTULO II **37**

2. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL HECHO DEL LEGISLADOR EN COLOMBIA **37**

2.1. Antecedentes generales sobre la teoría de la responsabilidad del Estado 37
2.2. Algunos antecedentes de la responsabilidad del Estado en Colombia 40
2.3. La responsabilidad del Estado en el marco de la Constitución de 1991 48
2.4. El daño antijurídico y la imputabilidad de la responsabilidad al legislador 52

CAPÍTULO III **65**

3. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL HECHO DEL LEGISLADOR, A PROPÓSITO DE LOS CASOS TESA Y ESPECIALMENTE DEL CASO MERCEDEZ BENZ COLOMBIA VS NACIÓN-CONGRESO DE COLOMBIA **65**

3.1. Contextualización del análisis de casos 66
3.2. Casos emblemáticos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. 67
3.3. Casos emblemáticos en la jurisprudencia del Consejo de Estado 70
3.4. La responsabilidad del Estado en los casos TESA 73
3.4.1. El contexto de la controversia. *73*
3.4.2. Decisiones de la subsección C. La tesis de la antijuridicidad como ausencia de soporte normativo válido y vigente. *73*
3.4.3. Decisiones de la subsección A. La tesis de la antijuridicidad como incompatibilidad con la norma superior. *77*
3.4.4. La tutelas contra las decisiones de las subsecciones A y C. *79*
3.5. El caso especial de Mercedez Benz Colombia vs Nación-Congreso de la República 84
3.5.1. Sobre los hechos del caso y el problema jurídico. *84*
3.5.2. Sobre los argumentos del Consejo de Estado. 85
3.5.3. Sobre la ratio decidendi y la decisión. *89*

DISCUSIÓN Y RESULTADOS **92**

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES **100**

LISTA DE REFERENCIA O BIBLIOGRAFÍA **105**

Resumen

El propósito general de este trabajo es analizar la responsabilidad extracontractual del Estado por el hecho del legislador en Colombia, a propósito de los casos TESA y particularmente del caso Mercedez Benz Colombia vs Nación-Congreso de Colombia. Para lograr tal objetivo, bajo un diseño metodológico de corte cualitativo, se realizó una revisión de las fuentes pertinentes, con el fin de auscultar el estado actual de este tema. De esa manera, se encontró que la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador se ha desarrollado en la jurisprudencia del Consejo de Estado de forma ambivalente, a veces contradictoria, por lo cual se hizo necesario unificar criterios en el sentencia del 13 de marzo de 2018 (caso Mercedez Benz), donde determinó que el criterio de juridicidad debe fundarse en los efectos de la sentencia proferida en sede de legalidad y no en la constatación que ésta realizó sobre la contrariedad de la norma con las normas superiores.

Palabras clave: Arte de legislar, responsabilidad extracontractual del Estado, responsabilidad por el hecho del legislador, títulos de imputación de responsabilidad, daño antijurídico, imputabilidad.

Abstract

The general purpose of this work is to analyze the extra-contractual liability of the State for the act of the legislator in Colombia, regarding the TESA cases and particularly the case of Mercedez Benz Colombia vs Nación-Congreso de Colombia. To achieve this objective, under a qualitative methodological design, a review of the pertinent sources was carried out, in order to monitor the current status of this issue. In this way, it was found that the responsibility of the State for the act of the legislator has developed in the jurisprudence of the Council of State in an ambivalent, sometimes contradictory way, for which it was necessary to unify criteria in the judgment of March 13, 2018 (Mercedez Benz case), where it determined that the criterion of legality must be based on the effects of the judgment rendered in the seat of legality and not on the finding that it made on the contrary of the norm with the higher norms.

Key words: Art of legislating, extra-contractual responsibility of the State, responsibility for the act of the legislator, titles of attribution of responsibility, unlawful damage, imputability.

Introducción

1. Planteamiento del problema

El Congreso de la República, autorizado por la Constitución, específicamente por la cláusula general de competencia, artículos 114 y 150 constitucionales, desarrolla la Carta fundamental a través de la producción legislativa, en forma de leyes y actos legislativos. En el marco de esa actividad, el Congreso de la República debe crear el derecho de conformidad con los mandatos constitucionales: un derecho válido a la luz de la Constitución tendrá vigencia en el ordenamiento jurídico colombiano. Sin embargo, el cuerpo legislativo no es infalible en su trabajo, puede cometer errores de forma y procedimiento, así como errores sobre la materia que nutre la legislación. Esas falencias legislativas pueden dar lugar a activar el control de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional, concluyendo en la declaración de inconstitucionalidad, en palabras más técnicas en la inexequibilidad de las normas sometidas a su escrutinio. De esa manera, el control de constitucionalidad es el presupuesto de la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador.

Lo anterior no quiere decir que la declaración de inconstitucionalidad lleve *per se* una responsabilidad para el Estado, como tampoco toda declaración de responsabilidad tiene como requisito la declaración de inconstitucionalidad de una norma. Sin embargo, en ocasiones, la declaratoria de una norma de la legislación como inconstitucional puede tener efectos en el ámbito de la responsabilidad del Estado. Esto puede suceder, por ejemplo, cuando una norma durante su vigencia creó una obligación pecuniaria para los administrados, pero tiempo después esa norma pierde validez por su inconstitucionalidad, situación que necesariamente, para hacer justicia, debe ser reparada por el Estado legislador. Ello es así porque la actividad del legislador produjo un daño

antijurídico a los destinatarios de la legislación, al imponer una carga que constitucionalmente no debían soportar. La consecuencia de tales daños es la imputación al Estado, teniendo la obligación de reparar.

Comprender esta institución requiere de una descripción y posterior análisis de la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador desde el campo de la doctrina, de la norma y especialmente de la jurisprudencia. La temática de este trabajo se enmarca especialmente en la comprensión de estudio de los casos TESA y particularmente el caso sociedad Mercedes Benz Colombia S.A. vs Congreso de Colombia.

2. Formulación del problema o pregunta de investigación.

De conformidad con el planteamiento del problema se formula la siguiente pregunta de investigación: ¿Cuál es el alcance de la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador en Colombia, a propósito de los casos TESA y particularmente en el caso Mercedes Benz Colombia S.A vs Nación - Congreso de Colombia?

3. Hipótesis

La responsabilidad del Estado por el hecho del legislador ha sido tramitada de forma ambivalente por la jurisprudencia del Consejo de Estado, de tal forma que se acogieron tesis distintas en las subsecciones alrededor de, por ejemplo, los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad de la Corte Constitucional. Esta inseguridad jurídica se conjuró en la Sentencia de Unificación de marzo de 2018 (caso Mercedez Benz vs Nación - Congreso de Colombia), mediante la cual se compatibilizó las decisiones del juez de la responsabilidad con las de la autoridad judicial expresamente establecida para juzgar la constitucionalidad de la ley.

4. Objetivos general y específicos

En sintonía con la pregunta y la hipótesis se formula el objetivo general:

Analizar el alcance de la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador en Colombia, a propósito de los casos TESA y particularmente en el caso Mercedes Benz Colombia S.A vs Nación - Congreso de Colombia. Para alcanzar este objetivo se plantean los siguientes objetivos específicos:

- Conceptualizar sobre los aspectos generales y fundamentales del arte de legislar en Colombia.
- Explicitar algunos conceptos fundamentales de la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador en Colombia.
- Explicar la responsabilidad del Estado en los casos TESA y Mercedes Benz Colombia S.A vs Nación - Congreso de Colombia.

5. Justificación

La responsabilidad del Estado por el hecho del legislador es una institución que amerita un detenido trabajo de análisis, en el sentido de que se debe considerar la importancia que tiene en el ordenamiento jurídico colombiano. Ello contribuirá a la comprensión de un asunto de alcance jurídico que ha sido bastante estudiado, pero que en este trabajo quiere abordarse desde un diseño metodológico fundamentado sobre todo en la casuística, hecho que orienta el trabajo en una perspectiva concreta.

De otro lado el trabajo es viable y factible, en el sentido de que se cuenta con los recursos, materiales e insumos para realizar la investigación, sobre todo teniendo en cuenta que la estrategia

principal es la revisión documental. Ello no sería posible, por supuesto, sin la disposición, tiempo, interés y gusto por el tema. Además el trabajo es un requisito de grado para optar al título de magíster en Derecho.

6. Metodología

Teniendo en cuenta las pretensiones de este trabajo, el diseño metodológico se enmarca en la metodología cualitativa, con la cual se pretende conocer los rasgos, características, atributos del objeto de estudio, en este caso sobre la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador. Dicho nivel epistemológico se acompaña del enfoque positivista, según el cual conocimiento jurídico es posible a partir de la formulación de una hipótesis, elemento que exige un proceso de validación.

Dentro de esas categorías el tipo de investigación que se utiliza es analítico, desde el cual los insumos objeto de abordaje son deconstruidos para llegar a una comprensión íntegra de cada una de las estructuras que se tejen armónicamente para construir el objeto como un todo. Al mismo tiempo la investigación es de tipo jurídico, basada en la revisión de la Constitución, de normas, sentencias, entre otras. En igual sentido se realizará una revisión documental en perspectiva crítica, sobre todo de la literatura constitucional y administrativa pertinente, tanto en la geografía jurídica interna como en el derecho comparado.

Para el análisis de sentencias se utiliza la metodología propuesta por el profesor Camilo Borrero, la cual tiene como referente la metodología de ingeniería de reversa propuesta por Diego López, pero se distingue de ella al considerar el nivel de reiteración que las Altas cortes realizan en su jurisprudencia. De esa forma se ubica la sentencia más reciente para identificar las sentencias

que las mismas corporaciones citan (reiteración); posteriormente la intención es identificar el argumento principal (*ratio decidendi*) para fundamentar el contenido del trabajo.

El primer capítulo básicamente se desarrolló desde una perspectiva conceptual, de carácter descriptivo, en el que se definen ampliamente conceptos como el arte de legislar, la responsabilidad extracontractual del Estado, el daño antijurídico y la imputabilidad. El segundo capítulo, desde un enfoque descriptivo y casuístico, abordó los casos TESA, y especialmente el caso Mercedez Benz vs Colombia. Finalmente, el capítulo tres se desarrolla en perspectiva analítica y crítica, resaltando las contradicciones y las deficiencias de la jurisprudencia interna del Consejo de Estado.

Por otra parte, la línea de investigación que orienta esta investigación es Derecho Constitucional, Reforma a la Administración de Justicia y Bloque de Constitucionalidad.

Capítulo I

1. Aspectos teóricos y conceptuales de la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador

El propósito de este capítulo es realizar una conceptualización de la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador en Colombia. Para lograr este objetivo, con ayuda de una metodología cualitativa de investigación, que admite la revisión de la bibliografía pertinente, entre ella la doctrina especializada, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, se propone de manera general estudiar el tema de la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador en Colombia. Este tema ha sido de interés para la doctrina y en particular para la elaboración jurisprudencial en el derecho constitucional y administrativo, de tal suerte que son diversos los estudios que se pueden encontrar al respecto. Teniendo en cuenta dicha importancia, es preciso conocer en primer lugar sobre las generalidades, elementos, instituciones y características sobre la responsabilidad del Estado, pues solo de esa forma se logrará una aproximación amplia a la finalidad planteada.

En ese marco, este capítulo se divide en tres secciones: la primera se estructura en el sentido de hacer una descripción general de los antecedentes más importantes sobre el tema de la responsabilidad del Estado. Esto es fundamental para comprender el desarrollo histórico de dicha institución jurídica en el ordenamiento colombiano, donde se mostrará cómo esta institución, ahora objetiva, logró expandir su esfera de irradiación a través de la constitucionalización de la responsabilidad estatal, permitiendo con ello la vigencia de la Constitución como la vigencia de los derechos fundamentales. En segundo lugar, el capítulo versa sobre el tema del arte de legislar, inicialmente haciendo referencia a sus fundamentos, a la recepción en Colombia y su desarrollo

en el marco de la Constitución de 1991. Finalmente el estudio se concentra en los elementos de la responsabilidad, los cuales pueden resumirse en el daño antijurídico, la relación causal y la imputabilidad del daño al Estado.

1.1. El arte de legislar y la división del poder

El arte de legislar, como derivación de las facultades atribuidas al poder legislativo después del declive del Estado absolutista y el inicio del Estado Legislativo, tuvo un desarrollo excepcional, pues era la forma en la que la voluntad del pueblo adopta la forma de ley, que a la vez representaba la soberanía del pueblo, por tanto era soberana. Según esto, el antecedente de la división de poderes y de la organización del poder legislativo fue el absolutismo, caracterizado por la concentración del poder.

El Estado absolutista, que tuvo vigencia entre los siglo XV y XVI, marcó una era caracterizada por el abuso del poder, lo que generó despotismo y tiranía. Claro que en el Estado Feudal, a pesar de existir varios estamentos de poder, el abuso y la negación de los derechos de los desposeídos era una constante. Pero la preocupación por limitar al poder se originó a partir del siglo XVI con los planteamientos en primer lugar de Locke y, posteriormente, con la teoría de la división del poder de Charles Louis de Secondat (Montesquieu).

John Locke, en el *Segundo Tratado del Gobierno Civil*, había defendido la posibilidad de abandonar la forma de organización en la que el poder se concentra, generando un poder absoluto (Estado absolutista), y a dotar una forma de organización en la que el poder se divida y se deposite en tres poderes, los cuales deben permanecer en equilibrio. Estos poderes para Locke, debían

ocuparse de las funciones fundamentales del Estado: la función de hacer la ley, la función de ejecutar la ley y la función de paz, guerras y ligas. Respectivamente, dichas funciones son ejercidas por el poder legislativo, el poder ejecutivo y el poder federativo.

El poder legislativo, dice Locke, "se halla en manos de diversas personas, las cuales, debidamente reunidas, gozan de por sí, ó conjuntamente con otras, el poder de hacer las leyes; más hechas éstas, de nuevo se superan y sujetos quedan a las leyes que hicieran ellos mismos, lo cual es otro vínculo estrecho que les induce a cuidar de hacerlas por el bien público" (Locke, p. 64). Ello solo es posible, según lo dice el autor, en las repúblicas bien ordenadas, es decir las repúblicas que gozan de una distribución del poder guardando el equilibrio y el respeto por las funciones de cada uno. Por tanto, no podría hablarse de una república si el poder de ejecutar las leyes se deposita en el mismo que las hizo, o que el poder de juzgar recaiga en el poder encargado de ejecutar la ley.

Sobre el poder ejecutivo, el autor dice que es el poder con plenas facultades para llevar a la ley a su ejecución, en otras palabras su función es hacer lo que la ley dice que se haga. Así, las leyes necesitan "de perpetua ejecución o de especiales servicios, menester será que exista un poder ininterrumpido que atienda a la ejecución de las leyes en vigencia, y esté en fuerza permanente. Así acaece que aparezcan a menudo separados el poder legislativo y el ejecutivo" (Locke, p. 64). Este poder se encargará de una tarea importante: llevar la ley a su eficacia material, lo que quiere decir, en palabras simples, que el poder ejecutivo debe procurar cumplir con los mandatos del legislador a través de la ley.

En cuanto al poder federativo, Locke lo define como un poder "natural", inherente a la persona y a la comunidad, consustancial a las sociedades, que se materializa en la seguridad interna y externa. (Locke, p. 64). "Tal facultad, pues, contiene el poder de paz y guerra, ligas y alianzas y todas las transacciones con cualquier persona y comunidad ajena a tal república; y puede llamársela federativa si de ello se gustare. Mientras la esencia sea comprendida, me será indiferente el nombre" (Locke, p. 64). Se deduce de lo anterior, que el poder federativo, sería equivalente, con lo que hoy se conoce como fuerza pública.

Sin embargo, para Roberto Blanco, la doctrina de la división de poderes se produce en una temporalidad inclusive anterior a los planteamientos de Locke. Afirma este autor que la doctrina de la división del poder aparece en las discusiones políticas en el marco de la Guerra Civil Inglesa.

> (…) la doctrina de la separación de poderes será formulada por primera vez durante la Guerra Civil y la República inglesa, por los opositores a la teoría de la monarquía mixta. Tanto el Agreement of The People, elaborado por los Niveladores en mayo de 1649, que fijaba una estructura constitucional en que se reflejaba claramente la separación entre legislativo y ejecutivo, como, posteriormente, el Instrument of Government, de 16 de diciembre de 1653, que iba a suponer la primera Constitución escrita de Inglaterra, significaron el establecimiento del principio de la separación de poderes al margen del esquema constitucional del gobierno mixto" (Blanco, 1994, pp. 47-48).

Este es un fundamento material que no está en un lado opuesto a lo planteado por Locke. Cualquiera que sea su origen, lo cierto es que la teorización sobre la división de poderes inicia su camino con este filósofo. Posteriormente, Montesquieu, teniendo como fundamento la teoría de Locke, justifica la necesidad de dividir el poder, pues para el filósofo:

> Cuando el poder legislativo y el poder ejecutivo se reúnen en la misma persona o el mismo cuerpo, no hay libertad; falta la confianza, porque puede tenerse que el monarca o el senado hagan leyes tiránicas y las ejecuten ellos mismos tiránicamente. No hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del poder legislativo y del poder ejecutivo. Si no está separado del poder legislativo, se podría disponer arbitrariamente de la libertad y la vida de los ciudadanos; como que el juez sería legislador. Si no está separado del poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor. Todo se habría perdido si el mismo hombre, la misma corporación de próceres, la misma asamblea del pueblo ejerciera los tres poderes: el de dictar las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o los pleitos entre particulares (Montesquieu, citado por Bobbio, 1997, p. 136).

Así, para Montesquieu, en su obra "El espíritu de la Leyes", la división del poder fue el triunfo ante el absolutismo de los reyes en favor de los principios y derechos como la libertad. En este sentido, la libertad, como principio fundamental de las sociedades civilizadas, tenía en la concentración del poder una amenaza enorme, porque éste, por su propia naturaleza, es proclive al abuso. Como ese poder era absoluto e imperioso, según Montesquieu no podía ser controlado o limitado por otro poder, por lo que era necesario dividirlo. Los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, así establecidos, quedarían condicionados entre sí, en lo que la doctrina llama los pesos y contrapesos, que en últimas se traduce en una estrategia para establecer un control recíproco entre ellos, para mantener un equilibrio institucional. En suma, para Charles Louis De Secondat:

> En cada estado, hay tres clases de poderes: el legislativo, el ejecutivo de las cosas pertenecientes al derecho de gentes, y el ejecutivo de las que pertenecen al civil.

> Por el primero, el príncipe o el magistrado hace las leyes para cierto tiempo o para siempre, y corrige o deroga las que están hechas. Por el segundo, hace la paz o la guerra, envía o recibe embajadores, establece la seguridad y previene las invasiones. Y por el tercero castiga los crímenes o decide las contiendas de los particulares. Este último se llamará poder judicial; y el otro, simplemente poder ejecutivo del estado (De Secondat, 2018, p. 9).

Ahora bien, una vez establecida una organización tripartita del poder, la preocupación gira en torno a cómo blindar dicha distribución del poder, tanto de agentes externos como de agentes internos. La respuesta a esa necesidad para Montesquieu se encuentra en la Ley. "La ley, generalmente hablando, es la razón humana gobernando todos los pueblos de la tierra; y las leyes políticas y civiles de cada nación no deben ser otra cosa, que aplicaciones de esta razón a los casos particulares" (De Secondat, 2018, p. 6). De esa manera, la libertad encuentra en la ley la posibilidad de mantener su integridad; en otras palabras, solo se es libre dentro del marco de la ley. "La libertad consiste principalmente en no poder el hombre verse obligado a hacer una cosa que no manda la ley; y como no es posible hallarse en tal estado sino gobernándose por leyes civiles; no somos libres, sino cuando vivimos bajo su imperio" (De Secondat, 2018, p. 516).

1.2. El arte de legislar y el contrato social

Por su parte Rousseau, en *El Contrato Social,* hace una reflexión sobre cómo superar el estado de naturaleza, cuya igualdad universal facilita la guerra, porque todos son iguales y creen ser dueños de todo. Ese estado de guerra crea la necesidad de realizar un *Pacto Social.* En ese pacto a la vez se crea un cuerpo político, que se rige bajo la voluntad general. Dicha voluntad

adquiere un cuerpo material a través de la legislación, cuya característica principal es su generalidad. La ley es así el producto de la voluntad general, realidad que permite predicar que la ley es justa, pues nadie es injusto consigo mismo.

Para Rousseau, la mejor forma de gobierno es la republicana, precisamente porque las leyes rigen el Estado, "pues sólo entonces gobierna el interés público, y la cosa pública representa algo. Todo gobierno legítimo es republicano (…)" (Rousseau, 2012, p. 61). En esta forma de administración, la división del poder, la forma de gobierno, la forma de Estado son los escenarios donde la ley tiene la oportunidad de manifestarse, haciendo que se materialice el interés público. Concluye el filósofo que "cada ciudadano no es nada, ni puede nada, sino con el concurso de los demás, y si la fuerza adquirida por el todo resulta igual o superior a la suma de las fuerzas naturales de todos los individuos, podemos decir que la legislación está en el punto más alto de perfección que puede lograr" (Rousseau, 2012, pp. 64-65).

Lo anterior quiere decir que la legislación es la expresión de la fuerza de un poder natural que se crea en la suma de voluntades, donde la individualidad no es nada si no hace parte de un cuerpo superior, que tiene intereses propios, distintos al sujeto individual. Y si la legislación tiene esa connotación, su creador, el legislador, que no es más que ese sujeto público, que hace parte del Estado, y cuyo interés es procurar el bien público a través de su obra: la ley. "En todos los aspectos, el legislador es un hombre extraordinario dentro del Estado, si él debe serlo por su genio, no lo es menos por su función" (Rousseau, 2012, pp. 65).

> Quién redacta las leyes no tiene, o no debe tener, ningún derecho legislativo; ni siquiera el pueblo, cuando lo quiera, puede despojarse de este derecho intransmisible, porque según el pacto fundamental solo la voluntad general puede obligar a los particulares, y

> solo se puede garantizar que una voluntad particular esté conforme con la voluntad general después de haberla sometido a los libres sufragios del pueblo: ya lo he dicho, pero a veces es necesario reiterarlo (Rousseau, 2012, pp. 65).

La ley, como producto de la necesidad de guardar el pacto fundacional, materializado en el contrato o acuerdo social, desde la concepción kantiana tiene una dimensión práctica.

> Y este estatuto jurídico ha de originarse en algún contrato, el cual no necesita estar fundado en leyes coactivas -como el contrato origen del Estado-, sino que puede ser un pacto de asociación constantemente libre, como el que ya hemos citado anteriormente al hablar de una federación de naciones. Sin un estatuto jurídico que enlace activamente las diferentes personas, físicas o morales, caemos en el estado de naturaleza, en donde no hay más derecho que el privado (Kant, 2012, p. 114, citado por Meneses, 2018, p. 99).

De esa manera, la voluntad general se somete a la ley universal, que finalmente es una ley moral. La voluntad de "someter a una regla formal de actuación conforme a un deber, esto es, a la ley moral a priori, y de carácter universal que Kant denomina Imperativo categórico y cuyo cumplimiento es lo que permite al hombre elevarse por encima del mundo de los fenómenos" (García, Jaramillo, Rodríguez y Uprimny, 2019, p. 759). Para que esa ley se reconozca sociológicamente, es decir, como una ley práctica, "es preciso que se califique de ley universal; es una proposición idéntica y por consiguiente clara en sí" (Kant, 2003, p. 25). Solo así la voluntad general tendría el mismo objeto (felicidad pública). Esto "implica un discernimiento de las relaciones entre las esferas pública y privada del que el individuo es capaz en cuanto ciudadano que ejerce libre y públicamente su razón" (Meneses, 2018, p, 98).

Por ende, la ley no debe encargarse de situaciones puramente particulares, propósito que sería desde el inicio imposible, por lo que debe ser general, abstracta, pues solo así cumplirá su función de manera efectiva: representar la voluntad general y crear el mayor bienestar general posible.

Dentro del contractualismo clásico, Rawls, en "*La Justicia como equidad*", acude a una metáfora con el que pretende explicar la idea de justicia. Para él, las personas en un momento anterior, donde eran plenamente libres e iguales, decidieron construir un acuerdo o contrato, cuya finalidad era lograr una sociedad justa. Para ello todos se encuentran inicialmente en una misma posición, de libertad e igualdad, que Rawls la llama la "posición original". En esta posición, en la que las ventajas y prerrogativas de algunos quedarían eliminadas, pues solo eso garantizaría la misma igualdad y libertad dentro de esa posición, todos estarían bajo el "velo de la ignorancia".

Ello daría lugar a construir un acuerdo equitativo a través de la razón, porque ninguna persona tiene ventaja sobre otra persona. "Puesto que el contenido del acuerdo concierne a los principios de Justicia para la estructura básica, el acuerdo en la posición original determina los términos equitativos de la cooperación social entre ciudadanos concebidos como tales personas. De ahí el nombre: justicia como equidad" (Rawls, 2001, p. 40). Este acuerdo, según Rawls, debe orientarse por dos principios básicos:

a) Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás.

b) Las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que, a la vez que se espere razonablemente que sean ventajosas para todos, se

> vinculen a empleos y funciones accesibles a todos por igual (Rawls, 1995, citado por Meneses, 2018, p. 104).

En este estado de la cuestión, es necesario preguntar: ¿cómo se protege el acuerdo o el contrato construido? Aquí la teoría del derecho en general plantearía, como lo hizo Montesquieu desde la filosofía política, que las constituciones y la ley son los mecanismos que garantizarían la vigencia del acuerdo. Loewenstein (1983) afirma que la historia del constitucionalismo "no es sino la búsqueda por el hombre político de las limitaciones al poder absoluto ejercido por los detentadores del poder, así como [el] esfuerzo de establecer una justicia espiritual, moral o ética de la autoridad, en lugar del sometimiento ciego a la facticidad de la autoridad existente" (p. 150). Como una ley política con fuerza normativa la Constitución será la primera ley del Estado, estatuto que adquiere en el célebre fallo Marbury vs Madison de 1803 en Estados Unidos. La Constitución será en adelante un límite y a la vez la fuente de la actividad del legislador, sin querer decir con esto que no existan debates al respecto, sobre todo originados en las facultades del guardián de la Constitución y el legislador, que giran especialmente en la legitimidad que tendría el primero para controlar al segundo.

Así, con las revoluciones de finales del siglo XVIII se reemplazó la voluntad unipersonal por la voluntad general, diría Rousseau, y con ello el inicio del Estado liberal legislativo. Según Zagrebelsky, el Estado liberal se caracteriza por:

> a) la supremacía de la ley sobre la Administración; b) la subordinación a la ley, y sólo a la ley, de los derechos de los ciudadanos, con exclusión, por tanto, de que poderes autónomos de la Administración puedan incidir sobre ellos; c) la presencia de los jueces independientes con competencia exclusiva para aplicar la ley, y sólo la ley, a las

> controversias surgidas entre ciudadanos y entre éstos y la Administración del Estado. De este modo, el Estado de derecho asumía un significado que comprendía la representación colectiva, los derechos de los ciudadanos y la separación de poderes; un significado particularmente orientado a la protección de los ciudadanos frente a la arbitrariedad de la Administración (2007, p. 23).

En palabras de Castro (1998), en el Estado liberal democrático los derechos y garantías del pueblo en principio estarían bajo la tutela de los representantes del pueblo en el parlamento, en concreto a través de la ley. Es este organismo el que está avocado a ser el titular de la defensa de la soberanía popular. Expresamente así lo expresa Castro:

> En las democracias el Congreso asume una importancia prominente en el ejercicio de la soberanía, por cuanto le corresponde ejecutar el mandato supremo de la Nación en representación de la voluntad popular. Resalta esa importancia si se tiene en cuenta que es el Congreso el que dicta las directrices de las instituciones democráticas, y restringe a través de las leyes la libertad absoluta del individuo, preocupándose por ejercer su mandato bajo la orientación del bienestar general de los asociados. Por eso, la necesidad de que sea constituido con el concurso de los ciudadanos de un país, lo cual unido a su importante función legislativa constituye la razón de ser del sistema representativo (1998, p. 19).

El poder legislativo, depositario de la función de legislar, goza de la legitimidad suficiente para desarrollar dicha labor, porque es el representante del pueblo, y como tal actúa en función de satisfacer la exigencia del bien común. Para García Figueroa (2003), el poder legislativo había gozado, desde finales del siglo XVIII hasta finales del siglo XX, de un estatus especial, al

considerarse como el creador de la ley, reflejo formal de la materialidad de la voluntad general. La ley es así producto de la voluntad popular indirecta, de la razón vía legislador, que cumple una función sideral: estatuir lo necesario para conseguir el valor esencial justicia. Por lo menos esa es la concepción de ley en las democracias bien estructuradas. A través de su trabajo desarrolla las normas constitucionales, con el fin de dar respuesta a las necesidades de las sociedad, razón por la cual se considera que la obra del legislador además de gozar de legitimación tiene un lugar especial dentro del sistema de normas.

1.3. El arte de legislar en la tradición jurídica colombiana

Con la influencia de los ejemplos revolucionarios acaecidos en América del Norte y Francia, en Colombia la organización institucional republicana adoptará la forma clásica de la división del poder, situación que se evidencia desde las primeras constituciones, las provinciales, que habían optado por dicha fórmula en su afán de consolidar la independencia. Pero no lo hicieron de forma exclusiva las constituciones provinciales, también participaron en esa tarea las constituciones nacionales, pues se consideraba, y con razón, que la única forma de no repetir gobiernos despóticos y tiranos era creando tres poderes diferenciados, el legislativo, el ejecutivo y judicial. Estos poderes debían permanecer en equilibrio y controlarse recíprocamente, pues solo así se garantizará la estabilidad institucional y la efectividad de los derechos. El poder legislativo es el poder al que se le encargó la función de crear la leyes, y por medio de ellas actúa en el propósito de alcanzar el bien común. La Ley es así producto de la razón del pueblo, que se materializa a través de un ejercicio racional de sus representantes.

La actividad legislativa, en el pensamiento contractualista, se percibe como la consecuencia de un acto anterior, antecedente de toda organización, el contrato fundacional, que será llamado en la filosofía política contrato social. De ese pacto nace un cuerpo político racional, con intereses propios y con una razón de ser y de existir: salir del estado de naturaleza y forjar una convivencia pacífica. Así, el bien público, la felicidad pública y el interés general serán los fines de la nueva organización política. Ese cuerpo social, deliberante y decisional, debe proceder para alcanzar esos fines de conformidad con la voluntad general, cuya racionalidad es un indicador de que las decisiones obedecen a satisfacer la felicidad de todos. Esa voluntad general se traduce especialmente en la ley.

El poder legislativo tiene sus antecedentes en la primera manifestación política organizada en el marco de la independencia, es decir el Acta de Federación de las Provincias Unidas de la Nueva Granada. Posteriormente, la Constitución de Cundinamarca de 1811, conocida como la Constitución monárquica, consagra aunque incipientemente la división de poderes y se adjudica al poder legislativo la elaboración de la ley. Las demás constituciones provinciales replicarán dicha función.

Las constituciones nacionales a partir de la Constitución de Cúcuta (1821) también se preocuparon por establecer y organizar el poder legislativo de forma bicameral. Así la Constitución de 1821 estableció que el Congreso “estará dividido en dos Cámaras, que serán la del Senado y la de Representantes y con su inclusión en la Constitución comenzó la vida jurídica de la nación y de las demás instituciones democráticas” (Const. P., art. 40, 1821). Las principales funciones eran la creación e interpretación de la ley, la aprobación de tratados y convenios y la guarda de la Constitución. Más adelante, la Constitución de 1830 mantuvo el sistema bicameral, el Senado y la Cámara de representantes. El Senado además de las funciones propias hasta ahora encomendadas

tenía la función jurisdiccional frente a ciertas autoridades. De forma particular la Cámara de Representantes tramitaba inicialmente los proyectos de ley sobre tributos. Así mismo, en esta Carta se estableció la figura de los suplentes para los miembros del Congreso. La Constitución de 1832 tenía, por lo menos en relación con el Congreso, amplias semejanzas con la Constitución de 1830.

La Constitución de 1843 conservó el sistema bicameral y mantuvo la edad de 30 y 25 años como requisito para ser elegido congresista. Las funciones igualmente se mantenían, en el sentido de hacer la ley, guardar, reformar e interpretar la Constitución, aprobar tratados y convenios y otras funciones de carácter administrativo. Diez años más tarde entra en vigencia la Constitución de 1853, de corte progresista. “La constitución de 1853 dio un giro profundo con respecto a la constitución anterior (conservadora). Esta constitución tenía un fondo liberal, lo que permitió el establecimiento y respeto de derechos y libertades individuales” (Zeballosf-Cuathin, 2020, párr. 1).

Según el artículo 37 las leyes podían tener origen “en cualquiera de las dos Cámaras Legislativas, en virtud de un proyecto presentado por uno de sus miembros, o por un Secretario de Estado. Los proyectos debían discutirse en tres debates, en días distintos. Después de acordadas ambas Cámaras en la totalidad del proyecto y sus pormenores, será pasado al Poder Ejecutivo para su examen” (Const. P., art. 37, 1853). Además de las facultades que con el paso del tiempo había adquirido, se fortalecen las facultades jurisdiccionales frente a funcionarios del Estado. Igualmente se le otorga la competencia de aprobar los ascensos militares, entre otras facultades administrativas y protocolarias.

Con la Constitución de 1858 inicia el federalismo, estableciéndose en ella la Confederación Granadina. Según Olano, “la constituyente de 1858 fue el resultado de transacciones entre

conservadores y radicales, por ello es considerada, la conjunción de fuerzas disímiles e irreconciliables. Muchos, aún, no entienden cómo fue posible ese entendimiento entre aquellas dos corrientes políticas en la cual cada una creyó encontrar el punto de partida de sus ambiciones de predominios" (2007, p. 181). Según el artículo 14, el Gobierno General de la Confederación Granadina "sería ejercido por un Congreso que daba las leyes, por un Presidente que las ejecutaba y por un cuerpo judicial que aplicaría sus disposiciones a los casos particulares" (Const. P, art. 14, 1858). El Senado estaba conformado por tres 3 miembros de cada Estado y en la Cámara un representante por cada 60.000 habitantes de cada Estado. En relación con las funciones se pueden destacar el trámite legislativo (los proyectos de ley podían tener origen en cualquiera de las cámaras por iniciativa del ejecutivo o por el Procurador General de la Nación) (Const. P., art. 33, 1858), la reforma constitucional, aprobar los tratados y convenios internacionales, autoconvocarse a sesiones extraordinarias. Asimismo se destaca que en esta Constitución se unificó el periodo de senadores y representantes en dos (2) años.

La Constitución de 1863, "Constitución para los Ángeles", como lo expresaría Víctor Hugo, estableció un federalismo fuerte, hecho que consecuencialmente debilitó el poder ejecutivo, "pues el Presidente tenía que someter al Senado los nombramientos de los secretarios de Estado. La duración del periodo del Jefe de Estado era apenas de dos años, lo cual impedía el desarrollo de un verdadero plan administrativo" (Younes, 2012, p. 7). La Cámara representaba se conformaba de un representante por cada 50.000 "almas" y uno más por un residuo que no bajara de 20.000; el Senado se conformaba de tres senadores por cada Estado (Const. P., arts. 38 y 39, 1858). Correspondía a los Estados determinar las formas de las elecciones populares de los Senadores y Representantes y establece que el periodo de los Senadores y Representantes era de 2 años (Const. P., art. 40, 1858).

La Constitución anterior, es decir la Constitución de 1886, nace como reacción a las constituciones anteriores, por la necesidad de regenerar la moral pública y la reivindicación de principios conservadores. Las características propias de esta Constitución son el centralismo, el confesionalismo y el conservadurismo. En particular, el Congreso “cuyas reuniones serán bienales y durarán 120 días, se forma por el Senado (tres senadores por cada departamento) y la Cámara (un representante por cada cincuenta mil habitantes). Los primeros tendrán un periodo de seis años y los segundos, de cuatro” (Younes, 2012, p. 10). En el artículo 76 se fija la función general de hacer las leyes, las cuales pueden tener origen en cualquiera de las dos cámaras, por iniciativa sus miembros o de los Ministros del Despacho.

Debido a la concentración del poder, entre otras dificultades, la Constitución de 1886 entra en decadencia, lo que hace pensar en la necesidad de un cambio constitucional. Efectivamente ese pensamiento, en primer lugar expresado y defendido por las juventudes estudiantiles, promueve materialmente dicha posibilidad planteando la Séptima Papeleta, como mecanismo de consulta al pueblo frente a un eventual cambio constitucional. Así en el Decreto 927 de 1990 se autorizó “adoptar todas las medidas conducentes a contabilizar los votos que se produzcan en la fecha de las elecciones presidenciales de 1990, en torno a la posibilidad de integrar una Asamblea Constitucional”. En ejercicio de revisión constitucional del Decreto, la la Corte Suprema de Justicia en Sentencia 59 del 24 de mayo de 1990 señaló:

> No abrir los caminos para registrar esa voluntad, significaría el desconocimiento del antecedente político de la denominada "séptima papeleta", que espontáneamente, se registró el pasado 11 de marzo, así como expresiones públicas de los partidos políticos y los candidatos presidenciales y conduciría a impedir tomar medidas que fortalezcan el orden institucional para enfrentar con

> eficacia los hechos perturbadores de la paz pública y podría generar nuevas causas de intranquilidad.

Los resultados estuvieron del lado de la propuesta. A partir de ese momento el Gobierno actuará de conformidad con ese propósito. El cambio presidencial no frenó la iniciativa, el Presidente Gaviria expidió el Decreto 1926 de 1990, estableciendo los requisitos, composición y temario de la Asamblea Nacional Constituyente. Nuevamente la Corte Suprema

> (…) procederá a declarar como inexequibles todas aquellas limitaciones que en la parte motiva y en la parte resolutiva implican restricción al ejercicio pleno de su soberanía. Entre ellas, particularmente, las referentes al temario acordado por las fuerzas políticas; las que contienen el numeral 4° de las bases del Acuerdo político; las del numeral 15 de las mismas que facultan a la Corte para revisar los actos del constituyente primario y las demás expresiones que tienen igual o similar alcance (CSJ. Sentencia No. 138, 1990).

De la mano de esas decisiones se produce finalmente no una reforma, sino un cambio constitucional. De ese modo llega a la vida jurídica la Constitución de 1991, y con ella unas novedades extensas, tanto en la parte sustantiva como orgánica. Especialmente en lo que toca al legislador se mantuvo el sistema bicameral en el Congreso de la República, cuya sede estará en la capital, Bogotá D.C. Se estableció que los miembros de los cuerpos colegiados de elección directa "representan al pueblo, y deberán actuar consultando la justicia y el bien común (L. 5, art. 7, 1992) El elegido es responsable políticamente ante la sociedad y frente a sus electores del cumplimiento de las obligaciones propias de su investidura (Const. P., art. 133, 1991). Los congresistas no tienen suplentes y podrán ser reemplazados en casos de faltas absolutas o temporales, por los candidatos

no elegidos que según el orden de inscripción o votación obtenida, le sigan en forma sucesiva y descendente en la misma lista electoral".

> En ningún caso podrán ser reemplazados quienes sean condenados por delitos comunes relacionados con pertenencia, promoción o financiación a grupos armados ilegales o actividades de narcotráfico; dolosos contra la administración pública; contra los mecanismos de participación democrática, ni por Delitos de Lesa Humanidad. Tampoco quienes renuncien habiendo sido vinculados formalmente en Colombia a procesos penales por la comisión de tales delitos, ni las faltas temporales de aquellos contra quienes se profiera orden de captura dentro de los respectivos procesos (Const. P., art. 134, 1991).

En el caso de que los cuerpos colegiados queden reducidos a menos de la mitad, la organización electoral convocará a elecciones, siempre que falten más de 24 meses para terminar el periodo.

El Congreso se reunirá en sesiones ordinarias, durante dos períodos por año; los dos periodos constituyen una legislatura. El primer período comienza el 20 de julio y termina el 16 de diciembre; el segundo inicia el 16 de marzo y termina el 20 de junio. "Las sesiones del Congreso serán instaladas y clausuradas conjunta y públicamente por el Presidente de la República, sin que esta ceremonia, en el primer evento, sea esencial para que el Congreso ejerza legítimamente sus funciones" (Const. P., art. 139, 1991). También se reunirá en sesiones extraordinarias, convocadas en cualquier momento por el Presidente. "Las sesiones extraordinarias se efectúan, en cambio, no por la iniciativa y el impulso de los congresistas ni por derecho propio, sino, por fuera del tiempo de las ordinarias, por la convocación que haga el Ejecutivo mediante decreto, y, en tal evento, el

Congreso únicamente puede ocuparse en el estudio y decisión de aquellos asuntos que el Presidente señale en el Decreto convocatorio" (CC. C-141/10, 2010).

El Congreso se reunirá en un solo cuerpo únicamente para "la instalación y clausura de sus sesiones, para dar posesión al Presidente de la República, para recibir a Jefes de Estado o de Gobierno de otros países, para elegir Contralor General de la República y Vicepresidente cuando sea menester reemplazar el electo por el pueblo, así como decidir sobre la moción de censura" (Const. P., art. 141, 1991 / L. 5, art. 18, 1992). El presidente del congreso será el presidente del Senado y el vicepresidente será el presidente de la Cámara de Representantes.

Para la especialización del trabajo el Congreso, en cada una de sus Cámaras elegirá sus Mesas Directivas y organizará las Comisiones para resolver y tramitar los asuntos de su competencia. La Ley 5 de 1992 señala que entre estas comisiones se encuentran las constitucionales permanentes, "encargadas de dar primer debate a los proyectos de ley o de acto legislativo relacionados con los asuntos de su competencia, según lo determine la ley". "Así mismo, funcionarán Comisiones legales, Comisiones especiales y Comisiones accidentales" (L. 5, art. 34, 53 – 67, 1992).

El Congreso en pleno, las Cámaras y sus comisiones "no podrán abrir sesiones ni deliberar con menos de una cuarta parte de sus miembros. Las decisiones sólo podrán tomarse con la asistencia de la mayoría de los integrantes de la respectiva corporación, salvo que la Constitución determine un quórum diferente" (Const. P., art. 145, 1991). Asimismo, por regla general, las decisiones se adoptarán con la mayoría de los votos de los asistentes, salvo que se exija una mayoría especial.

> El principio de las mayorías, que parte de suponer que las decisiones del parlamento tienen que reflejar la voluntad del sector mayoritario presente en la respectiva sesión. Dicho axioma actúa como una garantía del principio de representación, pues la aprobación y validez de las medidas legislativas depende que sean más sus partidarios que sus detractores y así quede consignado en las distintas votaciones a que deban ser sometidas. Este principio está consagrado en el artículo 146 de la Constitución, según el cual: en el Congreso pleno, en las cámaras y en sus comisiones permanentes, las decisiones se tomarán por la mayoría de los votos de los asistentes, salvo que la Constitución exija expresamente una mayoría especial (CC. C-087/16, 2016).

La cláusula general de competencia legislativa se consagra en el artículo 150 de la Constitución, cláusula que autoriza el Congreso a hacer las leyes, interpretarlas, reformarlas y derogarlas. En el marco de esa competencia general se derivan otras funciones legislativas. Entre los tipos de leyes que el Congreso debe aprobar se encuentran las orgánicas (a las que se somete la actividad legislativa), estatutarias (desarrollan temas sensibles como los derechos fundamentales), marco o cuadro (desarrollan temas económicos) y otras de tipo especial: aprobatorias el plan nacional de desarrollo y de inversiones públicas, las leyes de facultades, aprobatorias de tratados internacionales, entre otras.

El profesor Pérez (2019) define esta función de la siguiente manera:

> Desde el punto de vista material se entiende por función legislativa la actividad del Estado encaminada a dictar reglas de derecho o leyes en sentido material, o sea norma de conducta social que son obligatorias, generales y permanentes. Estas leyes son las que forman el derecho escrito y que definió Rousseau en su contrato social, las leyes en

> sentido formal. Estas son todos los actos dictado por el Congreso con el lleno de todos los requisitos establecido por la Constitución para que un acto suyo sea ley de la República, cualquiera que sea la materia o contenido de estos (p. 522).

En la misma dirección también se pronunció el profesor Younes (2016), afirmando que "mediante esta función el Congreso hace las leyes. Se entiende por ley la declaración de la voluntad soberana, manifestada en la forma prevenida en la Constitución, y es su carácter mandar, prohibir, permitir, o castigar" (p. 249). Sobre la función legislativa se pronunció la Corte en la Sentencia C-524 de 1997, en los siguientes términos.

> De otro lado, la Corte Constitucional recuerda que en Colombia la cláusula general de competencia normativa está radicada en el Congreso, puesto que a éste corresponde "hacer las leyes" (CP Arts. 114 y 150). Esta es una diferencia profunda de nuestro ordenamiento constitucional con el de otros países, como el de Francia. En efecto, el artículo 34 de la Constitución de la V República enumera las materias que son competencia del Parlamento, de suerte que toda otra materia es competencia reglamentaria del ejecutivo (artículo 37 de esa constitución), lo cual significa que ese régimen constitucional atribuye el poder principal de elaborar las reglas de derecho al Ejecutivo (cláusula general de competencia) y tan sólo un poder secundario y taxativo al Parlamento. En cambio, en Colombia, el órgano que tiene la potestad genérica de desarrollar la Constitución y expedir las reglas de derecho es el Congreso, puesto que a éste corresponde "hacer las leyes", por lo cual la enumeración de las funciones establecidas por el artículo 150 de la Constitución no es taxativa. No es entonces legítimo considerar que si el Congreso expide una ley que no encaja dentro de las atribuciones legislativas específicas del artículo 150 superior, entonces tal norma es, por ese solo hecho, inconstitucional, ya que ello implicaría desconocer que en el

> constitucionalismo colombiano la cláusula general de competencia está radicada en el Congreso (CC. C-524, 1997).

Las leyes pueden tener origen en cualquiera de las dos cámaras, “a propuesta de sus respectivos miembros, del Gobierno Nacional, de las entidades señaladas en el artículo 156, o por iniciativa popular en los casos previstos en la Constitución” (Const. P., art. 154, 1991), con excepción de leyes de contenido tributario, las cuales tendrán inicio en la Cámara de Representantes, y las de relaciones internacionales, que nacerán en el Senado. Sin embargo, son de iniciativa exclusiva del Gobierno:

> (…) las leyes a que se refieren los numerales 3, 7, 9, 11 y 22 y los literales a, b y e, del numeral 19 del artículo 150; las que ordenen participaciones en las rentas nacionales o transferencias de las mismas; las que autoricen aportes o suscripciones del Estado a empresas industriales o comerciales y las que decreten exenciones de impuestos, contribuciones o tasas nacionales (Const. P., art. 154, 1991).

Así mismo, podrán tener iniciativa legislativa o también de reforma constitucional los ciudadanos organizados en un número no inferior al cinco por ciento (5%) del censo electoral nacional vigente. Esta posibilidad de iniciativa también la tiene el treinta por ciento (30) de los concejales o diputados. “La Corte Constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Nacional Electoral, el Procurador General de la Nación, el Contralor General de la República, tienen la facultad de presentar proyectos de ley en materias relacionadas con sus función” (Const. P., art. 156, 1991).

De conformidad con el artículo 157 constitucional, ningún proyecto se convertirá en ley sin los siguientes requisitos:

1. Haber sido publicado oficialmente por el Congreso, antes de darle curso en la comisión respectiva.

2. Haber sido aprobado en primer debate en la correspondiente comisión permanente de cada Cámara. El reglamento del Congreso determinará los casos en los cuales el primer debate se surtirá en sesión conjunta de las comisiones permanentes de ambas Cámaras.

3. Haber sido aprobado en cada Cámara en segundo debate.

4. Haber obtenido la sanción del Gobierno (Const. P., art. 157, 1991).

Igualmente, la formulación del proyecto de ley debe respetar el principio de unidad de materia, de tal modo que el presidente de la respectiva Comisión podrá rechazar un proyecto que no esté conforme con este principio. Igualmente, “el proyecto de ley que hubiere sido negado en primer debate podrá ser considerado por la respectiva cámara a solicitud de su autor, de un miembro de ella, del Gobierno o del vocero de los proponentes en los casos de iniciativa popular” (Const. P., art. 159, 1991). Además, en el trámite de la ley se debe observar el principio de consecutividad: “Los proyectos de ley que no hubieren completado su trámite en una legislatura y que hubieren recibido primer debate en alguna de las cámaras, continuarán su curso en la siguiente, en el estado en que se encuentren. Ningún proyecto podrá ser considerado en más de dos legislaturas” (Const. P., art. 162, 1991). De igual modo se debe observar el procedimiento general, el cual indica que entre “el primero y el segundo debate deberá mediar un lapso no inferior a ocho

días, y entre la aprobación del proyecto en una de las cámaras y la iniciación del debate en la otra, deberán transcurrir por lo menos quince días".

Durante el trámite del segundo debate las cámaras podrá introducir modificaciones, adiciones y supresiones necesarias. "En el informe a la Cámara plena para segundo debate, el ponente deberá consignar la totalidad de las propuestas que fueron consideradas por la comisión y las razones que determinaron su rechazo". "Ningún proyecto de ley será sometido a votación en sesión diferente a aquella que previamente se haya anunciado. El aviso de que un proyecto será sometido a votación lo dará la Presidencia de cada Cámara o Comisión en sesión distinta a aquella en la cual se realizará la votación" (Const. P., art. 160, 1991). Al respecto, la Corte Constitucional manifestó:

> La jurisprudencia constitucional ha señalado que este requisito preserva el principio de publicidad del trámite legislativo y contribuye a la debida conformación de la voluntad democrática de las cámaras. Ello debido a que impide que los congresistas sean sorprendidos por votaciones intempestivas, por lo cual el anuncio previo permite que tengan la oportunidad suficiente para informarse de manera adecuada sobre los proyectos de ley y acto legislativo que serán sometidos a votación (CC. C-408/17, 2017).

En el evento de presentarse diferencias o discrepancias entre las cámaras respecto de un proyecto específico se conformará comisiones de conciliación legislativa, integradas por el mismo número de representantes y senadores, quienes pueden decidir por mayorías. Posteriormente, el texto conciliado será publicado, por lo menos con un día de anticipación al debate, con el fin de

que las plenarias,, en el orden de trámite respectivo, lo aprueben. Si persisten las discrepancias el proyecto será negado.

En cambio, si el proyecto fue aprobado con el concurso de las dos cámaras será enviado al Presidente para que lo sancione, o en su defecto para que haga las objeciones que considere pertinentes. El proyecto objetado de legal forma por inconveniencia regresará a las cámaras a segundo debate. El Presidente deberá sancionar si una vez reconsiderado se aprueba con decisión de la mitad más uno de los miembros de cada cámara. Puede suceder que la objeción sea por inconstitucionalidad, en ese caso "el proyecto pasará a la Corte Constitucional para que ella, dentro de los seis días siguientes decida sobre su exequibilidad. El fallo de la Corte obliga al Presidente a sancionar la ley. Si lo declara inexequible, se archivará el proyecto". "Si la Corte considera que el proyecto es parcialmente inexequible, así lo indicará a la Cámara en que tuvo su origen para que, oído el Ministro del ramo, rehaga e integre las disposiciones afectadas en términos concordantes con el dictamen de la Corte. Una vez cumplido este trámite, remitirá a la Corte el proyecto para fallo definitivo" (Const. P., art. 167, 1991).

Cuando falta los requisitos de forma y procedimiento, de un aparte, y de otra faltan los requisitos materiales, la ley adolece de un vicio de inconstitucionalidad que será controlado por la Corte Constitucional en el examen de constitucionalidad correspondiente. Si la ley produjo efectos durante su vigencia, los cuales generaron daños antijurídicos imputables al Estado legislador se habla de la existencia de responsabilidad extracontractual del Estado, que en consecuencia debe reparar íntegramente. Dicha responsabilidad, debe decirse previamente, no es automática; tampoco puede depender de los efectos de los fallos de la Corte Constitucional, por lo que debe pasar por un análisis de cada uno de los elementos de las responsabilidad; esto es el análisis del daño

antijurídico, del acto o conducta del Estado y de la imputabilidad, una vez constatada la presencia del nexo causal.

Capítulo II

2. La responsabilidad del Estado por el hecho del legislador en Colombia

2.1. Antecedentes generales sobre la teoría de la responsabilidad del Estado

Actualmente, bajo la doctrina de la constitucionalización del derecho y del control de constitucionalidad, la responsabilidad del Estado ha sido desarrollada en distintas dimensiones: normativamente, en la doctrina, en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, consolidándose como una institución relevante en el ordenamiento jurídico colombiano. Dice Libardo Rodríguez que la responsabilidad patrimonial del Estado es:

> (…) una institución jurídica que el derecho administrativo ha creado como una de las más importante garantía de los ciudadano dentro de un Estado de Derecho, junto con la del sometimiento de la administración a la legalidad. Al respecto, en la tradición romano germánica del derecho la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado ha recibido un tratamiento especial muy detallado y ha logrado un progreso muy importante, como fórmula de protección de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos frente a la actuación de los servidores públicos (2002, p. 1).

Según el autor, el tema de la responsabilidad ha pasado por tres etapas: la irresponsabilidad, responsabilidad parcial y la responsabilidad creciente. En la primera etapa no era posible hablar de que el Estado tenía responsabilidad alguna por actos u omisiones dentro de su imperio. “El Estado en sus orígenes se caracterizaba por su irresponsabilidad natural, debido a las teorías que atribuían un origen divino al poder de los reyes, como también, a la falta de un poder soberano que identificara y congregara a una nación” (Gamba, 2005, p. 254).

Hasta mediados del siglo XIX, en el marco del Estado de Derecho, todavía se insiste en la irresponsabilidad del Estado. Así lo dice Echavarría: “Hasta la segunda mitad del siglo XIX, se consideraba por regla general que el Estado no era responsable de los daños que causara con ocasión de su actividad” (2012, p. 22). Esto se interpretaba de esa manera porque el Estado era considerado como un ente soberano, omnipotente y absoluto, de tal forma que no podía existir otro poder capaz de atribuirle, menos obligarlo a responder. En consecuencia, el Estado legislador “ha sido por esencia, irresponsable; en principio, las ideas que han fundamentado la irresponsabilidad del legislador pueden concretarse en que al ser el legislador un poder soberano que expresa la voluntad de la nación, no es posible reclamarle por las consecuencias de sus actuaciones” (Gamba, 2005, p. 266).

Más adelante llega la etapa de la responsabilidad parcial, en la cual se declara la responsabilidad del Estado de forma autónoma de los anteriores eventos, en el famoso caso Fallo Blanco del Tribunal de Conflictos Francés de 1863 (Becerra, 2003). Este fallo si bien representó un avance en la justicia particular de quien ha sufrido un daño, no representó todavía una naturaleza íntegra, en el sentido de contener los elementos necesarios para hacer justicia; pero sí integró un elemento esencial, la responsabilidad por la prestación de un servicio a cargo del Estado.

> En el siglo XIX se producen avances importantes en materia administrativa. En 1806 se creó, dentro del Consejo de Estado, una comisión contenciosa especial que, aunque no tenía una autonomía formal, si tenía poder de decisión material; en 1872 se instaura el sistema de justicia delegada, en otras palabras, las decisiones del Consejo de Estado son autónomas del ejecutivo y se adoptan en nombre del pueblo; en 1873, el Tribunal de Conflictos francés, en el famoso fallo Blanco determina la responsabilidad del Estado, así como la necesidad de una regulación especial para las controversias administrativas.

> Finalmente, en 1889 el Consejo de Estado francés profiere el fallo Cadot, en el que reitera las facultades contenciosas respecto a controversias con el Estado (Zeballosf-Cuathin, 2017, pp. 40-41).

Antes del Fallo Blanco, la responsabilidad se fundamentaba en categorías propias del derecho civil, el derecho francés no había desarrollado hasta ese momento normas de tipo administrativo que dieran respuesta a esas controversias. "A partir del Fallo Blanco del 8 de febrero de 1873 la jurisprudencia francesa deja de lado los preceptos napoleónicos para empezar a estructurar y consolidar un régimen independiente del civil, autónomo como fue el de la responsabilidad del poder público fundamentado en normas de carácter público, incluida, la Constitución" (Gamba, 2005, p. 255).

La tercera etapa de la responsabilidad estatal se forma bajo la noción de "poder público", que especialmente se traduce en actos de poder y en actos de gestión o autoridad. Los actos de gestión "equiparan al Estado con los particulares; los segundos reafirman la potestad imperiosa del Estado" (Zeballosf-Cuathin, 2017, p. 41). Con similar acento, el profesor William Jiménez precisa que esta noción también se conoce como "la doble personalidad del Estado": "Cuando el Estado obra como persona civil, sus funcionarios tienen el carácter de agentes respecto del Estado, el cual es el comitente, y por analogía del Derecho civil, este debe responder por los daños ocasionados por sus agentes; en cambio, cuando actúa como persona soberana, el Estado no responde por las actuaciones de sus funcionarios pues estos no se consideran sus agentes" (Jiménez, 2013, p. 71). En esta etapa el Estado no era responsable por los actos de poder, sin embargo si lo era por los actos de gestión o autoridad.

Posteriormente, la responsabilidad es definida desde el concepto de servicio público, que se extendió no solo a los servicios públicos ordinarios, sino también a otros servicios, como los de policía. También, el concepto y el alcance de la culpa en la falla del servicio evolucionó, pasando de la necesidad de probar la culpa en todos los casos a la necesidad de probarla en algunos casos específicos. "El fundamento de ésta teoría radica en el hecho de que es función esencial del Estado prestar a la comunidad los servicios públicos que requiere para satisfacer sus necesidades, por lo que cualquier daño que ocasione por prestar el servicio en forma deficiente o irregular, debe ser reparado" (González, 2009, p. 79). Aunado a esto se configura la doctrina de la carga dinámica de la prueba.

Y, actualmente, no es necesario en todos los casos probar el factor subjetivo culpa para declarar la responsabilidad estatal, pues en virtud de los títulos de responsabilidad objetiva es necesario hacer una análisis del daño para determinar su antijuridicidad y en seguida una análisis de imputabilidad. Actualmente, se puede concluir, como lo dice el profesor William Jiménez, la responsabilidad del Estado procede "en unos casos por aplicación de regímenes de responsabilidad con culpa (subjetiva) y en otros bajo parámetros de responsabilidad objetiva" (2013, p. 64).

2.2. Algunos antecedentes de la responsabilidad del Estado en Colombia

En Colombia, inicialmente la declaración de la responsabilidad del Estado no había sido facultad de un tribunal administrativo, sino de un tribunal ordinario llamado Corte Suprema de Justicia. Solo hasta 1964 el Consejo de Estado iniciaría esa labor. De ese modo, el Alto Tribunal ordinario desarrolló una doctrina sobre la responsabilidad estatal fundamentada básicamente en el texto de la ley, es decir, solo declaraba al Estado responsable si la conducta dañina encontraba

sanción en las disposiciones jurídicas. En otras palabras, la responsabilidad del Estado era taxativa, sentada en la literalidad de la ley.

Entre los años 1896 y 1941, la Corte Suprema de Justicia elabora la doctrina de la responsabilidad indirecta del Estado, lo que quiere decir que el Estado es responsable por elegir y por no vigilar, de lo cual se deriva la *culpa in eligendo y culpa in vigilando*. Al respecto, González señaló que "el Estado se asimiló a un patrón teniendo la responsabilidad de seleccionar, elegir y vigilar a sus agentes, por ser sus dependientes. La responsabilidad es una sanción al Estado por la mala elección o la falta de vigilancia sobre sus agentes conocida bajo los conceptos de la culpa in eligendo y culpa in vigilando" (2009, p. 78). Normativamente, estos tipos de responsabilidad, que en adelante se aplicarán tanto a personas particulares como a personas públicas, se establecieron en los artículos 2347 y 2349 del Código Civil colombiano.

En esa misma postura se encuentra Bustamante, para quien la responsabilidad se origina o deriva cuando la persona jurídica estaba obligada "a elegir a sus agentes y a obligarlos de manera cuidadosa, ya que son sus dependientes o subordinados, de suerte que si incurren en culpa, ejerciendo sus cargos, ésta se proyecta sobre la entidad jurídica, en la forma prevista en los arts. 2347 y 2349 del C. Civil" (Ledesma, 2003. p. 46). Además de estas disposiciones jurídicas, otras complementan el ordenamiento jurídico sobre la responsabilidad en esta etapa, es el caso de la Ley 1 de 1823.

De esa manera, según lo afirma Gamba, la responsabilidad se estructuró jurisprudencialmente por la Corte Suprema de Justicia, bajo la culpa por elegir y vigilar:

> Producto de los múltiples fallos de la Corte en este periodo, la responsabilidad civil indirecta de las personas jurídicas públicas y privadas se estructuró teniendo en cuenta las siguientes circunstancias: a) Responde la persona jurídica por la actuación de sus agentes en ejercicio de sus funciones. b) Existe presunción de culpa por su mala elección y vigilancia, sin embargo se puede demostrar la ausencia de culpa por parte de la persona jurídica (2005, p. 257).

A partir de los años 40 del siglo XX, sin abandonar la doctrina de la responsabilidad indirecta, se empieza a hablar de la responsabilidad directa, según la cual es difícil identificar y distinguir la conducta de la persona jurídica y la de sus agentes, porque finalmente termina siendo una conducta del Estado. En consecuencia, un acto de una agente del Estado que causa perjuicio a los particulares se considera como un acto lesivo del Estado, por el cual debe responder. El fundamento jurídico de la responsabilidad directa se encuentra en los artículos 2341 y 2356 del Código Civil.

Así lo señala González (2009), cuando afirma que “la culpa de un agente compromete a la persona jurídica, siendo la culpa de sus agentes su propia culpa. El factor que impulsa la revisión de la teoría de la Irresponsabilidad del Estado, es el cambio del papel del Estado, ya que deja de ser pasivo y abstencionista para convertirse en un Estado Intervencionista” (p. 78-79). Ahora bien, dicha responsabilidad admite unas causales de exoneración, entre las cuales se pueden relacionar, por ejemplo: fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero y culpa exclusiva de la víctima. En igual forma lo manifestó Gamba, cuando manifestó que “la culpa personal era la culpa propia del ente jurídico y éste se exoneraba de responsabilidad cuando probara un hecho extraño (hecho de un tercero, caso fortuito o culpa de la víctima) y no por ausencia de culpa” (2005, p. 257).

De otro lado, con fundamento en la teoría organicista de la responsabilidad, la Corte Suprema de Justicia fijó en su jurisprudencia que los funcionarios con cargos de dirección confianza con sus actuaciones pueden dar lugar a declarar la responsabilidad de forma directa; mientras que los funcionario de otros niveles jerárquicos pueden generar responsabilidad indirecta. “Con el desarrollo de la teoría organicista de la responsabilidad, sólo los funcionarios directivos representaban a la persona jurídica y éstos comprometían la voluntad del ente y por ende su responsabilidad, en cambio, los funcionarios auxiliares sólo generaban responsabilidad indirecta por sus actuaciones dañosas” (Gamba, 2005, p. 257). En el mismo sentido el profesor Jiménez señaló que la teoría organicista “va a diferenciar entre los directores y representantes (que son los órganos o depositarios de la voluntad de la persona jurídica del Estado), y los auxiliares o dependientes (cuya actuación no la realizan en calidad de representantes)” (Jiménez, 2013, p. 71)..

La responsabilidad directa se canalizará posteriormente a través de la falla en el servicio, que es el título de imputación en ocasión a la deficiente, tardía o inadecuada prestación del servicio a cargo del Estado. A partir de la década de los años sesenta la responsabilidad abandona las doctrinas anteriores para acoger la doctrina de la falla en el servicio.

> El 30 de junio de 1962 la Corte en su célebre fallo “Tinjacá” se apartó de las doctrinas sobre responsabilidad indirecta y organicista, adoptando como criterio suyo las teorías de la responsabilidad directa tratándose de entes privados y la de la falla del servicio tratándose de entes públicos. En ese momento no sólo existía fundamento legal (artículo 2341 del Código Civil) sino también constitucional (artículo 16, C.N.) (Gamba, 2005, p. 257).

La razón de ser de ese título de imputación de responsabilidad tiene sus sustento en la función del Estado de prestar servicios públicos con el fin de satisfacer las necesidades más apremiantes de la sociedad, pretensión o finalidad que no puede interpretarse en el sentido de que por el hecho de satisfacer necesidades sea irresponsable de sus actos cuando causen un perjuicio a un particular. Ello significa que el Estado, en el ámbito del desarrollo de los fines esenciales y en particular de la prestación de un servicio público, puede eventualmente ser responsable por los perjuicios causados.

Esta elaboración jurisprudencial fue en su momento bastante criticada, sobre todo por la doctrina, en el sentido de catalogarla como insuficiente para determinar la responsabilidad del Estado por fuera de la prestación de un servicio. Bustamante señala muy bien dicha dificultad y el acogimiento de un nuevo tipo de responsabilidad, la objetiva:

> Bajo el supuesto de que la tesis de la falta o falla del servicio no resultaba suficiente para sustentar la responsabilidad administrativa por el daño ocasionado a una persona, la doctrina y la jurisprudencia, con el objeto de complementarle, elaboraron un régimen de responsabilidad en el cual el concepto de falla del servicio no entra en juego. La respuesta fue un régimen denominado como responsabilidad objetiva del Estado, que supone la existencia de un hecho y un perjuicio causado por él, pero que se hace innecesaria la indagación sobre la tipificación de la falla del servicio (2003, p. 46).

En suma, la responsabilidad del Estado en esta etapa estaba marcada por una fuerte tendencia jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, complementada, y a veces criticada por la doctrina especializada, que se encargó sobre todo de hacer estudios comparados, trabajos que alimentaron la doctrina, la enseñanza y la jurisprudencia. No hay que olvidar, por supuesto, que las normas

también tuvieron un papel importante en el desarrollo de esta institución jurídica de la responsabilidad estatal, iniciando por las disposiciones del Código Civil; Ley 167 de 1941, considerada como el primer Código Administrativo; Decreto 528 de 1964, que otorga competencia a la Jurisdicción Contencioso Administrativa para tramitar controversias con el Estado y, por último, el Decreto 01 de 1984, segundo Código Administrativo.

De la mano de esas normas aparece en escena de responsabilidad el Consejo de Estado, organismo que a partir de la década de los años sesenta, exactamente a partir de 1964, comenzó a conocer sobre el tema de responsabilidad extracontractual del Estado. Con pretensiones de autonomía e independencia normativa sus fundamentos no serían las normas de tipo civil sino disposiciones del Código Administrativo, especialmente los artículos 67 y 68 de la Ley 167 de 1941. Estas normas sostenían "la teoría de responsabilidad objetiva con fundamento en la violación de la ley, en la falta o falla del servicio y en el daño" (Gamba, 2005, p. 258).

El primer antecedente sobre la responsabilidad extracontractual del Estado decidida por el Consejo de Estado se dio en el caso Sociedad Felipe Garrido Sardi y Compañía Ltda., la cual se vio afectada por la creación de un impuesto a los licores bajo el auspicio de normas diferentes a la ley, en este caso ordenanza (25/12/1981) y Decreto (0623/03/1982). La sociedad solicita la nulidad de estas normas ante la Jurisdicción contenciosa, obteniendo respuesta favorable. Posteriormente, la misma sociedad solicita la indemnización por los perjuicios causados por las normas declaradas nulas, pero esta vez la respuesta fue adversa, en el sentido de que el Tribunal Administrativo y el Consejo de Estado consideraron que no hay lugar a reclamar indemnización, porque normas de carácter general no constituían un avía de hecho o una operación administrativa (Arenas y Uscátegui, 2001, p. 73, citado por Ruíz, 2012, p. 290).

Es importante mencionar los avances en el tema de responsabilidad objetiva en la Sentencia del Consejo de Estado del 20 de febrero de 1989, que los resume de la siguiente forma:

> a) La teoría del daño especial: Se compromete la responsabilidad patrimonial de la administración pública cuando ésta, en ejercicio de sus competencias y obrando dentro del marco de las disposiciones legales, causa con su actuación un perjuicio de naturaleza especial y anormal aun administrado, un daño que excede el sacrificio que el común de los ciudadanos deben normalmente soportar en razón de la peculiar naturaleza de los poderes públicos y de la actuación estatal. (...). Responde el Estado, a pesar de la legalidad total de su actuación, de manera excepcional y por equidad, cuando al obrar de tal modo, en beneficio de la comunidad, por razón de las circunstancias de hecho en que tal actividad se desarrolla, causa al administrado un daño especial, anormal, considerable, superior al que normalmente deben sufrir los ciudadanos en razón a la especial naturaleza de los poderes y actuaciones del Estado (...). Esta teoría se aplica de manera excepcional y por equidad, precisamente porque es subsidiaria, de modo que ha de recurrirse a ella tan sólo en eventos en los que el caso concreto examinado no logre un encasillamiento dentro de los otros regímenes de responsabilidad.
>
> b) Responsabilidad por expropiación y ocupación de inmuebles en caso de guerra. Encuentra esta teoría su fundamento inmediato en el artículo 33 de la Constitución nacional, y aunque en su sustrato se encuentra la misma idea de igualdad ante las cargas públicas, a diferencia de la teoría del daño especial opera tan sólo para eventos específicos: la ocupación o la expropiación de inmuebles en caso de guerra y siempre que una u otra se muestren como indispensables para lograr el restablecimiento del orden público.

> c) Responsabilidad por el riesgo excepcional. Según esta teoría, el Estado compromete su responsabilidad cuando quiera que en la construcción de una obra o en la prestación de un servicio, desarrollados en beneficio de la comunidad, emplea medios o utiliza recursos que colocan a los administrados, bien en sus personas o en sus patrimonios, en situación de quedar expuestos a experimentar un riesgo de naturaleza excepcional, que, dada su particular gravedad, excede notoriamente las cargas que normalmente han de soportar los administrados como contrapartida de los beneficios que derivan de la ejecución de la obra o de la prestación del servicio (Gamba, 2005, pp, 260-261).

Otro caso importante es el que se deriva de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, escenario en el cual el señor Feisal Mustafá Barbosa solicitó en su calidad de Senador de la República la reparación de los perjuicios causados por la suspensión del periodo para el cual fue elegido. En esta oportunidad la Jurisdicción Contenciosa no accedió a las pretensiones de la demanda con fundamento en que el poder constituyente originario no tienen límites jurídicos previos, por lo que no puede predicarse que es responsable con fundamentos en normas anteriores e inferiores a su poder (Henao, 1995). El ejercicio “del poder constituyente primario, que como poder soberano que es, es previo e independiente del ordenamiento jurídico anterior” (Gamba, 2005, p. 282). En suma, no existía una marco jurídico anterior “que permita juzgar las decisiones de la Asamblea Nacional Constituyente al redactarse la nueva Constitución, lo que confirma el artículo 59 transitorio de la Constitución Política, según el cual los actos promulgados por la Asamblea Nacional Constituyente no tienen control jurisdiccional alguno” (Ruíz, 2012, p. 291).

2.3. La responsabilidad del Estado en el marco de la Constitución de 1991

A partir de la Constitución de 1991 la teoría de la responsabilidad del Estado en Colombia sufre una modificación profunda en toda su estructura, pues además de la responsabilidad consolidada y los títulos de imputación desarrollados, el artículo 90 constitucional expresamente consagró un tipo de responsabilidad que no depende del carácter subjetivo llamado culpa, sino de un carácter objetivo, que no necesita probarla. El artículo 90 expresamente señala que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes. Dice, además, que el evento "de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste".

La cláusula general de responsabilidad (precontractual, extracontractual y contractual), encierra varios elementos e instituciones, como la responsabilidad patrimonial del Estado, el daño antijurídico, la imputabilidad, la omisión o acción de las autoridades y la obligación del Estado de responder y reparar tales daños. Aunado a esos elementos establece lo que más adelante la Ley 1437 de 2011 prescribirá como el medio de control de repetición, limitando su procedencia a que la conducta del agente sea dolosa o gravemente culposa.

Según la Corte Constitucional, para "la configuración de la responsabilidad patrimonial del Estado consagrada en el artículo 90 constitucional es necesaria la comprobación de (a) un daño antijurídico, (b) que le sea imputable al Estado (causalidad jurídica), y que sea (c) producido por una acción u omisión de una entidad pública o de alguno de sus agentes (causalidad material)" (CC, C-286/17, 2017). En sintonía con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, según Gamba, el constituyente de 1991 optó por la doctrina francesa de responsabilidad extracontractual pública,

que posteriormente fue desarrollada por el Consejo de Estado, tribunal que señaló en su jurisprudencia lo siguiente:

> a) El artículo 90 (CN) no convirtió en objetiva toda la responsabilidad patrimonial del Estado.
>
> b) La antijuridicidad se predica del daño causado y no de la conducta de la administración, la que puede ser legal o regular o ilícita.
>
> c) El daño causado debe imputársele a una persona pública determinada (autoridad en sentido lato), para que ésta responda patrimonialmente (imputabilidad patrimonial).
>
> d) No es indiferente que el sujeto activo obre correcta o incorrectamente, ya que si el obrar fue regular la antijuridicidad del daño, que puede calificarse de objetiva, surgirá de la existencia del mismo y no de la conducta administrativa. En cambio, cuando esa conducta sea irregular y produzca un perjuicio, éste seguirá siendo antijurídico y objetivo, pero su prueba se facilitará con la constatación de esa irregularidad. En dicho evento nada impide que se hable, frente a la conducta misma, de antijuridicidad subjetiva. Pero la calificación, cabe reconocerse, es más de tono académico que práctico.
>
> e) Una cosa es la antijuridicidad del daño y otro es el criterio para definirla imputación. El daño es el efecto de una conducta (regular o irregular). La imputación es el elemento o vínculo que permite evidenciar la relación causal entre ese daño y el sujeto que lo produce, prescindiendo de esa relación de la calificación de ilegalidad de la conducta de un funcionario determinado o del servicio objetivamente considerado.

> f) La imputación patrimonial, aun tratándose de la responsabilidad objetiva, no impide la operancia de las causales de exoneración conocidas como fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o el hecho de tercero igualmente exclusivo y determinante; y no las impide, porque estas causales debidamente probadas destruyen la imputación que se le hace a la administración, para mostrar que ésta no tuvo nada que ver con el resultado dañoso; que no fue, en otras palabras, su causa.
>
> g) La antijuridicidad del daño es siempre objetiva (no tenía el sujeto lesionado por qué sufrirlo); pero no sucede igual con la antijuridicidad de la conducta, la que siempre mostrará una actividad por fuera del ordenamiento. Esta es la razón para que se entienda por qué, en ciertos eventos, la administración resulta responsable pese a que actuó regularmente (Gamba, 2005, pp. 261-262).

Desde la doctrina también se han pronunciado sobre los elementos de la responsabilidad, por ejemplo Figueroa (2016), señala que el núcleo de la responsabilidad del Estado consagrado en el artículo 90 de la Constitución de 1991 estaría concentrado en básicamente en dos elementos: i) la existencia del daño antijurídico patrimonial o extrapatrimonial y ii) la presencia de una conducta activa o pasiva imputable a un agente del Estado.

Partiendo de lo anterior, el reconocimiento de la responsabilidad objetiva al tenor del artículo 90 es claramente una respuesta a las exigencias que el Estado de Derecho establecieron con la finalidad de asegurar un mínimo de justicia. En este mismo hilo argumentativo se encuentra Santofimio (2003), quien plantea que el precedente en el Estado de Derecho, en el tema de responsabilidad pública, se ha configurado con fundamento en dos axiomas: el principio de legalidad y el principio de responsabilidad del Estado.

Igualmente, en el Estado Social de Derecho, que tiene como finalidad principal la eficacia de los derechos humanos y fundamentales, el tema de la responsabilidad pública cumple una función que va en esa dirección, pues frente a los perjuicios causados a un particular por la conducta de los agentes del Estado, es procedente que esta persona moral entre a reparar tales daños. También el Estado constitucional, como variante cualitativa del Estado Social de Derecho, tiene como finalidad principal que las conductas de poder y de autoridad del Estado estén apegadas no solo al derecho ordinario, sino a los mandatos de la Constitución; por tanto, si el Estado ocasiona un daño a una apersona que no tiene el deber jurídico de soportarlo, deberá, en justicia, reparar íntegramente los perjuicios derivados de su proceder. "Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la relación jurídica a cargo del Estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas. Postura que fue seguida en la sentencia C-892 de 2001" (CC, C-082/01, 2001).

En efecto, la Sentencia C-892 de 2001 estableció que la responsabilidad del Estado en Colombia encuentra su fundamento dogmático en el principio de la garantía del patrimonio de los particulares, en la propiedad privada, en la igualdad frente a las cargas públicas, entre otros. Sobre ello la Corte se señaló:

> La responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro sistema jurídico encuentra fundamento en el principio de la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, desarrollado in extenso por la jurisprudencia y expresamente consagrado en el artículo 90 de la Constitución Política, el cual a su vez debe interpretarse en concordancia con los artículos del mismo ordenamiento Superior que, por un lado, le imponen a las autoridades de la República el deber de proteger a todas las personas en Colombia en su vida, honra y bienes y, por el otro, la obligación de promover la igualdad de los

> particulares ante las cargas públicas y de garantizar la confianza, la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles. Esta protección constitucional al patrimonio de los particulares se configura cuando concurren tres presupuestos fácticos a saber: un daño antijurídico o lesión, una acción u omisión imputable al Estado y una relación de causalidad (CC, C-892/01, 2001).

En particular, el Estado puede ser responsable por el desarrollo de la actividad legislativa defectuosa, es decir cuando existe omisión legislativa relativa, omisión que hace que la ley nazca objetivamente al mundo jurídico con un vicio incorporado que no admite subsanación. La suerte de esta ley es la declaración de inexequibilidad y su expulsión del ordenamiento jurídico por vicios de inconstitucionalidad. En casos especiales esta ley durante su vigencia puede generar daños antijurídicos que el Estado debe reparar. A este fenómeno se le conoce en la doctrina como responsabilidad del Estado por el hecho del legislador o por el hecho de la ley.

2.4. El daño antijurídico y la imputabilidad de la responsabilidad al legislador

La doctrina ha desarrollado y se ha interesado por descubrir los elementos de la responsabilidad del Estado, así por ejemplo, Saavedra señala que “son tres los elementos que deben tenerse en cuenta para que exista la responsabilidad Estatal a saber: a) el padecimiento de un daño antijurídico por parte de algún particular; b) la existencia de una actuación del Estado que haga imputable la responsabilidad: c) un nexo de causalidad entre la actuación del Estado y el daño antijurídico padecido” (2005, p. 29).

2.4.1. El daño antijurídico.

El primer elemento para la configuración de la responsabilidad del Estado, como se dijo líneas atrás, es la causación de un daño antijurídico a un particular que no está obligado a soportarlo. El daño antijurídico ha sido definido en general como el daño que el Estado ocasiona a un bien jurídicamente tutelado, por lo que debe ser reparado. García de Enterría hace una distinción entre el daño jurídico y antijurídico, de tal modo que será jurídico "cuando la persona que lo sufre tenía la obligación de soportarlo, y es antijurídico, cuando la víctima no tenía la obligación expresa de soportarlo; el daño antijurídico es aquel que el Estado, en el ejercicio de su soberanía y de sus funciones no tiene derecho a causar y por lo tanto, el Estado responde" (Gamba, 2005, p. 262).

Henao señala en el mismo sentido que el daño antijurídico es uno de los presupuestos de la responsabilidad del Estado:

> Como bien lo enuncia el Rector Fernando Hinestroza, el daño es la razón de ser de la responsabilidad, y por ello, es básica la reflexión de que su determinación en sí, precisando sus distintos aspectos y su cuantía, ha de ocupar el primer lugar, en términos lógicos y cronológico, en la labor de las partes y juez en el proceso. Si no hubo daño o no se puede determinar o no se le pudo evaluar, hasta allí habrá de llegarse; todo esfuerzo adicional, relativo a la autoría y a la calificación moral de la conducta del autor resultará necio e inútil (Henao, 2003, p. 1).

Especialmente, la Corte Constitucional en Sentencia C-333 de 1996 analizó los debates producidos en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente sobre el daño antijurídico, y lo definió como aquel que "no es producto de una actividad ilícita, sino como producto de una daño

que el administrado no está en la obligación de soportar, por romper el principio de igualdad en las cargas públicas" (CC, C-038/16, 2016). Este pronunciamiento permite comprender que el daño antijurídico no tiene causa únicamente una actividad ilegítima, ilícita o ilegal del Estado, sino que puede presentarse también en una actividad legítima, lícita y legal. Por ello, en el marco de la responsabilidad extracontractual del Estado en juez de lo contencioso debe hacer el análisis sobre el daño, con el fin de determinar si es o no antijurídico; posteriormente, si el análisis arroja como resultado la antijuridicidad se debe continuar con el análisis de imputabilidad.

En este sentido se ha pronunciado la Sala de la Sección Tercera del Consejo de Estado, afirmando que "es indispensable determinar la existencia del daño, y según su naturaleza se debe señalar si es antijurídico o no, porque esto conllevaría a la liberación de responsabilidad" (C.E., Sección tercera, sentencia 04 de diciembre de 2002). Si el daño es antijurídico se hace necesario continuar con el análisis de la imputabilidad, es decir determinar si es un daño imputable al Estado y si existen causales de exoneración de responsabilidad. Lo que se pretende con esta actividad es buscar la relación de causalidad que une el daño con la conducta del Estado.

En esa misma vía, el Consejo de Estado afirma que el daño es un presupuesto o elemento para determinar la responsabilidad del Estado:

> El daño es uno de los presupuestos o elementos que estructuran la responsabilidad del Estado, común a todos los regímenes (falla del servicio, presunción de falla, daño especial, trabajos públicos, etc.), a tal punto que la ausencia de aquel imposibilita el surgimiento de esta. Esto significa que no puede haber responsabilidad si falta el daño. Ahora bien, para que el daño sea resarcible o indemnizable, la doctrina y la

jurisprudencia han establecido que deberán reunir las características de cierto, concreto o determinado y personal (CE, Sala Tercera, No. 10397).

Sobre las características del daño antijurídico, en consonancia de la jurisprudencia de las altas cortes, el profesor Libardo Rodríguez resume muy bien cinco características principales, que ayudan a comprender de forma general tal institución:

a. A pesar de que algunas veces se afirma que la responsabilidad por daño antijurídico es de carácter objetivo, en otras se reconoce que el daño antijurídico puede ser el efecto tanto de una causa ilícita, como subjetiva y objetiva. Por lo mismo se ha dicho, igualmente, que la responsabilidad por daño antijurídico engloba los diferentes también de una causa lícita, por lo cual comprende, en principio los regímenes ya reconocidos de responsabilidad regímenes que la jurisprudencia había venido construyendo en materia de responsabilidad del Estado, entre ellos, como es obvio, la responsabilidad por culpa o falla del servicio.

b. Para que se configure la responsabilidad por daño antijurídico se requiere la existencia de dos condiciones: que exista un daño antijurídico y que dicho daño sea imputable a una persona de derecho público, condiciones que vienen a constituirse así en los elementos de la responsabilidad desde la perspectiva de esta teoría.

c. Desde el punto de vista del derecho comparado, la responsabilidad por daño antijurídico encuentra su fundamento en el artículo 106 de la Constitución Española.

d. Desde el punto de vista de nuestro derecho interno actual, esta concepción de responsabilidad no solo encuentra su fundamento en el artículo 90 de la Constitución,

> sino que ella armoniza con los principios de solidaridad, consagrado en el artículo primero de la Carta Política, y de igualdad, garantizado en el artículo 13 de la misma.
>
> e. Que el daño sea antijurídico implica que no todo perjuicio debe ser reparado, pues no lo será aquel que no sea antijurídico, para cuya calificación habrá que acudir a los elementos propios del daño, que puede contener causales de justificación que hacen que la persona tenga que soportarlo (2002, p. 442).

Ahora bien, se destaca de lo anterior que el daño antijurídico puede ajustarse a la ilicitud como a la licitud, al tiempo que puede ser objetiva y subjetiva, es decir que puede darse en las distintas dimensiones del desarrollo de la actividad del Estado. "Por ello, puede haber daño antijurídico sin que exista culpa de la autoridad o falla del servicio probada o presunta, es decir, se pasó de la antijuricidad de la conducta a la del daño" (Enrique Gil Botero, 2004, p. 27). La tramitación procesal del daño antijurídico depende del tipo de daño y del título de imputación pertinente, que particularmente hacen referencia a los títulos de imputación objetivos y subjetivos de responsabilidad. Asimismo, debe destacarse que el daño antijurídico no depende estrictamente de una actividad contraria a derecho, pues pueden existir eventos en los que el Estado actuando lícitamente produzca un daño antijurídico; puede suceder también que la actividad el Estado sea interpretada bajo un régimen subjetivo de falla en el servicio, o que simplemente se determine desde el campo objetivo de responsabilidad.

Pero, particularmente, hablando del daño antijurídico de conformidad con el artículo 90 constitucional, no depende estrictamente de que el Estado actúe por fuera de la órbita del derecho, sino simplemente que cause un perjuicio no soportable a la luz del principio de igualdad en relación con las cargas públicas. En palabras de la Corte, "la fuente de la responsabilidad patrimonial del

Estado es un daño que debe ser antijurídico, no porque la conducta del autor sea contraria al derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, razón por la cual se reputa indemnizable" (CC, T-533/96, 1996). Lo anterior significó un cambio sustancial en el análisis y aplicabilidad de la responsabilidad del Estado, la cual ya no se fundamenta en la "calificación de la conducta de la Administración, sino la calificación del daño que ella causa" (CC, C-043/04, 2004).

De lo anterior se deduce que el Estado no es responsable por todos los daños que en su actividad pueda ocasionar, sino solamente por los daños antijurídicos, es decir por los daños producidos a los bienes jurídicamente tutelados que los administrados no están en la obligación de soportar. El artículo 13 de la Constitución señala la igualdad, fundamento de la igualdad ante las cargas públicas y la igualdad de trato (Ruiz, 2012).

Vale la pena señalar que a partir de la Constitución de 1991, la responsabilidad del Estado giró en torno a la víctima, dejando la vieja tradición jurisprudencial según la cual se determina en función del autor de la conducta, lo que hacía más difícil la procedencia de la reparación, ya que esto obligaba a determinar los factores subjetivos, como la culpa y el dolo, sin observancia de los aspectos realmente objetivos, situación que imponía la carga de la prueba al afectado, haciendo en ocasiones improcedente la demanda. Así lo ha señalado el Consejo de Estado en su jurisprudencia:

> Al respecto, el Consejo de Estado en sentencia de noviembre 26 de 1992 señaló: En esta responsabilidad, como reiteradamente lo ha dicho la sala, la atención del constituyente no se fijó en el autor de la conducta causante del daño, sino en la víctima misma. Por ello importa más reparar el daño causado, que castigar una acción u omisión administrativa culpable. La finalidad de la responsabilidad patrimonial no consiste,

> pues, en borrar una culpa sino en hacer recaer sobre el patrimonio de la administración, el daño sufrido por el particular. La culpa ha dejado de ser el fundamento único del sistema indemnizatorio, convirtiéndose simplemente en uno de los criterios jurídicos de imputación de daños a la administración. Esta verdad jurídica explica la razón por la cual en muchos casos ella deba responder de los daños patrimoniales ocasionados no obstante haber tenido una actuación ilícita (Gamba, 2005, pp. 263-264).

Según lo señala el Alto Tribunal, la responsabilidad del Estado tiene unos fundamentos superiores, como el principio de solidaridad del Estado a las víctimas; el principio de la dignidad humana, el cual indica la necesidad de conservar la integridad de la persona en todas sus dimensiones; el principio del Estado Social de Derecho, en el que la justicia material del caso concreto es su núcleo esencial. Así lo indica Gamba, al afirmar que la "filosofía que informa todo este universo jurídico se apoya en el principio de solidaridad, que recoge también en el artículo 1 de la Constitución Nacional cuando se refiere a Colombia como un Estado social de derecho, fundado en el respeto de la dignidad de la persona humana y en la solidaridad de las personas que la integran" (Gamba, 2005, pp. 263-264).

2.4.2. La imputabilidad del daño.

El segundo elemento que estructura la responsabilidad del Estado según el tenor literal del artículo 90 de la Constitución es la imputabilidad del daño antijurídico a los agentes del Estado. No basta entonces con la producción del daño antijurídico para que sea procedente la reparación del daño, hace falta, para complementar la ecuación, la presencia de un juicio de imputabilidad, con el fin de superar la simple causalidad material (Tamayo, 2001). La búsqueda e identificación

del título adecuado corresponderá a las partes que solicitan el juzgamiento como al mismo juzgador. La Honorable Corte en Sentencia C-038 de 2006 precisó sobre la materia lo siguiente:

> (S)on dos las condiciones indispensables para la procedencia de la declaración de la responsabilidad patrimonial con cargo del Estado y demás personas jurídicas de derecho público, a saber: el daño antijurídico y la imputabilidad del daño a alguna de ellas.
>
> La noción de daño antijurídico es invariable cualquiera sea la clase (contractual o extracontractual) o el régimen de responsabilidad de que se trate; consistirá siempre en la lesión patrimonial o extrapatrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar.
>
> La diferencia estriba, en consecuencia, en los títulos jurídicos de imputación del daño, determinantes de la causalidad jurídica más allá de la simple causalidad material que se deriva del nexo causal (CC, C-038/06, 2006).

Así también, el Consejo de Estado se ha encargado de definir y determinar la naturaleza y la dimensión de la imputabilidad del daño, concluyendo por parte del Tribunal Contencioso que "es menester, que además de constatar la antijuricidad del mismo, el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un "título jurídico" distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, la "*imputatio juris*" además de la "*imputatio facti*" (CE, Sección Tercera, No. 20001-23-31-000-1998-04061-01(18499). Esto permite comprender que la imputación jurídica debe hacerse a través de la corroboración de que el daño se generó por la actividad del Estado, estableciendo de ese modo una relación de causalidad entre esos elementos.

Complementando lo dicho por el Consejo de Estado, la Corte Constitucional señaló que "como en todos los casos de responsabilidad, debe tratarse de un daño que tenga un vínculo causal con la actividad de un ente público. Esta actividad, ha dicho la Corte, no es solamente la que se da en el ámbito extracontractual de la actividad estatal, sino que también puede provenir de las relaciones contractuales de la administración" (CC, C-043/04, 2004). En efecto, la existencia del daño no es suficiente para la declaración de responsabilidad del Estado, debe existir también una conducta que genere tal daño, pero además deben esos elementos conectarse en una relación de causalidad.

Dicha conexión procesalmente se hace a través de cualquiera de los títulos de imputación de responsabilidad, los cuales de manera general la doctrina los ha clasificado en títulos de responsabilidad subjetiva y títulos de responsabilidad objetiva. Los primeros fundamentalmente se desarrollan en la falla en el servicio, la cual se clasifica a la vez en falla probada, presunta y relativa, entre otras. Los segundos se concretan en los títulos de imputación de daño especial, riesgo excepcional y por ocupación por trabajos públicos (Navia, 2000).

Armenta describe el título de imputación subjetiva y básicamente la clasifica en falla del servicio probada y falla en el servicio presunta, al mismo advierte la corroboración de los demás elementos que configuran la responsabilidad; esto es el daño antijurídico y la imputabilidad al Estado:

> a) la falta o la falla en el servicio de la administración a causa de la omisión, el retardo, la irregularidad, etcétera, del servicio; b) la presentación de un daño o lesión en un bien protegido por la Ley y que resulte indemnizable, cierto y determinable; y c) una relación de causalidad entre la falta o falla de la administración y el daño o perjuicio como

> resultado. Dentro de este régimen hay dos tipos de eventos de los que se desprendía la responsabilidad patrimonial del Estado: falla del servicio probada y falla del servicio presunta. La primera, considerada regla general, y la segunda que fue aplicada en algunos casos de responsabilidad médica, pero que en la actualidad ya no tiene aplicación (2009, p. 97).

Pero no solo estos son los título de responsabilidad extracontractual del Estado, también actúan los títulos objetivos, que de manera general los agrupamos en daño especial y riesgo excepcional. Margaux y Castro (2007) clasifican la responsabilidad objetiva en: "a) la responsabilidad por daño especial, b) la responsabilidad por expropiaciones u ocupaciones de inmuebles en casos de guerra, c) responsabilidad por riesgo excepcional, d) responsabilidad por trabajos públicos, y e) responsabilidad por bodegaje, depósito o almacenaje" (p. 145).

Para el caso de la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador, el presupuesto es la omisión legislativa derivada de la inactividad del legislador en relación con la función de legislar. Sobre la omisión legislativa la Corte Constitucional reiteró lo siguiente:

> La omisión legislativa hace referencia a la inactividad del legislador o el incumplimiento por parte de este último de su deber de legislar expresamente señalado en la Constitución. No se trata, entonces, simplemente de un no hacer sino que consiste en un no hacer algo normativamente predeterminado, se requiere por lo tanto la existencia de un deber jurídico de legislar respecto del cual la conducta pasiva del legislador resulta constitucionalmente incompatible para que ésta pudiera ser calificada de omisión o inactividad legislativa, en otro supuesto se trataría de una conducta

> jurídicamente irrelevante, meramente política, que no infringe los límites normativos que circunscriben el ejercicio del poder legislativo (CC. C-038, 2006.).

La omisión legislativa se clasifica en omisión absoluta y omisión relativa. La omisión absoluta "hace referencia al incumplimiento por parte del legislador de la obligación constitucional de expedir una regulación específica, constituye una total inactividad por parte del Congreso y, por ende, supone la ausencia total de un texto o precepto legal" (CC. C-038, 2006.). Este tipo de omisión no es de interés para el examen constitucional, por la razón de que no hay texto que analizar. Por su parte, la omisión relativa se produce al regular una situación determinada y se omite "supuestos de hecho que, al momento de aplicarse el precepto correspondiente, genera tratamientos inequitativos o el desconocimiento de derechos de los destinatario de la norma respectiva" (CC. C-038, 2006.), situación que hace procedente el examen constitucional.

Ruiz señala que el título de imputación no puede ser subjetivo, debido a las cargas que la demostración de la culpa conlleva, por lo que el título de responsabilidad debe ser el objetivo, concretamente el daño especial. Dijo expresamente:

> La demostración entonces, del elemento culpa para entrar a configurar la responsabilidad del Estado por el hecho de la ley puede generar desventajas para el accionante u afectado, de hecho, el accionante se puede ver en desventajas pues aparte de demostrar un daño debe demostrar que medió culpa, impericia, falta de diligencia en la aprobación de la ley por parte del órgano legislativo, lo que puede conducirlo a complicar su fin inmediato. Ahora bien, (…) "si se configura la responsabilidad bajo la tesis del daño especial de entrada se está concibiendo que la responsabilidad que se colige no parte de una falla del servicio o de una falta presunta sino del ejercicio de una

> actividad legítima, legal pero que causó un daño que el particular o afectado no se encuentra en la obligación de soportar (Ruíz, 2012, p. 301).

Sobre este título de imputación de responsabilidad, el profesor Rodríguez plantea que se fundamenta en la teoría de la igualdad ante las cargas públicas, según la cual, una carga que no goza de legitimidad por desobedecer el principio de igualdad, puede generar un daño antijurídico que el Estado debe reparar.

> Esta concepción del daño especial se fundamenta en el principio del derecho público de la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas, según el cual, cuando un administrado soporta las cargas que pesan sobre los demás, nada puede reclamar al Estado, pero si en un momento dado debe soportar individualmente una carga anormal y excepcional, esa carga constituye un daño especial que la administración debe indemnizar, y concluyó diciendo: La aplicación de esta teoría, que implica una responsabilidad sin culpa u objetiva, había venido siendo casuista y excepcional, pero a partir de la Constitución de 1991 se ha fortalecido con fundamento en la nueva concepción de responsabilidad por daño antijurídico (2010, p. 445).

De esa forma, si el Estado a través de sus agentes ha quebrantado la igualdad ante las cargas públicas, generando por esa misma razón un daño antijurídico, se puede deducir que afectó también el principio de confianza legítima en la actividad del Estado. Esto es así por cuanto se produce una inseguridad jurídica, a tal punto de que los ciudadanos se enfrentan a una incertidumbre sobre la aplicación del derecho.

Ahora bien, tratándose de la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador, el supuesto es que a través de la ley se impuso una obligación que es cumplida durante su vigencia, pero que posteriormente pierde validez constitucional por decisión del Tribunal constitucional, de tal modo que puede eventualmente generar un daño antijurídico que se debe reparar. Este es el caso, por ejemplo, de la ley tributaria que es declarada inconstitucional (inexequible), pero que durante su vigencia los obligados frente al tributo cumplieron con su pago.

En el próximo capítulo se desarrollará en casos concretos la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador.

Capítulo III

3. La responsabilidad del Estado por el hecho del legislador, a propósito de los casos TESA y especialmente del caso Mercedez Benz Colombia vs Nación-Congreso de Colombia

En este capítulo se realizará un análisis de la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador a partir de casos hitos que la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado han desarrollado con suficiencia. De ese modo, la metodología utilizada es la ingeniería de reversa para el análisis de las jurisprudencia, con la intención de identificar las ambivalencias y aciertos de los jueces de responsabilidad en relación con las reglas jurisprudenciales sobre el tema de responsabilidad, que previamente se puede afirmar como no son consistentes.

Con esa intención, en primer lugar se hace una contextualización de en los casos TESA y caso Mercedez Benz Colombia vs Nación-Congreso de Colombia; en segundo lugar se hace una descripción de los casos TESA, los cuales permiten observar distintos planteamientos y reglas del Consejo de Estado, lo que genera cierta ambivalencia, pues la jurisprudencia de la sección A y C no encontraban puntos comunes, de tal forma que esta situación obligó recientemente a la Sala Plena del Consejo de Estado a unificar su jurisprudencia.

En el caso de Mercedez Benz Colombia vs Nación-Congreso de Colombia, el Alto tribunal definió que la el juez que conoce sobre la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador debe armonizar su decisión con la jurisprudencia del Corte Constitucional, especialmente con los efectos de los fallos, en el sentido de solo en el evento en que el fallo sea retroactivo es posible hablar de responsabilidad.

3.1. Contextualización del análisis de casos

La responsabilidad del Estado por el hecho del legislador tiene un desarrollo relativamente reciente, ya que el Consejo de Estado consideraba que el Congreso, representante soberano del pueblo, no podía ser responsable por el ejercicio de la función legislativa, salvo que tal obligación encuentre soporte en una norma positiva.

> La responsabilidad del Estado por el hecho del legislador en Colombia estuvo restringida durante gran parte del Siglo XX, toda vez que con base en la noción de soberanía nacional consagrada en la Constitución de 1886, el Consejo de Estado consideró que el Congreso de la República, como principal titular de la misma, era irresponsable y, por ello, los daños que pudiera causar en ejercicio de su potestad legislativa no eran indemnizables, salvo cuando por su propia voluntad, manifestada en una norma de derecho positivo, estipulara expresamente tal obligación de resarcimiento (CC- C- 038, 2019).

Esta posición cambió radicalmente con la Constitución de 1991, la cual consagró en el artículo 90 la cláusula general de responsabilidad, en los siguiente términos: “el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”, entre las que se encuentra el legislador. Con ese alcance, queda claro que el legislador, como una autoridad nacional, también es responsable, entre otras actividades, por el desarrollo de la función legislativa.

La deficiencia legislativa sale a flote en el momento en el que la Corte Constitucional hace el control de constitucionalidad de las leyes o actos legislativos, siendo éstas contrarias a la Carta el Alto Tribunal debe declarar su inexequibilidad. La Corte es la única que puede determinar el

efecto de sus sentencias, que en primera medida se entienden que son hacia el futuro (*ex nunc*) y eventualmente retroactivos (*ex tunc*). Según el planteamiento actual de la Corte, si bien el juez de responsabilidad es independiente, en su análisis debe observar el efecto de sus fallos, con el fin de brindar seguridad jurídica y por necesidad de unificación jurisprudencial. Así, las sentencias con efecto *ex nunc* dejan a salvo las situaciones y eventos creados durante la vigencia de la norma, por lo que no se puede concluir la presencia de daños antijurídicos.

Esa adecuación jurisprudencial llegó con la Sentencia de Unificación del 13 de marzo de 2019 del Consejo de Estado, donde unificó la jurisprudencia de sus secciones y subsecciones y la hizo compatible con la jurisprudencia constitucional.

3.2. Casos emblemáticos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

La responsabilidad del Estado por el hecho del legislador encuentra en la jurisprudencia de la Corte Constitucional un fundamento importante. Son dos las sentencias de interés: Sentencia C-149 de 1993 y Sentencia C-038 de 2006.

En la Sentencia C-149 de 1993 se declaró la inconstitucionalidad de los artículos 16, 17 y 18 de la Ley 6 de 1992 y se ordenó al Ministerio de Hacienda y Crédito Público reintegrar las sumas recaudadas. La Corte, con fundamento en el derecho sustancial y en los derechos de los administrados ordenó la inmediata y total devolución de lo pagado. Dijo en esa oportunidad:

> Teniendo en cuenta que al momento de proferir este fallo la mayor parte del tributo que se ha encontrado opuesto a la Constitución ya fue recaudada, con el objeto de realizar la justicia querida por el Constituyente volviendo las cosas al estado anterior al quebranto de los preceptos superiores y en busca de la prevalencia del derecho sustancial, se ordenará al Ministerio de Hacienda y Crédito Público la inmediata

> devolución de las sumas pagadas por los contribuyentes. Este reintegro resulta apenas natural pues, de no ser así, siendo contrarios a la Carta los preceptos que autorizaban la colocación de los bonos, se tendría un enriquecimiento sin causa para el Estado y un perjuicio injustificado para los contribuyentes, quienes no están obligados a transferir recursos al erario sino en los casos y por los motivos que disponga la ley (CC. C- 149, 1993).

La ley 6 de 1992 adolecía de vicios de inconstitucionalidad al ser retroactiva, lo que generó la vulneración del artículo 363, inciso 2 de la Carta, y por esa vía los principios que rigen el régimen tributario, como la equidad y la justicia.

> Aplicadas estas normas a la materia que se examina resulta ser palmaria su oposición, ya que, según atrás se expone, la base del impuesto creado es el resultado de hechos ocurridos durante el periodo tributario de 1991 que concluyó el 31 de diciembre de ese año, mucho antes de la fecha en la cual comenzó la vigencia de la Ley 6a. de 1992. Fue, entonces, violado de modo flagrante el inciso 3º del artículo 338 de la Constitución. A la luz de esta disposición, la contribución ordenada no podía ser aplicada sino a partir del periodo que principió a contarse el 1º de enero de 1993. (CC. C-149, 1993).

En la Sentencia C-038 de 2006 la Corte decide sobre la constitucionalidad del artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, subrogado por el artículo 31 de la Ley 446 de 1998, que reza: “La persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño cuando la causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmuebles por causas de trabajos públicos o por cualquier otra causa”. El ciudadano demandante señaló que esta disposición es inconstitucional porque excluye la responsabilidad por el hecho del legislador. La Corte adoptó una sentencia interpretativa bajo el entendido de que dentro de esa

disposición se ampara también la posibilidad planteada por el demandante. Pero más allá de la decisión del caso, resulta interesante recordar los argumentos de la Corte en relación al tema de la responsabilidad por el hecho del legislador. Expresamente señaló la Corte:

> En efecto, como se ha reiterado el precepto simplemente establece dos requisitos para que opere la responsabilidad patrimonial estatal, a saber, que haya un daño antijurídico y que éste sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública, sin hacer distingos en cuanto al causante del daño. 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 (CC. C-038, 2006).

Según la Corte Constitucional, en el ámbito de la responsabilidad estatal, el control de constitucionalidad de las leyes no determina *per se* la responsabilidad del legislador, es decir, que la responsabilidad es independiente de los efectos de la sentencias de constitucionalidad, interpretar de otra manera sería invadir la esfera propia de la autonomía del juez de lo contencioso, el cual quedaría atado a la decisión de la Corte.

> El control de constitucionalidad no es un requisito sine qua non para el reconocimiento de la responsabilidad del Legislador, y como bien señala la doctrina, la conexión entre las teorías del control de constitucionalidad y de la responsabilidad del legislador es, cuando menos, problemática pues no toda declaratoria de inconstitucionalidad implica

> responsabilidad estatal, ni todo reconocimiento de la responsabilidad del legislador tiene como requisito la previa declaratoria de inconstitucionalidad de una norma (CC. C-038, 2006).

Teniendo claro que al juez que le corresponde decidir sobre las controversias de responsabilidad pública es al juez contencioso, la Corte no pude entrar a decidir sobre esos puntos jurídicos; sin embargo, en algunos casos especiales, mediante la técnica de modular los efectos temporales de las sentencias de constitucionalidad, ha permitido la reparación de los perjuicios causados por leyes inconstitucionales, otorgando efecto retroactivo a sus sentencias. Según la Corte, decidir en ese sentido no significa que se esté comportando como un juez de responsabilidad, sino simplemente garantizando el principio de supremacía constitucional.

3.3. Casos emblemáticos en la jurisprudencia del Consejo de Estado

En 1991 se produce un quiebre jurídico profundo con el establecimiento de la cláusula general de responsabilidad del artículo 90, en donde el paradigma sobre la responsabilidad del Estado cambió al consagrar una responsabilidad objetiva, lo que no quiere decir que se abandonó la responsabilidad subjetiva. El Consejo de Estado reconoce que en desarrollo de la función legislativa el Congreso puede ocasionar daños antijurídicos que se deben reparar en virtud del rompimiento de la igualdad en las cargas públicas. De ese modo lo decidió la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en el caso del señor Cuervo, quien fue atropellado por un agente de Estados Unidos, y que en virtud del tratado de Viena tenía inmunidad diplomática.

Los familiares procedieron a realizar la reclamación directa ante la Embajada de Estados Unidos, reclamo que no tuvo eco por la razón de que los hechos ocurrieron en Colombia y por

tanto son las leyes colombianas las que deben aplicarse en lo pertinente. Acto seguido se dirigen a la Jurisdicción Ordinaria, que en recurso de alzada la Corte Suprema de Justicia rechaza el conocimiento del caso por falta de jurisdicción, con el argumento de que el involucrado tenía inmunidad. Finalmente, la jurisdicción contenciosa en Sentencia del 25 de agosto de 1998, encontró responsable al Congreso de la República y al Ministerio de Relaciones Exteriores por los perjuicios causados.

> En concreto, en dicha oportunidad, el máximo tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo consideró que, pese a que el Estado es soberano en el manejo de las relaciones internacionales y que dicho tratado había sido regularmente incorporado a la legislación interna, su aplicación en el caso de la parte demandante originó un rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas, porque el privilegio de la inmunidad privó a los actores de la posibilidad de demandar al autor material del daño ante los jueces nacionales con miras a obtener la reparación de los perjuicios ocasionados (CC. C-037, 2019).

Igualmente, la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador puede presentarse por defraudación del principio de confianza legítima, como en el caso de la derogación o cambios en la normatividad de forma inadvertida. Así lo señaló la Subsección B de la Sección Tercera en la Sentencia del 29 de julio de 2013, al resolver una demanda presentada por cambios intempestivos en la legislación, en este caso por cambios en la regulación fiscal turística.

> (…) el legislador deroga normas o disposiciones que reconocen incentivos o beneficios a los particulares previo el cumplimiento de ciertos requisitos, sin tener en cuenta, mediante la creación de un régimen de transición, la situación de todas aquellas personas que al momento de la derogatoria no tenían un derecho adquirido, pero sí la expectativa

> legítima y razonable de que podrían acceder a tales beneficios por tener proyectos en ejecución y por haber cumplido con todas las exigencias normativamente impuestas para el efecto (CC. C-037, 2019).

Más adelante, el Consejo de Estado manifestó que la responsabilidad del Estado por la función legislativa se produce en el marco de la declaración de inconstitucionalidad de una norma general que produce un daño antijurídico, mientras que los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad sean retroactivos, lo que implica invalidar los efecto de la norma desde su existencia. En cambio, si el efecto de la sentencia de inconstitucionalidad es hacia el futuro (*ex nunc*) no habría oportunidad de afirmar la existencia de daños antijurídicos, porque los efectos durante la vigencia de la norma se presumen constitucionales. La Sala Plena del Consejo de Estado al respecto señaló:

> (…) teniendo en cuenta que un daño es antijurídico cuando se trata de una carga que el particular no estaba en la obligación jurídica de soportar, es innegable la relevancia que para el análisis de la antijuridicidad del daño causado por una norma o acto que no superó el juicio de constitucionalidad, tiene lo decidido en este último. Esto es especialmente cierto en los casos en los que, como consecuencia del juicio de constitucionalidad, la norma o el acto que impuso una obligación es sacado del ordenamiento, con efectos retroactivos, pues en estos eventos salta a la vista que, habiendo desaparecido por completo el fundamento jurídico directo de la carga impuesta, esta última constituiría un daño que la víctima no está en la obligación de soportar, es decir, se trataría de un típico daño antijurídico (CE. No. 27364, 2014).

Esta posición fue acogida y unificada internamente en las secciones y subsecciones del Consejo de Estado mediante sentencia del 13 de marzo de 2018, donde prácticamente se

resolvieron las diferencias entre las tesis jurisprudenciales encontradas, sobre todo las de las subsecciones A y C. Estas diferencias se podrán evidenciar en el análisis de los casos TESA en general y Mercedez Benz en particular.

3.4. La responsabilidad del Estado en los casos TESA

3.4.1. El contexto de la controversia.

La declaratoria de inexequibilidad de la Ley 633 del 2000 por parte de la Corte Constitucional generó consecuencias importantes para los derechos particulares de empresas que habían efectivamente liquidado y pagado el impuesto TESA, tal y como lo establecía la mencionada Ley. Las distintas sociedades procedieron a presentar demandas de reparación directa en contra de la Nación-Congreso de la República por los daños patrimoniales antijurídicos ocasionados en virtud de los pagos realizados, y que presuntamente no gozan de sustento constitucional por haber desaparecido de la vida jurídica la disposición que los autorizaba.

En el marco de la segunda instancia la Sección Tercera del Consejo de Estado -subsecciones A y C- conoció de las apelaciones presentadas, resolviendo en algunos casos de manera diferente, situación que llevó al Congreso y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado a interponer acciones de tutela frente a las decisiones que accedieron a las pretensiones de los demandantes.

3.4.2. Decisiones de la subsección C. La tesis de la antijuridicidad como ausencia de soporte normativo válido y vigente.

Varias son las decisiones proferidas por la subsección C de la Sección Tercera del Consejo en los casos TESA. La tesis defendida por esta subsección es la de la “antijuridicidad como

ausencia de soporte normativo válido y vigente”, en otras palabras, el daño antijurídico sólo se produce si los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad son retroactivos.

La primera sentencia se dio en el año 2013 cuando resolvió la demanda de reparación directa presentada por Avantel S.A., en contra de la Nación-Congreso, con la finalidad de que repare el daño causado por el pago del impuesto TESA. La subsección C decidió no conceder las pretensiones, con el fundamento de que el daño no era un daño antijurídico en vista de que los efectos del fallo de la Corte Constitucional eran hacia el futuro. Además, dijo que los hechos ocurrieron en vigencia de la norma, que para ese momento estaban amparados en el principio de presunción de legalidad y garantía constitucional.

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

> la Corte Constitucional en sentencia C-992 de 2001 conlleva a que los hechos acaecidos en vigencia de los artículos cumplieron lo establecido por el ordenamiento jurídico y se insiste, cobijado por la presunción de legalidad (CE. Sala Plena. No. 25000232600020030020 8-01, 2018).

Decidiendo de una forma totalmente opuesta, en el caso Goodyear de Colombia S.A., la subsección C, teniendo los mismos supuestos fácticos que en el caso anterior, manifestó que la expedición de una ley que posteriormente pierde validez por no superar el examen constitucional constituye una falla en el servicio anclada a la función legislativa, por tanto puede generar un daño antijurídico que el Congreso debe reparar. Igualmente, separándose de la argumentación anterior, la subsección señaló que la los efectos de la sentencia de inexequibilidad no deben tenerse en cuenta por el juez de responsabilidad, porque "una cosa es la intangibilidad de las situaciones jurídicas consolidadas antes de la declaratoria de inconstitucionalidad y otra muy diferente, es el deber que tiene el legislador de reparar el daño que ha causado con su actuación, se trata de situaciones jurídicas autónomas e independientes entre sí" (CE. Sala Plena. No. 25000232600020030020 8-01, 2018).

Teniendo en cuenta lo dicho, precisó además que el daño antijurídico no es imputable al ejecutor de la ley, sobre el cual debe decirse actúa de conformidad con sus funciones constitucionales, sino que quien debe responder por esa falta es la autoridad que creó el daño, en este caso el legislador.

> Lo anterior reviste especial relevancia, cuando se trata de leyes que versan sobre aspectos tributarios, por medio de las cuales se establecen impuestos o tasas y posteriormente son declaradas inexequibles, pues prima facie tiende a pensarse que el llamado a resarcir el daño, no es el autor de la ley, sino quien recaudó el tributo,

> conclusión que está alejada de la realidad, comoquiera que aquel que recauda el pago no es más que una agente del Estado que obra de buena fe y se encarga de hacer cumplir la ley. Esta conclusión tiene su fundamento en el hecho de que no fue el recaudador del impuesto o tasa, quien creó la ley contraria a la Constitución, hecho que constituye la falla en el servicio y por lo tanto, en modo alguno puede imputársele el daño derivado de esa falla, pues de ser así se estaría confundiendo la reparación con la restitución, advirtiendo que la primera siempre estará a cargo de aquel a quien le sea imputable el daño (CE. Sala Plena. No. 25000232600020030020 8-01, 2018).

En este caso el título de imputación de responsabilidad es la falla en el servicio por errores en la función legislativa, como quiera que se creó una ley dañina que causó perjuicios patrimoniales a los contribuyentes. Según esto, la decisión del juez de contencioso no debe sujetarse a los efectos de la decisión de la Corte Constitucional sino a la determinación de la existencia de la falla en el servicio, cosa que se corrobora con la simple declaración de inconstitucionalidad.

Hay que aclarar que esta decisión no fue consensuada, toda vez que se hicieron públicos los desacuerdos con la decisión de la mayoría, en el sentido de señalar que los efectos de la Corte si eran necesarios para determinar la responsabilidad, porque en virtud del principio de seguridad jurídica la Corte opta por el efecto *ex nunc*, dejando a salvo los efectos durante la vigencia de la norma, los cuales se califican como válidos.

Esta tesis, que es la que prevalece en el primer caso (Avantel), posteriormente se recoge en un tercer pronunciamiento, dentro del caso Epson Colombia Ltda., donde reitera que no existe daño antijurídico que pueda dar lugar a una reparación, ya que la decisión del Consejo de Estado debe ajustarse a los efectos de la decisión de inconstitucionalidad, efectos que no fueron

retroactivos. Insiste en que el impuesto TESA estuvo amparado en la presunción de legalidad durante la vigencia de la norma, por tanto no existe un daño antijurídico.

3.4.3. Decisiones de la subsección A. La tesis de la antijuridicidad como incompatibilidad con la norma superior.

De forma distinta a las decisiones de la subsección C, la subsección A accedió a las pretensiones de los demandantes, entre ellos Epson, Industria de Ejes y Transmisiones, Sociedad Laboratorios Wyeth Inc, Promigas, Hyundai Colombia, Sociedad Dow Química de Colombia.

> Por su parte, en relación con los casos relativos a la TESA, la Subsección A accedió a las pretensiones elevadas por las sociedades importadoras demandantes. Así, en las sentencias de 29 de enero, 9 de abril y 11 de junio de 2014; y 29 de abril, 27 de mayo y 24 de junio de 2015, dicha Subsección concluyó que era procedente declarar la responsabilidad del legislador por los daños causados como consecuencia de la expedición de una norma declarada inexequible -independientemente de los efectos dados a la declaratoria de inexequibilidad (CE. Sala Plena. No. 25000232600020030020 8-01, 2018).

En estos casos, la subsección acogió la tesis la “antijuridicidad como incompatibilidad con la norma superior”, según la cual el daño antijurídico se produce por las normas generales, impersonales y abstractas que no estén conformes con la Constitución, como es el caso de las normas declaradas inexequibles o nulas por su inconstitucionalidad. Con base en esta tesis la subsección consideró que era procedente declarar la responsabilidad del Estado por causa de una norma que causó daños durante su vigencia y que posteriormente fue declarada inexequible. Aquí la valoración de responsabilidad se hizo independientemente de los efectos de la decisión de la Corte, pues la valoración de la responsabilidad es competencia propia del juez contencioso.

> Es por ello que, al poner en evidencia la contrariedad con la Constitución, la declaratoria de inexequibilidad, independientemente de sus efectos, pondría de manifiesto la antijuridicidad de las cargas impuestas por la ley respecto de la cual se dio la declaratoria; de hecho, se insiste, según la sentencia de la Subsección C de 26 de marzo de 2014, no sería indispensable la declaratoria formal de inexequibilidad, pues bastaría con apoyarse en la excepción de inconstitucionalidad de la ley para considerar que las cargas por ella impuestas son antijurídicas y, por ende, susceptibles de ser indemnizadas por la vía de la acción de reparación directa -razonamiento que también sería válido para los actos administrativos declarados nulos o para aquellos respecto de los cuales se considere pertinente la aplicación de la excepción de ilegalidad-. Así pues, las obligaciones impuestas por normas encontradas contrarias al ordenamiento serían antijurídicas desde el momento mismo en que fueron fijadas, esto es, desde la expedición de dichas normas (CE. Sala Plena. No. 25000232600020030020 8-01, 2018).

Así, hasta antes del 2018 existían dos tesis respecto a la responsabilidad derivada de los daños causados por normas que posteriormente son declaradas inexequibles. La primera tesis, la de la antijuridicidad como ausencia de soporte normativo válido y vigente señala que la decisión del juez contencioso debe ajustarse a los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad de la Corte Constitucional, de ese modo los efectos *ex nunc* dejan a salvo los efectos producidos durante la vigencia de la norma y por tanto no hay lugar a predicar daño antijurídico y responsabilidad. En cambio, la segunda tesis, de la antijuridicidad como incompatibilidad con la norma superior, indica que los daños ocasionados por una norma que perdió validez por encontrarse en abierta oposición a la Constitución son antijurídicos desde la misma expedición de la norma, y como tal no puede afirmarse que una norma inconstitucional produce efectos constitucionales. Aquí la decisión de

responsabilidad se adopta independientemente de los efectos de la decisión de la Corte Constitucional.

3.4.4. La tutelas contra las decisiones de las subsecciones A y C.

Con decisiones adversas a sus intereses el Congreso de la República y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado interpusieron acción de tutela en contra de la mayoría de los fallos de la subsección A y C que otorgaron las pretensiones de las sociedades demandantes. La Sección Cuarta del Consejo de Estado resolvió a favor de las pretensiones de tutela con fundamento en que:

> (…) las decisiones controvertidas vulneraron el derecho al debido proceso del Congreso de la República y de la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica, por haber incurrido en el defecto sustantivo consistente en desconocer lo dispuesto por los artículos 90 de la Constitución Política y 45 de la Ley 270 de 1996 y, adicionalmente, el mecanismo dispuesto por el legislador, en los artículos 850 y siguientes del Estatuto Tributario, reglamentado por el Decreto 1000 de 1997, en cuanto al trámite que deben seguir los contribuyentes cuando estiman que un tributo pagado les debe ser devuelto normas (CE. Sala Plena. No. 25000232600020030020 8-01, 2018).

En esta decisión la Sección Cuarta se puso del lado de la tesis de la antijuridicidad como ausencia de soporte normativo válido y vigente, reiterando ampliamente que los efectos de la decisión de la Corte en examen de inconstitucionalidad fueron otorgados hacia el futuro, por lo que no hay lugar a afirmar que se produjo un daño antijurídico. Consecuencia de la anterior valoración ordenó proteger los derechos fundamentales del Congreso de la República y ordenó proferir nueva sentencia (CE. Sección Cuarta. No. 11001-03-15-000-2014-02171-00, 2016).

Más adelante, la Sección Cuarta mantuvo esa argumentación y la complementó señalando que el pago de los tributos puede generar un daño antijurídico en el evento en que éste disminuya el patrimonio del contribuyente, sin embargo, en los casos TESA tal daño no se produjo, señaló, por cuanto "los impuestos dan o confieren una dimensión económica real a la obligación de solidaridad que existe entre los miembros de la comunidad, al ideal de la justicia social y al disfrute masivo de los derechos. Los impuestos son una carga que así empieza, pero que se supone regresa convertida en beneficios de otro tipo: salud, educación, vivienda, etcétera" (CE. Sección Quinta. No. 2016-01875, 2016-01752, 2017). Negó al mismo tiempo que el título de imputación de responsabilidad sea la falla en el servicio, ya que no se puede equiparar la función legislativa a la prestación de un servicio en términos de oportunidad y calidad.

Algunos fallos de tutela fueron objeto de impugnación ante la Sección Quinta, Sala que confirmó las sentencias de primera instancia al considerar que los demandantes no agotaron el procedimiento señalado en el Estatuto Tributario respecto a la solicitud de devoluciones de lo pagado, lo que genera también una utilización errónea de la acción, que en tal caso sería la nulidad y restablecimiento del derecho. Igualmente la Sección argumentó que las decisiones de la Subsecciones incurrieron en defecto sustantivo al desconocer el artículo 90 y hacer derivar responsabilidad con fundamento en la decisión de inconstitucionalidad, sin tener en cuenta una análisis de responsabilidad. En este sentido, "independientemente de la declaración de exequibilidad o inexequibilidad de un precepto, lo que debe demostrarse para que se configure la responsabilidad del legislador es que este generó un daño antijurídico" (CE. Sección Quinta. No. 2014-02171, 2016).

La misma Sección señaló que las decisiones de responsabilidad no pueden sujetarse imperativamente a la declaración de inconstitucionalidad, sin hacer un juicio de imputabilidad ni antijuridicidad.

> En decisiones proferidas el 9 de marzo de 201758, la Sección Quinta indicó que, en el sentido de lo considerado en la providencia de 25 de agosto de 2016, la sola declaratoria de inexequibilidad de una ley no bastaba para tener por acreditada la existencia de un daño antijurídico y, adicionalmente, que la sentencia controvertida no había realizado un análisis que permitiera determinar que dicha declaratoria fuere atribuible al Congreso de la República, con lo cual quedaba claro que no se daban los elementos estructurantes de la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador (CE. Sala Plena. No. 25000232600020030020 8-01, 2018).

Además, afirmaron que si bien el pago de la TESA representó un daño, no puede ser considerado como antijurídico, por la razón de que la norma que establecía el tributo tenía presunción de constitucionalidad. De esa manera "los pagos realizados por la sociedad (...) en cumplimiento de los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000, que posteriormente fueron declarados inexequibles por la Corte Constitucional, produjeron un daño patrimonial pero no antijurídico y estos no deben ser resarcidos por el Estado (CE. Sección Quinta. No. 2016-01875, 2017).

Otro argumento que destaca la Sección Quinta es que la valoración de responsabilidad con base en la función legislativa si puede tramitarse mediante el título de imputación de falla en el servicio, título que no se valoró correctamente por las subsecciones, pues no se corroboró "efectivamente el carácter antijurídico del daño, habida cuenta de que lo hizo depender solo y únicamente de la inexequibilidad de las normas que crearon la TESA" (CE. Sección Quinta. No. 2016-03101, 2017).

En el año 2019, con el fin de unificar la jurisprudencia sobre este punto de derecho, mediante Auto del 16 de junio de 2017, la Sala de Selección de Tutelas Número Seis de la Corte Constitucional escogió para revisión el expediente T-6171737, con base en los criterios denominados "necesidad de fijar una línea jurisprudencial y de proteger dineros públicos". Los problemas jurídicos que la Corte Constitucional pretende resolver, además de si la acción de tutela satisface los requisitos de procedencia contra providencias judiciales (si los satisface) y de otorgar efecto *inter pares* o *inter comunis* a la decisión (si los otorga) los siguientes:

> Si con la decisión de un juez administrativo de condenar al Congreso de la República a reparar los daños causados por una norma debido a su disconformidad con la Carta Política, a pesar de que la misma gozó de presunción de constitucionalidad durante el tiempo trascurrido entre la fecha de su entrada en vigencia y el instante en la cual fue declarada inexequible por este Tribunal, se configura: (a) una violación directa del artículo 90 de la Constitución que estipula que el daño a resarcir debe ser antijurídico, (b) un defecto sustantivo por ignorar lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley 270 de 1996 en torno a la autoridad competente para modular los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad, y (c) un desconocimiento del precedente constitucional que ha establecido el alcance de las consecuencias temporales de los fallos de control abstracto de constitucionalidad de esta Corte (CC. C-0308, 2019).

La Corte al respecto reiteró que es la única autoridad que tiene la facultad de modular los efectos temporales de sus sentencias, ejercicio que se produce al ponderar el principio de supremacía constitucional, el cual indicaría otorgar efectos *ex tunc*, y el de seguridad jurídica, el cual señala efectos *ex nunc.* De conformidad con este método, vale la pena reiterar que otorgar efectos *ex nunc* a una sentencia de inconstitucionalidad responde a la necesidad de respetar el

principio de presunción de constitucionalidad de las normas y el principio de seguridad jurídica, con lo cual se validan los efectos producidos durante la vigencia de la ley.

Acto seguido la Corte valida la jurisprudencia de unificación adoptada en la Sentencia No. 25000232600020030020 8-01, de 2018 del Consejo de Estado. Al respecto el Alto tribunal señala:

> Sobre el particular, este Tribunal considera pertinente manifestar que comparte la posición unificada acogida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en la sentencia del 13 de marzo de 2018, pues es la tesis que resulta más acorde con los mandatos superiores que regulan el control de constitucionalidad de las leyes y le asignan únicamente a la Corte Constitucional la atribución de modular los efectos temporales de sus providencias (CC. C-0308, 2019).

Ya refiriéndose al caso concreto, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, en representación del Congreso de la República, interpuso acción de tutela contra la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, “al considerar vulnerado el derecho al debido proceso del legislador con ocasión de la sentencia que profirió el 13 de mayo de 2015, en la cual decidió condenarlo por los daños causados a la empresa Solidda Group S.A.S. por el cobro de la tasa que creó en los artículos 56 y 57 de la Ley 663 de 2000, que fueron declarados inexequibles en el fallo C-992 de 2001”. En primera instancia, la Sección Cuarta del Consejo de Estado accedió al amparo solicitado, “pero la Sección Quinta de la misma corporación, al conocer de la impugnación presentada por Solidda Group S.A.S., resolvió declarar improcedente la solicitud de protección por falta de inmediatez, comoquiera que habían transcurrido más de seis meses entre la fecha en la cual la entidad demandante tuvo conocimiento de la sentencia reprochada y el momento en el que acudió a la acción de tutela” (CC. C-0308, 2019).

La Sala Plena en relación a la decisión de la Sección Quinta del Consejo de Estado considera que el recurso presentado por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado no cumple con el requisito de inmediatez.

3.5. El caso especial de Mercedez Benz Colombia vs Nación-Congreso de la República

3.5.1. Sobre los hechos del caso y el problema jurídico.

El Consejo de Estado se propone analizar el supuesto daño ocasionado por el cobro y pago de la tasa especial por servicios aduaneros -en adelante TESA- consagrada en los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000, posteriormente declarados inexequibles por la Corte Constitucional en Sentencia C-992 de 2001. En esta decisión la Corte no confirió efectos retroactivos, por lo que se entiende que los efectos son hacia el futuro, de conformidad con el artículo 45 de la Ley 270 de 1996.

La sociedad Mercedez Benz Colombia S.A. interpuso demanda de reparación directa por los daños antijurídicos ocasionados por el pago de la TESA, de conformidad con las normas que posteriormente fueron declaradas inexequibles solicitó que se declare la responsabilidad del Estado por el daño antijurídico causado y en consecuencia que se ordene la reparación del daño haciendo la devolución de lo pagado con los intereses respectivos. Entre los argumentos esgrimidos se encuentra la cláusula general de competencia consagrada en el artículo 90 constitucional, la responsabilidad de las autoridades públicas (que también alcanza a los legisladores), la omisión de la Corte Constitucional en la modulación de los efectos de la sentencia, la inviolabilidad de la opinión de los congresistas, la naturaleza de la tributación y su sujeción a los principios constitucionales y la carga excesiva impuesta sin sustento constitucional.

El la Sala de Descongestión de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca profirió sentencia de primera instancia el 27 de julio de 2004, mediante la cual decidió declarar patrimonialmente responsable a la Nación-Congreso de la República por los perjuicios ocasionados a la demandante y, en consecuencia, reparar los perjuicios materiales ocasionados. Entre las razones de la decisión el Tribunal afirmó que se presentó una falla en el servicio en la función legislativa, cuestión que se evidencia en la inexequibilidad de los artículos 56 y 57 de la Ley 633 del 2000, según la Sentencia 992 de 2001.

Como Tribunal de apelación de la sentencia de primera instancia, emitida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el Consejo de Estado se propone "determinar" si hay lugar "a declarar la responsabilidad de la Nación-Congreso de la República por los daños que haya podido causar la expedición de una ley posteriormente declarada inexequible, sin efectos retroactivos, por la Corte Constitucional". Para llevar a cabo tal propósito en primer lugar deja claro que la sola declaración de inconstitucionalidad no es suficiente para determinar la responsabilidad de la Nación, por lo que es necesario analizar la existencia de daño antijurídico para continuar con el análisis de la imputabilidad.

3.5.2. Sobre los argumentos del Consejo de Estado.

El Consejo de Estado señala que a pesar de que se demostró la existencia de un perjuicio personal y cierto el daño no es antijurídico, ya que con fundamento en el criterio de antijuridicidad en el marco de los daños causados por normas posteriormente declaradas inconstitucionales, debe tenerse en cuenta la vigencia de la norma (presunción de legalidad) y no el vicio de inconstitucionalidad. Así, es perfectamente compatible con la supremacía constitucional mantener la vigencia temporal de una norma, situación que se presenta de forma implícita cuando la Corte

en sus sentencia no otorga expresamente efectos retroactivos (CC. C-113/93, 1993). Hay que recordar que según la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia las sentencias "que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario" (L. 270, art, 45, 1996). Esta disposición otorga la facultad exclusiva a la Corte para modular los efectos de sus fallos.

> En efecto, la Carta no ha establecido que la Corte esté atrapada en el dilema de mantener en forma permanente una norma en el ordenamiento (declaración de constitucionalidad) o retirarla en su integridad (sentencia de inexequibilidad), puesto que simplemente ha establecido que a la Corte compete decidir sobre la constitucionalidad de los actos normativos sujetos a su control (CP 241). Por consiguiente, al decidir sobre la constitucionalidad de tales disposiciones, la Corte debe adoptar la modalidad de sentencia que mejor le permita asegurar la guarda de la integridad y supremacía de la Carta, dentro del mayor respeto por la libertad de configuración del legislativo y la búsqueda del mayor equilibrio entre la seguridad jurídica y la realización efectiva de los valores y derechos contenidos en la Constitución (CC. C-221, 1997).

Según este pronunciamiento la Corte bien puede entonces adoptar la modalidad de sentencia que mejor concilie los valores y principios constitucionales, por lo que es válido reconocer por esa vía los efectos que la norma inconstitucional causó durante su vigencia. Esta alternativa no se opone a la supremacía constitucional, porque en realidad desarrolla los valores y principios constitucionales, como el de seguridad jurídica, el principio democrático, la confianza legítima y la conservación del derecho.

> Así pues, no le asiste razón a la tesis de la antijuridicidad como incompatibilidad con la norma superior cuando señala que hay una incoherencia lógica entre admitir que la declaratoria de inexequibilidad hace desaparecer la norma del ordenamiento y, al mismo tiempo consolida las situaciones causadas con anterioridad pues, en realidad, lo que significa la declaratoria de inexequibilidad con efectos hacia futuro es que si bien la norma tenía un vicio de inconstitucionalidad, es constitucional mantener su vigencia -y, por ende, su obligatoriedad -entre su expedición y dicha declaratoria, de donde se deriva que durante ese período existía la obligación jurídica de asumir las cargas por ella impuesta (CE. Sala Plena. No. 25000232600020030020 8-01, 2018).

Se deduce de lo anterior, que si la Corte decide darle a su sentencia un efecto hacia el futuro es porque consideró que aun siendo inconstitucional la ley no se puede predicar los mismo de los efectos durante su vigencia, los cuales a la luz de una interpretación sistemática de la Carta serían constitucionales y en consecuencia de obligatorio cumplimiento. Ello es así por cuanto en nuestro sistema jurídico no existe un control enteramente previo (lo que sería pragmáticamente imposible), el cual pueda establecer incluso antes de la vigencia de la norma su inconstitucionalidad. Entonces, frente a esta imposibilidad, el control posterior debe ajustarse a una realidad inevitable: la existencia de unos efectos constitucionales que se amparan en principios, como el de presunción de legalidad y seguridad jurídica, que se producen durante la vigencia de normas inconstitucionales, efectos que como tal son de obligatorio cumplimiento, por lo que en este caso no puede predicarse la existencia de una carga que no debe soportarse.

De esa forma, la tesis de la antijuridicidad como incompatibilidad constitucional no tiene asidero constitucional, pues según ésta, toda declaración de inconstitucionalidad llevaría a la declaración de la responsabilidad, incluidos sus efectos desde su existencia, situación que

desembocaría también en la afirmación de la presencia indistinta de cargas públicas que no deben soportarse, hecho que anularía la capacidad del juez de responsabilidad para precisar, en cada caso, la presencia de los elementos de la responsabilidad. Por esta razón el juez de responsabilidad no puede limitarse a conocer el análisis de oposición normativa que dio lugar a la decisión de inexequibilidad, sino que tiene que profundizar su análisis en la legalidad de los efectos de la norma durante su vigencia.

> En otros términos corresponde al juez de la responsabilidad aprehender, en clave de antijuridicidad, lo decidido por el juez de la legalidad, de modo que esta última decisión constituye un insumo que aquél no puede desconocer, al margen de la posición que adopte en relación con lo que en ese pronunciamiento sería determinante para establecer la antijuridicidad del daño cuya reparación se reclama: la mera constatación de la incompatibilidad normativa o, más bien, los efectos atribuidos a dicha constatación (CE. Sala Plena. No. 25000232600020030020 8-01, 2018).

Por tanto, dice el Consejo, la tesis de antijuridicidad que mejor se acomoda a los principios constitucionales es la de la antijuridicidad del daño (causado por normas nulas o inexequibles) ligada a los efectos y no a su incompatibilidad constitucional. Expresamente el Consejo de Estado hace constar:

> Teniendo claro entonces que, en todo caso, la decisión adoptada sobre la inexequibilidad de la ley o nulidad del acto administrativo supuestamente causante de un daño es relevante en el análisis que debe adelantar el juez de la responsabilidad del Estado sobre la antijuridicidad de este último, la Sala considera que el criterio de antijuridicidad que mejor se acompasa con el ordenamiento jurídico es aquél que se funda en los efectos de

> la sentencia proferida en sede de legalidad y no en la constatación que ésta realizó sobre la contrariedad de la norma o acto con las normas superiores (CE. Sala Plena. No. 25000232600020030020 8-01, 2018).

Posteriormente, la Corte Constitucional manifestó que comparte de el pronunciamiento del Consejo de Estado, "pues es la tesis que resulta más acorde con los mandatos superiores que regulan el control de constitucionalidad de las leyes y le asignan únicamente a la Corte Constitucional la atribución de modular los efectos temporales de sus providencias" (CC. SU-037, 2019).

3.5.3. Sobre la ratio decidendi y la decisión.

La *ratio decidendi* de esta sentencia puede resumirse de la siguiente forma: la determinación de un daño como antijurídico no depende estrictamente del análisis que hace el juez de la inconstitucionalidad de las normas, sino del análisis de los efectos en el escenario de su legalidad durante el tiempo de su vigencia. De esa manera, la determinación de la antijuridicidad del daño debe tener en cuenta los efectos producidos durante la vigencia de la norma y la constatación de los siguientes presupuestos:

1. El pago TESA realizado la sociedad demandante recibió una contraprestación, que consiste en los servicios aduaneros.
2. El pago no demuestra por sí solo la afectación al patrimonio, pues éstos pagos en realidad hacen parte de "los costos de la actividad que se trasladan al consumidor final".
3. La falta de agotamiento del mecanismo administrativo ante la DIAN (solicitud de devolución) implicaría una presunción: el daño no es cierto.

4. El daño no fue ocasionado directamente por la Nación-Congreso, sino por el supuesto de haber utilizado los servicios aduaneros que llevaron a la liquidación y pago de la TESA.

Sin embargo, hay que precisar un desacuerdo con esta interpretación, porque indirectamente se está creando requisitos de procedibilidad para ejercer la acción de reparación directa, como puede ser el contenido en el punto 3 anterior. De esta forma también lo concibe Ríos y Consuegra: "Otro argumento citado por el Alto Tribunal, que resulta desafortunado para desvirtuar la certeza del daño, es que pareciera crear como requisito para acudir al juicio de responsabilidad el agotamiento infructuoso de una acción administrativa, lo cual sobra decir que resulta ser una exigencia que carece de soporte normativo" (2018, p. 60).

La Sala concluye que la sociedad Mercedez Benz Colombia S.A. "no demostró que al haber pagado la tasa especial aduanera consagrada por los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000 durante el tiempo en que estuvieron vigentes, sufrió un daño en los términos del artículo 90 de la Constitución Política y, en consecuencia, hay lugar a revocarla sentencia de primera instancia para denegarlas pretensiones de la demanda" (CE. Sala Plena. No. 250002326000200300208-01, 2018). De conformidad con la *ratio decidendi* el Consejo de Estado resuelve "revocar la sentencia del 27 de julio de 2004, proferida por la Sala de Descongestión de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y en su lugar dispone denegar las pretensiones de la demanda, sin condena en costas".

De la descripción y análisis del caso se puede concluir que la responsabilidad por el hecho del legislador se sujeta a los parámetros constitucionales, especialmente en la observancia de los efectos de las sentencias de la Corte Constitucional, de tal manera que si los efectos son ex tunc o retroactivos el juez de responsabilidad realizará el análisis de antijuridicidad y de imputabilidad

para determinar la responsabilidad. Caso contrario, es decir si los efectos son ex nunc o hacia el futuro se cierra la posibilidad de reclamar antijuridicidad.

Discusión y resultados

El presente capítulo pretende explicar las consecuencias y la discusión jurídica derivada de los casos examinados en el capítulo anterior. Desde un tipo de investigación de corte analítica, con enfoque crítico, se pretende en primer lugar mostrar la importancia general de la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador, lo que involucra precisar el desarrollo paulatino hasta llegar a la Constitución de 1991, marco que señala una nueva ruta para este tema, porque se consagró la responsabilidad objetiva y sus elementos, es decir el daño antijurídico, la imputabilidad del daño al Estado y la relación causal entre uno y otro.

En segundo lugar se realiza una aproximación al estudio de los casos TESA, los cuales permiten conocer las diferentes tesis que imperaron al interior del Consejo de Estado, tesis que a nivel general se construyeron alrededor de los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad de la Corte Constitucional, y que orientaron las decisiones en sentido contrario, generando con ello incertidumbre e inseguridad jurídica. Especialmente se analizarán algunas decisiones de la Subsecciones A y C.

Finalmente, en el mismo contexto, se analiza la sentencia de unificación del Consejo, donde cierra tal dispersión jurisprudencial para abrazar la tesis según la cual el juez de responsabilidad no solo debe tener en cuenta los efectos de las sentencias de constitucionalidad de la Corte Constitucional sino también el análisis de legalidad, antijuridicidad e imputabilidad.

En el ordenamiento jurídico colombiano el tema de la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador tiene una evolución muy importante, la cual inicia con la noción del Estado totalmente irresponsable, según el cual por el poder soberano del Estado no era posible adjudicar

ningún tipo de responsabilidad, salvo que por previa disposición normativa así lo hubiera definido. Esta etapa es de plena impunidad y vulneración de los derechos patrimoniales de los administrados, por cuanto no existen garantías para hacer cesar tal conducta del Estado ni para reclamar la respectiva reparación. Posteriormente, dicha imposibilidad de atribuir responsabilidad al Estado fue parcialmente moderada por la jurisprudencia administrativa, la cual integró algunos insumos hermenéuticos que permitieron, parcialmente, esquivar la dureza de la soberanía estatal. A esta etapa se la conoce como la de responsabilidad creciente. La importancia de la adopción de la teoría de la responsabilidad en el ordenamiento jurídico colombiano radica en su concepción de garantía para los administrados, en los eventos en los que el Estado a través de sus agentes ocasione un daño, lo cual genera una obligación de reparar.

Después de ese reconocimiento paulatino, la responsabilidad del Estado sufrió unos avances importantes, sobre todo en el ámbito de la Constitución de 1991, porque en su contenido se reconoció la responsabilidad objetiva, lo que no significa que la responsabilidad subjetiva desapareció del sistema normativo, sino que existen dos regímenes que operan de forma concomitante. Sin embargo, hay que aclarar en este punto, que la responsabilidad por el hecho del legislador que actualmente se aplica en Colombia es la objetiva, lo que conlleva la identificación de los elementos constitutivos de la responsabilidad, como son la existencia real de un daño antijurídico imputable al Estado; la conducta lesiva del legislador, al haber aprobado una Ley o un Acto Legislativo de forma contraria a la norma superior y una relación de causalidad entre el daño y la actividad del legislador.

La presencia de estos elementos hace que el Estado, en virtud del artículo 90 constitucional, tenga la obligación de reparar lo perjuicios patrimoniales causados, forjándose en una garantía de

justicia para los administrados, fin último del Estado Social de Derecho. En esta misma sentencia la Corte definió que un sustento importante en el tema de responsabilidad del Estado por el hecho del legislador es la protección del patrimonio particular, pilar fundamental en el Estado Constitucional de Derecho, el cual reconoce que toda persona tiene la posibilidad de apropiarse legítimamente de algo, teniendo el Estado que garantizar el derecho de propiedad. En el mismo sentido sirve de sustento a la responsabilidad del Estado el principio de igualdad, especialmente la igualdad en las cargas públicas, principio que indica que los administrados deben soportar en igualdad algunas cargas que impone el Estado; sin embargo, dicho equilibrio puede romperse cuando la carga impuesta desborda el deber de soportarla, es decir la carga es superior a la de los demás, produciéndose de esa manera una desigualdad que la persona X no está en la obligación de soportar, teniendo el Estado que reparar los daños antijurídicos causados.

Pero no solo estos principios fundamentan la institución de responsabilidad, el trabajo de investigación permitió determinar que el rompimiento del equilibrio de las cargas públicas representa un síntoma de la deficiencia de la actividad del Estado, en el caso particular del legislador, hecho que acarrea una pérdida de confianza en el Estado y su concomitante deslegitimación, al constatar que el Estado no mantiene una relativa estabilidad en sus decisiones. En esos actos de desconfianza y deslegitimación se ve comprometida también la seguridad jurídica, principio fundamental del ordenamiento jurídico, cuya función es cerrar los espacios para la incertidumbre y generar certeza frente a los administrados.

Ejemplo de tales situaciones se observa en las normas que aprueba el legislador y que no pasan la revisión constitucional, pero que durante su vigencia produjeron efectos jurídicos, algunos de ellas ocasionaron daños antijurídicos que el Estado está en la obligación de resarcir

íntegramente. Ahora bien, tales obligaciones no operan de plano, pues el juez de responsabilidad tiene que realizar una análisis de conformidad tanto con la jurisprudencia del Consejo de Estado como con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, con el fin de determinar la presencia de los elementos de la responsabilidad, los cuales ayudan a precisar la existencia o no de la responsabilidad del legislador en la decisión.

El problema de este ejercicio es que la jurisprudencia del Consejo de Estado es ambivalente en este aspecto, pues las secciones A y C tienen distintos fundamentos y posturas sobre el mismo tema, situación que genera inseguridad jurídica, contradicciones y en algunos campos la vulneración del derecho a la igualdad. De alguna forma tales deficiencias jurisprudenciales trataron de remediarse en la sentencia de unificación de marzo de 2019, pero que, sin embargo, acogió la tesis elemental de sujeción de la responsabilidad a los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad.

A continuación se pretende evidenciar tales ambivalencias y consecuencias jurídicas en los casos TESA y especialmente en el caso Mercedez Benz Colombia vs Nación-Congreso de Colombia. La decisión de inexequibilidad de la Ley 633 del 2000 tuvo repercusiones importantes, no solo para los derechos de los contribuyentes sino para el derecho administrativo en general, ya que la discusión jurídica sobre la responsabilidad el Estado por el hecho del legislador sigue siendo compleja, a veces contradictoria, lo que en últimas genera desconfianza e inseguridad jurídica.

Durante su vigencia la Ley creó obligaciones tributarias que en algunos casos fueron efectivamente cumplidas, ya que el tributo TESA se había liquidado y pagado. Este hecho generó que las distintas sociedades impetraran reparación directa para que el Estado indemnizara lo perjuicios causados, pero la decisión de los jueces en sede de primera y segunda instancia fueran

diferentes, por lo que la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado interpuso acciones de tutela, al considerar vulnerados los derechos de debido proceso y defensa, siendo estas decisiones también distintas. En esta inseguridad jurídica la incertidumbre se apodera de las partes, sobre todo porque no se trata solamente de derechos patrimoniales sino que el asunto alcanza derechos fundamentales, cuestión que amerita una análisis más comprometido por parte de las autoridades, las cuales deben buscar coherencia en sus decisiones en la vía del principio de igualdad.

En ese contexto, la tesis de la subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado era "la antijuridicidad como ausencia de soporte normativo válido y vigente"; en otras palabras, el daño antijurídico sólo se produce si los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad son retroactivos, tesis que finalmente prevalece en la Sala plena del Alto tribunal. La subsección C en este sentido decidió no conceder las pretensiones de los demandantes, con el fundamento de que el daño no era un daño antijurídico porque los efectos del fallo de la Corte Constitucional eran hacia el futuro, por lo tanto los hechos ocurridos en vigencia de la norma estaban amparados en la presunción de legalidad y seguridad jurídica, situación que de plano excluía la posibilidad de hacer un análisis por el juez de responsabilidad. Materialmente, la Corte al momento de hacer la declaración de inconstitucionalidad es quien, de una vez y absolutamente, define la procedencia o no de la responsabilidad. El juez de responsabilidad se limitaba solamente a hacer una declaración bajo la decisión de la Corte Constitucional.

Claro que la cuestión no es tan simple como parece, porque la misma subsección C ha decidido de forma contraria, por ejemplo en el caso Goodyear de Colombia S.A. enfatizó que el análisis de la responsabilidad era independiente de los efectos de los fallos de la Corte Constitucional, ya que la responsabilidad era una cuestión independiente, y en ese sentido la actividad del legislador puede presentar fallas que producen daños antijurídicos que debe reparar.

De esa manera, una cosa en la intangibilidad de las situaciones jurídicas consolidadas antes del fallo de inconstitucionalidad y otra cosa es la responsabilidad del Estado. Aclaró, igualmente, que el responsable no es la autoridad facultada para recaudar el tributo TESA sino directamente del legislador, porque éste es quien dio lugar a la producción del daño antijurídico. Se aclara que esta decisión no fue consensuada y al interior de la subsección se evidenciaron inclinaciones a la primera tesis.

De otro lado, la tesis de la Subsección A giró en función de la "antijuridicidad como incompatibilidad con la norma superior", lo que quiere decir que existe responsabilidad por los daños antijurídicos ocasionados durante la vigencia de las normas inconstitucionales. Con esa fundamentación declaró la responsabilidad del legislador y accedió a las pretensiones de los demandantes. Esta tesis es la que mejor concilia el poder vinculante de los efectos de los fallos de la Corte con las funciones del juez de responsabilidad, pues no limita la valoración de juez a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad, hecho que sin duda es más garantista, tanto para la independencia judicial como para los derechos de los administrados.

Ante esas decisiones adversas el Congreso y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado interpusieron acción de tutela, obteniendo respuesta favorable por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, con el argumento de que se vulneraron los derechos fundamentales de tales instituciones e insistiendo en que se no se tuvo en cuenta el carácter vinculante de los efectos de los fallos de la Corte Constitucional. Con estas decisiones el juez constitucional inclina la balanza en favor de los intereses del Estado, disminuyendo de ese modo las posibilidades de reparación de los perjuicios para los afectados por la ley inconstitucional.

Todas esas tesis llevaron finalmente a contradicciones y a una especie de inseguridad jurídica que debía superarse, con esa intención el Consejo de Estado se propuso unificar su jurisprudencia en el caso Mercedez Benz Colombia vs Nación-Congreso de Colombia.

La Sala de Descongestión de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca decidió declarar patrimonialmente responsable a la Nación-Congreso de la República por los perjuicios ocasionados a Mercedez Benz, con el argumento de que se presentó una falla en el servicio derivada de la función legislativa. En segunda instancia el Consejo de Estado previamente afirmó que la sola declaración de inconstitucionalidad no es suficiente para determinar la responsabilidad, pronunciamiento que moderó la tesis vinculada a los efectos de los fallos de inconstitucionalidad, pero que finalmente hace prevalecer.

Para el Alto tribunal, además de observar los efectos de los fallos de la Corte Constitucional, el juez de responsabilidad debe hacer una análisis de legalidad y de imputabilidad con el fin de establecer responsabilidad. El examen de legalidad supone considerar la presunción de legalidad que tenía la norma y de las situaciones jurídicas que de ella se derivan, por lo que no se puede hablar de un daño antijurídico ni de imputabilidad. Esta tesis genera duda, en cuanto que la presunción de legalidad excluye responsabilidad, lo que iría en contra de la responsabilidad por daño especial. Además, comprender que la norma es inconstitucional pero sus efectos durante su vigencia no, solamente indican una interpretación que se ubica en contra de los derechos fundamentales de los administrados en favor de una “presunción”, que en últimas favorece los intereses del Estado.

Estas posiciones son problemáticas, ya que de una manera simplista la decisión del Consejo de Estado queda atada a la modulación de las sentencias que haga la Corte Constitucional, de tal forma que los efectos *ex tunc* y *ex nunc* son los determinantes para definir un daño como antijurídico. En efecto, si la Corte otorga efectos ex nunc no es posible hablar de la existencia de un daño antijurídico, porque son constitucionales los efectos de la norma inconstitucional; de otro lado, si el Alto tribunal confiere efectos *ex tunc*, el juez de responsabilidad debe realizar una análisis de antijuridicidad y de imputabilidad, con el fin de precisar la existencia de responsabilidad del legislador.

> Así las cosas, la antijuridicidad del daño se supedita a la modulación de los efectos de la sentencia, es decir, cuando los efectos de la sentencia son hacia el futuro o ex nunc, el daño acaecido entre la expedición de la norma y su declaratoria de inconstitucionalidad no será antijurídico, contrario sensu, será antijurídico el daño acaecido entre la expedición de la norma y su declaratoria de inconstitucionalidad, cuando se le hayan dado efectos retroactivos –ex tunc- al juicio de constitucionalidad (Ríos y Consuegra, 2018, p. 61).

Este modelo de interpretación anula la capacidad valorativa del juez contencioso, ya que lo hace dependiente absoluto de la Corte Constitucional. A la vez la Corte asume un papel que no le corresponde, pues es ese espacio se convierte en un juez indirecto pero absoluto en temas de responsabilidad. Pero más allá de eso preocupa que no se haga un juicio de ponderación profundo entre los principios de supremacía constitucional y seguridad jurídica, sino que la razón esencial sea que los efectos supuestamente constitucionales de una norma inconstitucional.

En consecuencia, si los efectos son ex nunc es posible afirmar la inexistencia de daño antijurídico y la ausencia de responsabilidad. En este caso el razonamiento, determinación y valoración de la responsabilidad no depende directamente del juez contencioso, pues esa cuestión viene determinada desde la sentencia de inconstitucionalidad, de tal forma que si el efecto es hacia el futuro no hay lugar a precisar responsabilidad por el hecho del legislador. Caso contrario, si el efecto de la sentencia es retroactivo, el juez de responsabilidad tendrá discrecionalidad para valorar cada uno de los elementos de la responsabilidad.

En suma, la norma vigente goza de presunción de legalidad bajo el amparo del principio de seguridad jurídica, razón suficiente que lleva al Consejo de Estado a concluir que las cargas derivadas de la actividad legislativa son soportables. Esta interpretación, se reitera, es muy ventajosa para los intereses del Estado, por ende desventajosa para los administrados, quienes por una presunción de legalidad y bajo el principio de seguridad jurídica ven sacrificado el principio de supremacía constitucional y especialmente sus derechos fundamentales.

Conclusiones y Recomendaciones

El desarrollo del trabajo comenzó por una conceptualización sobre varios temas importantes para comprender la responsabilidad del Estado en el marco de la actividad legislativa. Así, en el primer capítulo se desarrolló el tema del arte de legislar, la responsabilidad estatal, el daño antijurídico y la imputabilidad. Sobre el primer tema se pudo reconstruir bibliográficamente el arte

de legislar, el cual parte especialmente de la decadencia del Estado absolutista y el inicio de la República. En esa esfera se pudo precisar que el abandono del estado absolutista abrió paso a la recepción constitucional de la coexistencia de tres poderes, el legislativo, el ejecutivo y el judicial.

En el caso colombiano, se pudo evidenciar que la organización tripartita del poder tiene su origen en las primeras manifestaciones republicanas, las cuales se derivan del proceso de independencia. La necesidad de construir una república y una identidad nacional llevó a los líderes independentistas a formular estrategias que apuntaron a la liberación y a la organización del poder. Entre esas estrategias se adoptaron las jurídicas. De ese modo, desde las constituciones provinciales se plasmó la organización del poder de forma fraccionada. Esa visión se fortalecería en las constituciones nacionales, sobre todo en la Constitución de 1886. Claramente en esta Constitución se aprecia una distribución del poder bien definida, con unos órganos especializados, con tareas bien definidas. Sin embargo, con el cambio constitucional de 1991, esta tendencia llegará a la perfección organizativa. Los poderes públicos marchan en función de hacer posibles los fines esenciales del Estado.

Entre dichos poderes, el poder legislativo, que es un poder derivado, por lo tanto representante del pueblo, se organiza en la tradicional forma bicameral: Senado y Cámara de Representantes, cuya función general es hacer las leyes. El Congreso tendrá unas funciones como un solo cuerpo y funciones propias de sus cámaras, pero conjuntamente actuará en el propósito de la reforma constitucional y de la actividad legislativa, entre otras tareas. Para realizar esas labores tiene una organización institucional interna y unos procedimientos establecidos, que armónicamente confluyen para cumplir con su compromiso constitucional. Sin embargo, el desarrollo de sus tareas legislativas conlleva riesgos, en el sentido de que pueden ocasionar daños antijurídicos, como por ejemplo el daño producido en la vigencia de una ley que posteriormente pierde validez

constitucional por decisión de la Corte Constitucional, hecho que genera responsabilidad para el legislador y la obligación de reparar los perjuicios ocasionados.

Así mismo, se puede establecer que la responsabilidad del Estado en la primera etapa de desarrollo en el ordenamiento jurídico colombiano no había sido establecida en normas propias del derecho administrativo, por tanto existió la necesidad de apelar e interpretar normas del Código Civil para dar respuesta a las exigencias de justicia de los particulares por los perjuicios causados por el Estado. En ese contexto se aceptará desde la jurisprudencia la responsabilidad indirecta, es decir la responsabilidad por el daño causado por un servidor del Estado, más no porque éste sea directamente responsable. De esa forma el Estado era responsable porque sus agentes no habían tenido el cuidado suficiente a la hora de elegir al funcionario o de vigilarlo, falta que derivó en una especie de culpa del Estado.

Posteriormente, con el avance de la jurisprudencia, acomodándose a las expresiones que se daban en otras latitudes, la responsabilidad del Estado podía declararse directamente, especialmente cuando el Estado ejercía actos de gestión o autoridad, excluyendo los actos de poder como fundamento de responsabilidad. En seguida, el Estado, como autoridad administrativa, tenía la función de prestar servicios públicos a los administrados para suplir las necesidades, facultad que en su desarrollo podría ocasionar algún tipo de daño a los particulares, frente al cual debía proceder con su reparación. Esto dio lugar a la aplicación de la doctrina de la falla en el servicio, como responsabilidad subjetiva, que exigía la prueba de la culpa.

Con la vigencia de la Constitución de 1991, la responsabilidad del Estado abrió su espectro a la responsabilidad objetiva, expresamente consagrada en el artículo 90, según la cual el Estado será responsable por los daños antijurídicos causados por sus agentes. Desaparece la exigencia de

probar la culpa, pues para la configuración de la responsabilidad es suficiente con la existencia de unos elementos esenciales: i) la existencia cierta de una daño, que debe ser antijurídico; ii) la procedencia de la imputabilidad de dicho daño al Estado y iii) una relación de causalidad entre la conducta de los agentes y el daño producido a los particulares. El tercer elemento exigiría la identificación de un título de imputabilidad de la responsabilidad, pues solo así se supera la simple causalidad material.

A su turno, en el capítulo dos abordó los casos TESA y particularmente el caso Mercedez Benz vs Congreso de Colombia, dónde se pudo evidenciar la existencia de tesis distintas dentro del Consejo de Estado; más aún, dentro de las mismas secciones y subsecciones se evidenciaron dichas diferencias, lo que produce una inseguridad jurídica y la vulneración del principio de igualdad y confianza legítima, ya que los administrados no tienen certeza de las estabilidad del derecho y especialmente de la jurisprudencia. En el contexto de dichas diferencias y contradicciones se pudo evidenciar que, de un lado, la Subsección C, con algunas excepciones, acogió la tesis según la cual la responsabilidad debía sujetarse a los efectos de los fallos de la Corte Constitucional, de tal forma que si el efecto era *ex nunc* no era posible hablar de antijuridicidad y responsabilidad del legislador; del otro lado, si el efecto era *ex tung*, el juez contencioso debía hacer una análisis de los elementos que configuran la responsabilidad para determinar su procedencia.

De otro lado, la Subsección A consideraba que la responsabilidad era una institución distinta e independiente de la decisión de inconstitucionalidad, por lo que los efectos *ex nunc* de la Corte Constitucional no podían interpretarse como ausencia de responsabilidad del Estado, sino como un acto normal en control de constitucionalidad, que tiene como fin salvaguardar el principio de seguridad jurídica. En otras palabras, debe distinguirse entre las situaciones jurídicas que se produjeron en el ámbito de la vigencia de la normas, que bien pueden dar lugar a la causación de

un daño antijurídico, de los efectos de la decisión de la Corte Constitucional. En consecuencia, no por el hecho de que la norma se cobijaba por la presunción de legalidad se excluye absolutamente la responsabilidad del legislador; en este caso el juez debe determinar si existe la presencia de los elementos que configuran la responsabilidad.

A estas confrontaciones se suma la de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, que comportándose como juez de tutela evidenció su inclinación hacia la primera tesis, cerrando esas diferencias con el argumento de que la decisión del juez contencioso debe observar de forma imperativa en su decisión los efectos de las sentencias de la Corte Constitucional; esto con el fin de armonizar la jurisprudencia en ese sentido. Pero el problema de esta posición es que el juez constitucional al mismo tiempo e indirectamente es un juez de responsabilidad, situación que deja en un segundo plano al juez contencioso.

Sin embargo, en la sentencia de unificación de marzo del 2018, el Consejo de Estado pronunció que no es suficiente para el tema de responsabilidad tener en cuenta los efectos de la decisión de inconstitucionalidad, sino que también es necesario que el juez contencioso o de responsabilidad realice un análisis de legalidad y de antijuridicidad, en el que tenga en cuenta las situaciones jurídicas creadas durante la vigencia de la normas declaradas inconstitucionales, las cuales se amparan en la presunción de legalidad. Teniendo en cuenta este análisis debe hacer igualmente una análisis de antijuridicidad, con el fin de determinar la existencia de un daño no soportable, es decir antijurídico, para continuar con la imputabilidad.

El tercer capítulo profundizó sobre las consecuencias jurídicas de los casos bajo estudio, estableciendo que el tema de la responsabilidad por el hecho del legislador se ha determinado por tesis distintas que llevaron a decisiones también distintas, creando inseguridad jurídica y una

vulneración manifiesta al principio de igualdad. Estas contradicciones al fin encuentran un punto de encuentro en el fallo de unificación del Consejo de Estado, en el sentido de que adoptó una tesis intermedia, según la cual la responsabilidad del Estado debe pasar por un análisis de legalidad, antijuridicidad e imputabilidad y no solamente a la observancia de los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad de la Corte Constitucional.

Lista de Referencia o Bibliografía

Doctrina

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

Becerra, R. (2003). La Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.

Bustamante, A. (2003). *Derecho Administrativo Colombiano.* Bogotá: Librería Jurídica Sánchez R.

Bobbio, N. (1997). Las teorías de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político. México: Fondo de Cultura Económica.

Echavarría, M. (2012). Responsabilidad patrimonial del Estado Colombiano por el hecho del legislador. *Saber, Ciencia y Libertad.* ISSN: 1794-7154

García, M; Jaramillo, J; Rodríguez, A y Uprimny, R. (2019). El derecho frente al poder. Surgimiento, desarrollo y crítica del constitucionalismo moderno. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Gamba, J. (2005). Responsabilidad del Estado legislador. *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.*

González, O. (2009). Responsabilidad del Estado en Colombia: responsabilidad por el hecho de las leyes. *Humanidades* 37 (1), pp. 77-86.

Henao, J. (1995). *Panorama del derecho constitucional colombiano,* 9.a ed. Bogotá: Temis.

Henao, J. (2013). Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa colombiana. Bogotá: Universidad Externado.

Jiménez, W. (2013). Origen y Evolución de las Teorías sobre la Responsabilidad Estatal. *Diálogo de Saberes* 38, pp. 63-78.

Margaux, Y, Ardila J. (2007). Diversas formas de responsabilidad del estado por la actividad administrativa. *Revista Diálogo de Saberes* 26, pp. 145 – 162.

Meneses, O. (2018). Kant, Kelsen and Rawls liberalism in the perspective of international peace configuration. *Reflexión Política del año 20* No. 40.

Mendoza Vásquez, J. (2011). Títulos jurídicos de imputación en la responsabilidad extracontractual del Estado. *Revista pensamiento americano* 4 (7), pp. 47-51.

Montesquieu. El espíritu de las Leyes. México. Partido de la Revolución Democrática. https://www.prd.org.mx/libros/documentos/libros/espiritu-leyes.pdf.

Navia, F. (2000). La Responsabilidad extracontractual del Estado a la luz del artículo 90 de la Constitución Política. *Revista de Derecho Privado* 6, pp. 211-232.

González, O. (2009). Responsabilidad del Estado en Colombia. Responsabilidad por el hecho de las leyes. *Revista Humanidades, 37, (1), pp. 34-56.*

Kant, I. (2003). *Crítica de la razón práctica*. Buenos Aires: Editorial Losada S.A.

Rawls, j. (2001). *La justicia como equidad*. Buenos Aires. Paidos

Ruíz, W. (2012). *La responsabilidad del Estado y sus regímenes*. Bogotá: Ecoe.

Rodríguez, L. (2002). Derecho Administrativo: general y Colombiano. Bogotá: TEMIS.

Santofimio, J. (2003). Tratado de Derecho Administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Locke, J. (sf). S*egundo Tratado Sobre el Gobierno Civil*. file:///Users/adrianz/Downloads/SEGUNDO_TRATADO_SOBRE_EL_GOBIERNO_CIVIL.pdf.

Olano, H. (2007). *Historia del Constitucionalismo Colombiano.* Bogotá: Universidad La Gran Colombia.

Rios, Karina y Consuegra, María. (2018). *La responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado por el hecho del legislador por menoscabo al principio de confianza legítima*. Tesis Presentada para obtener el título de grado de la Maestría en Derecho Administrativo. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

Ruiz, W. (2012). *Responsabilidad del Estado y sus regímenes*. Bogotá: ECOE ediciones.

Saavedra, R. (2005). *La responsabilidad extracontractual de la Administración Pública.* Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

Saavedra, R. (2018). *De la responsabilidad patrimonial del Estado*. Bogotá: Saavedra Abogados.

Tamayo, Javier. (2001). *Responsabilidad del Estado (El riesgo excepcional y las actividades peligrosas). El daño antijurídico*. Bogotá: Temis.

Zeballosf-Cuathin, Adrian y Cáceres, Enrique. (2019). *La constitucionalización del ordenamiento jurídico. El caso italiano y colombiano*. Revista Inciso. Bogotá: Universidad La Gran Colombia.

Zeballosf-Cuathin, A. (2018). Una breve historia legislativa del derecho administrativo y de la administración pública colombiana. El influjo de la Constitución de

1991. En J. Escobar y O. Salazar (eds.), *Estudios sobre democracia en Colombia: diseños institucionales y participación ciudadana* (pp. 38-62). Bogotá: Senado de la República. Centro de Investigaciones y Altos Estudios Legislativos. Serie de estudios legislativos N. 7.

Normatividad

Constitución política de Colombia [Const. P.]. (1991). Colombia: Leyer, 2.da ed. 10/02/2020. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Corte Constitucional [C.C.], octubre 15, 1996, M.P: J. Hernández Galindo. Sentencia T-533/96. Colombia. 07/02/2020. https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/t-533-96.htm.

Corte Constitucional [C.C.], abril 29, 1997, M.P: A. Martínez Caballero. Sentencia C-221/97. Colombia. 14/04/2021. https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-221-97.htm.

Corte Constitucional [C.C.], agosto 22, 2001, M.P: R. Escobar Gil. Sentencia C-892/01. Colombia. 03/02/2020. https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-892-01.htm.

Corte Constitucional [C.C.], enero 27, 2004, M.P: M. Monroy Cabra. Sentencia C-043/04. Colombia. 22/04/2020. htpp://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C043-04.htm.

Corte Constitucional [C.C.], febrero 01, 2006, M.P: H. Sierra Porto. Sentencia C-038/16. Colombia. 27/02/2020. https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-038-06.htm.

Corte Constitucional [C.C.], febrero 26, 2010, M.P: H. Sierra Porto. Sentencia C-141/10. Colombia. 18/11/2020. https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-141-10.htm.

Corte Constitucional [C.C.], septiembre 19, 2011, M.P: H. Sierra Porto. Sentencia C-685/11. Colombia. 11/10/2020. https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-685-11.htm.

Corte Constitucional [C.C.], mayo 03, 2017, M.P: G. Ortíz Delgado. Sentencia C-286/17. Colombia. 05/02/2020. https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-286-17.htm.

Corte Constitucional [C.C.], junio 28, 2017, M.P: G. Ortíz Delgado. Sentencia C-408/17. Colombia. 07/10/2020. https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-408-17.htm.

Corte Constitucional [C.C.], enero 31, 2019, M.P: L. Guerrero Pérez. Sentencia SU-037/19. Colombia. 18/04/21. https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/SU037-19.htm.

Consejo de Estado [C.E.], Sección Tercera, mayo 07, 1998, M.P: R. Hoyos Duque. No. 10397. Colombia. https://www.redjurista.com/Documents/consejo_de_estado,_seccion_tercera_e._no._n10397_de_1998.aspx#/.

Consejo de Estado [C.E.], Sección Tercera, agosto 11, 2010, M.P: M. Fajardo Gómez. No. 20001-23-31-000-1998-04061-01(18499). Colombia. http://editorapublica.com/?p=119552.

Consejo de Estado [C.E.], Sección Tercera, septiembre 26, 2002, M.P: A. Hernández Enríquez. No. 20945. Colombia. http://editorapublica.com/?p=11955212.

Consejo de Estado [C.E.], Sección Tercera, marzo 27, 2014, M.P: D. Rojas Betancourth. No. 27364. Colombia. http://editorapublica.com/?p=119552134.

Consejo de Estado [C.E.], Sección Tercera, octubre 20, 2014, M.P: J. Santofimio Gamboa. No. 29355. Colombia. http://editorapublica.com/?p=1195521223.

Consejo de Estado [C.E.], Sala Plena, marzo 13, 2018, M.P: D. Danilo Rojas Betancourth. No. 250002326000200300208-01. Colombia. https://www.pwcimpuestosenlinea.co/Repositorio%20PwC/PDF/Jurisprudencia/Consejo%20de%20Estado/Secci%C3%B3n%204/Sentencias/2018/SEN-Exp-028769-18.pdf.