

resumen

Analizar el fenómeno de la responsabilidad del Estado causada por los hechos del Legislador ha sido un trabajo desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia internacional a mediados del siglo XX. Para el caso colombiano, la Constitución de 1991 introdujo en su artículo 90 el fundamento constitucional de la responsabilidad patrimonial del Estado, sin que esto signifique que la jurisprudencia del Consejo de Estado encontrara las bases de esta responsabilidad en diferentes disposiciones de la Constitución de 1886 tales como los artículos 2º, 16 y 30, normas constitucionales que consagraban el principio de legalidad, el deber del Estado para proteger la vida, honra y bienes de los ciudadanos, así como el de garantizar el derecho a la propiedad privada y demás derechos de las personas que tuviesen el carácter de adquiridos. Sin embargo, los primeros fallos relacionados con este título de imputación en Colombia fueron emitidos por el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo colombiano en 1998 y por la Corte Constitucional, a través de la sentencia C-038 de 2006, providencia judicial que estableció algunas de las características que posee esta figura jurídica.

Palabras clave: Estado Social de Derecho, responsabilidad extracontractual del Estado, Legislador, Poder Público, daño antijurídico, jurisprudencia.

abstract

The Patrimonial Responsibility of Legislators

Analysis of the phenomenon of state responsibility for legislative acts has been a subject of study that has been developed both in mid-twentieth century doctrine and international jurisprudence. In the Colombian case, Article 90 of the Constitution of 1991 introduced the constitutional principle of patrimonial responsibility of the state, without this meaning that Council of State jurisprudence would find the basis of this responsibility in different provisions of the Constitution of 1886, such as articles 2, 16 and 30, constitutional provisions which establish the principle of legality, the duty of the state to protect the life, honor and property of citizens, as well as to guarantee the right to private property and other acquired rights of persons. Nevertheless, the first decisions relating to this title of imputation in Colombia were handed down by the Maximum Colombian Tribunal of Administrative Litigation in 1998 and by the Constitutional Court through decision C-038 of 2006, a judicial writ that established some of the characteristics of this legal figure.

Key words: social state of law - extra-contractual responsibility of the state - legislator - public power - anti-juridical damage - jurisprudence.

resumo

A responsabilidade patrimonial do legislador

Analisar o fenômeno da responsabilidade do Estado causada pelos atos do Legislador tem sido um trabalho desenvolvido tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência internacional na metade do século XX. Na Espanha, seu estudo começou a se executar com a promulgação da Constituição de 1978, apresentando-se a primeira sentença judicial no ano de 1993. Para o caso colombiano, a Constituição de 1991 introduziu, em seu artigo 90, o fundamento constitucional da responsabilidade patrimonial do Estado, sem que isso significasse que a jurisprudência do Conselho de Estado encontraria as bases dessa responsabilidade em diferentes disposições da Constituição de 1886, tais como os artigos 2, 16 e 30, normas constitucionais que consagravam o princípio de legalidade, o dever do Estado para proteger a vida, a honra e os bens dos cidadãos, assim como o de garantir o direito à propriedade privada e demais direitos das pessoas que tivessem o caráter de adquiridos. Contudo, as primeiras sentenças relacionadas com esse título de imputação na Colômbia, foram emitidas pelo máximo Tribunal do Contencioso Administrativo colombiano no ano de 1998 e pela Corte Constitucional por meio da sentença C-038 de 2006, providência judicial que estabeleceu algumas das características que possui esta figura jurídica.

Palavras chave: Estado Social de Direito, responsabilidade extracontractual do Estado, Legislador, Poder Público, dano antijurídico, jurisprudência.

Recibido: noviembre de 2011 / Aprobado: abril de 2012

CORREO IMPRESO: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo - Cobertizo San Pedro Mártir s/n. 45071-Toledo.

Leiva Ramírez, Eric y Alonso García, María Consuelo. 2012. "La responsabilidad patrimonial del legislador". *Administración & Desarrollo* 40(55): 33-48.

La responsabilidad patrimonial del legislador

ERIC LEIVA RAMÍREZ*

MARÍA CONSUELO ALONSO GARCÍA**

1. Introducción

La regla general es que la responsabilidad venga generada por actuaciones, hechos u omisiones realizadas por la Administración Pública (Silva 1997, 365) (de ahora en adelante, simplemente Administración). Sin embargo debe entenderse que en un Estado Social de Derecho, todas las ramas del Poder Público, son susceptibles de imputación por los daños antijurídicos que ocasionen a los asociados. Por ende, se puede señalar que también existe responsabilidad derivada de las actuaciones u omisiones que realice el órgano que representa a la Rama Legislativa del Poder Público.

La irresponsabilidad del Estado por los daños causados por la legislación ha sido admitida durante mucho tiempo como un dogma; la ley solo es la manifestación más alta de la soberanía del Estado, lo que convertía al Estado legislador en irresponsable (por lo menos desde la óptica de la responsabilidad civil del Estado).

En general, de la tradicional división del Poder Público en tres Ramas, la Ejecutiva, la Legislativa y la Judicial, la obligación de reparar daños causados por la actividad estatal, en principio, se predicó exclusivamente de las lesiones patrimoniales causadas por la Administración, entendida esta como poder ejecutivo, mientras que solo lentamente, desde mediados del siglo pasado, comienza a admitirse la posibilidad de que el Estado esté obligado a reparar los daños ocasionados por hechos o actuaciones imputables a la Ramas del Poder Público Judicial y Legislativo.

Curiosamente, la reticencia inicial a admitir la posibilidad de que la actuación del Legislador produjera daños que debían ser reparados es común a la mayoría de los ordenamientos jurídicos, y a este respecto no hay diferencias notables entre el *civil law* y el *common law*. El fundamento a tales reparos hay que buscarlo en el principio

* Abogado de la Universidad Libre. Magíster en Derecho Administrativo de la Universidad Libre. Especialista en Pedagogía y Docencia Universitaria de la Universidad La Gran Colombia. Estudiante del Doctorado en Derecho de la Universidad de los Andes. Asistente Graduado de la Universidad de los Andes. Investigador y Docente Universitario.

CORREO-E: ea.leiva60@uniandes.edu.co, eric.leiva@ugc.edu.co

** Doctora en Derecho y Profesora Titular de Derecho Administrativo y Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad Castilla La Mancha (Toledo - España). CORREO-E: Consuelo.Alonso@uclm.es

de soberanía parlamentaria, apasionadamente defendido por las revoluciones burguesas de los siglos XVII y XVIII, el cual terminaría por convertirse en uno de los pilares del Estado liberal clásico.

Según este principio el Parlamento, como órgano depositario de la soberanía, no podía ocasionar con su actuación daños que debieran ser reparados, pues sus decisiones fueron una expresión del poder supremo del Estado. Resultan muy esclarecedoras las palabras de Laferrière:

*[...] es una cuestión de principio el que los daños causados a los particulares por las medidas legislativas no determinen derecho alguno a indemnización. La ley es, en efecto, un acto de soberanía, y lo propio de la soberanía es imponerse a todos sin que frente a ella pueda reclamarse ninguna compensación. Solamente el legislador puede apreciar, a la vista de la naturaleza y gravedad del daño y de las necesidades y recursos del Estado, si debe acordar tal compensación: la jurisdicción no puede sino evaluar el montante de la misma, sobre las bases y en la forma prevista por la Ley (...). De todo lo que precede resulta que las cuestiones de la indemnización que nacen de la ley no derivan sino de la ley; la jurisdicción administrativa no puede conocer de una acción tendente a establecer una indemnización a cargo del Estado, salvo si el mismo legislador ha creado tal acción (Santamaría 1972, 73)*¹.

Entonces, los súbditos estaban obligados a soportar los daños ocasionados por las leyes, y era inconcebible pensar que tales daños pudieran ser antijurídicos, precisamente porque provenían del órgano que encarnaba la soberanía y la potencia del Estado: El Parlamento. El reconocimiento y pago de las eventuales lesiones patrimoniales causadas por una disposición legislativa estaban supeditados a la voluntad del legislador y a que este normativamente, admitiera tal posibilidad (Corte Constitucional 2006).

Es importante aclarar que en el presente documento se habla de la teoría de la responsabilidad del Estado por el hecho del Legislador, cuando no está consagrada dicha obligación de reparar en figuras propias de la

tradicción constitucional, tales como la expropiación, los monopolios rentísticos, los indultos y amnistías, entre otras; pues de ello sí existe un desarrollo jurídico y jurisprudencial amplio e importante que, por no haber sido objeto de la presente investigación, se omitió su estudio.

2. Antecedentes

La ausencia de control de constitucionalidad de las leyes reforzaba esta idea. pues la imposibilidad de someter las leyes a una revisión jurisdiccional que permitiera deducir la eventual falta o culpa del legislador y, por consiguiente, la falla del servicio, requisito exigido inicialmente en la apreciación de la responsabilidad estatal, impediría, al menos en Francia, la posibilidad de imponer al legislador un deber de compensación pecuniaria de las lesiones que su actuación pudiera producir (Alonso 1999, 25).

Según anota Jean Rivero:

No obstante, la exigencia de un daño especial supone a menudo un obstáculo a la aplicación de la responsabilidad. El problema solo se plantea en el silencio de la ley: si ella excluyó toda indemnización para los daños que cause [...] basta con aplicar el texto. Si nada previó, el principio tradicional es la irresponsabilidad del estado legislador [sic]: por regla general, los sacrificios que la ley pueda imponer a los ciudadanos no podrían ser compensados con una indemnización cuando el mismo legislador no previó esta indemnización (Torregoza 2007, 15).

Adicionalmente, la generalidad y abstracción de las disposiciones legislativas dificultaba la caracterización de los perjuicios de ella derivados como especiales o particulares, únicos que inicialmente en la teoría de la responsabilidad extracontractual administrativa podían ser objeto de reparación (Torregoza 2007, 27).

En concordancia con lo anterior, existía el planteamiento que cuando en ejercicio de su “soberanía”, el legislador expide una ley que reemplaza o modifica otra, no viola la ley existente ya que esta situación únicamente implica el ejercicio normal de las prerrogativas del Poder Público, puesto que si el Legislador es el autor de las normas, es incomprensible sostener que la ley pudiese transgredir el derecho; solo puede violar el derecho aquel funcionamiento u organismo que tiene a su cargo la función de ejecutar la ley, pero no quien tiene la función de crearla (Varas 1948, 396).

¹ Corte Constitucional, Sentencia C-038 de 1° de febrero de 2006, Magistrado Ponente: doctor Humberto Antonio Sierra Porto. Este principio encontró su génesis en el derecho francés, en Sr. de se encontraba justificado (en principio), por cuanto en dicho sistema la actividad de los órganos legislativos estaba sustraída a todo control por parte de la jurisdicción. Sin embargo, este “paradigma” es roto y modificado.

Se creía que el Legislador se encuentra en la cúspide de la pirámide jurídica; la actividad normativa del mismo se erige como la peana del ordenamiento jurídico en su totalidad y, por tal razón, era inconcebible que el Estado se viera obligado a reparar un daño causado debido al ejercicio de esta autoridad. Como idea vacilar de estas proposiciones aparece el principio del derecho público anglosajón según el cual el rey no puede cometer error y que es expresado en el axioma *the king can do no wrong* (Torregoza 2007, 17).

A pesar de la consistencia teórica y la razonabilidad de los argumentos esgrimidos como fundamento de la irresponsabilidad, existen en la actualidad razones de valor indiscutible que permiten sostener la existencia de un régimen de responsabilidad del Estado por el hecho del Legislador (Bustamante 2003, 185).

En efecto, con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, la generalización del control de constitucionalidad de las leyes en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, por una parte, y la creciente expedición de leyes singulares que afectaban a un número concreto e individualizado de ciudadanos, por otra, significó la quiebra de los presupuestos sobre los cuales descansaba la inmunidad del legislador. Pero la ruptura de tales supuestos no se produjo de manera simultánea, ni significó necesariamente la admisibilidad generalizada de la responsabilidad del Estado legislador (Corte Constitucional 2006).

Cabe destacar que el primer reconocimiento jurisprudencial de la responsabilidad del Estado por el hecho del Legislador se produjo en Francia en un momento histórico –1938–, pues para ese momento en dicha nación aún no se había admitido el control constitucional de las normas legales².

Entonces, 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 (Ahumada 2001, 307),

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

² Como es sabido los primeros países en introducir un sistema de control de constitucionalidad en Europa fueron Checoslovaquia y Austria en 1920, pero en Francia el Consejo Constitucional fue creado de manera muy tardía en 1958, empero se trataba de un típico caso de expedición de una ley singular la cual causaba perjuicios exclusivamente a un particular tal y como ocurrió en el famoso caso *arrêt La Fleurette*, ejemplo sobre el cual se volverá más adelante.

responsabilidad estatal, ni todo reconocimiento de la responsabilidad del legislador tiene como requisito la previa declaratoria de inconstitucionalidad de una norma.

Incluso, un examen del derecho comparado demuestra la independencia de ambas figuras pues es posible apreciar que hay ordenamientos sin control de constitucionalidad de leyes vigentes que reconocen la posibilidad de responsabilidad del Legislador (Francia); ordenamientos sin control de constitucionalidad de leyes y sin mecanismos de exigencia de responsabilidad del Legislador (Reino Unido); ordenamientos con control de constitucionalidad en los que no hay una asociación entre inconstitucionalidad y responsabilidad patrimonial (EE. UU.) (Ruiz 2005, 3)³; ordenamientos con control de constitucionalidad y reconocimiento –limitado a lo dispuesto por la ley– de un derecho a indemnización por los perjuicios causados por leyes (España), y ordenamientos con control de constitucionalidad en los cuales no se admite la responsabilidad del Legislador (Alemania)⁴.

4. Fundamento y evolución de la responsabilidad estatal por el hecho del legislador en Colombia, Francia y España

Determinar el régimen particular de la responsabilidad del Estado legislador, o si se prefiere los títulos de imputación del daño antijurídico a la actuación u omisión del Congreso de la República,

³ En Estados Unidos no es posible una responsabilidad estatal por la producción de una ley, una vez que esta se ha declarado constitucional. Solo puede destacarse la 5ª enmienda constitucional según la cual quien sea privado de su propiedad debe recibir una justa compensación.

⁴ En Alemania, a partir de 1831, la responsabilidad estatal por los llamados actos de legislación debía ser consagrada por la ley expresamente. La constitución alemana de 1949, al igual que la anterior de 1919, consagra la responsabilidad estatal irrigada por el elemento culpa, elemento que desaparece con la expedición de la ley de responsabilidad patrimonial del Estado de 1981, y el establecimiento de la responsabilidad objetiva, ley que fue declarada inconstitucional, desde el punto de vista formal, por el Tribunal Constitucional alemán en sentencia de 19 de octubre de 1982. Esta ley, en su artículo 5º inciso 2º disponía: “Si consiste la infracción del deber en un comportamiento antijurídico del legislador, tendrá lugar la responsabilidad solo cuando, y en la manera en que la ley lo determine. La responsabilidad por infracciones del deber del poder ejecutivo o judicial que se basen exclusivamente en el comportamiento del legislador no queda afectada”. Es curioso como la responsabilidad “legislativa” estaba limitada a los supuestos de responsabilidad prescritos en la misma ley, pero la derivada de los actos del poder ejecutivo o judicial por ejecución de una ley “antijurídica”, no requería de supuestos legales predeterminados para su declaración.

es una tarea que en todo caso corresponde precisar al propio Legislador en ejercicio de su potestad configuradora y a la Jurisprudencia Contencioso Administrativa, como Juez especializado en la materia (Corte Constitucional 2006).

Sin embargo, existen autores que sostienen lo contrario. Así, por ejemplo García de Enterría (2005) al respecto dice:

Que las sentencias condenatorias al pago de indemnizaciones por el hecho de las leyes interfieren directa y gravemente la propia potestad legislativa me parece una evidencia manifiesta.

[...] Resulta con ello perfectamente claro que la atribución del deber indemnizar por las posibles y diversas afecciones económicas que cualquier ley puede producir supone una injerencia directa en el contenido mismo del Poder Legislativo, la eficacia de cuyos productos normativos quedará condicionada por decisiones judiciales eventuales y aisladas.

Este poder de interferir la eficacia misma de las leyes, adicionando a su contenido decisiones que ellas o excluyeron expresa o implícitamente o que ni siquiera consideraron como posible, no está, por de pronto, a la disposición del Tribunal Constitucional, que tiene una competencia específica para enjuiciar las leyes y que lo más que puede hacer es eliminar del ordenamiento la ley impugnada en cuanto contraría a la Constitución o incluso hacer preceptiva una determinada interpretación conforme a la Constitución, esto en términos absolutos, adicionar a su contenido preceptos nuevos, que es un atributo esencial y exclusivo del propio Poder Legislativo, en cuanto representación del pueblo español. En ningún sistema constitucional ni ordinario, puede enmendar leyes positivas. La sola presencia de un fenómeno de esa naturaleza acusaría, sin más, que el sistema no sería ya, en modo alguno, democrático.

[...] De este modo, se hace patente que cuando un tribunal condena al pago de una indemnización por un acto del Legislador está sustituyendo la voluntad de este; voluntad de que la Constitución es inequívoca en definir como la voluntad del pueblo. Ahora bien, esta operación está absolutamente fuera del alcance de los poderes

de cualquier juez, incluso, por supuesto, del juez constitucional (2005, 122).

[...] En ningún país, no solo en España, ocurren las cosas de otra manera...Y hemos de añadir aún: ni pueden ocurrir, pues otra cosa significaría una desnaturalización radical del papel de la justicia, que se vería investida de un sorprendente poder normativo directo frente a la representación popular o soberana (2005, 124).

No obstante reconocer que García Enterría es un experto en la materia, y sin dejar de lado las minuciosas diferencias que existen entre el ordenamiento jurídico colombiano y el español y, el control de constitucionalidad de las leyes en los dos Estados, se difiere con el tratadista ibérico.

En efecto, no debe soslayarse que a pesar de la existencia de una regulación de carácter legal que desarrolle de manera exhaustiva la responsabilidad del Estado por el hecho del Legislador o que, al menos, consagre un principio general de la responsabilidad, el ordenamiento jurídico colombiano (al igual que el español) cuenta con una norma que, de forma genérica, consagra una obligación indemnizatoria a cargo del Estado cuando la acción o la omisión de las autoridades públicas causa daño, sin distingo alguno respecto de la autoridad de que se trate.

En Sentencia C-038 de 2006, la Corte Constitucional expresó que desde un punto de vista amplio, en el artículo 90 de la Constitución Política al referirse a las autoridades públicas, se encuentran incluidos aquellos órganos de naturaleza estatal encargados de ejecutar funciones de carácter legislativo (Corte Constitucional 2006), sin perjuicio de que sea la ley la que fije los lineamientos, parámetros y cauces dentro de los cuales se ha de hacer efectivo este tipo de responsabilidad.

Al respecto resulta particularmente ilustrador observar la evolución de la figura desde la perspectiva del derecho comparado y en la jurisprudencia contencioso administrativa colombiana.

Por lo anterior, no resulta extraño que en el derecho comparado la figura de la responsabilidad estatal por el hecho del Legislador haya sido de creación jurisprudencial y en cada país se han acogido distintos regímenes y fundamentos de responsabilidad, pues difícilmente el mismo órgano legislador se iba a imponer un límite a su función y menos a aceptar que esta ocasionaba daños, pues ante todo, es un

órgano representativo de la soberanía y esta, a su vez, no repara por los daños que ocasione. Por ello, en los primeros casos de declaratoria judicial de responsabilidad del Estado legislador que tuvieron lugar en Francia, el Consejo de Estado sostuvo como fundamento de la responsabilidad la ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas, mientras en España el Tribunal Supremo acudió inicialmente al fundamento de la violación del principio de confianza legítima, y solo en fecha reciente reconoció la responsabilidad estatal por causa de leyes inconstitucionales. Sobre el desarrollo de esta figura jurídica en los dos ordenamientos jurídicos anteriormente mencionados, se hará una especial mención más adelante, pues a continuación se hará una breve descripción de los distintos supuestos de responsabilidad y de las principales decisiones jurisprudenciales proferidas en el derecho comparado hasta la fecha.

3.1. El caso francés: La responsabilidad del Estado - Legislador por la ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas

No es posible hablar de responsabilidad por el hecho del Legislador sin citar las primeras decisiones que sobre el tema dictaminó el Consejo de Estado francés, las cuales son frecuentemente citadas por los tratadistas y doctrinantes que sobre la materia existen. En efecto y como antes se señaló, este es el caso francés, en el cual el origen de la obligación de reparar el daño producido por el Legislador radica en la situación de desigualdad provocada por la norma legal que repercute perjudicialmente sobre un individuo respecto del resto de la colectividad (Alonso 1999, 45).

En la primera de las decisiones del Consejo de Estado francés reconoce una indemnización de este carácter, el *arrêt La Fleurette*. Los supuestos fácticos del caso son los siguientes: En el año de 1934 se expidió una ley que prohibió la fabricación y el comercio de la crema láctea que se fabricara con materia distinta a la leche. La única empresa afectada por esta disposición resultó ser la *Société des produits laitiers La Fleurette*, que fabricaba un producto denominado *gradine* compuesto de leche, aceite de cacahuets y yema de huevo. En la Sentencia de 14 de enero de 1938 señala el Consejo de Estado francés:

[...] Considerando que nada, ni en el texto de la ley ni en sus trabajos preparatorios, ni del conjunto de las circunstancias del asunto

permiten pensar que el Legislador ha querido hacer soportar a la interesada una carga que no le incumbe normalmente; que esta carga, creada por el interés general, debe ser soportada por la colectividad, de lo que se infiere que dicha sociedad La Fleurette tiene fundamentos para demandar que el Estado sea condenado a pagar una indemnización en reparación del perjuicio por ella sufrido”.

Esta decisión fue posteriormente ratificada en el *arrêt Bover*. Los hechos que dieron lugar a esta decisión tienen origen en la demanda interpuesta por M. Bovero, propietario de una vivienda ocupada por un tercero, quien a pesar de haber obtenido una sentencia judicial ordenando el desalojo de esta, no había conseguido el cumplimiento del fallo por la expedición de una ley en 1959 que prohibía el desahucio de los de militares en servicio en el norte de África. En esta Sentencia de 23 de enero de 1963, se sienta definitivamente la vulneración del principio de igualdad ante las cargas públicas como criterio del nacimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado-Legislator. En tal sentido dispone esta decisión:

[...] Tal perjuicio constituye, para aquellos que lo experimentan, una carga especial con relación al conjunto de cargas normales que incumben al conjunto de propietarios de vivienda ocupadas por terceros; que, por su gravedad y especialidad, tal perjuicio presenta un carácter excepcional suficiente para determinar, en el silencio de los preceptos legales, la responsabilidad sin falta del Estado.

De esta manera, el carácter excepcional y anormalmente grave que presenta el perjuicio derivado de una disposición de rango legal se convierte así, en determinante para la satisfacción material de la víctima. En esta construcción la especialidad del daño es un requisito esencial, porque como afirma Odent “si el daño causado por la ley fuere general, sería contradictorio pretender repararlo mediante la concesión de una indemnización que gravaría a toda la colectividad” (Santamaría 1972, 12).

3.2. El caso español: La responsabilidad patrimonial del Estado por violación del principio de confianza legítima y la derivada de leyes inconstitucionales

Pese a los sólidos argumentos de la doctrina española sobre la inmunidad del Legislador, representada,

como hemos tenido ocasión de señalar más atrás, por uno de los máximos exponentes de esta, el profesor García de Enterría, lo cierto es que la acción del Tribunal Supremo no ha cesado hasta concretar la obligación resarcitoria del Estado derivada de las leyes, ya se trate de disposiciones legislativas que conculcan el principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución española de 1978, aun cuando dicha violación no haya sido declarada como tal por quien en el sistema español ostenta el monopolio para declarar la contradicción de una ley frente a la norma fundamental, ya vengan producidos los daños por leyes declaradas inconstitucionales.

Las razones que han contribuido a la consolidación, por vía pretoriana, de esta tesis es el resultado de diversos condicionantes, especialmente la pérdida, en cierta medida, de su carácter soberano por la admisión de su control por una norma superior, la Constitución, pero también la tendencia advertida recientemente en nuestros Parlamentos, a dotar a la ley de contenidos propios de las normas administrativas, por la evidente politización de las Cámaras legislativas, y a la renuncia de la propia norma legal a legislar para la generalidad, admitiéndose como una categoría jurídica más las denominadas leyes singulares. A ello hay que añadir la decisiva influencia en este terreno del Derecho de la Unión Europea, que ha culminado en la definitiva restricción de los planteamientos excluyentes de este tipo de acción.

3.2.1. *La responsabilidad patrimonial del Legislador por la adopción de leyes vulneradoras del principio de confianza legítima*

La aceptación de la violación del principio de seguridad jurídica o de la confianza legítima ínsita en la ley como argumento en el que basar el resarcimiento de los perjuicios causados por su autor, fue acogida por las sentencias relativas a las empresas pesqueras desde 1993 (Tribunal Supremo 1993, 1994 y 1997). Estas tienen como punto de partida el mismo hecho: la incorporación de España a la Unión Europea, que determinó, entre otras consecuencias, la rebaja de los cupos de pesca de los armadores nacionales. Esta situación fue común a otros sectores empresariales, como el lácteo, o a otras profesiones, que incluso fueron objeto de supresión, como los corredores de comercio, los agentes de cambio y bolsa, pero el punto de inflexión que fue determinante para apreciar el deber reparatorio del Estado en este

supuesto concreto —y no así en los demás—, fue el hecho de que las entidades mercantiles dedicadas a la pesca habían realizado notables inversiones para la renovación de su flota, aprovechando para ello las ventajas económicas que el propio Gobierno, mediante Real Decreto, les brindó unos meses antes de la firma del Tratado de Adhesión.

Fueron, por consiguiente, la propia acción de fomento del Ejecutivo, combinada con la aprobación de la Ley de Adhesión a la Comunidad Europea, las auténticas artífices del daño causado a los empresarios, quienes habían realizado inversiones para la mejora de su actividad comercial confiando en el mantenimiento del ordenamiento jurídico al menos durante el tiempo necesario para amortizar la deuda contraída.

La particularidad de la intervención estatal como causa desencadenante del perjuicio derivado de la imposición de la ley es también absolutamente determinante para la consideración de la responsabilidad del Legislador en los supuestos de las leyes sobre hidrocarburos de Canarias (Tribunal Supremo 1998)⁵: el origen del año no se encuentra aquí tanto en la creación de un determinado impuesto especial sobre combustibles derivados del petróleo —típico supuesto de desaparición de la antijuricidad del daño (concretado en la obligación de soportar la norma impositiva) como requisito previo al reconocimiento de la responsabilidad patrimonial—, sino en la imposibilidad de las entidades recurrentes de vender el carburante almacenado a un precio libre, ya que este lo fija el Gobierno mediante disposición reglamentaria.

Posteriormente, la alta instancia jurisdiccional española considerará como daño indemnizable los perjuicios ocasionados a los propietarios de diversas parcelas radicadas en las Islas Baleares afectados por la declaración, mediante ley del Parlamento autonómico, como áreas protegidas (Tribunal Supremo 1998)⁶. El argumento que inclinó finalmente el fiel de la balanza indemnizatoria del lado de las víctimas fue no solo el carácter singular de la ley originaria del perjuicio, que adoptaba contenidos materialmente administrativos que no corresponden en absoluto a una disposición legislativa (lo cual es una operación que en ningún

⁵ En el mismo sentido, ver Tribunal Supremo, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, Sentencias del ocho (8) de octubre de 1998 y de nueve (9) de octubre de 1998.

⁶ En el mismo sentido, véase la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de seis (6) de marzo de 1998.

caso está vedada ni a las Cortes Generales ni a los Parlamentos autonómicos en España), sino la previsión de un supuesto similar en el ámbito urbanístico que permite la indemnización por un cambio de calificación de los terrenos adoptado por un Plan urbanístico cuando, por causa imputable a la Administración, no hayan podido adquirirse las facultades propias del proceso urbanizador, o no se hayan respetado los plazos previstos en la propia planificación para su ejecución.

No obstante, hemos de reiterar la excepcionalidad de estos supuestos estimatorios a los que acabamos de referirnos, dado que en ellos se producen unas concretas circunstancias: acción positiva del Gobierno estimulando la conducta que posteriormente queda paralizada (caso de las pesqueras), o la acción estatal que impide la obtención de un beneficio a la víctima (caso de los combustibles de Canarias), o la existencia de un precedente satisfactorio en normas reglamentarias que permite la igualación de los daños derivados de leyes a los provenientes de la Administración Pública (caso de los terrenos baleares). Fuera de estos casos, la respuesta judicial ha sido la desestimación de la reclamación.

Efectivamente, esta es la solución adoptada en los ya referidos casos de restricción o desaparición de determinadas profesiones por aplicación de la ley de adhesión a la Comunidad Europea –agentes de cambio y bolsa y agentes de aduanas–, o por otras leyes nacionales –inspectores y recaudadores de la obra de protección de menores–, o los más recientes daños irrogados a los establecimientos expendedores de tabaco por la aplicación de la Ley 28 de 2005, conocida como antitabaco, que impide la instalación de expendedurías de este tipo de producto en determinados espacios públicos, y que no ha dado lugar a la apreciación de las reclamaciones realizadas (Tribunal Supremo 2010). En estos casos, la obligación de soportar la acción legislativa o, la previsión por el propio Legislador de los oportunos mecanismos transitorios –normalmente la aplicación temporal escalonada de la norma– elimina o atempera prácticamente en su totalidad los iniciales perjuicios causados por esta.

3.2.2. Resarcimiento de los daños derivados de leyes inconstitucionales

Es un hecho curioso que la jurisprudencia española haya aceptado la responsabilidad patrimonial

de los daños derivados de leyes formalmente inconstitucionales bastante tiempo después de articular el descrito sistema reparatorio que se pone en marcha frente a leyes que, no siendo declaradas ilegítimas por quien en el Derecho español mantiene el monopolio del juicio de la validez de la ley respecto de texto fundamental: el Tribunal Constitucional, sí viola uno de los principios de este: el de seguridad jurídica⁷.

Efectivamente, las primeras sentencias estimatorias de este tipo de pretensiones datan de 2000, y se refieren a los perjuicios irrogados a determinados empresarios por la declaración de inconstitucionalidad, dictada en 1996, de un precepto de una Ley de 1980 por la que se gravaban, mediante una tasa fiscal, un determinado tipo de máquinas recreativas y que, por tanto, ellos habían indebidamente satisfecho (Tribunal Supremo 2000)⁸. Esta tesis se ha ido extendiendo de tal forma dentro de la justicia española que, en marzo de 2001 el número de decisiones estimatorias ascendía a más de veintidós, haciendo necesaria la aprobación por parte de las propias Cortes Generales de un suplemento de crédito de los Presupuestos Generales del Estado para hacer frente al pago de las mismas (Congreso de España 2002).

Entre los argumentos más importantes que se enfrentan al reconocimiento de la responsabilidad del Legislador en estos casos se encuentra el artículo 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español que considera los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad *ex nunc*, lo que impide la revisión de los procesos nacidos al amparo de la disposición anulada que ya hubieran fenecido.

Sin embargo, a juicio de la alta instancia juzgadora, en un interesante fundamento incluido en su sentencia de 15 de julio de 2000 –que por su interés se reproduce–, el efecto del citado precepto es el contrario:

⁷ Es de anotarse que la responsabilidad por el hecho del Legislador ocasionado con fundamento en la declaración de inconstitucionalidad de una ley, es un tema de vital importancia dentro del estudio sobre la materia, a tal punto que la Corte Constitucional colombiana se ha pronunciado sobre esta omisión legislativa en bastantes ocasiones, sin que con ello se hable de responsabilidad legislativa. Por este motivo, la anterior referencia de la responsabilidad del Estado por omisión legislativa se hace muy someramente, pues su estudio aun es más amplio que la misma responsabilidad del Estado por “actuación” legislativa. (Checa 2004, 45-75).

⁸ En el mismo sentido véanse las siguientes providencias del Tribunal Supremo: sentencias de 13 de junio de 2000, 15 de julio de 2000, 30 de septiembre de 2000 y 27 de diciembre de 2000.

“La interpretación del artículo 40.1 de la Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional, conduce, a nuestro parecer, a una conclusión distinta: al excepcionarse en él expresa y exclusivamente la eficacia retroactiva de las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad de actos o normas con rango de ley respecto de los procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada salvo los casos de penas o sanciones, de manera que la consecuencia lógica es que en los demás supuestos cabe la revisión” (Tribunal Supremo 2000).

Además, también el Tribunal Supremo salva el impedimento de que los actos administrativos de exacción tributaria no podían ser objeto de reclamación por haber devenido firmes, manifestando que el plazo de prescripción que opera en materia de responsabilidad es el de un año, tiempo establecido con carácter general por la ley española para accionar esta, y comienza a computarse a partir del momento en que se completan los elementos fácticos y jurídicos que permiten el ejercicio de la acción, que aquí no es otro que el de la publicación de la sentencia de inconstitucionalidad de la disposición legislativa de la que el perjuicio trae su causa (Tribunal Supremo 2000)⁹.

Pero la apreciación de la garantía resarcitoria por las lesiones causadas por la ilegitimidad de una disposición legislativa puede fundarse tanto en la contradicción por parte de la misma del texto constitucional como de la vulneración del Derecho europeo.

Una muy consolidada corriente jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha estimado que todas las instancias nacionales –Ejecutivo, Judicial, e incluso el Legislativo– han de responder por los daños ocasionados por sus actos cuando los mismos vulneran el Derecho supranacional europeo¹⁰.

A nivel interno español, estos fallos se expresan en las importantes sentencias estimatorias del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2003 –canal satélite digital (Tribunal Supremo 2003)–, y de la Audiencia Nacional de 7 de mayo de 2002 –multipropiedad–. No obstante, estos mismos supuestos fueron resueltos en otras ocasiones de manera desestimatoria, como los expresados en las Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2004 –impuesto del valor añadido– y de 30 de abril de 2004 –libre circulación de médicos y reconocimiento de sus diplomas–. Los fallos negativos a las pretensiones de las víctimas

⁹ Al respecto, el fundamento noveno de la citada providencia menciona: *El deber de soportar los daños y perjuicios padecidos por la ley declarada inconstitucional no puede tampoco deducirse del hecho de que puedan o no haber transcurrido los plazos de prescripción establecidos para el derecho a reclamar los ingresos indebidos o para el ejercicio de las acciones encaminadas a lograr la nulidad del acto tributario de liquidación. En efecto, la reclamación presentada es ajena a dichos actos, en la medida en que no pretende la nulidad de la liquidación ni la devolución de ingresos indebidos por parte de la Administración que ha percibido la cantidad ingresada, sino la exigencia de responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal en el ejercicio de la potestad legislativa. En materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cuyo régimen es aplicable a la responsabilidad del Estado legislador, rige exclusivamente el plazo de prescripción de un año establecido por el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y hoy por el artículo 139 Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común. Este plazo, según ha declarado reiteradamente la jurisprudencia, comienza a computarse a partir del momento en que se completan los elementos fácticos y jurídicos que permiten el ejercicio de la acción, con arreglo a la doctrina de la actio nata o nacimiento de la acción. Resulta evidente que el momento inicial del cómputo, en el caso contemplado, no puede ser sino el de la publicación de la sentencia del Tribunal Constitucional que, al declarar la nulidad de la ley por estimarla contraria a la Constitución, permite por primera vez tener conocimiento pleno de los elementos que integran la pretensión indemnizatoria y, por consiguiente, hacen posible el ejercicio de la acción. En consecuencia, es dicha publicación la que determina el inicio del citado plazo específicamente establecido por la ley para la reclamación por responsabilidad patrimonial dirigida a las administraciones públicas.*

Tampoco, puede, finalmente, anudarse la existencia de un supuesto deber de soportar los daños y perjuicios padecidos por la aplicación de la ley declarada inconstitucional al principio de seguridad jurídica. Este principio, en efecto, tal como se infiere de la doctrina del Tribunal Constitucional, que lo aplica al ámbito tributario en relación con la devolución de los ingresos de esta naturaleza realizados al amparo de una ley declarada inconstitucional (v. gr., sentencia 45/1989) afecta al ingreso tributario en sí mismo, al acto administrativo en cuya virtud este ha tenido lugar y a la Administración que lo ha percibido dentro de un sistema tributario que se rige por un principio de equilibrio entre ingresos y gastos. Sin embargo, dicho principio no puede extraerse de este contexto, para acudir a exonerar al Estado por los daños y perjuicios originados por su actuación legislativa. En efecto, dicha actuación es ajena y de naturaleza distinta a la actividad administrativa tributaria sobre la que aquel principio se proyecta en su formulación por el Tribunal Constitucional. El resarcimiento de los daños causados por la aplicación de la ley inconstitucional no equivale a la devolución de los ingresos realizados, la cual puede corresponder a un ente diferente. El Estado, en su vertiente de legislador responsable de los perjuicios causados a los particulares, es un ente ajeno a la Administración concreta a quien corresponde la gestión tributaria amparada en la ley declarada inconstitucional y, mientras la Administración responsable será siempre en este caso la Administración del Estado, la Administración gestora en el ámbito tributario puede haber sido la autonómica, como en el caso examinado, u otra de distinto carácter.

¹⁰ Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de mayo de 1978 –HNL–, 19 de noviembre de 1991 –Francovich–, y 19 de junio de 1990, *The Queen versus Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd.* y otros.

se fundamentaban básicamente en la diferencia de regímenes de responsabilidad en función de que la lesión viniera producida por la aplicación de una norma declarada inconstitucional o por una norma anticomunitaria. En el primer caso, como hemos comprobado, las exigencias procedimentales y de fondo son mucho más laxas de las que incluyó la Sala sentenciadora en este segundo supuesto, en el que venía exigiendo no solo el agotamiento de la recurrente de las vías internas de reclamación, sino también la más exigente consideración de la violación de Derecho y una mayor firmeza en la apreciación del nexo de causalidad¹¹.

Sin embargo, más recientemente, en su sentencia de 17 de septiembre de 2010 (Tribunal Supremo 2010), el Tribunal Supremo se ha visto obligado a reformular esta última tesis, estableciendo el beneficioso régimen jurídico nacional de la acción resarcitoria derivada de leyes inconstitucionales también a los supuestos en los que el daño venga provocado por una ley vulneradora del Derecho europeo, ya que según aclara el propio Tribunal de la Unión Europea, los requisitos establecidos por el Derecho interno para apreciar la responsabilidad patrimonial del Legislador por violación del Derecho comunitario no pueden, en ningún caso, ser más estrictos que los previstos en el régimen interno para declarar la responsabilidad frente a leyes inconstitucionales (Tribunal Supremo 2010)¹².

3.3. La responsabilidad del Estado - Legislador en la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa colombiana

La responsabilidad patrimonial del Estado por los hechos, acciones u omisiones imputables al Poder Legislativo está expresamente contemplada en el artículo 90 de la Constitución Política, pues cualquier otra posibilidad sería abiertamente inconstitucional desde la perspectiva del Estado Social de Derecho y de los principios y valores que rigen el ordenamiento

constitucional colombiano tales como la solidaridad, la igualdad, la justicia material y la supremacía de la Constitución. Principios que se cristalizaron en el ordenamiento jurídico colombiano y que encontraron una de sus expresiones en la disposición constitucional en comento. No sobra advertir que la Constitución establece expresamente determinados supuestos de obligación reparatoria por la actuación del Legislador tales como la figura de la expropiación (artículo 58). La obligación de indemnizar cuando se establece un monopolio (artículo 336), o cuando el Estado decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos (artículo 365 constitucional).

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

El tema de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador ha sido tratado por la doctrina administrativa de forma tangencial; se ha soslayado el análisis reflexivo que es necesario toda vez que la jurisdicción contencioso-administrativa ha emitido algunos, por no decir que escasos, pronunciamientos en los que se reconoce su admisibilidad (Torregoza 2007, 12).

A ese respecto, se debe poner presente que no obstante ser el ordenamiento jurídico colombiano un sistema esencialmente legislado, el origen, desarrollo y perfeccionamiento de las nociones y fundamentos que orientan la responsabilidad extracontractual del Estado se encuentran especialmente a cargo del juez contencioso administrativo.

En esa dirección, existen varios, aunque insuficientes, antecedentes jurisprudenciales en los cuales el Consejo de Estado colombiano ha asumido la labor de precisar los elementos constitutivos, las condiciones necesarias para la configuración, los fundamentos y, en general, todos aquellos aspectos relevantes para la construcción de un principio de responsabilidad del Estado por el hecho del Legislador.

Son contadas las ocasiones en las cuales los jueces colombianos se han ocupado de la responsabilidad

¹¹ Ver la crítica a estas decisiones expresadas por Alonso García, María Consuelo. "La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador". En *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*. Valencia: Tirant lo Blanc, 2009, 501-505.

¹² Ver el comentario de la misma en Alonso García, María Consuelo. "La necesaria reformulación de la teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado-Legislator". En *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 2010, 12, 74-81; y Plaza Martín, Carmen. "Member States Liability for Legislative Injustice". *Review of European Administrative Law*, 2010, 2:27-51.

estatal por el hecho del Legislador. Algunos pronunciamientos del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional constituyen todos los precedentes. Sin embargo no está de más aclarar que la jurisprudencia colombiana (Contencioso-Administrativa y Constitucional) no ha condenado expresamente al Estado por el hecho del Legislador¹³. Eso no obsta, para decir que algunos elementos que hacen parte de este tipo de responsabilidad han sido estudiados y abordados por estos dos (2) Tribunales colombianos. A continuación se expondrán sucintamente las principales decisiones en cuestión.

Se ha de empezar por decir que la máxima autoridad de la jurisdicción contencioso-administrativa hizo una primera mención de esta figura jurídica en 1990 (antes de la Constitución Política actual). En dicha providencia, el Consejo de Estado se pronunció al respecto, en el sentido concluir que los casos en que la jurisprudencia francesa ha aceptado de manera excepcional la responsabilidad estatal por el hecho del Legislador permiten estructurar por la vía jurisprudencial ese nuevo régimen de responsabilidad, advirtiendo previamente que las circunstancias debatidas en el caso concreto no tenían la potencialidad necesaria para crear jurisprudencia al respecto (Consejo de Estado 1990).

Después de la promulgación de la Constitución Política de 1991, la primera ocasión en la cual el Consejo de Estado se pronunció al respecto es la Sentencia de agosto 25 de 1998. En esa oportunidad se trataba de los perjuicios ocasionados por la aplicación de la Ley 6ª de 1972, por medio de la cual se aprueba la Convención de Viena. Los hechos que dieron lugar a la sentencia fueron los siguientes: En 1991 un ciudadano colombiano murió luego de ser arrollado por un vehículo conducido por un agente diplomático norteamericano. La familia de la víctima intentó infructuosamente obtener compensación

por los perjuicios sufridos ante la Corte Suprema de Justicia, órgano judicial que rechazó la demanda impetrada contra el conductor del vehículo debido a la inmunidad de que gozan los agentes diplomáticos extranjeros en Colombia en virtud de la Convención de Viena (aprobada por la Ley 6ª de 1972). Posteriormente, acuden ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y demandan al Congreso de la República representado en el proceso por el Ministerio del Interior, bajo el entendimiento de que estas entidades debían responder por los perjuicios causados por el accidente debido a que la inmunidad del agente diplomático tenía origen en la Convención de Viena, la cual había sido negociada por el Ministerio de Relaciones Exteriores y posteriormente aprobada por el Congreso de la República.

En la decisión de segunda instancia el máximo órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo introdujo algunas interesantes precisiones: En primer lugar sostuvo que la responsabilidad del Estado - Legislador no tenía origen exclusivo en la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley, sino en la antijuridicidad del daño. Con esto se aparta del fundamento de la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la cual si bien se había declarado la responsabilidad del Ministerio de Relaciones Exteriores, el *a quo* sostuvo que el origen de dicha responsabilidad no era el hecho de la ley, sino la ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas, pues a su juicio la responsabilidad del Estado - Legislador solo podía tener origen en la previa declaratoria de inconstitucionalidad de un precepto legislativo, es decir, en que la víctima no tuviera el deber jurídico de soportar la merma en su patrimonio, y en que el daño fuera imputable al Estado colombiano. Afirmó el Consejo de Estado:

[...] Si bien el Estado colombiano es soberano para el manejo de sus relaciones internacionales, ello no obsta para que ante la jurisdicción contencioso administrativa colombiana pueda ser convocado a responder por las consecuencias de sus actos que como en el caso presente se trata de un acto complejo. Los privilegios que concede a Estados o a sus diplomáticos acreditados, corren a cargo de la Nación, y no sería equitativo que revertieran a cargo de una persona en particular. Si del cumplimiento del Tratado, que como en el caso particular que nos

¹³ En las sentencias del Consejo de Estado se menciona la Responsabilidad del Estado por el hecho del Legislador, termina condenando a la nación por daño especial (régimen objetivo) y no por la actuación de la Rama Legislativa del Poder Público, es decir, por el hecho del Legislador o de las leyes. Esto significa que hasta la fecha, no existe un título de imputación en Colombia denominado responsabilidad del Estado por el hecho del Legislador, como sí existe, por ejemplo, para la Rama Judicial, toda vez que la Ley 270 de 1996 consagró expresamente títulos de imputación como lo son la responsabilidad por error jurisdiccional (art. 67), por privación injusta de la libertad (art. 68) y responsabilidad por defectuoso funcionamiento de la administración de justicia (art. 69). Lo mismo se puede decir en relación con la responsabilidad por los hechos u omisiones de la Administración, tema este último bastante desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia.

ocupa deviene para los actores un perjuicio cuya autoría material radica en cabeza de un agente diplomático, la nación colombiana debe asumir las consecuencias patrimoniales derivadas del cumplimiento de sus obligaciones y respecto de las relaciones diplomáticas entre los Estados. Entonces, se encuentra claramente establecido el factor de imputación de la responsabilidad impetrada respecto del ente demandado por su titularidad jurídica exclusiva y excluyente para el manejo de las relaciones internacionales que constitucionalmente implican una operación compleja con participación de las tres ramas del Poder Público, a saber, el ejecutivo encabezado por el Presidente de la República a quien corresponde la dirección de las relaciones internacionales y por ende la negociación de los tratados; el legislativo que incorpora los tratados internacionales como texto de derecho interno mediante leyes y el judicial representado en el caso por la Corte Constitucional mediante el control automático que ejerce sobre dichas leyes.

En este caso en concreto concluyó que el título de imputación jurídica sobre el cual se edificaba la responsabilidad estatal, lo constituía el rompimiento del equilibrio de las cargas públicas, ocasionado por la actividad legítima de las autoridades estatales (Congreso y Presidente de la República), por medio de la celebración de un tratado internacional y su aprobación por una ley, cuya aplicación causó daño antijurídico a un administrado en particular que no tenía el deber de soportar:

[...] De ahí que sea equitativo, imponer al Estado en representación de la sociedad, la obligación de reparar el perjuicio irrogado a los actores. Esta solución no es cosa distinta que el cabal desarrollo y ejecución lógica del principio de la igualdad ante la ley, previsto en el artículo 13 de la Constitución Política (Consejo de Estado 1998).

Esta decisión tuvo numerosas aclaraciones de voto, la mayoría apuntó en dos direcciones: Por un lado, a precisar que el fundamento de la responsabilidad era la teoría del daño especial y, por otra, a demostrar que no se trataba de un caso de responsabilidad por el hecho de las leyes debido a que la Ley 6ª de 1972 no contravenía el ordenamiento constitucional.

Pocos días después (Sentencia de septiembre de 1998) se resolvió un caso muy similar, el cual tuvo

origen también en la aplicación de la inmunidad diplomática consagrada por la Ley 6ª de 1972. En esta ocasión nuevamente se declaró la obligación del Estado colombiano de reparar los daños ocasionados por un agente diplomático extranjero que gozaba de inmunidad. Sin embargo, de manera expresa se afirmó que la responsabilidad no se derivaba de la ley en cuestión:

[...] desde el punto de vista de la aprobación de la convención, no es predicable la existencia de un error legislativo en la ley 6ª de 1972, que dicho sea de paso se limitó a aprobar el texto íntegro de la Convención de Viena, sobre inmunidad de jurisdicción, elaborada y fruto de la conferencia realizada en Viena el 18 de abril de 1961, a más de que no podría endilgarse omisión en la labor legislativa, bajo el entendido de que las leyes internas no podrían modificar, derogar o suspender un tratado internacional, lo cual no significa, desde luego, que la necesidad de cumplir con los convenios internacionales impida que a nivel interno, en caso de conflicto entre los intereses nacionales con respecto a las obligaciones internacionales, no pueda ser objeto de revisión observando los procedimientos adecuados para ello que tiendan a una eventual modificación o enmienda del tratado o convenio". El deber de reparar provenía entonces de la imposibilidad en que el conjunto de los poderes públicos —el ejecutivo y el legislativo al celebrar el tratado y aprobarlo por medio de una ley y el judicial por la negativa de la Corte Suprema de Justicia de admitir la demanda— había colocado a la víctima de reclamar el daño sufrido a su autor material (Consejo de Estado 1998).

Otro pronunciamiento del Consejo de Estado de 26 de noviembre de 2002 tuvo lugar bajo circunstancias fácticas más complejas. Se trataba de la demanda impetrada por el municipio de Prado contra el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por medio de la cual se reclamaba las sumas dejadas de transferir a este municipio por concepto de participaciones en los ingresos corrientes de la Nación durante el período 1994-1995. El origen de la demanda era la sentencia C-523 de 1995, por medio de la cual la Corte Constitucional había declarado inexecutable el numeral 2.7 del artículo 1º de la Ley 168 de 1994, disposición que incorporaba los recursos percibidos por el Estado por concepto de los contratos de concesión a particulares de la telefonía

móvil celular en el rubro de recursos de capital, excedentes financieros de la Nación, de manera tal que dichos recursos pasaban a un fondo especial y no eran distribuidos entre las entidades territoriales. Con la declaratoria de inconstitucionalidad de la disposición dichos recursos ingresaron al rubro de ingresos corrientes de la Nación rentas contractuales y debían ser distribuidos a las entidades territoriales. Sin embargo, la Corte Constitucional no le dio de manera expresa efectos retroactivos a su decisión y, por lo tanto, durante 1994 las entidades territoriales no tuvieron derecho a participar en dichas rentas. Se trataba, en esta oportunidad, de pronunciarse sobre los efectos patrimoniales de la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley, específicamente de si era posible que el juez de lo contencioso administrativo, por medio de la figura de la excepción de inconstitucionalidad, extendiera hacia el pasado los efectos de la sentencia de inexequibilidad y reconociera los perjuicios causados por la normatividad mientras estuvo vigente, es decir, desde la fecha de su promulgación hasta el momento del pronunciamiento de la Corte Constitucional.

Si bien la demanda planteaba un tema interesante: si los daños antijurídicos, producidos por una ley inconstitucional mientras estuvo en vigor, pueden ser reconocidos por otra jurisdicción en el caso de que la Corte Constitucional no le dé efectos retroactivos a su decisión; en esta oportunidad el propio legislador había establecido que la sentencia de constitucionalidad tendría efectos solo en el futuro. El artículo 5° de la Ley 217 de 1995 establecía específicamente que la sentencia C-523 de 1995 solo tendría efectos a partir de la fecha de su notificación, y en un fallo posterior (C-270 de 2000) el Juez Constitucional había encontrado ajustada a la Constitución esa delimitación legislativa de los efectos temporales de su decisión previa. Entonces, el Consejo de Estado rechazó las pretensiones de la demanda y sostuvo que en estos casos concretos no procede la figura de la excepción de inconstitucionalidad pues se presume que la Sentencia tiene efectos *pro futuro*, en virtud de la regla –establecida por la propia Corte Constitucional– según la cual sus fallos tienen efectos *ex nunc* a menos que ella misma decida otra cosa. Textualmente el Consejo de Estado afirmó:

[...] La decisión sobre los efectos de un fallo de constitucionalidad, en consecuencia, también tiene efectos de cosa juzgada erga omnes, de manera que no están facultadas las autoridades

de la República para aplicar la excepción de inconstitucionalidad respecto de una norma determinada, cuando la misma ha sido declarada inexequible por la Corte y el fallo respectivo tiene efectos hacia el futuro. Si, como se dijo anteriormente, se trata de actos proferidos o situaciones consolidadas con posterioridad al fallo, este simplemente debe acatarse, porque la norma en cuestión ha desaparecido del ordenamiento jurídico. Si, en cambio, se trata de actos proferidos con anterioridad al mismo o de situaciones consolidadas antes de su pronunciamiento, aquellos y estas conservan su eficacia jurídica. Una conclusión diferente nos llevaría a concluir, necesariamente, que el fallo de constitucionalidad puede ser desconocido, en situaciones concretas, por las autoridades competentes para resolverlas. (Consejo de Estado 2000).

4. Conclusiones

La responsabilidad del Estado que actualmente se acepta, y por ende se encuentra consagrada a nivel constitucional, legal y jurisprudencial, es el fruto de una evolución que ha superado numerosos obstáculos, entre ellos, el dogma de la soberanía.

A pesar de que esta idea ha sido abandonada, la responsabilidad del Estado por el hecho del Legislador deberá, para efectos de su cabal aceptación y aplicación, delimitar las características que debe reunir el daño, para que este sea indemnizable.

Los ordenamientos jurídicos que consagran (expresa o tácitamente) que la responsabilidad del Estado tiene lugar por la acción u omisión de las autoridades públicas, permite incluir en esta noción a las tres (3) Ramas del Poder Público, gracias especialmente a los nuevos enfoques que la jurisprudencia (nacional e internacional) le ha dado a conceptos como la teoría de la soberanía popular, el establecimiento de Colombia como un Estado Social de Derecho, la vigencia efectiva y la supremacía que deben tener los derechos consagrados en la Constitución Política y el respeto y garantía de estos y, desde luego, su reparación y resarcimiento en caso de vulneración, especialmente, cuando se trate de indemnizar daños antijurídicos.

Por otra parte, si bien no corresponde a los Tribunales Constitucionales la reparación de los daños antijurídicos causados por la actividad del Legislador,

excepcionalmente, mediante la modulación de los efectos temporales de sus decisiones, ha sido posible el resarcimiento de algunos de los perjuicios patrimoniales causados por leyes inconstitucionales, de manera específica, al darle eficacia retroactiva a sus sentencias (Consejo de Estado 2000)¹⁴.

Lo anterior no quiere decir que la modulación de los efectos temporales de las decisiones de inexecutable tenga como propósito la reparación de los daños antijurídicos causados por las leyes inconstitucionales, pues como se dijo anteriormente esta labor no es propia del juez constitucional, sino que excepcionalmente, bajo ciertas circunstancias, la expedición de fallos con efectos retroactivos puede tener entre sus consecuencias el resarcimiento de algunos de los perjuicios causados por las leyes contrarias a la Constitución.

Precisando lo anterior, se puede afirmar que la responsabilidad del Estado por el hecho del Legislador se configura cuando se cumplen los siguientes supuestos (Leiva 2010, 235):

- Debe ser producto de una competencia atribuida al órgano que representa a la Rama Legislativa del Poder Público (Congreso de la República, Parlamento, Asamblea Nacional, etc.), pues generalmente este organismo representativo no solo emite las leyes, sino que tiene otras atribuciones, las cuales en su ejercicio pueden llegar a ocasionar daños antijurídicos. En caso de “delegación” de las funciones por parte del legislativo a otra autoridad pública, responde el primero, pues en este caso no aplican los supuestos de la figura jurídica de la delegación, ya que la competencia que este delega ha sido encomendada por el detentador de la soberanía (el pueblo para el caso de los

ordenamientos español y colombiano) y dicha atribución aunque entregada a otra autoridad, los daños que se causen con dicho revestimiento son imputables al Legislativo, pues este puede o no concederlas y por ende, siempre tiene el control sobre la actividad legislativa y por esa posición es responsable de los daños antijurídicos que se causen con dicha función, sea él o no quien cree la norma jurídica. La única excepción es cuando se hacen uso de medidas de excepción, como las que existen en Colombia cuando el Presidente de la República hace uso de los artículos 212, 213, 214 y 215 de la Constitución Política (estados de excepción).

- La responsabilidad del Estado por el hecho del Legislador se configura cuando con una actuación u omisión del órgano legislativo se crea un daño antijurídico a los asociados, es decir, impone una carga superior a la que el sujeto debe soportar. En el caso particular de las normas jurídicas, no importa si esta es inconstitucional o acorde con la Carta Política o si no existe norma (omisión legislativa absoluta) o si existe, pero esta se encuentra incompleta (omisión legislativa relativa), lo único relevante es que la actuación u omisión del Legislador cree un daño antijurídico a los asociados¹⁵.
- Lo anterior, permite afirmar que el daño antijurídico nacido de las actuaciones u omisiones del Legislador se presenta cuando la norma jurídica sea constitucional, o sea declarada inexecutable por el Tribunal Constitucional o se presente una omisión en el desarrollo de una función atribuida por la Constitución o mandato de autoridad con competencia para hacerlo (por ejemplo, de la Corte Constitucional). En todo caso, para que se dé el título de imputación en referencia, se requiere que dicho daño sea antijurídico.

¹⁴ Ibídem. Sin duda el caso más conocido es el de la sentencia C-149 de 1993. En el año de 1992 el Congreso expidió una ley, por medio de la cual se creaban unos Bonos para el Desarrollo Social y la Seguridad Interna, en los cuales debían invertir forzosamente las personas naturales y jurídicas cuyo patrimonio superara cierta cuantía. A juicio de la Corte Constitucional tales bonos realmente eran un impuesto el cual además se había establecido violando el principio de irretroactividad tributaria, en el cual se declaró la inconstitucionalidad de los artículos 16, 17 y 18 de la Ley 6ª de 1992 y se ordenó al Ministerio de Hacienda y Crédito Público reintegrar la totalidad de las sumas recaudadas por concepto de las disposiciones inconstitucionales. En esta oportunidad la Corte Constitucional encontró que al momento de proferir el fallo la mayor parte del tributo declarado inconstitucional había sido recaudado, por lo tanto la única manera de realizar la “justicia querida por el Constituyente” era mediante la devolución de las sumas ilegítimamente percibidas por el Fisco.

¹⁵ Al respecto, Botero (2007, 267) sostiene un valioso planteamiento que resulta importante traer a colación: *No es la inconstitucionalidad de la norma, sino el daño que esto genere, lo que se le imputa al Estado por el hecho del Legislador. Así las cosas, toda inconstitucionalidad sería fuente de daños y no podría el Estado defenderse alegando que no pudo haber advertido la constitucionalidad. Tal afirmación encaja de manera exacta con la idea según la cual los vicios de inconstitucionalidad no tienen en sí mismos un carácter de menor o mayor gravedad. Por sí mismos son una afrenta al orden constitucional y por dicha razón dan lugar a invalidar una norma de rango legal. Tan grave es un vicio de forma por no surtir un determinado trámite del procedimiento de formación de la ley, como cuando el contenido del texto legal resulta incompatible con los preceptos de la Carta.*

- En los casos donde se hable de norma inconstitucional, para que proceda la condena al Estado por el hecho del Legislador, se requiere que dicha norma sea declarada inexecutable por el Tribunal Constitucional competente, salvo que el juez Contencioso Administrativo aplique la excepción de inconstitucionalidad y ello le permita imputar dicho daño antijurídico al Estado por el hecho del Legislador. No es la inconstitucionalidad de la norma, sino el daño que esto genere, lo que se le imputa al Estado por el hecho del Legislador.
- En relación con los actos legislativos reformativos de la Constitución y en los cuales el Congreso actúe con función constituyente, este deberá responder si con dicha actuación vulnera derechos y que dicho desconocimiento genere daños antijurídicos. En este caso, si la reforma constitucional no establece una indemnización, los asociados afectados podrán recurrir ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, previo estudio por parte del Tribunal Constitucional que establezca que dicha reforma es contraria al espíritu primigenio de la Constitución.

Como se ha venido sosteniendo a lo largo de este artículo, la responsabilidad del Estado por el hecho del Legislador es un tipo de imputación con sus propias características y supuestos y no se requiere de emplear los de otros criterios de imputación como lo hizo el Consejo de Estado colombiano (con la aplicación del daño especial), excepcionando la existencia de un daño antijurídico y la imputación del mismo al Estado, pues estos son generales a todos los criterios de imputación.

Dejando a un lado la cuestión sustancial del fundamento de la responsabilidad patrimonial

estatal, cabe destacar que en los casos colombianos citados, la acción impetrada fue la de reparación directa, de lo que se deduce que de conformidad con el máximo órgano de la Jurisdicción Contencioso Administrativa esta es la vía judicial procedente para reclamar la reparación de los daños antijurídicos imputable al hecho del Legislador. Por cierto, la Sección Tercera del Consejo de Estado colombiano se pronunció nuevamente sobre la cuestión y sostuvo:

[...] La elección de la acción de reparación directa fue adecuada, pues, como se desprende de lo dicho y de acuerdo con la narración de los hechos que motivaron la demanda, una falla en la función legislativa (ordinaria y extraordinaria) generó los perjuicios aducidos por el actor.

Los efectos materiales causados por los actos declarados inexecutable por la Corte, podrán ser reparados en caso de que se encuentren acreditados debidamente. Obviamente, tal inexecutableidad no obliga al reconocimiento de lo pedido por el demandante, pues debe haber claridad, al menos, sobre su ocurrencia y cuantía.

En conclusión: la acción de reparación directa es procedente para obtener la indemnización de perjuicios causados por la aplicación de una norma que ha sido declarada inexecutable, pues tal declaración deja a la vista una falla en el ejercicio de la función pública. Por ello, la demanda no podía ser rechazada (Consejo de Estado 2003).

Entonces, dentro de los supuestos de procedencia de la acción de reparación directa está comprendida la responsabilidad proveniente de hechos u omisiones imputables al poder legislativo, es decir, la así denominada responsabilidad del Estado legislador (Corte Constitucional 2006).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Ahumada Ruiz, María de los Ángeles. 2001. "Responsabilidad patrimonial del Estado por las leyes inconstitucionales (o el derecho a no ser perjudicado por una ley inconstitucional)". *Revista Española de Derecho Constitucional* 62 (mayo-agosto).
- Alonso García, María Consuelo. 1999. *La responsabilidad patrimonial del Estado - Legislador*. Madrid: Marcial Pons.
- _____. 2009. "La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador". En *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*. Valencia: Tirant lo Blanc.
- _____. 2010. "La necesaria reformulación de la teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado-Legislador". *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* 12.
- Audiencia Nacional. Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de siete (7) de mayo de 2002. Magistrado Ponente: Menéndez Rexach.
- Botero Aristizábal, Luis Felipe. 2007. *Responsabilidad patrimonial del Legislador*. Bogotá, D.C.: Legis - Universidad del Rosario.
- Bustamante Ledesma, Álvaro. 2003. *La responsabilidad extracontractual del Estado*. 2ª Edición. Bogotá, D.C.: Leyer.
- Checa González, Clemente. 2004. "La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública con fundamento en la declaración de inconstitucionalidad de una Ley". *Ius et Praxis*, vol. 10 (1). Universidad de Talca. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Talca-Chile.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 1990. *Sentencia del 18 de octubre de 1990*. Expediente 5396. Consejero Ponente: Julio César Uribe Acosta.
- Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. 1998. *Sentencia de 25 de agosto de 1998*. Exp. IJ-001. Consejero Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros.
- _____. 1998. *Sentencia de 8 de septiembre de 1998*. Exp. IJ-002. Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 2002. *Sentencia de 26 de septiembre de 2002*. Exp. 4458. Consejero Ponente: Alier Hernández Enríquez.
- _____. Sección Tercera. 2003. *Auto de quince (15) de mayo de 2003*. Consejero Ponente: Alier Hernández Enríquez. Rad. 76001-23-31-000-2002-1912-01(23245).
- Congreso de España. 2022. *Ley 9ª 2002*.
- Corte Constitucional. 1993. *Sentencia C-149 de 22 de abril de 1993*. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.
- _____. 1995. *Sentencia C-523 de 16 de noviembre de 1995*. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.
- _____. 2000. *Sentencia C-270 de ocho (8) de marzo de 2000*. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.
- _____. 2006. *Sentencia C-038 de primero (1º) de febrero de 2006*. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.
- García de Enterría, Eduardo. 2005. *La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador*. Madrid: Editorial Arazandi. Thomson-Civitas.
- Leiva Ramírez, Eric. 2010. *La responsabilidad del Estado por el hecho del Legislador - Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Bogotá, D.C.: Ibáñez Editores.
- Plaza Martín, Carmen. 2010. "Member States Liability for Legislative Injustice". *Review of European Administrative Law* 2.
- Ruiz Orjuela, Wilson. 2005. "Responsabilidad del Estado Legislador". *Revista Civilizar* 9. Centro de Investigaciones Académicas Universidad Sergio Arboleda.
- Santamaría Pastor, J. A. 1972. "La teoría de la responsabilidad del Estado Legislador". *Revista de Administración Pública* 68.
- Silva Bascuñán, Alejandro. 1997. *Tratado de Derecho Constitucional*. 2ª edición. Tomo IV. Santiago de Chile: Ediciones Jurídica.
- Torregroza Sánchez, Javier Enrique. 2007. *Responsabilidad extracontractual del Estado por el hecho legislador*. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 1978. *Caso Bayerische HNL*. Sentencia de 25 de mayo de 1978.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 1990. *Caso The Queen versus Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd y otros*. Sentencia del 19 de junio de 1990.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 1991. *Caso Andrea Francovich, Danila Bonifaci y otros contra la República de Italia*. Sentencia del 19 de noviembre de 1991.
- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. 2010. *Asunto (C-118/08) Transportes Urbanos y Servicios Generales SAL*. Sentencia de 26 de enero de 2010. Tribunal Supremo. Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de cinco (5) de marzo de 1993. Magistrado Ponente: Mateos García.
- Tribunal Supremo. Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo. 1994. *Sentencia 27 de junio de 1994*. Magistrado Ponente: Goded Miranda.
- _____. 1997. *Sentencia de 16 de septiembre de 1997*. Magistrado Ponente: Sieira Míguez.
- _____. 1998. *Sentencia de 17 de febrero de 1998*. Magistrado Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos.
- _____. 1998. *Sentencia del ocho (8) de octubre de 1998*. Magistrado Ponente: Sieira Míguez.
- _____. 1998. *Sentencia de nueve (9) de octubre de 1998*. Magistrado Ponente: Rodríguez Arribas.
- _____. 2000. *Sentencia de 29 de febrero de 2000*. Magistrado Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos.
- _____. 2000. *Sentencia de 13 de junio de 2000*. Magistrado Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos.
- _____. 2000. *Sentencia del 15 de julio de 2000*. Magistrado Ponente: Jesús Ernesto Peces Mórte.
- _____. 2000. *Sentencia de 30 de septiembre de 2000*. Magistrado Ponente: Peces Morate.

- _____. 2000. *Sentencia de 27 de diciembre de 2000*. Magistrado Ponente: González Navarro.
- _____. 2003. *Sentencia de doce (12) de junio de 2003*. Magistrado Ponente: Sieira Míguez.
- _____. 2004. *Sentencia de 29 de enero de 2004*. Magistrado Ponente: Sieira Míguez.
- _____. 2004. *Sentencia de 30 de abril de 2004*. Magistrado Ponente: Martínez-Vares García.
- _____. 2010. *Sentencia de 17 de septiembre de 2010*. Magistrado Ponente: Lesmes Serrano.
- _____. 2010. *Sentencia de 22 de diciembre de 2010*. Magistrado Ponente: José Manuel Sieira Míguez.
- Varas Contreras, Guillermo. 1948. *Derecho Administrativo*. 2ª Edición. Santiago de Chile: Editorial Nascimento.
- Corte Constitucional C-038 de 2006 (Santamaría 1972, 12 en Corte Constitucional, C-038 de 2006). (Congreso de España, Ley 9ª 2002). (Corte Constitucional, C-038 de 2006).

para citar el presente artículo:

Estilo Chicago autor-fecha:	Estilo APA:	Estilo MLA:
Leiva Ramírez, Eric y Alonso García, María Consuelo. 2012. "La responsabilidad patrimonial del legislador". <i>Administración & Desarrollo</i> 40(55): 33-48.	Leiva Ramírez, E. y Alonso García, M. C. (2012). La responsabilidad patrimonial del legislador. <i>Administración & Desarrollo</i> , 40(55), 33-48.	Leiva Ramírez, E. y Alonso García, M. C. "La responsabilidad patrimonial del legislador". <i>Administración & Desarrollo</i> 40.55 (2012): 33-48.