RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO POR OMISIÓN EN LA ACTIVIDAD LEGISLATIVA

EDILSON ARTURO BERNAL CORREDOR

CORPORACIÓN UNIVERSIDAD LIBRE

MAESTRÍA EN DERECHO ADMINSITRATIVO

BOGOTÁ

2017

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO POR OMISIÓN EN LA ACTIVIDAD LEGISLATIVA

EDILSON ARTURO BERNAL CORREDOR

DR. NÉSTOR RAÚL SÁNCEZ BAPTISTA

Director

CORPORACIÓN UNIVERSIDAD LIBRE

MAESTRÍA EN DERECHO ADMINSITRATIVO

BOGOTÁ

2017

PRESENTACIÓN

Monografía "RESPONSABILIDAD EXTRACONTRCTUAL DEL ESTADO POR OMISIÓN EN LA ACTIVIDAD LEGISLATIVA", presentada al Centro de Investigaciones – Instituto de Posgrados – Facultad de Derecho, para optar el título de Magister en Derecho Administrativo, por el Doctor EDILSON ARTURO BERNAL CORREDOR. Hoy 2 de febrero de 2017, en Bogotá**.**

_____

Dr. EDILSON ARTURO BERNAL CORREDOR

Correo electrónico: jurisberc@gmail.com

Nota de aceptación

_____

_____

_____

_____

_____

_____

Firma del presidente del Jurado

_____

Firma del Jurado

_____

Firma del Jurado

Bogotá, 2 de febrero de 2017

DEDICATORIA

A Dios, por los dones de la vida y la salud y a la Virgen María por ser mi apoyo en los momentos difíciles.

A Edelmira y Arturo, mis Padres y a Yineth y María Fernanda, mis hermanas, a todos ellos por su incondicional apoyo en todos los momentos de mi vida.

A la Familia Nope Bernal, por haberme acogido como un miembro más.

A todo el personal de la Unidad Renal del Hospital Militar Central y al Dr. Javier Alfonso Blanco Leguizamón, pues sin el apoyo que me han brindado en estos últimos 25 años, jamás hubiera sido posible lo que hoy es una realidad.

CONTENIDO

Introducción ……..……..15

1. Preliminares ……..18

1.1 Planteamiento del problema ……..……18

1.1.1 Descripción del problema ……...18

1.1.2 Formulación del problema ……..……20

1.2 Hipótesis ……20

1.3 Justificación ……..21

1.4 Objetivos…….23

1.4.1 Objetivo general ……..23

1.4.2 Objetivo específicos ……23

1.5 Marco referencial ……..……..24

1.5.1 Marco Teórico …….24

1.6 Marco normativo ……26

1.7 Marco Jurisprudencial…….28

1.8 Metodología de la investigación ……29

1.8.1 Método de investigación …….29

1.8.2 Fuentes ……29

2. La responsabilidad: orígenes, evolución y contexto actual……...…30

2.1Origen y evolución…….……..31

2.2 Clases de responsabilidad …….37

2.2.1 Responsabilidad civil contractual……37

2.2.1.1 Tipos de responsabilidad contractual según el origen del daño……..30

2.2.1.2 Tipos de responsabilidad contractual según la carga de la prueba…….38

2.2.2 Responsabilidad civil extracontractual……40

2.2.2.1 Clasificación de la responsabilidad civil extracontractual……..41

2.3 Funciones de la responsabilidad civil……..44

2.3.1 Función demarcatoria…….44

2.3.2 Función compensatoria…….44

2.3.3 Función distributiva……44

2.3.4 Función preventiva……..45

2.3.5 Función sancionatoria…….45

2.4 Evolución en Colombia del concepto de responsabilidad extracontractual del Estado……45

2.5 La responsabilidad extracontractual del Estado y su tratamiento en la Corte Suprema de Justicia……...49

2.5.1 Sentencias representativas..……..51

2.5.1.1 Corte Suprema de Justicia 21 de agosto de 1939…….51

2.5.1.2 Corte Suprema de Justicia 10 de julio 1941…….54

2.5.1.3 Corte Suprema de Justicia 15 de mayo 1944..……...56

2.5.1.4 Corte Suprema de Justicia 18 de octubre 1950…….58

2.5.1.5 Corte Suprema de Justicia 27 de octubre 1951…….60

2.5.1.6 Corte Suprema de Justicia 24 de febrero 1953…….61

2.5.1.7 Corte Suprema de Justicia 20 de octubre 1958……62

2.5.1.8 Corte Suprema de Justicia 30 de junio 1962……64

2.6 Estructuración de la responsabilidad de la Administración

a partir de la jurisprudencia del Consejo de Estado……66

2.7 Pronunciamientos de la Corte Constitucional

en materia de responsabilidad extracontractual…….. 69

2.8 Regímenes de imputación …….71

2.8.1 Régimen de falla en el servicio……72

2.8.1.1 Falla presunta……..73

2.8.2 Riesgo excepcional……...……..74

2.8.3 Daño especial…… 75

3. Responsabilidad extracontractual del estado por la actividad legislativa…….77

3.1 Evolución histórica de la responsabilidad patrimonial

estatal por la actividad legislativa…….78

3.1.1 Antecedentes……...78

3.2 El reconocimiento de la responsabilidad extracontractual

por la actividad legislativa y su nacimiento en Francia……81

3.3 Eventos posteriores de reconocimiento de responsabilidad

patrimonial del Estado por actividad legislativa en Francia…….86

3.3.1 Caucheteux Et Desmonts, del 21 de enero de 1944……86

3.3.2 Bovero, del 25 de enero de 1963…….87

3.3.3 Association Pour le Développement De L´Aquacultura

en Région Centre et Autres, del 30 de julio de 2003……...87

3.3.4 Jean A. et Autres, del 29 de diciembre de 2004……..87

3.3.5 Société Cooperátive Ax´ion, del 2 de noviembre de 2005…….88

3.4 La responsabilidad extracontractual por la actividad legislativa

en España……...88

3.4.1 Antecedentes……..91

3.4.1.1 La ley 46 del 15 de octubre de 1977……91

3.4.1.2 La Ley 40 del 19 de noviembre de 1975…….92

3.4.1.3 Las Leyes 30 del 2 de agosto De 1984…….. 94

3.4.2 Responsabilidad del Estado Legislador por la declaratoria

de inconstitucionalidad de normas en España……...96

3.5 La responsabilidad del Estado Legislador en el derecho colombiano……...…97

3.5.1 La Responsabilidad patrimonial del Estado por la actividad

legislativa y su tratamiento por parte de la Corte Constitucional……98

3.5.1.1 Sentencia C-149 de 1993…….98

3.5.1.2 Sentencia C-423 de 1995…… ..101

3.5.1.3 Sentencia C-152 de 1997…….102

3.5.1.4 Sentencia C-038 DE 2006……102

3.5.2 La Responsabilidad del Estado por la actividad legislativa y su

tratamiento por parte del Consejo de Estado……..103

3.5.2.1 Responsabilidad patrimonial del Estado por norma exequible……103

3.5.2.2 Responsabilidad patrimonial del Estado por norma

declarada inexequible…….106

4. El control de constitucionalidad……119

4.1 El Control de Constitucionalidad en Colombia……...123

4.1.1 El control de constitucionalidad en la Constitución de 1991……..124

4.1.2 Las sentencias de constitucionalidad proferidas por

la Corte Constitucional……...127

4.1.3 Clasificación le las sentencias de la Corte Constitucional

según su tipología y sus efectos……129

4.1.3.1 Clasificación de las sentencias de la Corte Constitucional según

la decisión tomada respecto al control de constitucionalidad…….129

4.1.3.2 Clasificación de las sentencias de la Corte Constitucional

según su efecto jurídico …….132

4.1.3.3 Clasificación de las sentencias inhibitorias

proferidas por la Corte Constitucional……..132

4.1.3.4 Clasificación de las sentencias proferidas por la

Corte Constitucional de acuerdo con el contenido de su decisión…..……134

4.1.3.5 Clasificación de las sentencias proferidas por la

Corte Constitucional de acuerdo con sus efectos en el tiempo……...135

4.1.3.6 Clasificación de los efectos de las sentencias

proferidas por la Corte Constitucional, según la cosa juzgada……...136

5. La omisión legislativa……140

5.1 La Omisión Legislativa inconstitucional en la doctrina…….143

5.1.1 La omisión legislativa según el profesor Juan Pablo Sarmiento Erazo……144

5.1.2 La omisión legislativa para el profesor Víctor Bazán……...144

5.1.3 La omisión inconstitucional para el profesor Ignacio Villaverde Menéndez……147

5.1.4 La omisión legislativa inconstitucional para el profesor Carlos Báez Silva…….151

5.2 La Omisión Legislativa inconstitucional en Colombia……156

5.2.1 Definición de Omisión Legislativa y clases……..156

5.2.2 La competencia de la Corte Constitucional en materia

de Omisiones Legislativas……..158

5.2.3 Requisitos de configuración de las Omisiones Legislativas

Relativas según la jurisprudencia de la Corte Constitucional…….161

5.2.4 Tipos de sentencias expedidas por la Corte Constitucional

frente a omisiones legislativas relativas……...163

5.2.4.1 Sentencias Integradoras……164

5.2.4.2 Sentencias Aditivas……...164

5.2.4.3 Sentencias Exhortativas……165

6. Responsabilidad extracontracual del estado por

omisión en la actividad legislativa……166

6.1 La responsabilidad extracontractual del Estado

por Omisión Legislativa Absoluta……..169

6.2 La responsabilidad extracontractual del Estado

por Omisión Legislativa Relativa……...177

6.3 Forma de estructuración de la responsabilidad

extracontractual del Estado por Omisión Legislativa Relativa……186

6.4 Título de imputación viable en materia de la responsabilidad

extracontractual del Estado por Omisión Legislativa Relativa……188

6.4.1 Falla del servicio……..188

6.4.2 Daño especial……189

6.5 Elementos que configuran la responsabilidad extracontractual

del Estado por omisión legislativa relativa…….191

6.5.1 Un daño antijurídico……191

6.5.2 Una omisión legislativa relativa……..191

6.5.3 La relación de causalidad entre el daño antijurídico

y omisión legislativa…….193

6.5.4 Que los elementos mencionados se presenten en

el contexto del título de imputación de daño especial……..193

Conclusiones.…….194

Bibliografía…….198

INTRODUCCIÓN

La presente investigación se ocupa de estudiar el tema de la responsabilidad extracontractual del Estado por omisión en la expedición de leyes en Colombia, tema que apenas comienza a ser desarrollado por la doctrina y por la jurisprudencia nacional.

El tema objeto de estudio, desde el punto de vista constitucional en cuanto a la omisión legislativa, ha sido ampliamente estudiado por la Jurisprudencia Constitucional colombiana, la que desde el año 1996, a partir de las sentencias en sede de exequibilidad, construyó la postura que permanece vigente aún en la actualidad y cuya característica primordial, es la de aceptar la existencia de la omisión legislativa relativa (por vía de su declaratoria de inconstitucionalidad), mas no así de la omisión legislativa absoluta (Sentencia C-543 de 1996) frente a la cual el Tribunal Constitucional colombiano se ha declarado inhibido para estudiarla; ahora bien, la omisión legislativa como fuente de responsabilidad extracontractual del Estado, tema de competencia de la Jurisdicción Administrativa, ha tenido un estudio precario, ya que son escasas las sentencias que se han ocupado de estudiar este fenómeno jurídico.

El principal objetivo planteado al inicio de la investigación, era determinar si era viable que con ocasión de una omisión legislativa, surgiera para el Estado la obligación de reparar los posibles daños antijurídicos que con ella se pudieran producir y en caso de encontrar factible esa posibilidad, establecer el título de imputación dentro del cual se podría configurar este tipo de responsabilidad; al respecto, la investigación arrojó Como

resultado, la efectiva procedencia de este tipo de responsabilidad (tan sólo con respecto a la omisión legislativa relativa) y, específicamente bajo el título de imputación de daño especial.

Para la realización del presente trabajo, se acudió al estudio de los trabajos de doctrinantes, tanto nacionales como extranjeros, e igualmente al análisis de la jurisprudencia de las Cortes Constitucional, Suprema de Justicia y Consejo de Estado, en los diferentes aspectos que integran la responsabilidad estatal por omisión en la expedición de leyes.

La importancia de la investigación, radica en que al final de la misma, se presenta una propuesta de estructuración de la responsabilidad pública alquiliana, con base específicamente en la omisión legislativa relativa, indicando el título de imputación procedente, sus elementos configuradores y la forma en que debe ser entendida por los Jueces Administrativos.

El método utilizado en el transcurso de la presente investigación, fue el analítico, pues gracias a la complejidad del objeto de estudio, se debió realizar un examen pormenorizado de todos y cada uno de los elementos que conforman la responsabilidad extracontractual del Estado por omisión en la actividad legislativa (tales como la responsabilidad del Estado, el Control de Constitucionalidad y la omisión legislativa desde sus diferentes aspectos, entre otros).

Finalmente, la investigación se presenta como una herramienta para los profesionales del derecho que pretendan no solo profundizar en el tema, sino darle una aplicación práctica al mismo, toda vez que la forma en que fue abordado permite tener un conocimiento y una fundamentación adecuada de todos los elementos que lo componen y la forma en que deben ser entendidos y presentados ante la jurisdicción contenciosa a fin de materializar el resarcimiento de los posibles daños antijurídicos que el Poder Legislativo pueda ocasionar a los particulares al expedir una norma que contenga una omisión legislativa relativa.

1. PRELIMINARES

1.1 Planteamiento del problema

1.1.1 Descripción del problema

El tema de la responsabilidad extracontractual del Estado con ocasión de la actividad legislativa en el contexto nacional, ha tenido una evolución pausada, pues la Jurisdicción Contenciosa ha producido pocos fallos en el transcurso de su toda historia, concretamente en los últimos 20 años y han sido sentencias en las cuales el Consejo de Estado ha reconocido y también negado la responsabilidad alquiliana del Parlamento con base en títulos de imputación, así: por daño especial, en el año de 1998, se produjo la Sentencia IJ-01 de 1998, en la que el Consejo de Estado declaró la responsabilidad estatal; por falla en el servicio legislativo, en el año 2001, el Tribunal de la Jurisdicción Contenciosa, profirió la sentencia de fecha primero de noviembre (M.P. MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ), en la que con ocasión de una supuesta omisión legislativa absoluta, negó la declaratoria de responsabilidad y, finalmente en el año 2014, profirió 4 sentencias que declararon la responsabilidad del Estado con base en el título de imputación de falla en el servicio, en esta ocasión, por la declaratoria de inexequibilidad de los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2001, por cuenta de la sentencia C- 992 de 2001.

Ahora bien, el tema de la responsabilidad del Estado con ocasión de la expedición de leyes, también ha sido desarrollado por la Doctrina, pues diversos autores se han encargado de

estudiar la figura, no solo en el derecho patrio, sino también en el derecho comparado; no obstante lo anterior, el abordaje que se le ha dado a este tipo de responsabilidad pública, ha sido principalmente desde la perspectiva de los daños que se producen cuando el Parlamento expide una ley, no así, desde el punto de vista de las abstenciones del legislador para expedir una ley o de los eventos en que las leyes expedidas son incompletas o parciales.

El anterior panorama, permite concluir que la figura de la responsabilidad extracontractual del Estado por la actividad legislativa en Colombia, apenas se encuentra en una etapa inicial, pues si bien es cierto, ya se han proferido sentencias y efectuado publicaciones especializadas al respecto, para logar que esta institución evolucione, es necesario que su estudio sea mayor por parte de la Academia, tanto en las facultades de pregrado, sino también en las especializaciones, maestrías y doctorados, esto para que tenga una mayor difusión y por ende el conocimiento de la misma sea más profuso, no solamente por la comunidad jurídica, sino por la ciudadanía en general, quienes en últimas son los destinatarios de las leyes y por ende quienes van a gozar de los beneficios de éstas, como también a padecer los daños que las mismas les produzcan y obviamente si desconocen que las leyes pueden producir daños y que éstos se pueden reclamar, no se van a presentar demandas que tiendan a la declaratoria de responsabilidad estatal por el ejercicio de esta función pública (la Legislativa).

Así las cosas, es necesario que la comunidad jurídica nacional se interese más por el tema de la responsabilidad extracontractual estatal con base tanto en la expedición de leyes y en la omisión por no expedirlas, para ello, las universidades deben incluir en sus mallas

curriculares, materias y seminarios que se encarguen del estudio de esta temática (a nivel de pregrado como de posgrado), para que de esta manera, los profesionales que se están formando actualizando conozcan la figura y hagan uso de ella cuando evidencien daños antijurídicos producidos por la actividad legislativa, situación que ha de contribuir no solo a que los eventuales afectados reclamen la indemnización de los perjuicios sufridos, sino también a que en el momento de expedir una ley y de no hacerlo también, los congresistas tengan presente que con su actividad (y con sus omisiones) pueden llegar a producir daños antijurídico que eventualmente el patrimonio público va a tener que resarcir.

1.1.2 Formulación del problema

¿Se puede configurar responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado por omisión en la expedición de una ley, cuando el parlamento estando obligado a hacerlo no lo hace y con esa conducta genera daños antijurídicos a los ciudadanos?

1.2 Hipótesis

En el ordenamiento jurídico colombiano, las omisiones del legislativo (omisiones absolutas) y las omisiones de la ley (omisiones relativas) pueden llegar a convertirse en fuente de responsabilidad patrimonial extracontractual, cuando como fruto de ellas, se ocasionan a los ciudadanos, daños antijurídicos, esto es, que aquellos no están en la obligación legal de soportar.

1.3 Justificación

El Constituyente de 1991, en el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, plasmó la cláusula general de responsabilidad pública, tanto contractual, como extracontractual, en los siguientes términos: "El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas…", lo que en la práctica significa que son todas la autoridades públicas las que deben responder patrimonialmente cuando con su actuación o abstención, causan daños a las personas y éstas no están en la obligación de soportarlos y que la obligación resarcitoria al cobijar a las autoridades públicas en su conjunto, incluye al Estado Legislador, tal y como lo aclaró la Corte Constitucional en la sentencia C-038 de 2006, cuando revisó la constitucionalidad del artículo 86 del Decreto 01 de 1984 (anterior Código Contencioso Administrativo), que contemplaba la acción de reparación directa.

La responsabilidad del Estado por hechos del legislativo es una institución que tuvo su origen en Francia, cuando en el año de 1938 (14 de enero), el Consejo de Estado, pronunció el emblemático fallo LE FLEURETTE, por virtud del cual, condenó al Estado a pagar los perjuicios sufridos por el propietario de una fábrica que debió ser cerrada como consecuencia de la expedición de la Ley 29 de 1934 y que como consecuencia de ello, se desequilibraron en su contra las gargas públicas, imponiéndole un sacrificio anormal y especial; no obstante lo anterior, en ese país europeo, la evolución de la responsabilidad estatal por expedición de leyes, había comenzado un siglo atrás, cuando el Consejo de Estado negó la declaratoria de responsabilidad por daños producidos como consecuencia de la expedición de la Ley (fallo Duchatelier del 11 de enero de 1838).

Ahora bien, en el caso colombiano, la evolución de la institución de la responsabilidad extracontractual del Estado Legislador, ha tenido un tratamiento similar al que le dio la jurisprudencia francesa, toda vez que la primera sentencia condenatoria que profirió el Consejo de Estado colombiano declarando la responsabilidad del Estado por expedición de leyes, se dio en 1998 (Sentencia IJ-001 de 1988) y aplicó el título de imputación de daño especial, en razón que los accionantes sufrieron un daño especial y anormal cuando no pudieron acceder a la Administración de Justicia a reclamar los perjuicios sufridos por la muerte de un familiar atropellado por un vehículo de la Embajada de los Estados Unidos de Norte América conducido por un agente diplomático de ese país que se encontraba protegido por la inmunidad diplomática que introdujo en nuestro país, el Congreso de la República al haber expedido la Ley 6ª de 1972.

De otra parte, en Colombia y en lo que tiene que ver con la responsabilidad extracontractual del Estado Legislador, el Consejo de Estado ya ha proferido sentencias condenatorias con base en el título de imputación de falla del servicio (legislativo en esta ocasión), esta vez, como consecuencia de la declaratoria de inconstitucionalidad de una le por parte de la Corte Constitucional; sin embargo, el tema de la responsabilidad del Estado Legislador por omisión, no ha tenido un desarrollo ni legal ni jurisprudencial que permita conocer esta figura, ni su forma de estructuración, no el título de imputación que allí se podría aplicar.

Por las anteriores razones, es necesaria una investigación que se ocupe del tema de las omisiones legislativas (absoluta y relativa) y la posibilidad de que ellas sean fuente de producción de daños antijurídicos y en consecuencia de responsabilidad extracontractual del parlamento por el no cumplimiento de sus deberes constitucionales.

Así mismo, el resultado de la investigación, pretende servir de fuente de consulta tanto para la comunidad jurídica, como para la ciudadanía en general, de la forma como podría eventualmente configurarse una responsabilidad extracontractual del Estado por omisión en la actividad legislativa, así como de los elementos que se han de reunir para aspirar a obtener una sentencia condenatoria producida por la Jurisdicción Contenciosa en este sentido.

1.4 Objetivos

1.4.1 Objetivo general

Determinar si la omisión en la expedición de leyes o la expedición de leyes incompletas o con lagunas por parte del Congreso de la República, genera responsabilidad extracontractual del Estado, bajo qué título de imputación y con qué elementos.

1.4.2 Objetivos específicos

1.4.2.1 Analizar el concepto de responsabilidad extracontractual del Estado y su evolución en Colombia.

1.4.2.2 Estudiar la figura de la Responsabilidad Extracontractual del Estado por la actividad legislativa en el derecho comparado y en el derecho colombiano.

1.4.2.3 Estudiar la institución del Control de Constitucionalidad.

1.4.2.4 Investigar la figura de la omisión legislativa en la jurisprudencia y en la doctrina.

1.4.2.5 Indagar la responsabilidad extracontractual del Estado por omisión en la actividad legislativa.

1.5 Marco referencial

1.5.1 Marco teórico

1.5.1.1 Responsabilidad extracontractual del Estado: Se refiere a aquellos eventos en que el Estado produce un daño a un particular, como consecuencia de una acción o una omisión suya y, en aplicación del principio del "Neminem laedere" de no producir daños a otros, debe resarcir los perjuicios que con su conducta (positiva o negativa) haya ocasionado.

1.5.1.2 Daño Antijurídico: Según el Profesor Alier Eduardo Hernández Enríquez, la Constitución Política de Colombia de 1991el concepto de daño fue objetivizado, esto es, que ahora, la antijuridicidad de los daños que padezcan los particulares no dependen de la ilegalidad de los hechos que los ocasionan, pues como lo indica el autor en cita, acciones estatales legítimas pueden generar daños antijurídicos, pues el "análisis del daño se ha situado en sed de la víctima – y no en la del agente, como ocurría antes – lo cual ha permitido formular la tesis de que daño antijurídico es aquel que la víctima no tiene el deber jurídico de soportar" (HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, ALIER EDUARDO Y FRANCO GÓMEZ CATALINA, 2007).

1.5.1.3 Daño especial: Es un título de imputación objetivo de responsabilidad extracontractual del Estado en virtud del cual, las entidades públicas deben responder por los daños antijurídicos causados a los particulares en el ejercicio de una actividad legítima, que rompa el principio de igualdad ante las cargas públicas y que además esos daños, reúnan las características de especialidad y anormalidad.

1.5.1.4 Responsabilidad extracontractual del Estado por el hecho del Legislador: Se refiere a aquellos eventos en los el Estado, en ejercicio de la función pública de expedir leyes, produce un daño antijurídico a un particular y como consecuencia de ello, debe resarcir al afectado (LÓPEZ HERRERA).

1.6 Marco normativo

1.6.1 Preámbulo de la Constitución Política de Colombia de 1991

El preámbulo de la Constitución de 1991, es una declaración de los valores que el Constituyente primario quiso que irradiaran todo el texto constitucional (VILLA CASADO, 2012).

1.6.2 Artículo segundo de la Constitución Política de Colombia de 1991

Consagra los fines del Estado, es decir la razón del ser del ente estatal; en cuanto al tema de la investigación, se resalta el inciso segundo de la noma en cita que textualmente reza: "Las autoridades de la República están instituidas para para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades…", toda vez que son esos bienes jurídicos los que puede afectar la actuación de las entidades públicas y producir en consecuencia, daños antijurídicos.

1.6.3 Artículo 13 de la Constitución Política de Colombia de 1991

Esta norma constitucional consagra el principio – derecho – valor de la igualdad, en virtud de ella, se proscribe cualquier tipo de discriminación y todas las personas frente a la ley, debe ser tomadas como equivalentes, salvo aquellas que sufran algún tipo de

debilidad, toda vez que frente a ellas el Estado debe tomar las medidas positivas que logren permitir estar en igualdad frente a las otras.

1.6.4 Artículo 90 de la Constitución Política de Colombia de 1991

Consagra la cláusula general de responsabilidad del Estado en el entendido que cualquier daño antijurídico que sufra un particular como consecuencia directa de una acción o una omisión de cualquier autoridad pública, debe ser indemnizado.

1.6.5 Artículo 114 de la Constitución Política de Colombia de 1991

Desarrolla el principio de división de poderes en lo que tiene que ver con el Legislativo, asignándole al Congreso de la República las funciones de "reformar la Constitución, hacer las leyes y ejercer el control político sobre el gobierno y la administración.

1.6.6 Artículo 150 de la Constitución Política de Colombia de 1991

En concordancia con el artículo 114 Superior, concreta la función del Congreso en cuanto al ejercicio legislativo; en el numeral décimo de esta norma, se establece la posibilidad de que el Parlamento faculte al Presidente de la República de manera temporal, para expedir "normas con fuerza de ley…".

1.7 Marco jurisprudencial

1.7.1 Sentencia IJ-001 Sala Plena del Consejo de Estado del 25 de agosto de 1998, con ponencia del Dr. Jesús María Carrillo Ballesteros**:** Fue en esta providencia, la primera vez en que un Juez de la República declaró la responsabilidad patrimonial del Estado colombiano con ocasión de la expedición de una ley, que para el caso se trató de la ley 6 de 1972, mediante la cual Colombia incorporó dentro de su ordenamiento interno la Convención de Viena del 18 de abril de 1961 que consagraba la inmunidad de la jurisdicción diplomática por cuya aplicación se les impide a los perjudicados accionar para obtener la reparación patrimonial.

1.7.2 Sentencia C- 0038 del primero de febrero de 2006, proferida por la Corte Constitucional: En este fallo, se decidió la demanda por inconstitucionalidad presentada contra el artículo primero del artículo 86 del Código Contencioso Administrativo porque consideraba el demandante que dicha norma, excluía la posibilidad de presentar demandas de reparación directa por hechos u omisiones imputables al Congreso de la República, frente a lo cual, la Corte declaró la exequibilidad de la norma, considerando que en el enunciado normativo demandado, efectivamente incluía a la autoridad legislativa, tal y como lo ha entendido la sala plena del Consejo de Estado en diferentes ocasiones conforme a una interpretación amplia de la norma.

1.8 Metodología de Investigación.

1.8.1 Método de investigación

El método a utilizar en el transcurso de la investigación, será el analítico a través del cual realizará un estudio de todos y cada uno de los elementos que componen el tema y de las relaciones que se pueden presentar entre esos componentes, así como entre ellos y el objeto de investigación, para lograr una mejor comprensión del fenómeno de la responsabilidad extracontractual del Estado por la omisión legislativa.

1.8.2 Fuentes

Con el objeto de abordar adecuadamente el tema objeto de estudio, se consultarán textos especializados en cada uno de los subtemas en que se divide el tema de investigación e igualmente se consultarán las sentencias nacionales proferidas por los diferentes Tribunales de Cierre que de alguna manera se relacionan con el tema de estudio de posgrado.

2. LA RESPONSABILIDAD: ORÍGENES, EVOLUCIÓN Y CONTEXTO ACTUAL

El concepto jurídico de Responsabilidad, actualmente aplicado, se ha ido construyendo desde tiempos remotos. La acepción dada por el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, refiere que la Responsabilidad corresponde a:

> Deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal, (…) y jurídicamente significa, la capacidad existente en todo sujeto activo de derecho para reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente (Diccionario de la lengua española).

La responsabilidad, en consecuencia, surge en diferentes contextos, ético, moral y jurídico. En el ámbito jurídico, se refiere a la obligación que tiene el hombre de asumir las consecuencias de sus actos, presentándose bien sea en el ámbito penal, civil o administrativo[1]. Dicha categorización responde a la naturaleza de las normas infringidas y de los daños causados.

Para abordar el estudio de esta institución, en primer lugar, se analizará el origen y evolución del concepto de responsabilidad, en seguida se adelantará una breve explicación acerca de las clases de responsabilidad, para finalizar con un recuento de los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado en lo referente a

[1]La Responsabilidad penal, trae como consecuencia la imposición de sanciones como, privación de libertad, multas, etc.; la Responsabilidad civil trae consigo implicaciones de carácter patrimonial y la Responsabilidad Administrativa, concurre en determinados actos y contratos del Estado, diferenciándose de las anteriores en cuanto a los sujetos de las mismas, así como de la aplicación de reglas especiales en determinados casos.

la Responsabilidad Civil Extracontractual, junto con los regímenes de imputación vigentes en la materia.

2.1 Origen y evolución

Hablar de responsabilidad a los largo de la historia, implica formular interrogantes como ¿cuándo una persona es responsable jurídicamente de sus actos?, ¿en qué ocasiones responden los particulares?, ¿cuándo es jurídicamente responsable el Estado?, ¿bajo qué regímenes de imputación responde el Estado?. Para responder a estos cuestionamientos se presenta la imperiosa necesidad de mirar al pasado, cuando las bases de la responsabilidad fueron expuestas en diferentes exámenes filosóficos.

El más antiguo corresponde al adelantado en la discusión aristotélica de la justicia correctiva en la Ética a Nicómaco, espacio en el que Aristóteles en su libro quinto (ARISTÓTELES, Uruguay Piensa) enuncia "dos especies de justicia correctiva que corresponden respectivamente a las transacciones voluntarias e involuntarias" (SAAVEDRA BECERRA, 2004, pág. 25). Ejemplos de las primeras, son actos como la venta, la compra, la fianza, originadas en un acuerdo de voluntad. Las involuntarias, se ven representadas por sucesos como el adulterio o la corrupción, entre otros. En cuanto a las descripciones tanto de la forma como de la función correctiva, Aristóteles, sistematiza la función más amplia del derecho, es decir aquella referida a la distribución de los bienes con base en postulados de justicia distributiva. (SAAVEDRA BECERRA, 2004)

En el derecho romano, siguiendo a Martha Morineau en su libro *Derecho Romano,* la responsabilidad podía predicarse desde el ejercicio de las Magistraturas, siendo exigible al

funcionario al término de su función. En el campo civil aparece con ocasión de la acción redhibitoria, a través de la cual surge la posibilidad de reclamar la responsabilidad del vendedor que entrego una cosa defectuosa. En materia penal, la responsabilidad implicó el sometimiento del infractor a la víctima (MORINEAU IDUARTE, 1998).

Es decir, la sanción jurídica en Roma, como consecuencia de la afectación a los derechos del individuo, responde a una exigencia ética, mantenida durante el transcurso del tiempo, bajo el postulado de que el autor del daño está obligado a indemnizar o reparar los perjuicios causados.

En el derecho pretorio, señala Diez Picazo (DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, 1991), la responsabilidad civil experimenta un notable desarrollo al ampliarse el ámbito del daño contemplado por la Ley Aquilia[2], así como los sujetos legitimados para ejercitar la acción.

En los estudios jurídicos e históricos adelantados y publicados por la Biblioteca Jurídica de la UNAM (CRUZ MEJÍA), se han identificado como hechos dañosos generadores de responsabilidad en el derecho romano los siguientes: a) Los que provocaban la destrucción, alteración o cualquier daño a las cosas corporales; b) las lesiones corporales y muerte a una persona (*Utilis Aquiliae Actio*), cuyo resarcimiento comprendía los gastos de curación, las ganancias dejadas de obtener y la disminución de la capacidad para adquirir en el futuro, pero aún no el *pretium doloris*; c) los daños causados por los animales; d) el daño patrimonial injusto y malévolo que no pueda resarcirse por otra vía y; e) las ofensas, el

[2] La Ley Aquilia – Digesto de Justiniano, 9.2.1., es la gran unificadora de todas las leyes que hablan del daño injusto. La expresión de responsabilidad aquiliana es utilizada como sinónimo de responsabilidad civil extracontractual. Era una ley que sobre todo reglamentaba la revancha o venganza, consistente en reconocer a un derecho a causar responsable los mismos daños económicos sufridos.

injusto desprecio a la personalidad, y otro extenso número de casos que se comprendían en esta acción como *la iniuria.*

Junto con los *delicta*, la doctrina posclásica y el derecho justiniano consideraron otros supuestos que daban lugar a responsabilidad, después denominados cuasidelitos.

Lo expuesto hasta ahora, indica el gran desarrollo en el campo del derecho, en especial en lo relacionado con la obligación de responder, por parte de la cultura romana, denotando así que dentro de los pilares básicos en los que se fundamenta la identidad cultural de occidente se encuentra la filosofía griega y el derecho romano.

La fundamentación del derecho de daños, junto con otros elementos que fueron incorporándose a la institución de la responsabilidad, surgen del principio romano *neminem laedere (ningún daño),* de donde se deduce la obligación de indemnizar el daño como mandato racional y la consagración de la libertad humana como eje del sistema de daños.

Cada vez se fue acentuando la diferenciación de la responsabilidad penal, de la de carácter civil (LÓPEZ HERRERA), mediante la determinación de conceptos como daño privado y delito, que posteriormente se establecieron en los códigos derivados del francés, de acuerdo a los criterios introducidos por Domat y Pothier en el siglo XVIII, como se verá más adelante.

En el período de la edad media, se retoman las reflexiones Aristotélicas, el concepto de justicia correctiva fue "complementado por Santo Tomás de Aquino en primer lugar en el siglo XIII, y luego por sus seguidores medievales. Santo Tomas procuró interpretar a

Aristóteles de manera que sus enseñanzas conciliaran con las ideas y principios del derecho canónico y romano. En el siglo XVI y principios del Siglo XVII, esta interpretación será recopilada por pensadores del renacimiento tomista como Tomasso de Vío, Domingo de Soto, Luis de Molina y Leonardo Lessius" (SAAVEDRA BECERRA, 2004). Posteriormente, muchos de estos postulados son recogidos por el derecho natural.

La importancia de retomar los aportes de Aristóteles, deviene de la interpretación dada por este filósofo griego a la justicia distributiva, la cual refiere a la interacción de los individuos y el Estado, con base en la condición de la persona como integrante de la comunidad. El pilar de esta justicia sostiene que los recursos o bienes existentes deben distribuirse en forma equitativa, en correspondencia al mérito o a las necesidades. En cuanto a la causación de daños, permite desarrollar la responsabilidad objetiva, por ejemplo, al ocasionarse un daño en ejercicio de actividades riesgosas pero con beneficios sociales, se hace necesario responder por los daños ocasionados. Dentro de este concepto de justicia, se fundamenta además la responsabilidad por el hecho del otro (LÓPEZ HERRERA).

Por otra parte, Aristóteles enuncia a la justicia conmutativa o correctiva, como aquella que implica interacción entre individuos sin tener en cuenta su posición en la sociedad por ejemplo, ocurre que una persona afecta o amenaza los recursos de otra a través de actividades que vulneran el principio de absoluta e igual libertad, en este evento surge la posibilidad del individuo afectado de reclamar por su derecho conculcado, es decir de ser compensado.

Es pertinente destacar que las definiciones de justicia realizadas por este filósofo griego, convergen en los pilares que las fundamentan, ya que encuentran sustento en la absoluta igualdad y libertad de los hombres, que a su vez constituyen los principios rectores del derecho privado (LÓPEZ HERRERA).

Tal, como se señaló líneas atrás, un elemento importante en la estructuración de la institución de la responsabilidad, se encuentra en la separación de la responsabilidad civil, de la penal, que con el Sistema Francés, se concreta al otorgársele una existencia propia a la primera; a su vez la noción de culpa adquiere el carácter de elemento de la responsabilidad civil como consecuencia de dos hechos: i) se observa la culpa como la expresión jurídica del principio económico del *laissez faire,* que además "cumple el mismo papel ideológico que desempeñan en otros sectores del ordenamiento el dogma de la libertad contractual y de los omnímodos poderes del propietario"; y ii) expresa la acogida por la sociedad de la culpa, conocida en el ámbito social como el pecado en el moral, es decir una mancha que justifica la sanción y crea la responsabilidad" (MARTÍNEZ SARRIÓN, 1992).

Las implicaciones económicas del reconocimiento de la culpa como consecuencia de la industrialización y el maquinismo también fortalecieron su aceptación, puesto que no limita el nivel de actividad siempre que se observe el nivel de diligencia requerido para no tener que responder.

En el Código Napoleónico se enuncia la responsabilidad civil con diversas implicaciones, a) efecto del incumplimiento de las obligaciones; b) facultad soberana de la voluntad de las partes para fijar los límites de la reparación, y por último c) fuente extracontractual y

autónoma de obligaciones. Sólo se responde de los daños y perjuicios que resulten como consecuencia directa e inmediata del incumplimiento, esto es, se excluyen los daños mediatos y los indirectos y, por supuesto, los remotos (CRUZ MEJÍA). Esta normativa, no menciona la posibilidad de reparar el daño moral, ya sea en forma contractual o extracontractual, aspecto que ha sido desarrollado ampliamente vía jurisprudencial.

El Código Francés, en cuanto a culpa dilucida *in extenso* el artículo 1384, el cual señala que se debe responder "no sólo por el daño causado por el hecho propio sino hecho también de aquel que han causado las personas por las que se debe responder o de las cosas que se tiene bajo la guardia", donde jurisprudencialmente se ha indicado que no se hace necesario el demostrar la culpa sino que aquella se presume con la mera ocurrencia del daño (LÓPEZ HERRERA).

En el *common law*, instituto en el cual el derecho penal en principio no se encontraba separado del derecho civil, al presentarse dicha disociación paralelamente se originó una rama, *the law of torts*, es decir, lo que se conoce en el civil law como derecho de daños, bajo la salvedad que no incluye en su acepción los daños contractuales.

La legislación alemana, no establece una clausula general de responsabilidad; la obligación de indemnizar surge en aquellos daños causados en forma antijurídica, con dolo o culpa, pero que afecten "la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad o cualesquiera otro derecho de otra persona...", es un sistema cercano a la tipicidad; reconoce la existencia de un principio de responsabilidad general por dolo: "Quien dolosamente causa a otro un daño de forma que atente contra las buenas costumbres, está obligado para con él a la indemnización del daño"; a su vez el daño moral es limitado. Todo esto, tal y como afirma

López Herrera, en su análisis a la responsabilidad civil, como consecuencia de evitar que resultara extraordinariamente gravoso para el capitalismo.

La institución de la responsabilidad Alemana se estructura en un sistema netamente individualista y restrictivo con la víctima, donde predomina la protección de la propiedad y del patrimonio sobre el concepto de reparación (LÓPEZ HERRERA).

En la Legislación colombiana, el Código Civil, en materia de obligaciones sigue la tradición jurídica moderna, en especial lo desarrollado por el ordenamiento civil francés.

2.2 Clases de responsabilidad

La amplitud del concepto de responsabilidad enmarca todos los actos ilícitos que por generar daño a terceros, comprometen la obligación de indemnizar a quien los ocasionó, éstos comportamientos de acuerdo a lo establecido por la legislación civil colombiana se dividen en dos grandes vertientes, la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual, que a su vez observan clasificaciones tomando en consideración el origen del daño o la carga de la prueba de la culpa.

2.2.1 Responsabilidad civil contractual

El profesor Alberto Tamayo Lombana, identifica a la responsabilidad civil contractual como aquella que "resulta de la inejecución parcial o total, o de la ejecución imperfecta o tardía de una obligación estipulada en un contrato válido" (TAMAYO LOMBANA, 2005, pág. 28).

Los presupuestos para que se configure, se refieren a la existencia de un contrato válido celebrado entre las partes y el incumplimiento o cumplimiento imperfecto de alguna de las obligaciones en él estipuladas.

Javier Tamayo Jaramillo, en su libro Tratado de Responsabilidad Civil (TAMAYO JARAMILLO, 2010, pág. 32), contempla dos tipos de responsabilidad contractual, la primera según el origen del daño, y otra con ocasión de la carga de la prueba de la culpa y de la exoneración del deudor.

2.2.1.1 Tipos de responsabilidad contractual según el origen del daño: Se originan como consecuencia del daño surgido del incumplimiento de las obligaciones contractuales. Es decir, el daño se configura con el incumplimiento puro y simple del contrato, su cumplimiento moroso, o su cumplimiento defectuoso.

2.2.1.2 Tipos de responsabilidad contractual según la carga de la prueba: Señala el profesor Tamayo, que para determinar las cargas probatorias del acreedor así como del deudor, se debe adelantar un análisis respecto de la naturaleza de cada contrato y de la obligación incumplida. Mientras en ocasiones corresponde al demandante establecer la culpa del deudor, en otras esta se presume, o sencillamente no constituirá elemento estructural de la responsabilidad civil del deudor.

Como consecuencia de las modalidades para establecer el elemento culpa en la responsabilidad contractual, la doctrina y la jurisprudencia han elaborado diversas clasificaciones, siendo la más importante la que hace una distinción entre las obligaciones de medio de las de resultado.

De este análisis se puede inferir cual es la Carga probatoria de las partes en el incumplimiento de las obligaciones contractuales de medio, y el incumplimiento de obligaciones de resultado, así:

- Carga probatoria en las obligaciones de medio: Siguiendo lo expuesto por Tamayo Jaramillo, "la distinción entre obligaciones de medio y de resultado no se presenta tratándose de incumplimiento puro y simple, y de cumplimiento moroso, pues en estos dos casos la culpa del deudor no tiene incidencia alguna y solo se exonera de responsabilidad mediante la prueba de la existencia de una causa extraña.

  La responsabilidad contractual por cumplimiento defectuoso de las obligaciones contraídas, configura de forma clara la naturaleza de las obligaciones de medio, donde en ocasiones entra el deudor inocente al proceso y corresponde al acreedor demostrar la culpa del deudor. *Contrario sensu,* cuando la obligación de medio trae consigo una presunción de culpa del deudor, éste tiene la posibilidad de exonerarse demostrando la diligencia y cuidado, es decir la ausencia de culpa.
- Carga probatoria en las obligaciones de resultado: No toda circunstancia permite al deudor exonerarse de responsabilidad en caso de incumplimiento. En otras circunstancias el deudor sólo se exonera mediante la prueba de unos eventos que constituyen causa extraña. Por otra parte, habrán circunstancias donde cualquier causa exonere de responsabilidad contractual, es el caso de la responsabilidad del transportador terrestre de carga.

2.2.2 Responsabilidad civil extracontractual:

El principio general de la responsabilidad civil extracontractual, con base en lo expuesto por la jurisprudencia colombiana, refiere a:

> …quien por su culpa causa un daño a otro con sus acciones u omisiones debe resarcirlo. Así, la Sala ha sostenido que "los presupuestos generales para su estructuración derivan del artículo 2341 del Código Civil, por lo que para declararla y reconocer las súplicas resarcitorias por el perjuicio patrimonial o extrapatrimonial padecido por la víctima, (…) 'deben encontrarse acreditados en el proceso los siguientes elementos: **una conducta humana**, positiva o negativa, por regla general antijurídica; **un daño o perjuicio**, esto es, un detrimento, menoscabo o deterioro, que afecte bienes o intereses lícitos de la víctima, vinculados con su patrimonio, con los bienes de su personalidad, o con su esfera espiritual o afectiva; **una relación de causalidad** entre el daño sufrido por la víctima y la conducta de aquel a quien se imputa su producción o generación; y, finalmente, **un factor o criterio de atribución de la responsabilidad**, por regla general de carácter subjetivo (dolo o culpa) y excepcionalmente de naturaleza objetiva (v.gr. riesgo)' …" (Sentencia de Casación, 2012).
>
> La concurrencia de todos y cada uno de esos elementos es imprescindible para que surja la responsabilidad civil, exigencia a la cual se refirió esta Corporación al sostener que "En relación con el mencionado precepto [artículo 2341 del Código Civil], cardinal en el régimen del derecho privado por cuanto constituye la base

> fundamental de la responsabilidad civil extracontractual, debe recordarse que cuando un sujeto de derecho, a través de sus acciones u omisiones, causa injustamente un daño a otro, y existe, además, un factor o criterio de atribución, subjetivo por regla general y excepcionalmente objetivo, que permita trasladar dicho resultado dañoso a quien lo ha generado -o a aquél que por éste deba responder-, surge a su cargo un deber de prestación y un derecho de crédito en favor de la víctima, que tiene por objeto la reparación del daño inferido, para que quien ha sufrido el señalado detrimento quede en una situación similar a la que tendría si el hecho ilícito no se hubiera presentado, es decir, para que se le repare integralmente el perjuicio padecido.(…) (Sentencia de Casación, 2013).

De lo anterior se pueden extraer los presupuestos para la configuración de la responsabilidad civil extracontractual así: una conducta humana, un daño, la relación de causalidad entre el daño sufrido por la víctima y la conducta del causante del detrimento y, por último, un criterio de imputación.

2.2.2.1 Clasificación de la responsabilidad civil extracontractual: El profesor Javier Tamayo Jaramillo, en el Tomo I de su obra "Tratado de Responsabilidad Civil" (TAMAYO JARAMILLO, 2010), establece una clasificación de los diversos tipos de responsabilidad civil extracontractual, atendiendo a diferentes criterios, los cuales se expondrán de manera sucinta a continuación.

- Responsabilidad extracontractual según el elemento subjetivo: esta clasificación toma en consideración la voluntad del causante del daño al momento de su causación, de tal suerte, que si efectivamente la intención del autor era producir el

daño, la responsabilidad será dolosa y si el agente actuó de manera negligente, la responsabilidad será a título de culpa.

Es de anotar que cuando en la configuración del daño no se toma en cuenta la intención o voluntad del agente en la producción del daño, se presenta la llamada responsabilidad objetiva.

- Responsabilidad extracontractual según el origen del daño: esta tipología toma en consideración quién (persona) o qué (cosa) causa el daño. En consecuencia se subdivide en cuatro tipos diferentes así:

  - Responsabilidad por el hecho propio: su fuente es el artículo 2341 del Código Civil, norma que consagra la cláusula general de la responsabilidad extracontractual en Colombia y que a la letra reza "El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido". Para que se declare judicialmente este tipo de responsabilidad, al demandante le corresponde probar la culpa del causante del daño. Adicionalmente hay que anotar que bajo esta norma se pueden encuadrar conductas tanto culposas como dolosas.

  - Responsabilidad por el hecho ajeno o de un tercero: (Artículos 2347, 2348 y 2349 C.C.): Obedece a una presunción de culpa por mala vigilancia de quien tiene bajo su cuidado al causante del daño, presunción que puede desvirtuarse al probar la ausencia de culpa, demostrando una correcta vigilancia sobre el dependiente. El artículo 2348 C.C, consagra una responsabilidad por el hecho ajeno, con culpa probada con base en la mala educación que los padres han dado al hijo causante del

daño, esto quiere decir que a quien demanda le corresponde probar la culpa del demandado.

- Responsabilidad por el hecho de las cosas: surge por el hecho de las cosas que se encuentran bajo cuidado; se orienta por el principio general establecido en el artículo 669 del Código Civil en relación con el derecho de dominio, el cual establece que todo el que cause daño con el uso o goce de la cosa de la que es dueño se encuentra en obligación de indemnizar a la víctima.

Para que el demandado se exonere de la obligación de responder, debe probar la existencia de una causa extraña, pues así logar romper el nexo de causalidad.

- Responsabilidad por actividades peligrosas: Es el pilar fundamental de la responsabilidad civil extracontractual en la legislación colombiana. Se encuentra consagrada en el artículo 2356 del C.C. y consiste en que quien cause un daño en ejercicio de una actividad peligrosa, se encuentra obligado a indemnizar a la víctima, a menos que se establezca una causa extraña, es decir, que la legislación consagra a favor del afectado con este tipo de responsabilidad una presunción de culpa en contra del causante del daño. (TAMAYO JARAMILLO, 2010, págs. 35-37)

Actualmente, dos concepciones son el fundamento de la responsabilidad civil: la culpa y el riesgo, de lo cual se desprende la distinción entre responsabilidad subjetiva y responsabilidad objetiva, la primera se asienta en la culpa, en lo que difiere notoriamente de la segunda, la cual es una responsabilidad sin culpa, o por el resultado.

En consecuencia, el deber de responder se ha ido fortaleciendo a través de su consagración en los ordenamientos jurídicos, en razón a la importancia de éste al interior de la sociedad,

como herramienta indispensable para que la convivencia humana sea posible. Hace parte de los controles que ejerce el derecho sobre la sociedad, tal como se enuncio al inicio del estudio puede ser penal, civil, administrativo, pero todos comparten el hecho que para su configuración se deben presentar los dos elementos: ilicitud y sanción.

Ahora bien, una vez causado un daño atribuible a un sujeto determinado o por determinar, surge como consecuencia directa el deber de responder. La forma de responder consiste en el pago de una indemnización, la cual en la mayoría de los casos consiste en el reconocimiento de una suma de dinero (subrogado pecuniario).

2.3 Funciones de la responsabilidad civil

Así como se destacan los elementos del instituto de la responsabilidad civil, es importante señalar las funciones por las cuales reviste trascendencia en los diversos órdenes jurídicos, las cuales según LÓPEZ HERRERA, son las siguientes:

2.3.1 Función demarcatoria: Corresponde a la función originaria de la responsabilidad civil, puesto que a partir de esta se elaboran las reglas de conducta.

2.3.2 Función compensatoria: Considerada como la única función o la más importante de la responsabilidad civil, a través de la cual el derecho de la responsabilidad civil ocurre *ex post*, es decir, una vez acaecido el ilícito, con el fin de dejar las cosas en el estado anterior.

2.3.3 Función distributiva: Se presenta a partir del momento en el cual la sociedad toma la decisión, mediante el establecimiento de una regla de responsabilidad objetiva, de permitir

ciertas actividades lícitas, pero riesgosas o peligrosas sin que deba demostrarse en todos los casos la existencia de culpa, para tener derecho a una indemnización.

2.3.4 Función preventiva: Establecida con base en el principio *alterum non laedere,* el cual establece la premisa de no dañar al otro, lo cual se interpreta como actuar antes de que se dañe.

2.3.5 Función sancionatoria: Si bien es cierto las consecuencias de cometer una conducta contraria a la ley, se ven refrendadas a través de la imposición de una sanción, concepción propia del derecho penal, también al hacer mención de la responsabilidad civil, frente a la comisión de un hecho que produce un daño, surge la imposición de una sanción que conlleva a dejar las cosas en su estado anterior, bien sea que el hecho se haya cometido con o sin culpa.

2.4 Evolución en Colombia del concepto de responsabilidad extracontractual del Estado

De acuerdo a la evolución que ha experimentado la teoría de la responsabilidad, así como por las diferentes etapas que ha atravesado la estructuración doctrinaria y jurisprudencial de la responsabilidad extracontractual del Estado, se tiene que éste en sus inicios se caracterizaba por no responder de los daños que con ocasión de su actividad le pudiese ocasionar a los asociados; seguidamente, al interpretarse el poder del soberano no como una manifestación de la omnipotencia de Dios, sino como representante del pueblo, se habla de aquellos eventos en los cuales un funcionario estatal desempeñaba mal sus funciones, excediendo los parámetros de ley, originando daños en los asociados, en su persona o

bienes, lo que generaba para los afectados, la posibilidad de reclamarle al causante del daño la correspondiente indemnización (SAAVEDRA BECERRA, 2004).

Con el advenimiento de la Revolución Francesa y el establecimiento del principio de legalidad como directriz que demarca el ámbito de la conducta estatal y de sus agentes, se inicia la transición de la responsabilidad de los funcionarios a la responsabilidad del Estado, bajo la premisa de que éste es responsable en la obligación que tiene de seleccionar cuidadosamente sus funcionarios y ejercer sobre ellos una constante y efectiva vigilancia. Este concepto de responsabilidad indirecta, se fundamentó en los conceptos de "culpa *in eligendo"* y culpa *in vigilando".* Reviste significativa importancia hacer mención a esta tesis, ya que fue acogida por vía jurisprudencial en Colombia, encontrando como soporte una disposición igual a la del Código Civil francés, expuesto en sentencia de la Corte Suprema de Justicia de fecha 30 de junio de 1962, que expresaba:

> Esta fue la responsabilidad inicial de las personas morales de Derecho privado y público a causa de las culpas cometidas en daño de terceros, por sus funcionarios o dependientes, en ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas (…). Se reconoció esta responsabilidad partiendo del principio de que la persona jurídica se hallaba obligada a elegir a sus agentes y a vigilarlos 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 (BUSTAMANTE LEDESMA, 2003).

Aparecieron otras consecuencias directas de la institucionalización de la responsabilidad administrativa en los albores de la República, disposiciones tales como la Ley 1ª del 31 de

julio de 1823, encaminadas a reconocer el derecho a ser compensado por los daños producidos con ocasión de trabajos públicos (SAAVEDRA BECERRA, 2004).

La Corte Suprema de Justicia, en providencia de junio 30 de 1941, establece los elementos de la responsabilidad indirecta de los entes jurídicos. Tal como lo señala Saavedra Becerra, estos son:

- Existe una responsabilidad civil indirecta de la persona moral privada y pública, basada en el hecho dañoso de sus agentes por los actos ejecutados en ejercicio de sus cargos o con ocasión de los mismos cualquiera que sea la posición jerárquica de aquellos y la especie o calidad de sus funciones o tareas.
- Se presume la culpa de la persona moral, por que esta tiene la obligación de elegir el personal y de vigilarlo diligentemente.
- Dicha presunción puede desvirtuarse probando ausencia de culpa.
- Existe, además, una responsabilidad personal del autor del daño frente a la víctima.
- Responden solitariamente al damnificado la persona jurídica y el agente infractor con el derecho de la primera a ser reembolsada por el último.
- La acción indemnizatoria contra la persona moral prescribe en tres años contra el autor.
- Le sirven de arraigo a esta doctrina, especialmente, los arts. 2347 – 2349 del Código Civil, referentes a la Responsabilidad indirecta por los hechos ajenos.

En la historia de la configuración de la responsabilidad del Estado en Colombia, tuvo una gran influencia el Fallo Blanco de 1873, proferido por el Consejo de Estado Francés, traído a colación dado que en esa oportunidad el Tribunal de Conflictos Francés determinó la posibilidad de que la responsabilidad estatal fuese declarada independientemente de que estuviere consagrada de forma expresa, sino tomando como fundamento la noción de servicio público que reemplaza la acepción de poder y gestión (ESCUELA JUDICIAL RODRIGO LARA BONILLA, 2007).

Superada la etapa del reconocimiento indirecto de la responsabilidad, por ser insuficiente ante las situaciones de intervencionismo del Estado, así como la inaplicación de los conceptos de la culpa "*in eligendo* e *in vigilando",* por ser estos pilares de la responsabilidad por hechos ajenos, más no de la responsabilidad de las personas morales, surge la Teoría de la Responsabilidad directa del Estado, la cual inicialmente se estructuró en a) tesis organicista, y b) falla del servicio (Sentencia, 1976).

La culpa del Estado se presume como consecuencia de faltar a su obligación primaria y esencial de prestar eficientemente los servicios a la comunidad. Para exonerarse de responsabilidad, el Estado debe demostrar un factor que rompa el nexo de causalidad entre el hecho y el daño, tales como fuerza mayor, hecho de un tercero o culpa exclusiva de la víctima. No se trata de una responsabilidad objetiva basada en el riesgo creado, sino mantiene su base en la culpa, bajo el postulado del Estado de prestar los servicios públicos (BUSTAMANTE LEDESMA, 2003).

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 (BUSTAMANTE LEDESMA, 2003).

Como ejemplos de este régimen se encuentran en el daño especial, la expropiación, la ocupación de inmuebles en el caso de guerra, la teoría de la lesión y el riesgo excepcional, los cuales han sido desarrollados.

Junto con las actividades mencionadas, existen otras situaciones reconocidas jurisprudencialmente bajo otros títulos de imputación de responsabilidad objetiva, en donde con ocasión del ejercicio de la actividad del Estado se lesiona a de los particulares, como son los trabajos públicos, almacenaje de mercancías, cosas y actividades peligrosas.

2.5 La responsabilidad extracontractual del Estado y su tratamiento en la Corte Suprema de Justicia

El conocimiento de los asuntos relativos a indemnizaciones provenientes de daños causados por entidades de carácter público, fue delegado a la Corte Suprema de Justicia desde la propia Constitución de 1886 en su artículo 151 (SAAVEDRA BECERRA, 2004, págs. 95-106), el cual establecía como competencia de esa Corporación:

"Conocer de los negocios contenciosos en que tenga parte la Nación o que constituyan litigio entre dos m más departamentos".

El estudio y decisión de los asuntos relativos la responsabilidad de las entidades públicas, se fundamentó en las normas del Código Civil atinentes a la responsabilidad con culpa, específicamente la parte comprendida entre los artículos 2341 y 2360 de ese Estatuto (SAAVEDRA BECERRA, 2004, pág. 96).

Durante el tiempo en que la Corte Suprema de Justicia asumió el conocimiento de los litigios indemnizatorios en contra del Estado o de sus entidades, varias fueron las doctrinas que ese Tribunal construyó para adecuar las normas del Código civil (naturalmente establecidas para solucionar controversias entre particulares), a la solución de casos en los que las entidades de carácter público comparecían como demandadas.

Para acompasar las normas de derecho privado a los litigios en los que se veían involucradas personas ya no físicas, sino ahora de carácter jurídico, la responsabilidad debió edificarse sobre los artículos 2347 y 2349 del Código Civil, el primero de ellos, relativo a la responsabilidad por el hecho de aquellos que estuvieren bajo el cuidado de otro y el segundo de los nombrados, atinente a la responsabilidad por el hecho de los dependientes.

La evolución de esas doctrinas de orden civilista no fue ni lineal ni armónica, toda vez que su aplicación en ocasiones representaba avances, otras veces retrocesos y algunas de ellas iba acompañada de la recién creada teoría del Derecho Administrativo de los Servicios Públicos y de la Responsabilidad por falla o falta en la prestación de los mismos. (SAAVEDRA BECERRA, 2004, pág. 99)

2.5.1 Por su relevancia, a continuación se presentan algunas sentencias que fueron representativas y que ilustran la mencionada evolución (EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL EN LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA).

2.5.1.1 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, del 21 de agosto de 1939: El asunto que debió resolver en esa ocasión la Corte Suprema de Justicia, tiene que ver con la construcción del Colector del Rio San Francisco que el municipio de Bogotá realizó en el centro de esa ciudad. El día 14 de octubre de 1932 cayó un torrencial aguacero frente al cual el colector construido resultó insuficiente y las aguas que contenía, inundaron los predios aledaños; de esta situación, los afectados dieron noticia al Municipio, pero la entidad hizo caso omiso de las advertencias. Posteriormente el día 19 de noviembre de la misma anualidad volvió a caer otro aguacero de grandes magnitudes, y como en la anterior ocasión, las aguas se desbordaron sobre los mismos predios, los cuales se encontraban afectados por la inundación inicial y en consecuencia se derrumbaron.

Esta sentencia, significa un gran avance en el tratamiento que la jurisprudencia nacional dio al tema de la responsabilidad extracontractual del Estado, toda vez, que abandona tajantemente el tratamiento que venía dando a la responsabilidad basada en la culpa, especialmente en la culpa de la entidades públicas, in – eligendo e in - vigilando, de sus funcionarios (responsabilidad indirecta o por el hecho del otro), para pasar a una responsabilidad directa y fincada en el funcionamiento de los servicios públicos, con la consiguiente obligación de indemnizar los daños causados por fallas en la prestación de los mismos, es decir, presenta una evolución en dos ámbitos, en primer lugar, declarando la

responsabilidad directa de la Administración y, en segundo lugar, con base ya en la teoría de los servicios públicos propia del derecho administrativo y no en normas del Código Civil, así:

> Fue el Municipio de Bogotá, como no podía dejar de serlo, quien contrató sobre especificaciones técnicas dadas por su órgano adecuado – la dirección de Obras Públicas Municipales – a cuya satisfacción debía hacerse la entrega de la Obra, la construcción del colector y alcantarillas en referencia…
>
> … Para efectos de localizar la responsabilidad civil de la entidad municipal en relación con el mal funcionamiento de la obra costeada por los particulares y destinada a la prestación de un servicio público urbano, lo mismo significa que tal obra haya sido hecha por los funcionarios municipales directamente o por medio de contratos de construcción intervenidos por los ingenieros oficiales. Siempre es el Municipio el autor y responsable directo del funcionamiento eficiente e inocuo del servicio (sic.)…
>
> …Se ha llegado a admitir generalmente la responsabilidad civil de esta especie de personas morales sobre la consideración de que hubo culpa de su parte en la escogencia o elección de la persona que en su representación y a su nombre debe ejecutar determinados actos que ocasionan daños, o porque la persona jurídica no ejerció sobre esos representantes o agentes la vigilancia necesaria para evitar la ocurrencia de los actos culposos generadores de la obligación de indemnizar perjuicios. Esta teoría basada en la culpa **in-eligendo** y en la **in-vigilando** ha situado esta especie de responsabilidad indirecta del Estado por causa del funcionamiento de

servicios públicos en el campo de la responsabilidad por el hecho ajeno; pero en realidad esta forma de responsabilidad por otro que se presenta en los casos determinados en la ley cuando una persona que está bajo la dependencia y cuidado de otra ocasiona un daño a un tercero, que no pudo impedir el responsable con la autoridad y cuidado que su respectiva calidad le confiere y prescribe (artículos 2347, 2348 y 2349 C.C.), no es la que corresponde en tratándose de la responsabilidad civil extracontractual de personas jurídicas de derecho público, porque en estos casos no existe realmente la debilidad de autoridad o la ausencia de vigilancia y cuidado que figura indefectiblemente como elemento constitucional de la responsabilidad por el hecho ajeno, ya que la calidad de ficticias que a ellas corresponde no permite en verdad establecer la dualidad personal entre la entidad misma y su representante legal que se confunden en la actividad de la gestión.

Esta teoría de la responsabilidad por otro para justificar la del Estado cuando causa daños a otros como gerente de los servicios públicos derivada de los principios del derecho civil que consagra la responsabilidad de los amos por los hechos culposos de sus dependientes, está revaluada por la nueva concepción que quiere fundar la responsabilidad culposa en un concepto objetivo principalmente, equivalente al deber del Estado de reparar los daños que cause a los ciudadanos por el funcionamiento inadecuado de los servicios públicos, con secundaria consideración a la falta o culpa imputable a los agentes encargados legalmente de poner en actividad esos servicios". (Sentencia de Casación, 1939)

2.5.1.2 Corte Suprema de Justicia – Sala de Negocios Generales – Bogotá, julio diez de 1941 (Magistrado ponente: Doctor Aníbal Cardoso Gaitán): Los hechos que motivaron la sentencia se pueden resumir así: el día 24 de julio de 1938, cuando la Aviación Militar colombiana realizaba una revista en el campo de Santa Ana o campo de Marte, el avión marca HAWK, piloteado por el teniente CÉSAR ABADÍA, se precipitó a tierra y causó la muerte de muchos asistentes al espectáculo aéreo, entre ellos el joven DOMIGO DE GÚZMAN RODRÍGUEZ, hijo de los demandantes.

Según se desprende de la lectura del fallo, las causas del accidente se debieron entre otras, a la violación de todos los Reglamentos de Aviación relativos a acrobacias (la cual provino directamente de los directores de la revista)[3]; igualmente en el fallo se indica que en el año anterior al accidente, el Teniente CÉSAR ABADÍA, había sido calificado y en esa evaluación se indicaba: "Aptitudes para el mando: le falta seriedad para comandar. . . . . Es un verdadero militar en campaña; en paz, es muy juguetón".

[3] Se indica en el folio No. 8 de la sentencia lo siguiente: "Los artículos 3º, 4º, 5º y 6º de reglamento general de tránsito y vuelos relativos a acrobacias, que adoptó el gobierno y rige en Colombia, dispone lo siguiente, según el certificado expedido por el ministerio de guerra (fl. 17 v. del cuaderno número 3):
"Artículo 3º Restricción general: no debe efectuarse ninguna maniobra acrobática con aviones equipados con tanques que puedan ser sueltos en vuelo.
Artículo 4º Altura mínima: toda maniobra acrobática debe terminar a una altura no menor de 500 metros .
Artículo 5º Prohibición: no podrá volar un avión acrobáticamente sobre:

a) Ciudades, poblaciones, etc.
b) Aeródromos, parques, estadios, etc.
c) Agrupaciones de personas al aire libre.

Artículo 6º Cerca de ciudades, aeródromos, etc.: cuando se efectúen maniobras acrobáticas, cerca de aeródromos, ciudades, etc., la distancia horizontal mínima calculada desde los límites de éstos no debe ser menor de mil metros".

Adicionalmente a lo anterior, el piloto del avión siniestrado, pese a haber sido instruido sobre las condiciones en que se debía desarrollar la revista, había quebrantado la altura mínima para desarrollar sus acrobacias (150 metros).

Sobre el tema de la responsabilidad del Estado, la Corte Suprema, cita el fallo del fecha 30 de junio de 1941, en el que la señora PAULINA MARTÍNEZ VIUDA DE JIMÉNEZ demandaba a la Nación, indicando que en el juzgamiento de este tipo de casos, venía coexistiendo la doctrina del Código Civil, con la "teoría que el derecho administrativo suministra para establecer la responsabilidad del estado ante el daño a terceros por los actos de sus agentes y llamada "de faltas de servicio", para determinar la responsabilidad estatal.

La responsabilidad del Estado con base en las normas del derecho Civil, se fundamentaba en una presunción de culpa por la mala elección o vigilancia de los empleados, es decir, se trataba de una responsabilidad indirecta.

Por su parte, la responsabilidad estatal con base en la teoría del derecho administrativo, se fundamentaba en la falla o falta del servicio, sobre la cual, la corte hace una extensa cita doctrinal.

Pese a haberse enunciado los dos regímenes de responsabilidad dentro de la sentencia, la Corte Suprema de Justicia termina inclinándose por la teoría del derecho civil, de una responsabilidad directa del Estado cuando a folio 19 del fallo, concluye:

> La desobediencia militar de Abadía fue sin duda ilícita y punible. Mas esas circunstancias, propias del radio de sus obligaciones estrictamente militares y tocantes con sus deberes de oficial del ejército en sus relaciones de dependencia

> jerárquica, no alcanzan a modificar las reglas dadas por la doctrina y sentadas en el derecho conforme a las cuales el acto imperfectamente cumplido por un dependiente no libra de responsabilidad civil a la persona o entidad de quien es subordinado ya que se repite, el hecho de Abadía, contrario a la orden, apenas implicaba una indebida e imperfecta ejecución del encargo que se le había dado de ejecutar acrobacias en la revista (Sentencia de Casación, 1941).

2.5.1.3 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Negocios Generales – Bogotá, quince de mayo de 1944 (Magistrado ponente, Doctor Anibal Cardoso Gaitán): En esta sentencia, la Corte Suprema de Justicia, estudia otra vez el accidente aéreo del campo de Santa Ana del 24 de julio de 1938, esta vez, con ocasión de la demanda por indemnización de perjuicios que presentaron los esposos NAZARIO OROZCO OSPINA Y JUDITH RENDÓN DE OROZCO, por la muerte de su hija ELVIA OROZCO RENDÓN las lesiones de du hijo DARÍO.

En esta ocasión, la Corte abandona la teoría de la falla del servicio, pues desde el principio, citando la sentencia del 30 de junio de 1941, indica:

> Tal tesis, vinculada al hecho de la "falta de servicio", no ha sido acogida ampliamente por la jurisprudencia, porque no hay una urgente necesidad de salirse de los claros y antiguos moldes del derecho privado, en estas cuestiones que todavía pueden ser resueltas por la aplicación de las normas y principios civilistas, y porque la tesis conduce fácilmente a extremos de inequidad (Sentencia de Casación , 1944).

En este fallo se adentra en la tesis organicista, cuando expresa:

> La empresa privada incurre en responsabilidad directa cuando los actos que realiza sus omisiones se deben a las personas de sus directores o gerentes, o a otras que ejecuten expresamente su voluntad; en los demás casos su responsabilidad es indirecta.
>
> La entidad pública compromete su responsabilidad directa, análogamente, cuando son sus órganos los que obran o dejan de obrar; si los actos o las omisiones provienen de otros agentes suyos, la responsabilidad es indirecta.... (SAAVEDRA BECERRA, 2004, pág. 102)

Más adelante indica la Corte: "Habrá órgano de la persona moral cuando en la persona física que lo ejerce se halla "el asiento de la voluntad que la dirige" y en los demás casos, de personas que no encarna su voluntad, ellas serán apenas sus agentes o representantes ordinarios, mas no sus órganos"

Finalmente, la Corte Suprema de Justicia, termina concluyendo la responsabilidad de la Nación así:

> De lo visto resulta que los órganos superiores especialmente encargados de dirigir la Aviación Militar prepararon la revista aérea, que había sido ordenada por el Ministro de Guerra. La participación de esas entidades superiores en la organización de la revista aparece de manifiesto; y como esos funcionarios, *órganos del Estado* en el ramo de la Aviación Militar, tomaron parte directa en las disposiciones que dieron como resultado la presentación de la revista en forma en que se desarrolló, es claro

> que la Nación colombiana asumió la responsabilidad correspondiente a los hechos que en cumplimiento de esas órdenes se ejecutaron. Por consiguiente, la responsabilidad directa del Estado en el accidente de Santa Ana se halla demostrada (Sentencia de Casación , 1944) .

2.5.1.4 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 18 de octubre de 1950. Magistrado Ponente, Dr. Rodríguez Peña: Esta vez, el tema puesto en consideración de la Corte, tiene que ver con otro accidente aéreo, en esta ocasión, tiene que ver un vuelo que se realizó desde la base militar "Ernesto Samper" de Cali (Valle del Cauca), cuando el Avión A.T.6, conducido por el Capitán HÉCTOR MATERÓN, despegó en viaje de crucero (entrenamiento) con destino a la ciudad de Cartago (Valle del Cauca), llevando como pasajero al Chofer de la mencionada base, de nombre CIRO VARELA, el cual resultó muerto cuando el avión tuvo que aterrizar de emergencia sobre el Rio Cauca.

En esta ocasión, la Corte, toma una postura más flexible que la teoría organicista y establece que las entidades públicas asumen una responsabilidad extracontractual directa, cuando actúa un funcionario suyo de cualquier jerarquía, ya no exclusivamente los de carácter directivo, siempre y cuando la actividad que desarrollen, se ejecute en cumplimiento de una función propia del servicio y, que el empleado asume una responsabilidad personal, cuando actúa en contra de la función encomendada, dice la Corte:

> Esos agentes, cualquiera que sea su denominación y jerarquía, al accionar sus funciones, carecen de toda personalidad; sus actos no son por tanto personales suyos, sino de la persona moral, y directa y exclusiva de ésta, la responsabilidad que en

> dichos actos se origine, lo mismo cuando el daño se produce en ejercicio regular de la función, que cuando solamente lo han sido con ocasión de ella; pues que, como lo dice Appleton refiriéndose a la persona moral pública, "el funcionario público (lo mismo que el agente de la persona moral privada) es responsable, no cuando sirve sus funciones, sino cuando se sirve de ellas; o, en otros términos, la función compromete al agente, no cuando la cumpla, siquiera sea defectuosamente; sino cuando la traiciona (Sentencia de Casación, 1950).

Con relación a las personas que desempeñan funciones directivas, en el caso de llegar a desempeñar una actividad que aunque redunde en beneficio de la entidad, sea ajena a las funciones propias del empleado, se configura una culpa indirecta de la entidad, bajo el amparo del artículo 2347 del C.C.

En el caso estudiado en la Sentencia, la Corte termina por declarar la responsabilidad de la Nación, haciendo alusión al servicio público, en este caso el propio de las bases militares de aviación, pero concluye determinado una responsabilidad directa al encontrar que "su actividad no era extraña ni contrariaba los fines del servicio sino que se conformaba con ellos y, por lo mismo, las consecuencias de su culpa tienen que comprometer la responsabilidad de la Administración, aun cuando – como es forzoso deducirlo por la ausencia de pruebas en contrario- dicha actividad se desarrollara sin una autorización particular y expresa de los órganos superiores".

2.5.1.5 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 27 de octubre de 1951. Magistrado Ponente, Dr. Agustín Gómez Prada: Los hechos que fundamentan la Sentencia, pueden sintetizarse así: el día 14 de febrero de 1942, el puente colgante que se ubicaba en inmediaciones del Municipio de Guamo (Tolima), al que se le habían hecho unas reparaciones poco técnicas, se vino abajo cuando lo atravesaba el Bus denominado "El Royal", ocasionado la muerte de dos personas y heridas a otra.

La Corte Suprema de Justicia, encontrando demostrada la propiedad del puente colapsado en cabeza del Departamento del Tolima, lo declara responsable del accidente; si bien es cierto, en la sentencia se hace referencia a la prestación de servicios públicos de parte del Departamento Condenado, el fundamento de la Sentencia, lo ancla en el artículo 674[4] del Código Civil, por cuanto:

> En tratándose de actividades privadas, cada cual puede ejecutar acciones peligrosas asumiendo el riesgo que pueda correr en su aventura, mientras con ella no quebrante derechos ajenos; pero en tratándose de bienes del Estado cuyo uso y goce corresponde por derecho a los particulares (artículo 674 del C. C.), el Estado tiene la obligación de mantenerlos en condiciones de ser usados sin riesgos innecesarios y previsibles, sin que valga la excusa de que haciendo la advertencia de ese riesgo se libra la responsabilidad culposa: eso lo veda el primordial deber de velar por la seguridad de las personas y de su patrimonio, que es más imperiosa en lo que se

[4] Dispone el artículo 674 del Código Civil: "**BIENES PUBLICOS Y DE USO PUBLICO**. Se llaman bienes de la Unión aquéllos cuyo dominio pertenece a la República.
Si además su uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de calles, plazas, puentes y caminos, se llaman bienes de la Unión de uso público o bienes públicos del territorio.
Los bienes de la Unión cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes de la Unión o bienes fiscales."

refiere a la administración de los bienes que forman el dominio público y que están destinados para el uso o servicio público.

El Departamento no cumplía con su deber, pues, advirtiendo del peligro a los pasajeros de los vehículos, sino que estaba obligado a prohibir el paso de los mismos ante el riesgo de que ocurriera un accidente, como en realidad ocurrió, mientras no pudiera dar paso por el puente sin peligro probable (Sentencia de Casación, 1951).

2.5.1.6 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de fecha 24 de febrero de 1953. Magistrado Ponente. Dr. Agustín Pérez Prada: Así sintetiza la Corte los hechos puestos a su consideración:

…en la tarde del 1º de febrero de 1946 el señor Antonio Ruiz Botero emprendió viaje de regreso de la población de Florencia, en el camión Ford número 722, "de propiedad del Gobierno Nacional", trayendo como pasajeros "gratuitamente" a los esposos José Alfredo Cubillos y María Helena Prieto de Cubillos, a sus hijos menores Cecilia y Hernando, "además de otras personas".

El vehículo se encontraba "en pésimas condiciones" para efectuar el recorrido y, además, el conductor incurrió en la imprudencia de transportar, no sólo los pasajeros, sino dos toneladas y media de carga, lo que hacía más difícil y peligroso su manejo y dirección (Sentencia de Casación, 1953).

En esta ocasión, la Corte se ocupa del transporte gratuito de personas, o como lo denomina "trasporte benévolo", para indicar que se trata de una actividad peligrosa (artículo 2356 del código Civil), la cual, en principio estaría afectada por una presunción de culpa "que sólo

puede destruirse con la prueba de la fuerza mayor, el caso fortuito o la intervención de un elemento extraño". O, como se expresó en fallo de 6 de diciembre de 1951, sucede entonces que se invierte la carga de la prueba que, "por obra de la presunción que ampara la víctima, queda pasando sobre quien se ocupa de esas actividades para establecer que el evento se produjo por fuerza mayor o caso fortuito, o en razón de un hecho extraño".

Sin embargo, en tratándose de transporte gratuito de pasajeros o benévolo, indica la Corte que no es justo para quien hace el favor de trasportar a otro sin ninguna compensación, que el beneficiado se aproveche "… de él para invocar una responsabilidad presunta de la persona que se lo otorga", por tanto, en este caso invierte la carga de la prueba, debiendo así demostrar el afectado, la culpa del transportador.

Habiendo operado la mencionada inversión de la carga de la prueba, encuentra la Corte que la parte demandante no probó la culpa de la entidad pública y por ende es absuelta de responsabilidad.

2.5.1.7 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de fecha 20 de octubre de 1958. Magistrado Ponente, Dr. SAMUEL DE SALA R: En este fallo, se ocupa la Corte de la demanda que en contra de la Nación y del Departamento de Antioquia se presentara por los hechos ocurridos en la Ciudad de Rionegro (Antioquía) el día 15 de noviembre de 1949, cuando luego de posesionado el nuevo Alcalde, el cual había sido directamente designado por el Gobernador de ese Departamento y que era de una filiación política contraria a la mayoría de la población por él regentada, llegaron provenientes de Bello, Envigado e Itagüí

(Antioquía) tres buses cargados con simpatizantes del partido opositor al de los habitantes de Rionegro y asaltaron los edificios de parte del Centro de la Ciudad, los incendiaron y destruyeron ocasionado cuantiosos perjuicios a sus propietarios, ante la mirada negligente y cómplice del Alcalde y la Policía que allí se encontraba acantonada.

Esta Vez, la Corte Suprema de Justicia, nuevamente reconoce la dualidad de teorías que en torno a la Responsabilidad del Estado coexisten en su Jurisprudencia, pero finalmente, se inclina por las normas de tipo civil[5].

Como conclusión, la Corte declara la responsabilidad extracontractual indirecta de la Nación y del Departamento de Antioquía por deficiencias en la elección y la vigilancia de las autoridades designadas, así:

> De conformidad con la jurisprudencia constante de la Corte a que se hizo alusión en otra de las páginas de este fallo, tanto la Nación como el Departamento al designar a los Agentes de Policía Nacional y al Alcalde de Ríonegro, respectivamente, incurrieron en culpas "in eligendo" e "in vigilando", porque no es posible admitir que al hacerse nombramientos de tal índole no se ponga el cuidado necesario, para entregar el orden público de una población, no sólo en manos de funcionarios negligentes e irresponsables de los cuales algunos resultaron, además, cómplices de los delincuentes que robaron e incendiaron dicha villa, sobre todo por aquellos días en que se había declarado el estado de sitio (Sentencia de Casación, 1958).

[5] Es de aclarar que desde la parte inicial de la demanda, el apoderado de los demandantes introduce el libelo en la teoría de los servicios públicos y de la responsabilidad por falla en la prestación de los mismos.

2.5.1.8 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de fecha 30 de junio de 1962. Magistrado Ponente: Dr. JOSÉ J. GÓMEZ: Figuran como hechos de la demanda los siguientes: El día 25 de diciembre de 1961, a las cinco y media de la mañana (aproximadamente), cuando un vehículo del Cuerpo de Bomberos de Bogotá transitaba en contravía por la carrera 24 de la Capital de la República, arrolló a dos personas, causándoles graves lesiones.

En este fallo, la Corte hace una síntesis de lo que hasta la fecha fue la trayectoria seguida por la Jurisprudencia Nacional, en torno al tratamiento dado a la responsabilidad extracontractual de las entidades públicas, pasando por la responsabilidad indirecta, la responsabilidad directa y la teoría del derecho administrativo de la falla en la prestación de los servicios públicos, para finalmente decidir que a partir de ese momento toma de manera definitiva la teoría de los servicios públicos para fundamentar la responsabilidad estatal aquiliana.

En primer lugar, la Corte indica cuál es el fundamento de la Teoría de la responsabilidad por falta en la prestación de los servicios públicos así:

> En lo que se refiere a la responsabilidad del Estado, la tesis de las "fallas del servicio público" o culpa de la administración, se inspira en el deber primordial de la entidad pública, de suministrar a los asociados los medios conducentes a la efectividad de sus derechos, esto es, a la consecución de sus fines. Tal es el objeto de una organización de hombres sobre un territorio determinado, con autoridades y leyes propias.

> Aquellos medios no son otra cosa que los servicios públicos, de cuya eficacia dependen la verdad práctica de esos derechos y la realización cierta de tales fines. De modo que si en la prestación de dichos servicios llega a causarse daños, es el Estado quien debe responder de ello, no como fruto de la presencia de un hecho específico de alguno o algunos de sus agentes identificados, sino como secuela de la falla que se haya producido (Sentencia de Casación, 1962).

Igualmente, la Corte, define las características de la teoría de la siguiente manera:

- La culpa individual del agente de la Administración se sustituye por una "falta del servicio" o "culpa de la Administración".
- Existe una presunción de culpa en la persona jurídica, con base en el deber del Estado de prestar a la sociedad servicios públicos.
- "Basta a la víctima demostrar la falla causante y el daño"
- Como causales exonerativas de responsabilidad, la Administración figuran el caso fortuito, el hecho de un tercero o la culpa de la víctima.
- "Si el daño se produce por el hecho de un determinado agente, en ejercicio de sus funciones o con ocasión de las mismas, la Administración y el agente responden solidariamente al damnificado, con acción de reembolso a favor de aquélla".
- "Los actos u omisiones dañosos del agente, por fuera de los servicios públicos, generan una responsabilidad exclusiva del mismo".
- La prescripción en contra de la Administración es de veinte años.
- "La Corte ha sustentado esta doctrina en el artículo 2341 del Código Civil, base de la responsabilidad extracontractual directa".

2.6 Estructuración de la responsabilidad de la Administración a partir de la jurisprudencia del Consejo de Estado

Bustamante Ledesma realiza en su libro Responsabilidad Extracontractual del Estado, (BUSTAMANTE LEDESMA, 2003, pág. 15) un análisis particular a cerca del desarrollo jurisprudencial del Consejo de Estado, acerca de la responsabilidad extracontractual estatal.

En primer lugar, refiere como el Consejo de Estado, antes de la expedición del Código Contencioso de 1941, fundamentó sus pronunciamientos en normas de derecho público como la Constitución Nacional; una vez en vigencia la norma en mención, el Consejo de Estado vio fortalecido el desarrollo hasta ahora llegado, reforzando sus pronunciamientos sin hacer apoyo en leyes o tesis civilistas en materia de responsabilidad[6].

Aunado a lo anterior, el Consejo de Estado hizo énfasis en que las actividades estatales deben adelantarse conforme a la Constitución, así como el cumplimiento de las obligaciones de los particulares y del Estado, norma hoy recogida por el Ordenamiento constitucional en el Art. 6º.

El Código Administrativo de 1984 (Decreto 01 de esa anualidad), contentivo de normas propias de responsabilidad administrativa del Estado, permitió además establecer la responsabilidad de los servidores públicos por daños que ocasionaran en ejercicio de sus funciones y que fueran imputables a título de dolo o culpa grave, entre otros supuestos que dan lugar a la responsabilidad, así como de la jurisdicción competente para avocar conocimiento en controversias en materia de responsabilidad[7], con base en lo señalado en el

[6]Este argumento, se evidencia particularmente en la sentencia de 29 de julio de 1947, en la cual se analiza el fenómeno de la Responsabilidad extracontractual del Estado, indicando esta noción como está estrechamente vinculada al derecho administrativo, forma parte integrante de él y se desplaza en su totalidad sobre un régimen de Derecho Público (…)".

[7] Cfr. Decreto 01 de 1984. Código Contencioso Administrativo. Libro primero – Los procedimientos Administrativos. Titulo VII la Responsabilidad de los funcionarios. Arts. 76 s.s.

art. 2 de dicha normativa, referente a los principios generales de las actuaciones administrativas[8].

A partir de la Constitución de 1991, la responsabilidad del Estado adquiere mayor relevancia en el ordenamiento Constitucional, toda vez que dentro del mismo, se consagra de manera expresa la actual cláusula general de responsabilidad extracontractual estatal (artículo 90 de la Carta Política).

El art. 90 constitucional, constituye la base sobre la que se estructura sólidamente la institución del daño antijurídico (Artículo 90 C.P.), en concordancia con el preámbulo, y otras normas que le soportan, relacionadas con los principios fundamentales del ordenamiento, el derecho a la igualdad (Artículo 13 C.P.), el debido proceso (Artículo 29 C.P.) , la garantía a la propiedad privada acompañada de los eventos de expropiación por motivos de utilidad pública (Artículo 58 C.P.), la ocupación temporal, la mención de quienes son servidores públicos, así como la manera en la cual la ley determinara su responsabilidad para hacerla efectiva, por último se sustenta en la garantía de toda persona para acceder a la administración de justicia (Artículo 229 C.P.), de acuerdo con el sometimiento de los jueces en primer lugar a la ley, pero establece a su vez la vigencia que dentro del ordenamiento jurídico tienen además otras fuentes del derecho como la jurisprudencia (Artículo 230 C.P.).

Ramiro Saavedra, en su libro "La Responsabilidad Extracontractual del Estado", hace un recuento acerca de los más importantes reconocimientos de perjuicios realizados por el Consejo de Estado a partir del Decreto 01 de 1984, bajo la Constitución de 1886, en los

[8] Decreto 01 de 1984. Código Contencioso Administrativo. Título I. Actuaciones Administrativas – Capítulo I. Principios Generales. Art. 2. Objeto. Los funcionarios tendrán en cuenta que la actuación administrativa tiene por objeto el cumplimiento de los cometidos estatales como lo señalan las leyes, la adecuada prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, reconocidos por la ley.

cuales se ilustra el mal funcionamiento de la administración, bajo el supuesto de la "falla del servicio" (SAAVEDRA BECERRA, 2004, pág. 132).

Sin embargo, es el Consejo de Estado quien propiamente adelanta un análisis concienzudo acerca de la responsabilidad extracontractual del Estado en Sentencia de 28 de octubre de 1976, con Ponencia del doctor Jorge Valencia Arango, de acuerdo a lo desarrollado por la Corte Suprema de Justicia, indicando que en principio a esta clase de responsabilidad se le dio el tratamiento establecido en el derecho privado, es decir el aplicable a las personas morales y agentes de las mismas, en desarrollo de la teoría de la responsabilidad indirecta presunta, lo cual se reiteró seguidamente en algunos pronunciamientos, recogidos por el Consejo de Estado en sentencia de 28 de octubre1976.

Un nuevo título de responsabilidad, la falla del servicio presunta, fue reconocido por el Consejo de Estado como consecuencia de la dificultad que en ocasiones presentaba demostrar el mal funcionamiento de la administración y por ende la falta o falla del servicio como sustento a las pretensiones indemnizatorias (Sentencia, 1989).

A partir de la Constitución de 1991, con la consagración en el artículo 90 de la cláusula de Responsabilidad del Estado, el Consejo de Estado, (2011) ha fundamentado sus fallos no sólo con base en los precedentes sentados en vigencia de la constitución de 1886, sino además ha ampliado sus interpretaciones reconociendo la existencia de varios regímenes de responsabilidad, bajo los cuales responde el Estado.

En consecuencia, se ha venido imputando al Estado la Responsabilidad por prestación del Servicio médico, privación de la libertad, retención de personas, riesgo excepcional, como consecuencia de accidentes de tránsito, accidentes automovilísticos, por omisión, como

consecuencia de las actuaciones de los funcionarios públicos y en general un sin número de situaciones reconocidas actualmente por esa Corporación.

2.7 Pronunciamientos de la Corte Constitucional en materia de responsabilidad extracontractual

La Corte Constitucional, (Sentencia, 1996) como máxima intérprete de la Constitución de 1991, ha indicado que con anterioridad a la promulgación de esta Carta Política no existía en el ordenamiento constitucional ni en la ley, una cláusula general expresa acerca de la responsabilidad patrimonial del Estado. Reconoce cómo pese a ello, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y, en especial, del Consejo de Estado encontraron en diversas normas de la constitución de 1886, -artículo 16- la estructuración de la responsabilidad estatal en particular en el campo extracontractual, planteando la existencia de diversos regímenes de responsabilidad, como la falla en el servicio, el régimen de riesgo o el de daño especial.

En la actualidad, la Constitución vigente reconoce expresamente la responsabilidad patrimonial del Estado, en su artículo 90, donde señala con claridad que el Estado "responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas." Esta cláusula general de responsabilidad no es excluyente, *contrario sensu*, comprende no sólo la responsabilidad extracontractual sino también el sistema de responsabilidad precontractual (derivado de la ruptura de la relación jurídico-administrativa precontractual) así como también la responsabilidad patrimonial del Estado de carácter contractual” (Sentencia, 1996).

Corolario a lo anterior, el Tribunal Constitucional coincide con los criterios desarrollados por la Sección Tercera del Consejo de Estado, Juez especializado en este campo, al señalar que en materia de responsabilidad del Estado, han recibido una expresión constitucional firme en el artículo 90, la cual representa entonces "la consagración de un principio constitucional constitutivo de la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, tanto la de naturaleza contractual como la extracontractual" (Sentencia , 1995).

Frente a los títulos y regímenes de responsabilidad patrimonial del Estado, se infiere que no son idénticos en todos los campos y en todas la situaciones, por ejemplo, en ocasiones se exige la prueba de la culpa de la autoridad, mientras que en otros se presume y en algunos eventos de ruptura de la igualdad ante las cargas públicas, la responsabilidad es objetiva.

Comparte esa Corporación, (Sentencia, 2011) lo expuesto por el Consejo de Estado en cuanto a los elementos que dan lugar a que se origine la Responsabilidad del Estado, indicando:

> Son 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.

Así, mientras en la responsabilidad fundada en el contrato, serán títulos jurídicos de imputación, por ejemplo los mandatos de la buena fe, y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza los contratos conmutativos"(art. 28, ley 80 de 1993) en la extracontractual lo serán, además, la falla del servicio que es el título de imputación más frecuente, cualquiera que sea el sistema que para su prueba se adopte; la culpa personal en nexo con el servicio, prevista para citar algunas disposiciones, en el inciso 2° del artículo 90 de la C.N y en el artículo 77 del CCA; la igualdad de las personas ante la Ley (art. 13 de la C.N, entre otros); el riesgo excepcional establecido, por ejemplo por la Ley 104 de 1993 o en el decreto 444 del mismo año; el error judicial y el anormal funcionamiento de la administración de justicia art. 40 del CPC, art. 414 del CPP, etc), la inconstitucionalidad de la Ley declarada judicialmente, y principios de justicia de equidad como éste del no enriquecimiento sin causa." (Sentencia , 1995).

2.8 Regímenes de imputación

La evolución de las Instituciones en materia administrativa, ha implicado no sólo la implementación de un tribunal especializado, competente para conocer de manera preferente de los procesos en los cuales funge como parte la Administración Pública o los particulares que prestan o administran recursos públicos, sino además se han ido fortalecido

institutos, como es el caso de la Responsabilidad Extracontractual del Estado con características y elementos propios que le diferencian de los establecidos en materia civil.

Los pronunciamientos acerca de responsabilidad del Estado se fundamentan en el artículo 90 constitucional, tal como se indicó en líneas precedentes, debiendo concurrir todos y cada uno de los elementos allí señalados para que surja la responsabilidad. No obstante, debe señalarse que la responsabilidad estatal que en principio sentó sus bases en el elemento culpa, bajo el título de imputación de la falla del servicio, como consecuencia del no funcionamiento del servicio o su mala o tardía prestación, tomando en consideración el elemento subjetivo, hoy se encuentra de cara con el reconocimiento de la responsabilidad estatal de carácter objetivo, bajo los regímenes de imputación de daño especial y riesgo excepcional, como se verá más adelante.

2.8.1 Régimen de falla en el servicio: Este régimen de Responsabilidad se presenta cuando el Estado en el desarrollo de actuaciones administrativas, omisiones, hechos u operaciones administrativas, se hace responsable de los daños causados al administrado. Es la fuente común y frecuente de la responsabilidad estatal. Para su configuración requiere: a) Una falta o falla del servicio o de la Administración, por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio. La falta o falla de que se trata, no es la personal del agente administrativo, sino la del servicio o anónima de la administración. b) Un daño, que implica la lesión o perturbación de un bien protegido por el derecho, bien sea civil, administrativo, etc., con las características generales predicadas en el derecho privado para

el daño indemnizable, como de que sea cierto, determinado o determinable, etc. c) Una relación de causalidad entre la falta o falla de la administración y el daño, sin la cual aún demostrada la falta o falla del servicio, no habrá lugar a la indemnización (Sentencia, 1997).

Los eximentes de responsabilidad o causales de exoneración de la Responsabilidad (Sentencia, 2012), en este régimen de imputación concurren cuando el Estado demuestra como causa del daño, la culpa de la víctima, el hecho de un tercero, la fuerza mayor o el caso fortuito, acreditando que no hay relación de causalidad entre la falta o falla del servicio y el daño causado. También se exonera, cuando el daño es causado por el agente administrativo, en actos fuera del servicio o sin conexión con él y cuando la causa del daño es la falta personal del agente, difícil de definir y de determinar doctrinaria y jurisprudencialmente, encontrándose, hasta ahora, sólo ejemplos, como los de aquellos casos en que el agente actúa por motivos pasionales (Sentencia, 1978).

Se divide en dos clases a saber, en primer lugar, el régimen de falla probada o régimen general, en el cual, como su nombre lo indica, es necesario probar la falla o culpa de la Administración y falla presunta, en el cual, no es necesario asumir la carga de la prueba en materia de la falta del servicio.

2.8.1.1 Falla presunta: Se presenta en aquellas actividades que, en razón del riesgo que genera su realización, implican mayor probabilidad de presentarse una falla del servicio, y en circunstancias en las cuales la víctima o el afectado se encuentran en mayor dificultad de demostrar uno de los supuestos de la falla de la administración, como ocurre en la prestación de servicios médicos y quirúrgicos, por ello se habla de la carga dinámica de la

prueba. Siguiendo a Ramiro Saavedra, “como resultado de estas dificultades, el Consejo de Estado prohijó para ciertos casos la falla del servicio presunta” (SAAVEDRA BECERRA, 2004, pág. 136).

Corresponde al demandante probar el daño y el nexo causal de éste con el hecho de la administración, puesto que la omisión o irregularidad del servicio se presume. El Estado, debe demostrar que actuó dentro de los límites de su actuación, aun cuando el daño persista (ESCUELA JUDICIAL RODRIGO LARA BONILLA, 2007).

2.8.2 Riesgo excepcional: Es el régimen aplicable a los casos de daño causado mediante actividades o cosas que exponen a los administrados a un riesgo grave y anormal. En efecto, basta la realización del riesgo creado por la administración para que el daño resulte imputable a ella.

La Jurisprudencia sostiene, que al actor le “bastará probar la existencia del daño y la relación de causalidad entre éste y el hecho de la administración, realizado en desarrollo de la actividad riesgosa. Y de nada le servirá al demandado demostrar la ausencia de falla; para exonerarse, deberá probar la existencia de una causa extraña, esto es, fuerza mayor, hecho exclusivo de un tercero o de la víctima” (Sentencia, 2011).

De acuerdo con la jurisprudencia, la tesis del riesgo creado puede sintetizarse de la siguiente manera:

> La doctrina del riesgo creado puede ser sintetizada de esta manera: quien se sirve de cosas que por su naturaleza o modo de empleo generan riesgos potenciales a terceros,

> debe responder por los daños que ellas originan. La teoría que analizamos pone especial atención en el hecho de que alguien "cree un riesgo", "lo conozca o lo domine"; quien realiza esta actividad debe cargar con los resultados dañosos que ella genere a terceros, sin prestar atención a la existencia o no de una culpa del responsable (Sentencia, 2014).

2.8.3 Daño especial: Frente al daño especial como "título objetivo de imputación, *mutatis mutandis*, la Sala Tercera del Consejo de Estado, ha discurrido:

> Tratándose del daño especial su fundamento se halla en los principios constitucionales de dignidad humana, solidaridad y equidad, por cuanto es un título jurídico de imputación que permite, en sede del derecho de daños y con apoyo en criterios de la justicia correctiva, remover los efectos nocivos de un daño que es antijurídico en virtud del anormal y especial rompimiento de las cargas públicas a las que se encuentran sometidos los asociados en un Estado Social de Derecho (Sentencia, 2011).

Como elementos configuradores de este título de imputación, se tienen los siguientes (Sentencia, 2014):

- Una actuación legítima del Estado y por parte de cualquiera de las ramas del poder público.
- La producción de un daño antijurídico que además debe revestir las características de anormalidad y especialidad.

- Rompimiento del principio de igualdad ante las cargas públicas que de ordinario debe soportar cualquier persona por el hecho de vivir en sociedad.
- Un nexo de causalidad entre el daño antijurídico (especial y anormal) y la actuación legítima del Estado.
- Finalmente, el daño causado no se debe encauzar dentro de otro título de imputación, es decir, el daño especial es un título jurídico subsidiario, que opera, sólo cuando no se configuran los demás títulos de imputación.

Este título de imputación, tiene su fundamento en el derecho a la igualdad que contempla el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia de 1991, y del deber que impone la propia Carta en el numeral 9 de su artículo 95, según el cual, todos los ciudadanos deben "Contribuír al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad", de suerte que cuando con una medida estatal, que es legítima, y se realiza en favor de la comunidad, se produce un daño anormal y especial en una persona o grupo de personas, que sobrepasa los sacrificios que están obligados a hacer los ciudadanos normalmente, es la propia comunidad la que debe resarcir el daño ocasionado, esto a fin, de restablecer el desequilibrio que en las cargas públicas se produjo (DIAZGRANADOS MESA).

Como causales de exoneración de responsabilidad en este título de imputación, se tienen la fuerza mayor, el hecho de un tercero y la culpa exclusiva de la víctima (DIAZGRANADOS MESA).

3. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO POR LA ACTIVIDAD LEGISLATIVA

La responsabilidad patrimonial del Estado con ocasión de la actividad legislativa, es una subespecie dentro de la gran teoría de la responsabilidad extracontractual estatal; este tipo de responsabilidad hace referencia a los eventos en que el Estado en ejercicio de la actividad legislativa, produce un daño y como consecuencia de ello, es, o por lo menos, debe ser obligado a repararlo en aplicación del principio del "alterum non laedere" (LÓPEZ HERRERA).

Al igual de los demás eventos en los que el Estado ha sido declarado patrimonialmente responsable, la responsabilidad extracontractual del Estado por la actividad legislativa comparte los mismos elementos que se exigen para su configuración, a saber, y en primer término, un daño ocasionado a una persona (en su integridad física, moral o económica), en segundo lugar, la actuación (u omisión) de un ente público (en este caso, el órgano Legislativo) y finalmente, un nexo de causalidad que permita atribuir el daño al agente causante (SAAVEDRA BECERRA, 2004), afirmación que ha sido corroborada por la propia jurisprudencia del Consejo de Estado A al abordar este tema. (Sentencia , 1998)

Así mismo, es prudente acotar que la actividad legislativa dentro del Estado, no es desarrollada únicamente por el Congreso o Parlamento, sino que en ocasiones, esta actividad también es desarrollada por el Poder Ejecutivo, cuando para ello ha sido previamente habilitado por el Poder Legislativo. Tal es el caso del numeral 10 del artículo

150 de la Constitución Política de Colombia de 1991[9] , o del artículo 38 de la Constitución francesa (REQUEJO RODRÍGUEZ, pág. 253).

3.1 Evolución histórica de la responsabilidad patrimonial estatal por la actividad legislativa

A continuación, se presenta la evolución de la figura de la responsabilidad extracontractual pública con ocasión de la actividad legislativa, la cual de aborda inicialmente desde el derecho comparado, para luego estudiar la institución en el derecho nacional.

3.1.1 Antecedentes

El tema de la responsabilidad extracontractual del Estado con ocasión de la actividad legislativa, se originó en Francia, país en donde, desde el siglo XIX se comenzó a explorar el tema, respecto de la expedición de leyes que buscaban la protección de algunos monopolios (tabaco, fósforos, leche) y a que su vez prohibían la fabricación y comercialización de productos sustitutos de estos. Aunque el espíritu de estas leyes fue buscar un beneficio general, a su vez produjeron perjuicios a particulares: personas que se encontraban desarrollando una actividad lícita y que como consecuencia de esa legislación, tuvieron que cerrar sus industrias.

[9] El numeral 10 del artículo 150 de la C.P. de Colombia establece: "10. Revestir, hasta por seis meses, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, para expedir normas con fuerza de ley cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje. Tales facultades deberán ser solicitadas expresamente por el Gobierno y su aprobación requerirá la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara.
El Congreso podrá, en todo tiempo y por iniciativa propia, modificar los decretos leyes dictados por el Gobierno en uso de facultades extraordinarias".
Estas facultades no se podrán conferir para expedir códigos, leyes estatutarias, orgánicas, ni las previstas en el numeral 20 del presente artículo, ni para decretar impuestos.

Históricamente, el primer antecedente que da cuenta de la exigencia de un particular al Estado francés para que éste le indemnizara los perjuicios causados con ocasión de la expedición de una ley, fue la sentencia del 11 de enero de 1838, proferida por el Consejo de Estado y que se conoció como el fallo Duchatelier.

El caso fue el siguiente: una ley expedida por el parlamento francés y cuyo propósito era proteger el monopolio del tabaco, a su vez prohibió la fabricación y venta de productos sustitutos de esa industria, situación que provocó el cierre de la fábrica de M. DUCHATELIER.

Así las cosas, M. DUCHATELIER pretendió que el Estado francés le indemnizara los perjuicios que la expedición de la ley le había ocasionado (RUIZ, pág. 3); en esta ocasión el Consejo de Estado negó la indemnización con los siguientes argumentos: "a. El Estado no debe ser responsable por las consecuencias de las leyes que en aras del interés general prohíben el ejercicio de una industria y b. Del Estado no pueden reclamarse otros créditos más que los surgidos de un contrato o de una disposición expresa y formal de la propia ley", Este criterio fue reiterado por el Consejo de Estado francés, en los fallos Ferrier del 6 de agosto de 1852, Moroge del 5 de febrero de 1875 (TORREGROZA SÁNCHEZ, 2007, pág. 18) y Goupi del 4 de febrero de 1879. (BOTERO ARISTIZABAL, 2007, pág. 15)

La posición inicial de la jurisprudencia francesa, fue sabiamente sintetizada por LAFERRIERE, cuando sobre esas sentencias y al referirse a la soberanía legislativa, indicó:

> … la Ley es… un acto de soberanía, y lo propio de la soberanía es imponerse a todos sin que frente a ella pueda reclamarse ninguna compensación. El Legislador sólo

> puede apreciar, teniendo en cuenta la naturaleza y gravedad del daño, en consonancia con las necesidades y recursos del Estado, si debe acordar esta compensación: las jurisdicciones no pueden situarse en su lugar, no pueden más que evaluar el montante teniendo en cuenta las bases y en la forma previstas en la Ley (JINESTA LOBO, pág. 6).

Además de la tesis de la soberanía legislativa, como argumentos en contra de la Responsabilidad extracontractual del Estado con ocasión de la actividad legislativa, se esgrimieron (TORREGROZA SÁNCHEZ, 2007, págs. 5-8):

- El silencio del legislador, argumento según el cual, para que se pudiese predicar algún tipo de responsabilidad de parte del Órgano Legislativo al expedir una ley, la eventual indemnización, debía estar expresamente prevista en el cuerpo normativo, pues de lo contrario, su silencio, era una manifestación implícita de excluir la responsabilidad.

- La naturaleza general e impersonal de las leyes, características que al buscar el bienestar de los asociados, les impedían causar daños o, en el evento de producirlos, éstos no eran más que una de las cargas que los ciudadanos debían asumir como contraprestación de los beneficios que les reportaba el vivir en comunidad (argumento que en el fondo, entrañaba una marcada tendencia contractualista (ROUSSEAU, 1997).

3.2 El reconocimiento de la responsabilidad extracontractual por la actividad legislativa (expedición de leyes) y su nacimiento en Francia

La posición inicial que asumió el Consejo de Estado francés de negar la indemnización cuando la fuente del daño era la expedición de una ley, comenzó a morigerarse a partir del 12 de febrero de 1886, cuando ese Tribunal, expidió el Fallo Societé des Publications Périodiques, que analizaba el caso de un contrato en que era parte la mencionada sociedad y que fue terminado de manera anticipada en virtud de la expedición de una ley; en esta ocasión, el Tribunal Contencioso fijó las siguientes reglas:

> a) El Estado debe indemnizar a sus co-contratantes por las modificaciones introducidas en el status contractual por una ley y b) cuando no existe una relación contractual, el Estado responde única y exclusivamente cuando la propia ley ha previsto el derecho a la indemnización o su deber a resarcir (JINESTA LOBO).

La misma posición jurisprudencial fue reiterada por el Consejo de Estado francés en el año 1906, a través de la Sentencia del 27 de julio de esa anualidad[10], cuando frente a la Compañía P.L.M., reconoció a compañías mineras concesionarias del Estado, indemnización de los perjuicios padecidos con ocasión de la expedición de la Ley del 27 de junio de 1880, que imponía nuevas obligaciones a dichas empresas y particularmente, les prohibía realizar trabajos subterráneos próximos a una línea férrea (CALDERA DELGADO, 1982); esta situación se encuadra dentro de los postulados de protección a la

[10] En este mismo sentido, se profirieron los fallos: Ferrocarriles del Estado, del 12 de junio de 1912 y Sociedad Minera de Joudreville, de 2 de marzo de 1932.

Confianza Legítima, título de imputación que modernamente ha sido empelado por la jurisprudencia europea y particularmente la española.

El Consejo de Estado Francés replicó esta postura, en las sentencias que resolvieron los siguientes asuntos: Ferrocarriles del Estado (12 de julio de 1929) y Sociedad Minera de Joudrevile (2 de marzo de 1932) (CALDERA DELGADO, 1982).

Con ocasión de la expedición de la Ley del 16 de marzo de 1915, la cual prohibía la fabricación de ajenjo, la Sociedad Premier y Henry, demandó la reparación de los perjuicios que dicha legislación le había ocasionado; en este caso, el Tribunal Administrativo francés, negó la indemnización deprecada, bajo el argumento de que en el espíritu del Legislador no se vislumbraba la intención de otorgarla, ya que el propósito de la norma, había sido prohibir la fabricación de productos dañinos para la salud pública, preservando así el interés general, dejando de lado con esta justificación el silencio de la ley en torno a la indemnización. (CALDERA DELGADO, 1982)

Posteriormente, en el año de 1923, a través del fallo, Fleury y Hauguel, del 13 de julio de esa anulaidad, el Consejo de Estado volvió a negar la indemnización pedida, argumentando nuevamente para ello, el silencio del texto legal, cuyo propósito había sido constituir un monopolio sobre el alcohol (CALDERA DELGADO, 1982).

En esa misma anualidad El alto Tribunal francés, a través del Fallo Cambre Syndicale des Marchands de Reconaissance du Mont-de-Piété del 14 de noviembre, volvió a negar la indemnización de los perjuicios ocasionados con la expedición de una ley (la Ley del 16 de octubre de 1919), que buscaba frenar los abusos cometidos por los propietarios de casas de

cambio, y para ello, penalizó a los clientes de esos establecimientos comerciales. En este caso, la negativa a otorgar la indemnización se basó en el beneficio general que pretendía la ley y el consiguiente silencio legislativo en torno a cualquier indemnización.

Finalmente el Consejo de Estado, dentro del Fallo Amann-Firmery del 16 de marzo de 1934, no obstante que en el mismo no hubiese otorgado indemnización de perjuicios, si aceptó que eventualmente de la ejecución de una ley que ocasionara perjuicios, se podría obtener algún tipo de indemnización, siendo éste el antecedente más próximo al verdadero reconocimiento de resarcimiento de los perjuicios producidos con la expedición de una norma legal (CALDERA DELGADO, 1982).

Sería hasta el 14 de enero de 1938, cuando el Consejo de Estado francés, pronunciara el emblemático Fallo La Fleurette, con el que nació la Responsabilidad Extracontractual del Estado por actividad legislativa y particularmente por la expedición de leyes.

La situación que rodeó la expedición de esta sentencia, se puede sintetizar de la siguiente manera.

En el año de 1934, el Parlamento francés, expidió la Ley 29, la cual, en su artículo primero expresaba:

> Se prohíbe fabricar, exponer, poner en venta, o vender, importar o exportar o transitar: 1) Productos que tengan el aspecto de crema, que se venda bajo la denominación “crema”, seguida o no de cualquier calificativo o de cualquier denominación de fantasía, destinado a los mismos usos que la crema y que no

> provenga exclusivamente de la leche, por cuanto la adición de materias grasas extrañas a la leche está especialmente prohibida (LONG, 2009).

La ley así expedida, generó el cierre de la empresa Sociedad Le Fleurette, la cual se dedicaba a la fabricación y distribución de un sustituto de la leche denominado "Gradine", situación que obviamente produjo sustanciales perjuicios a dicha empresa, razón por la cual, demandó del Estado francés la reparación de los daños ocasionados, frente a lo cual, el Consejo de Estado, ordenó la reparación deprecada y, a su vez dio origen a esta especie de responsabilidad extracontractual del Estado, con los siguientes argumentos:

> Considerando que la prohibición así decretada a favor de la industria lechera puso a la sociedad actora en la obligación de suspender indefinidamente la fabricación de un producto que anteriormente distribuía con el nombre de "Gradine", el cual se ajustaba a la definición establecida por el artículo precitado de la ley y que no se alegó que presentara peligro para la salud pública; que nada en el articulado de la misma ley o en las actas preparatorias de la misma permite pensar que el legislador quiso gravar al interesado con una carga que normalmente no le corresponde; que esta carga creada en interés general debe ser asumida por la colectividad, que de lo anterior se desprende que le asiste derecho a la sociedad La Fleurette para pedir que el Estado será condenado a pagarle una indemnización para la reparación del perjuicio que sufrió,
>
> Pero considerando que el Estado actual de la instrucción no permite determinar la gravedad del perjuicio; que es procedente enviar al actor ante el ministro de

agricultura para que se proceda a la liquidación del perjuicio, en capital e intereses y de la indemnización que le es debida;… (LONG, 2009)

Aunque la mayoría de la doctrina especializada en la materia, identifique en este fallo tres elementos definitorios de responsabilidad, así:

- La creación de una carga anormal y especial en rompimiento del principio de igualdad ante las cargas públicas.
- La negativa implícita del legislativo a excluir algún tipo de indemnización[11] y
- La actividad prohibida por la ley no debe ser contraria al interés general o "inmoral".

El autor de la presente investigación, en el texto jurisprudencial citado, logra percibir como elementos de responsabilidad patrimonial por la actividad legislativa, los siguientes:

- Un daño, que se concreta en el cierre de la Fábrica de productos sucedáneos lácteos "Le Fleurette".
- La licitud de la actividad desplegada por el particular afectado.
- La imposición involuntaria de parte del legislativo, sobre un particular, de una carga que desborda el principio de igualdad ante las cargas públicas que deben

[11] El Dr. ENRIQUE JINESTA LOBO, Magistrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, en su artículo, Responsabilidad del Estado Legislador aclara el punto en los siguientes términos: Fue realmente el Comisario del Gobierno Roujou quien "se opuso a las pretensiones indemnizatorias allegando que de las discusiones parlamentarias quedaba patente la voluntad de excluir cualquier indemnización y la ausencia de un perjuicio especial, al entender que la Ley del 29 de julio de 1934 era parte de una legislación protectora de la Agricultura dictada por la Asamblea desde 1930"

soportar los ciudadanos en un estado occidental, la cual debe ser especial (que solo afecta a un determinado número de individuos) y anormal (por la gravedad que para el afectado significa la imposición de la carga).

Los cuales se avienen a lo expuesto en el capítulo primero con relación al título de imputación de responsabilidad extracontractual por daño especial; adicionalmente en el fragmento trascrito del fallo, no se observa análisis jurisprudencial alguno en torno a la voluntad del legislador de excluir algún tipo de indemnización por los efectos de la ley.

3.3 Eventos posteriores de reconocimiento de responsabilidad patrimonial del Estado por actividad legislativa en Francia

Después de pronunciado el emblemático Arret La Fleurette, en el año 1938, el Consejo de Estado francés, siguiendo los lineamientos trazados en esa sentencia, emitió nuevos veredictos condenatorios en contra del Estado por la expedición de leyes, siendo los más relevantes los siguientes:

3.3.1 Caucheteux Et Desmonts, del 21 de enero de 1944:

A través de esta sentencia, el Consejo de Estado, ordenó la indemnización de los perjuicios ocasionados a los propietarios de una fábrica de insumos sustitutos de la cebada para la producción de cerveza, ya que en virtud de la Ley del 9 de julio de 1934, debieron reducir su producción en un 50% (TORREGROZA SÁNCHEZ, 2007, pág. 22).

3.3.2 Bovero, del 25 de enero de 1963: En esta caso, el cuestionamiento de responsabilidad estatal, se debió no a la expedición de una ley en sentido formal, sino más bien, a la expedición de una Ordenanza (norma con carácter de ley, promulgada por el ejecutivo, previa habilitación en ese sentido por parte del Parlamento) que prohibió a los propietarios de inmuebles, expulsar a sus arrendatarios, cuando éstos fueran parientes de militares que se hubieran destacado en Argelia. Situación que obviamente les imponía una carga especial y anormal (CALDERA DELGADO, 1982, pág. 110).

3.3.3 Association Pour le Développement De L´Aquacultura en Région Centre et Autres, del 30 de julio de 2003: Este falló reconoció indemnización por los perjuicios ocasionados a los piscicultores que en virtud de la Ley del 10 de julio de 1976, referente a la protección de la naturaleza, la cual permitió la proliferación de cormoranes, situación que menguó enormemente los ingresos de los demandantes (BOTERO ARISTIZABAL, 2007, pág. 19).

3.3.4 Jean A. et Autres, del 29 de diciembre de 2004: En el cual se condenó al Estado francés a pagar los perjuicios ocasionados a los pilotos de la empresa Air Afrique, quienes habiendo sido despedidos sin justa causa, no pudieron obtener la declaratoria de ilegalidad de dichas destituciones ante los jueces franceses, ya que ese Estado había suscrito el 13 de julio de 1989, un Convenio de Cooperación Internacional entre Francia y Costa de Marfil, el cual había sido incorporado a la legislación interna francesa (TORREGROZA SÁNCHEZ, 2007, pág. 42).

3.3.5 Société Cooperátive Ax´ion, del 2 de noviembre de 2005: Que ordenó la indemnización de los perjuicios ocasionados a un explotador de recursos naturales que, en virtud de la Ley del 19 de julio de 1976 tuvo que cerrar su empresa, habiendo desconocido esa norma que los riesgos que la actividad del particular generaba, debían ser asumidos por éste mismo (BOTERO ARISTIZABAL, 2007, pág. 19).

3.4 La responsabilidad extracontractual por la actividad legislativa en España

La protección jurídica de los bienes y derechos de los particulares en España se encuentra consagrada en dos instituciones diferentes, en primer lugar, la expropiación[12] (consagrada en el artículo 33 de la Constitución española de 1978 y desarrollada mediante la expedición de la Ley de Expropiación Forzosa del 16 de diciembre de 1954, la cual se encuentra aún vigente) y en segundo lugar, por la responsabilidad, consagrada en el artículo 106 Constitucional[13], el cual es reglamentado por la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común Ley 30 del 26 de noviembre de 1992), la cual en su artículo título décimo instituye:

[12] El artículo 33.3 de la Constitución de España de 1978, relativo a la propiedad privada, establece: "1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. 2. La función social de estos derechos delimitará su contenido de acuerdo con las leyes. **3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes."**

[13] El artículo 106 de la Constitución española, referente al Control Judicial de la Administración dispone: "1. Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican. **2. Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos."**

Título X.

De la responsabilidad de las Administraciones Públicas y de sus autoridades y demás personal a su servicio.

Capítulo I.

Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

Artículo 139. Principios de la responsabilidad.

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

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

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

4. La responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia se regirá por la Ley Orgánica del Poder Judicial (RUIZ LÓPEZ).

El tratamiento dado al tema de la responsabilidad en España, tiene una consagración normativa expresa, a diferencia de lo que ocurre en Colombia, en donde su desarrollo ha sido por vía jurisprudencial.

Con respecto a la responsabilidad estatal por la aplicación de actos legislativos, si bien es cierto, como se observa en el numeral 3 del artículo 139 de la Ley 30 de 1992, tiene una consagración legal, en ella se incluye igualmente una limitante referente al reconocimiento del derecho a indemnización y es el hecho, que la propia ley causante del daño, reconozca tanto la posibilidad de indemnizar dentro del mismo cuerpo normativo, como los términos de hacerlo.

Al igual que en Francia la aceptación de la responsabilidad civil del parlamento se enfrentó a algunos inconvenientes, a saber, la acostumbrada idea de inmunidad de que éste Órgano del Poder Público gozaba; el carácter ajeno de la institución de la responsabilidad extracontractual frente al Congreso; la hasta entonces necesaria ilicitud de la actuación generadora de daño para poder predicar de ella responsabilidad, la cual era extraña e impensable del órgano creador de la ley por excelencia y la generalidad de la ley, que contrastaba con el carácter concreto de la institución expropiatoria (GARRIDO MAYOL, 2004, pág. 123 y s.s.).

Así mismo como se desarrolló en el País Galo, la institución de la responsabilidad extracontractual del Estado Legislador en España, tuvo su génesis en las relaciones contractuales del Estado con el sector privado, allí en donde la Administración se ubica en

pie de igualdad con los particulares, de donde fue avanzando al terreno extracontractual en situaciones concretas.

3.4.1 Antecedentes: No obstante que la institución de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas en España, sea un asunto con claros fundamentos normativos (constitucionales y legales), especialmente a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1978, la cual introdujo el control de constitucionalidad en sus artículos 161 a 163, aún desde antes de la existencia de esa norma superior, el tema de la responsabilidad civil parlamentaria se venía suscitando en este país del viejo continente, con respecto a las normas que a continuación se enuncian.

3.4.1.1 La ley 46 del 15 de octubre de 1977: Se trataba de una Ley de amnistía que beneficiaba a los trabajadores que hubieran sido despedidos o de alguna manera sancionados por haber cometido faltas de tipo laboral o sindical, materializadas en actos que implicasen el ejercicio de derechos reconocidos en normas y convenios internacionales, al momento de entrar en vigencia la mencionada Ley; adicionalmente la norma exigía que las sanciones de hubieran materializado "en virtud de resoluciones judiciales o por actos gubernativos o administrativos" (GARRIDO MAYOL, 2004, pág. 155).

- Sentencia del 2 de enero de 1978, proferida por la Magistratura del Trabajo No. 11 de Madrid: este fallo se da como consecuencia de la demanda presentada por un Trabajador que solicitó ante la Magistratura del Trabajo de Madrid, la aplicación de

la mencionada Ley, a fin de ser reinstalado en su puesto de trabajo. En su sentencia el Tribunal que negó las pretensiones del demandante e inaplicó la Ley de Amnistía, bajo el argumento de la protección de la Seguridad Jurídica vigente en las Leyes del Reino; sostenía igualmente el fallo que si posteriormente la ley con base en la cual un empleador despedía su trabajador, se consideraba inconstitucional, era el Estado quien debía soportar las consecuencias que de ello se derivaban, asumiendo en consecuencia la correspondiente indemnización[14].

3.4.1.2 La Ley 40 del 19 de noviembre de 1975: Esta norma fue expedida como consecuencia del proceso de descolonización del Sahara por parte del Estado Español y establecía: "El Gobierno adoptará las medidas adecuadas para que sean indemnizados, de acuerdo con la legislación general, los españoles que, en su caso se vieren obligados a abandonar el territorio del Sahara". En el texto de la Ley se aprecia con claridad la intención del propio Legislador de reparar los daños que con sus decisiones ya preveía iba a causar, con el desalojo de los ciudadanos que residían en el territorio colonial.

[14] Según GARRIDO MAYOL, en el texto citado (pág. 157), "En la sentencia se mantiene la tesis de que los Tribunales ejercen control de constitucionalidad de las leyes, garantizando la adecuación de las mismas a la Constitución, es decir, a las Leyes Fundamentales todavía vigentes, apoyándose básicamente en lo que disponía el art. 3 de la Ley de Principios del Movimiento Nacional, que decía: "Serán nulas las leyes y disposiciones de cualquier clase que vulneren o menoscaben los Principios proclamados en la presente Ley Fundamental del Reino", y en el art. 17 del Fuero de los Españoles que reconocía el derecho a la seguridad jurídica". Esto significa que si un empleador despide a uno de sus trabajadores con base en una norma que para el momento de la terminación del vínculo se encontraba vigente, y luego el Estado promulga una ley que reconoce una amnistía a favor del trabajador despedido, las consecuencias de la misma no pueden ser asumidas por el patrono, sino por el Estado, toda vez que con su actuar contradice una norma anterior con base en la cual el patrono despidió a su empleado.

No obstante el gran avance que significó la ley, en cuanto a la voluntad expresa del Parlamento en indemnizar los perjuicios causados, omitió igualmente cobijar con la misma protección a los españoles no residentes, a quienes igualmente la decisión política tomada les iba a causar algún tipo de perjuicio, razón por la cual, ya se vislumbra aquí una evidente omisión en la que incurrió el Órgano Legislativo, pues la norma, no contenía otros sujetos que también se verían afectados por dicha Ley.

- Sentencia del 17 de junio de 1980, proferida por el Tribunal Supremo: se produce como consecuencia de la demanda promovida por una sociedad comercial domiciliada en las Palmas de Gran Canaria, toda vez que el abandono del territorio africano por parte de los Órganos Judiciales españoles (tanto Juzgados como Tribunales), le impidió reclamar por la vía Jurisdiccional las obligaciones contenidas en letras de cambio cuyo cobro se venía realizando en el Sahara.

  Inicialmente, la petición de indemnización de los perjuicios que la empresa afectada presentó ante el gobierno, fue rechazada (incluido el correspondiente recurso que fue presentado), situación que motivó la interposición del "recurso ante el Tribunal Supremo", órgano que anuló los actos administrativos y consecuencialmente ordenó la indemnización solicitada por la empresa demandante, la cual fue equivalente al dinero de los títulos valores cuyo cobro se había imposibilitado (GARRIDO MAYOL, 2004, págs. 160-161).

Según Garrido Mayol, en el fallo comentado, el Tribunal Supremo realizó una interpretación de la norma, atendiendo su espíritu y finalidad, pues

> "la finalidad de la ley interpretada se orienta hacia la indemnización de los daños que se ocasionaron con motivo de la evacuación española del Sahara y que tal evacuación puede producirse bien por la evacuación del perjudicado, bien por la evacuación de nuestros organismos oficiales si existe una relación de causalidad directa y precisa entre esa evacuación y la producción del daño…" (GARRIDO MAYOL, 2004).

3.4.1.3 Las Leyes 30 del 2 de Agosto De 1984, de Medidas Urgentes Para La Reforma De La Administración Pública y La Ley Orgánica 6 del Primero de julio de 1985 del Poder Judicial (GARRIDO MAYOL, 2004, págs. 163-182): La primera de ellas en su artículo 33, disponía: "La jubilación forzosa se declara de oficio al cumplir el funcionario los sesenta y cinco años de edad", y su entrada en vigencia se previó para el primero de enero de 1987; la segunda de las nombradas, tenía como destinatarios a Jueces y Magistrados y de la misma forma, adelantaba la edad de jubilación de estos servidores, a los sesenta y cinco años de edad.

Con motivo del desacuerdo de los funcionarios judiciales, éstos presentaron un recurso de inconstitucionalidad en contra de la Ley 6 de 1985, invocando como argumentos, entre otros, la creencia que la anticipación de la edad de su jubilación atentaba contra su inamovilidad (pues consideraban su estabilidad en el empleo como una garantía de su independencia como Poder del Estado), la seguridad jurídica, la imposibilidad de aplicarles de manera retroactiva una norma que les restringía derechos y, adicionalmente consideraban que la norma en sí, tenía un carácter expropiatorio, con lo cual estaba

vulnerando el numeral 3º del artículo 33 de la Constitución Española[15], pues entendían como un derecho adquirido, el límite de edad de jubilación que se encontraba vigente a su entrada al servicio y en consecuencia recortar ese límite de edad, constituía una suerte de expropiación la cual debía ser indemnizada.

Frente a la pretensión de inconstitucionalidad de las leyes que redujeron la edad de jubilación tanto de funcionarios públicos en general como de servidores judiciales, el Tribunal Constitucional español se pronunció en contra en diversos fallos, entre ellos, la Sentencia 27 del 20 de julio de 1981 y 6ª del 4 de febrero de 1983, las cuales expusieron la tesis según la cual: "sólo puede afirmarse que una norma es retroactiva, a los efectos del art. 9.3 de la Constitución cuando incide sobre "relaciones consagradas" y afecta "situaciones agotadas"… lo que se prohíbe en el artículo 9.3 es la retroactividad, entendida como incidencia de la nueva ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia de los derechos en cuanto su proyección hacia el futuro , no pertenece al campo estricto de la retroactividad." (GARRIDO MAYOL, 2004, pág. 167)

En este caso, se puede apreciar que el Tribunal Constitucional español, echó mano de la teoría de los derechos adquiridos, recordando que aquellos se consideran tales, únicamente cuando han ingresado al patrimonio del particular, mientras tanto, es decir mientras no se han consolidado, se convierten en meras expectativas, las cuales pueden ser modificadas por el legislativo.

[15] Dispone el numeral 3º del 33 de la Constitución Española de 1978: "Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes" en: http://www.lamoncloa.gob.es/NR/rdonlyres/EBB3AFF7-C7EF-4009-A15E-E7D75FB3C8F5/232644/Constitucion_es1.pdf

3.4.2 Responsabilidad del Estado Legislador por la declaratoria de inconstitucionalidad de normas y de disposiciones normativas en España: En este caso, es preciso anotar que el Sistema Jurídico Español, cuenta con un Control de Constitucionalidad concentrado, en el cual existe un Tribunal especializado (el Tribunal Constitucional), que se encuentra instituido en el Título IX de la Constitución de 1978, y que tiene su reglamento en la Ley 2 del 3 de octubre de 1979.

De acuerdo con los artículos 39 y 40 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, las sentencias de constitucionalidad por regla general deben contar con efectos ultra activos (ex nunc), salvo cuando se trate de leyes de tipo sancionatorio (penales o disciplinarios), caso en el cual y por principio de favorabilidad, los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad se deben aplicar desde el nacimiento de la norma inexequible (ex tunc). No obstante la regla general enunciada, el propio Tribunal Constitucional ha optado por otorgar el efecto más conveniente a los fallos pronunciados.

Una vez obtenida la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma o de una disposición normativa, corresponde al Tribunal Supremo, analizar si el Estado debe o no responder patrimonialmente por los daños que haya producido tanto la norma (o la disposición) como su declaratoria de inconstitucionalidad. Exigiendo en primer lugar, el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- Un daño generador de perjuicios.
- Un daño real, efectivo y valorable económicamente.

- Que el daño producido se antijurídico, en el entendido que el particular que lo sufrió, no haya tenido el deber jurídico de soportarlo.
- La existencia de un nexo causal entre la actuación estatal y el daño producido (MORENO FERNÁNDEZ).

No obstante lo anterior, es igualmente indispensable que de manera previa se haya producido una declaratoria de antijuridicidad de la norma, la cual es competencia del Tribunal constitucional (MORENO FERNÁNDEZ).

3.5 La responsabilidad del Estado Legislador en el derecho colombiano

Como se indicó en el capítulo primero, en Colombia, a partir de la expedición de la Constitución Política de 1991, se consagró la cláusula general de responsabilidad extracontractual del Estado en el artículo 90 de dicha Carta.

A su vez, la jurisprudencia nacional con base en la norma Superior (e incluso antes de su entrada en vigencia) ha venido contemplando dos regímenes de responsabilidad en los cuales se comprenden los diferentes títulos de imputación, bajo los cuales se ha ordenado la reparación de los daños ocasionados a los particulares como consecuencia de la acción u omisión de las autoridades públicas (incluido el propio Congreso de la República), a saber, la falla del servicio (responsabilidad subjetiva) y el daño especial (responsabilidad objetiva)

En lo que tiene que ver con el tema objeto del presente estudio, se presentan a continuación los fallos que de una u otra forma han tenido que ver con el tema de la responsabilidad

extracontractual del Estado con ocasión de la actividad legislativa, la cual se puede dividir para efectos de mejor comprensión en tres grupos perfectamente diferenciados, el primero de ellos, tiene que ver con los fallos en los cuales la propia Corte Constitucional (sin aparentemente ser su función) en ocasiones ha afrontado el tema de la indemnización de los perjuicios producidos por una norma en el momento de la declaratoria de inconstitucionalidad; en segundo lugar, el referido a la declaratoria de responsabilidad por la expedición de una ley, que aunque constitucional y vigente ocasiona perjuicios a una persona o grupo de ellas y en tercer lugar, la responsabilidad extracontractual que tiene como fundamento la declaratoria de inexequibilidad de leyes por vía del control de constitucionalidad (tema que puede entenderse cobijado bajo el régimen de la falla del servicio, legislativo en esta ocasión).

3.5.1 La Responsabilidad patrimonial del Estado por la actividad legislativa y su tratamiento por parte de la Corte Constitucional Colombiana: Aunque pareciera que el tema de la responsabilidad extracontractual del Estado escapa a la competencia de la Corte Constitucional, en diversos fallos y con el argumento de preservar el orden constitucional y la justicia, ese Tribunal lo ha abordado de manera directa así:

3.5.1.1 Sentencia C-149 de 1993: En el año de 1992, el Congreso de la República promulgó la Ley 6ª de esa anualidad, por medio de la cual se expidieron: “normas en materia tributaria, se otorgan facultades para emitir títulos de deuda pública interna, se

dispone un ajuste de pensiones del sector público nacional y se dictan otras disposiciones", la cual en sus artículos 16 a 18, creó los Bonos para Desarrollo Social y Seguridad Interna, como: Títulos de Deuda Pública, destinados a financiar gastos generales y de inversión de la Nación, con el objetivo de fortalecer la "seguridad nacional, los programas reinserción para la paz y otros objetivos, que se enmarquen dentro de la política económica del país"[16]; igualmente, establecía como obligados a invertir en este tipo de bonos, a las personas que "en el año de 1991 hubieren obtenido ingresos superiores a siete millones de pesos ($ 7.000.000), o su patrimonio bruto a 31 de diciembre del mismo año hubiere sido superior a treinta millones de pesos ($30.000.000)", conminándolos a realizar una inversión obligatoria durante el segundo semestre de 1992 en "Bonos para Desarrollo Social y Seguridad Interna".

Estas normas fueron objeto de control de constitucionalidad a través de la sentencia C-149 de 1993, en la que la Corte Constitucional, declaró la inexequibilidad con efectos retroactivos de las normas acusadas, por considerarlas violatorias del "inciso segundo del artículo 363 de la Carta" (RAMÍREZ LEIVA, 2010, pág. 164), y habiendo encontrado que las normas demandadas, estaban creando bajo otra denominación realmente "un impuesto con carácter retroactivo", vulnerando así, igualmente el inciso tercero del artículo 338 Superior[17]; la Corte, también censuró la retroactividad del tributo, pues la norma lo aplicaba a situaciones consolidadas, lo cual en su entender, ocasionaba un daño a los contribuyentes.

[16] Ley 6ª de1992, artículo 16

[17] Artículo 338. En tiempo de paz, solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales. La ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos. La ley, las ordenanzas y los acuerdos pueden permitir que las autoridades fijen la

De esta forma, y como al momento de proferir el fallo de constitucionalidad, la mayor parte del impuesto ya se había recaudado, indicó la Corte:

> ...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 (artículo 228 C.N.), se ordenará al Ministerio de Hacienda y Crédito Público la inmediata devolución de las sumas pagadas por los contribuyentes (Sentencia, 1993).

No obstante de tratarse de un fallo de constitucionalidad, materia en apariencia ajena al tema de la responsabilidad extracontractual del Estado, dentro del cuerpo de la sentencia en estudio, la Corte hace un análisis del eventual título de imputación que se configuraría en contra del Estado, de no haber ordenado la devolución de los dineros irregularmente recaudados, así:

> 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. Desaparecida ésta, pierde fundamento el pago y, por ende, si se hubiere efectuado, debe ser restituido para realizar el principio

---

tarifa de las tasas y contribuciones que cobren a los contribuyentes, como recuperación de los costos de los servicios que les presten o participación en los beneficios que les proporcionen; pero el sistema y el método para definir tales costos y beneficios, y la forma de hacer su reparto, deben ser fijados por la ley, las ordenanzas o los acuerdos. Las leyes, ordenanzas o acuerdos que regulen contribuciones en las que la base sea el resultado de hechos ocurridos durante un período determinado, no pueden aplicarse sino a partir del período que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley, ordenanza o acuerdo.

de justicia y hacer operante y vigente el orden justo al que aspira la Constitución. Además, la aludida consecuencia se apoya en el principio de la buena fe (Sentencia, 1993).

3.5.1.2 Sentencia C-423 de 1995: Por medio de este fallo, la Corte Constitucional declaró inexequible el numeral 2.7 del artículo 1º de la Ley 168 de 1994, el cual contemplaba como excedentes financieros de la Nación, los dineros percibidos por el Estado Central fruto de la concesión en manos de particulares del servicio de telefonía celular, para el uso del Espacio Electromagnético, cuando en realidad se trataba de ingresos corrientes de la nación, los cuales por hacer parte del Situado Fiscal[18], deberían de haberse transferido a todos los municipios del País y de esta forma haber incrementado los ingresos de esas entidades territoriales.

La sentencia estudiada, pese a haber declarado la inexequibilidad de las normas acusadas, determinó un efecto hacia el futuro del fallo, de tal suerte que no ordenó hacer las transferencias a los municipios de los dineros dejados de percibir.[19]

[18] El Situado fiscal, a las voces de la propia sentencia C-423 de 1995, correspondía para su época, al porcentaje de los ingresos corrientes de la Nación que debían transferirse a los municipios.

[19] Actualmente se tramita una Acción de Grupo que busca el pago de los dineros que les corresponderían a los Municipios por concepto de la utilización del Espacio Electromagnético de parte de las operadoras de telefonía Celular. El proceso se encuentra en Segunda Instancia ante el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, bajo el radicado: 25000231500020040079302, Siendo ponente el Mg. FREDY HERNANDO IBARRA MARTINEZ.

3.5.1.3 Sentencia C-152 de 1997: En esta providencia, la Corte Constitucional, estudió la demanda de inexequiblidad presentada en contra del artículo 182 de la Ley 223 de 1991, "Por la cual se expiden normas sobre racionalización tributaria y se dictan otras disposiciones", toda vez que la norma en comento, creó unas contribuciones parafiscales sobre los productos importados de los sectores, agropecuario o pesquero, que en realidad era un impuesto con destinación específica. En este caso, la Corte igualmente irradió los efectos de su sentencia a partir del día siguiente a la Notificación del fallo, sin obligar a la devolución de lo recaudado (RAMÍREZ LEIVA, 2010).

3.5.1.4 Sentencia C-038 DE 2006: Este fallo es el fruto de la demanda de inconstitucionalidad que se presentara en contra del artículo 86 del Decreto 01 de 1984 (anterior Código Contencioso Administrativo), pues a juicio del actor, la norma acusada contenía una omisión legislativa, pues en su entender, dentro de los supuestos que consagraba la disposición demandada, no incluía la posibilidad de enjuiciar por vía de reparación directa, los daños antijurídicos producidos por la actividad del Legislador. A lo largo del fallo, la Corte se dedica a realizar un breve recuento de lo que ha sido la figura de la responsabilidad extracontractual del Estado por la actividad del Legislativo, tanto en el derecho comparado, como del tratamiento que le ha dado a la misma la jurisprudencia nacional, para concluir que no existe la omisión que indica el demandante, pues el Consejo de Estado ha entendido inmerso en la norma acusada, el tipo de responsabilidad supuestamente omitido legalmente, al extremo que con base en dicho artículo ha llegado a producir una condena en contra del Estado por la actividad legislativa (Sentencia, 2006).

3.5.2 La Responsabilidad patrimonial del Estado por la actividad legislativa y su tratamiento por parte del Consejo de Estado Colombiano: El máximo órgano de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en Colombia ha reconocido la responsabilidad extracontractual del Estado por la actividad Legislativa en dos de sus fallos, en el primero de ellos, tomado como base de la responsabilidad extracontractual, la existencia de una norma exequible, bajo la égida del daño especial o responsabilidad objetiva o sin falta y el segundo de ellos, tomando como generadora de daños, una norma declarada inconstitucional, ubicando la responsabilidad bajo el régimen de falla de servicio o responsabilidad subjetiva, así:

3.5.2.1 Responsabilidad patrimonial del Estado por norma exequible: En el año de 1998, el Consejo de Estado profirió la sentencia IJ-01 de esa anualidad, la cual se convirtió en el primer antecedente en proclamar en Colombia la responsabilidad extracontractual y patrimonial del Estado con ocasión de la expedición de una ley. Para el caso, se trató de la expedición de la Ley 6ª de 1972, la cual introdujo en el ordenamiento interno colombiano, la Convención de Viena de 1961, relativa al reconocimiento de la Inmunidad Diplomática para los agentes extranjeros en misión en el territorio patrio.

De la lectura de la sentencia IJ-01 DE 1998, se evidencia que existe en el derecho comparado un caso semejante al ahora estudiado, el cual fue fallado por el Consejo de Estado de Portugal y por su relevancia, se transcribe la parte pertinente de la sentencia que trata el tema:

> En caso semejante el Consejo de Estado de Portugal, al resolver el recurso No. 33534, con fecha 10 de mayo de 1994 acordó, con ocasión del ejercicio del derecho indemnizatorio propuesto ante los tribunales portugueses según las reglas generales de competencia, la responsabilidad civil extracontractual del Estado Portugués, por acto efectuado materialmente por las fuerzas americanas estacionadas en las Islas Azores. Dijo el alto Tribunal que por imperativo del numeral 5º del artículo 8º de la convención Otán los tribunales portugueses son internacionalmente incompetentes para conocer de las demandas indemnizatorias contra los Estados Unidos de América por daños originados en los actos ilícitos culposos de sus fuerzas armadas estacionadas en las Islas Azores, y "que para obviar el sacrificio que para los ciudadanos nacionales, consistiría en la necesidad de, en tales casos, recurrir a los tribunales americanos, el Estado Portugués asume por la misma cláusula de la convención referida la responsabilidad objetiva por el resarcimiento de tales daños obligándose al pago de la indemnización respectiva… Esta responsabilidad objetiva a cargo del Estado Portugués fue retenida como una solución para compensar la renuncia que aquella nación hizo a la jurisdicción de sus tribunales, y también para obviar la onerosidad y dificultades que para sus nacionales constituía la exigencia de recurrir a los tribunales americanos (Sentencia de Importancia Jurídica, 1998).

Los hechos que motivaron la demanda y la consecuente sentencia se pueden resumir de la siguiente manera: siendo las 21:30 horas del día 10 de octubre de 1991, en la calle 114 A con Autopista Norte, fue atropellado el señor CÉSAR JULIO CUERVO PINEDA por el automotor con placa diplomática CD-0744 de propiedad de la embajada de los Estados

Unidos de América, el cual era conducido por el Coronel EDMUNDO SCOTT COWAN; sus deudos acudieron a reclamar directamente los perjuicios sufridos con la muerte de su familiar pero su petición fue negada el día 14 de octubre de 1992; ante esta situación debieron concurrir ante la Corte Suprema de Justicia en procura del pago de los perjuicios, pero su solicitud fue igualmente rechazada bajo el argumento de Falta de jurisdicción, indicando este Tribunal que "la Embajada de los Estados Unidos se encuentra protegida por la inmunidad que consagra la Convención de Viena, incorporada a nuestra legislación por la Ley 6ª de 1972" (Sentencia de Importancia Jurídica, 1998).

El Consejo de Estado, comienza por hacer un breve recuento de lo que es la teoría de imputación del daño especial, sus requisitos configuradores (a. que el daño sea consecuencia de la actuación legítima de la Administración, que rompa el principio de igualdad ante las cagas públicas e imponga a ciertos administrados un "mayor sacrificio al que normalmente debe soportar los asociados en general, b. que se lesione un derecho jurídicamente tutelado, que además debe ser cierto, concreto y particular y, c. que exista un nexo de causalidad entre el hecho legal y el perjuicio ocasionado), para luego concluir que:

> Por todo lo anterior es claro que, teniendo los nacionales el derecho a que se respete su integridad personal y patrimonial y a ejercer las acciones de ley para el restablecimiento de sus derechos conculcados, en igualdad de condiciones, en el caso presente, los demandantes experimentan una doble limitación por virtud del privilegio de inmunidad jurisdiccional conferido por el Estado Colombiano, de un lado porque quedan privados de la posibilidad de demandar en Colombia la reparación a que tienen derecho, en acción contra el ejecutor material del daño y de otra parte porque

consecuencialmente se desequilibraron las cargas públicas que deben soportar todos los ciudadanos en igualdad de condiciones, al imponérseles la necesidad de demandar ante la justicia del Estado acreditante, lo cual sí está permitido por la convención de Viena, salvo renuncia a la inmunidad en los términos allí establecidos, hecho que no ocurrió en el caso.

Al aceptar la responsabilidad del Estado en el caso concreto que se falla, no se prohíja sin beneficio de inventario la expresión optimista de León Duguit según la cual el Estado debe ser un asegurador por vía general, pues se trata de una situación excepcional; tampoco se comparte la apreciación del Ministerio Público según la cual el Estado habría abdicado su soberanía al conceder una inmunidad jurisdiccional al Cuerpo Diplomático, pues precisamente en ejercicio de ella desarrolló la actividad compleja que dio origen a este proceso" (Sentencia de Importancia Jurídica, 1998).

3.5.2.2 Responsabilidad patrimonial del Estado por norma declarada inexequible o responsabilidad del estado por falla en el servicio legislativo: Este tipo de responsabilidad tiene como base los daños que se producen o se evidencian luego de la declaratoria de inexequibilidad de una ley o parte de ella por parte de la Corte Constitucional. El título jurídico de imputación que se configura es el de falla en el servicio (legislativo en esta ocasión), toda vez que la sentencia de inconstitucionalidad, declara que el Congreso, en su ejercicio legislativo, vulneró la Constitución, ya sea por vicios de forma o por vicios de fondo, y con ello se configura una errónea o deficiente prestación de este servicio público.

Las siguientes son las sentencias que sobre el particular ha expedido el máximo Tribunal de la Jurisdicción Contenciosa:

- En el año 2014, el H. Consejo de Estado profirió la sentencia de segunda instancia dentro del proceso 25000-23-26-000-2003-00175-01, con M.P. Dr. ENRIQUE GIL BOTERO (Sentencia, 2014), en la cual se decidió de manera definitiva la demanda presentada por la Empresa GOODYEAR de Colombia S.A., en contra del Congreso de la República, en la que la parte actora, con base en la Sentencia C-992 del 29 de agosto de 2001, la cual declaró inexequibles los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000[20], por considerar que la tasa establecida, era en realidad un impuesto y que por tener una destinación especial, resultaba contraria a la Constitución.

[20] La ley 633 de 2000, Por la cual se expiden normas en materia tributaria, se dictan disposiciones sobre el tratamiento a los fondos obligatorios para la vivienda de interés social y se introducen normas para fortalecer las finanzas de la Rama Judicial, la cual, en sus artículos a, creó una tasa especial por servicios aduaneros así: **Artículo 56. Tasa Especial por los servicios aduaneros**. Créase una tasa especial como contraprestación por el costo de los servicios aduaneros prestados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales a los usuarios, que será equivalente al uno punto dos por ciento (1.2%) del valor FOB de los bienes objeto de importación.
Esta tasa no será aplicable para las importaciones de bienes provenientes directamente de países con los que se tenga acuerdo de libre comercio, siempre y cuando dichos países ofrezcan una reciprocidad equivalente, ni a los usuarios del Plan Vallejo, ni a las importaciones de bienes y servicios para la defensa y seguridad nacional que realice la Fuerza Pública.
La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales mediante Resolución fijará los mecanismos de control para garantizar el pago de dicha tasa, así como la forma y los plazos para su cancelación.
Parágrafo. En ningún caso el valor previsto en el inciso primero de este artículo podrá ser inferior al consignado en las declaraciones de importación.
Artículo 57. Administración y control. Para el control de la tasa especial por los servicios aduaneros, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales contará con las facultades de investigación, determinación, discusión, y cobro previsto en las normas aduaneras vigentes, en el Estatuto Tributario, y sus reglamentos.
Teniendo en cuenta que esta tasa es un ingreso corriente sujeto a lo previsto por el inciso 2 del parágrafo del artículo 357 de la Constitución Política, y que no constituye en ningún caso un impuesto, créase el Fondo de Servicios Aduaneros, el cual se financiará con los recursos que recaude la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales por concepto de la misma. Los recursos de dicho Fondo se destinarán a recuperar los costos incurridos por la Nación en la facilitación y modernización de las operaciones de comercio exterior, mediante el uso de su infraestructura física y administrativa y para la financiación de los costos laborales y de capacitación de la DIAN.

Solicitaba la parte demandante, la devolución de los dineros pagados por concepto de la Tasa Especial por Servicios Aduaneros (TESA), por el periodo comprendido entre el 1 de enero y el 25 de octubre de 2001, por un valor de $831.931.000, señalando de la misma manera que:

> …la declaratoria de inconstitucionalidad de las normas, confirman que el tributo "nunca tuvo fundamento constitucional y que hubo una falla en el servicio legislativo, porque el Congreso no cumplió con los requisitos constitucionales para la creación de este tipo de gravámenes… que era previsible para el Congreso que si el Estado recaudaba un tributo ilegítimo, tendría que restituir esas sumas a los contribuyentes y pese a que la Corte no se pronunció en ese sentido, éstos tienen la vía de la reparación directa para solicitar la indemnización de ese daño antijurídico, ya que de no ser así, se presentaría un enriquecimiento sin causa". (Sentencia, 2014)

La sentencia de primera instancia, declaró no probadas las excepciones y condenó al Estado al pago de los perjuicios reclamados, argumentando para ello que:

> … cuando una ley es declarada inexequible por la Corte Constitucional, se está reconociendo la existencia de "una falla en la función legislativa" y concluyó que "la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley, proferida por la Corte

---

El Fondo de Servicios Aduaneros será administrado por la Dirección General del Presupuesto Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

> Constitucional, revela que el Congreso no cumplió o se apartó de sus deberes constitucionales y legales al expedir la Ley.

Así mismo,

> Estima la Sala que en el presente asunto, al ser declarada la inconstitucionalidad de los artículos 56 y 57 de la ley 633 de 2000 por la Corte Constitucional se hizo evidente la falla del servicio sufrido por el actor como consecuencia de la expedición de la misma, pues la H. Corte Constitucional consideró que la tasa creada, a pesar de corresponder a la prestación de servicios aduaneros, no estableció la forma en que se vinculaba a la utilización del servicio, pues se relacionó únicamente al valor del bien importado, perdiéndose de esta manera la diferencia existente entre la tasa y el impuesto, al hacer que dicha tasa se asimilara a un impuesto sobre las importaciones, razón por la cual su destinación especial era contraria a la Constitución.
>
> Además, en la medida en que el destino de los recaudos no se restringió a la recuperación del costo del servicio, sino que se extendió a cubrir la financiación de los costos laborales y de la capacitación de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (Sentencia, 2014).

El Consejo de Estado, luego de hacer una síntesis de la Jurisprudencia española al respecto, se introduce en el estudio de los efectos de las sentencias de Constitucionalidad, trayendo a colación el artículo 45 de la ley 270 de 1996

(Ley Estatutaria de la Administración de Justicia en Colombia) y la interpretación que la propia Corte Constitucional ha dado a esta disposición:

> 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". De acuerdo con la sentencia C-037 de 1996, que revisó la constitucionalidad del articulado de la mencionada ley, sólo ella tiene la competencia para fijar los efectos de las sentencias, por lo que por regla general las mismas sólo surten efectos a partir de su expedición (Sentencia, 2014).

Es decir, que por regla general, los efectos de las sentencias de Constitucionalidad tienen efectos a futuro ***ex nunc*** y de manera excepcional cuando la Corte lo decide, puede determinar que los efectos de sus fallos tengan efectos retroactivos o ***ex tunc.*** (Sentencia, 2014)

Igualmente, indica el Consejo de Estado, en el fallo objeto de análisis y con respecto a los efectos a futuro de los fallos de constitucionalidad y la posibilidad de reclamar los perjuicios ocasionados por una norma declarada inexequible, lo siguiente:

> La Corte Constitucional se basó en el principio de seguridad jurídica para justificar el hecho de que las sentencias de constitucionalidad sólo puedan tener efectos hacia el futuro. Sobre el particular considera la sala que pese

a ser ello cierto, no obsta para que pueda accederse a la reparación del perjuicio**, toda vez que 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. De ello se sigue una consecuencia lógica, y es que el daño no es imputable a quien ejecutó la ley, sino a quien la creó.** En este orden de ideas, se tiene que la prevención a aceptar la responsabilidad del Estado - legislador en estos eventos, obedece a una interpretación equivocada del artículo 45, que confunde la intangibilidad de la cosa juzgada con la imposibilidad de reparar los perjuicios cuando en realidad estas figuras no son excluyentes entre sí (Sentencia, 2014). (Negrillas fuera de texto)

Más adelante, agrega la Sala:

"**No son equiparables los efectos de la sentencia de inexequibilidad con los elementos de la responsabilidad. En otros términos, la Corte Constitucional al retirar del ordenamiento jurídico una disposición no determina si procede o no la reparación del daño, por la sencilla pero potísima razón de que se está frente a una situación o alteración negativa a un estado de cosas favorables que, a la luz del artículo 90 de la Carta Política, la persona no estaba en la obligación jurídica de soportar**" (Sentencia, 2014). (Negrillas fuera de texto).

Para el Consejo de Estado, aunque el afectado tenga conciencia del daño y presuma su antijuridicidad, “cuando el tribunal constitucional retira la norma del ordenamiento jurídico, la persona tiene conocimiento de la antijuridicidad y de la falla del servicio legislativo, circunstancia por la que, desde ese momento, podrá demandar la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado por vía de la reparación directa, para que sea reparado de manera integral el daño irrogado”. (Sentencia, 2014)

Finalmente, el Máximo Órgano de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, indica que el pago que hiciera la Sociedad demandante, no fue antijurídico, la antijuridicidad nace cuando la Corte declara la inconstitucionalidad de la norma y se evidencia la falla en el servicio legislativo que torna el pago en antijurídico, desde el punto de vista de su creación (Congreso), más no de su ejecución (en este caso, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales), reiterando que quien produce el daño, es quien crea la norma, mas no quien la ejecuta. (Sentencia, 2014).

- Posteriormente, el 9 de abril de 2014 (Sentencia, 2014), y con base en hechos similares a los que motivaron el fallo anteriormente enunciado, el Consejo de Estado profiere sentencia, dentro del proceso cuyo demandante era la empresa SOCIEDAD LABORATORIOS WYETH INC., por el pago de la Tasa Especial por Servicios Aduaneros (TESA), que fuera creada mediante la Ley 633 de 2000, en su artículo 56, declarada inconstitucional por la Sentencia C-992 de 2001. La parte demandante por vía de reparación directa, solicitó que

se declarase al Congreso de la República, responsable de los daños padecidos por ella como consecuencia de "la expedición y aplicación de unas normas abiertamente inexequibles, como son los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000, que crearon la obligación de liquidar y pagar la Tasa Especial por Servicios Aduaneros"; adicionalmente que se condenara a esa entidad a la devolución de las sumas pagadas por la Sociedad demandante por concepto de la Tasa Especial de Servicios Aduaneros por el periodo comprendido entre el primero de enero de 2001 y el 25 de octubre de la misma anualidad.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en sentencia de primera instancia, negó las pretensiones de la demanda con base en la presunción de constitucionalidad que amparaba a la Ley 633 de 2000, toda vez que la declaratoria de inexequibilidad se produjo el 23 de octubre de 2001, cuando la sentencia fue publicada.

Al parecer el Tribunal entendió que la demanda se enmarcaba dentro del título de imputación de daño especial, pues en el fallo que luego sería apelado, indicó: "En ningún momento en vigencia de los artículos acusados, se puso en una situación de desigualdad a la demandante frente a los demás ciudadanos, no se lesionó ningún 'derecho jurídicamente tutelado" (Sentencia, 2014).

Ya en la segunda instancia, el Consejo de Estado hace un recuento de la jurisprudencia que precedió a la declaratoria de responsabilidad del Estado por falla en la función legislativa[21], luego de lo cual, cita los argumentos

[21] El Consejo de Estado, cita en este fallo las siguientes sentencias:

expuestos en la sentencia del 26 de marzo de 2014, cuyo demandante fue la Empresa Goodyear, para concluir que cuando se presenta la inexequibilidad de una norma de que imponga el pago de una obligación de carácter tributario, el pago del tributo impuesto, si la norma que lo crea es posteriormente declarada inconstitucional, así el Tribunal Constitucional no hubiese modulado en el tiempo los efectos temporales de su declaratoria, es antijurídico, pues está afectado por una falla en el servicio legislativo, que vicia la norma y a sus consecuencias desde el momento en que fue expedida y no sólo desde la notificación de la sentencia de inconstitucionalidad.

Igualmente, aclara que una cosa es el control de legalidad o de constitucionalidad y otra bien diferente es el control que ejerce la Jurisdicción

---

- Consejo de Estado, Sentencia del 26 de septiembre de 2002, expediente No. 20945: El Consejo de Estado dice que en los casos de responsabilidad por norma inexequible, las pretensiones no deben prosperar, toda vez que la inexequibilidad se consolida con el fallo de la Corte, por ende los supuestos daños ocasionados con anterioridad al pronunciamiento constitucional no son antijurídicos.
- Consejo de Estado, Auto del 15 de mayo de 2003, expediente No. 23245: en esta ocasión, aunque admitió la procedencia de la acción de reparación para buscar la indemnización de daños causados por normas declaradas inexequibles, la inconstitucionalidad por sí sola no da derecho a reparación si no se acreditan debidamente el daño y su cuantía.
- Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia del 12 de junio de 2003: reitera la posición según la cual los daños causados antes de la declaratoria de inconstitucionalidad no son antijurídicos.
- Consejo de Estado, Sentencia en Acción de Grupo del 16 de marzo de 2007, expediente 2004-00832: en esta ocasión, esa Corporación reconoció que "las autoridades públicas se encuentran sometidas al imperio de la Constitución y la ley; de llegarse a conculcar dicha obligación se puede causar un daño antijurídico imputable a la administración bajo el título de falla del servicio".
- Consejo de Estado, Sentencia del 23 de febrero de 2012, expediente 24655: indicó esa ocasión con respecto a los daños producidos por normas tributarias inexequibles o nulas: "… la persona que haya sufrido un daño antijurídico como consecuencia directa de la aplicación de tal disposición tiene derecho a que a través del cauce procesal constituido por la acción de reparación directa, se examinen si concurren, o no, los requisitos constitucionalmente exigidos para que se declare patrimonialmente responsable al Estado, vale decir, que el daño antijurídico sea imputable a la acción – el ejercicio irregular de su potestad normativa- desplegada por una autoridad pública…"

Contenciosa con respecto a los daños antijurídicos que causen las entidades pública al tenor de lo dispuesto por el artículo 90 Superior.

Así mismo, indica que de aceptarse que la responsabilidad del Estado, en los eventos de declaratoria de inconstitucionalidad o ilegalidad de una norma que impone un tributo o una carga, únicamente se puede estructurar a partir de dicha declaratoria y que las situaciones consolidadas con anterioridad de la exclusión de dicha norma del ordenamiento jurídico, son inamovibles, en la práctica tornaría inviable la declaratoria de responsabilidad.

La modulación de los efectos temporales de la sentencia vendría a tener repercusiones únicamente en la determinación del momento a partir del cual se puede contar la caducidad de la acción y de la cuantificación de los perjuicios.

Al final del fallo en comento, el Consejo de Estado nuevamente declara la responsabilidad patrimonial del Congreso, por falla en el servicio legislativo.

- Sentencia del Consejo de Estado de fecha 11 de junio de 2014, siendo demandante la empresa PROMIGAS S.A., en contra de la Nación- Congreso de la República (Sentencia, 2014): se trata de otra reclamación de perjuicios por vía de acción de reparación directa, en el cual la Sociedad demandante, pide que se le devuelvan los dineros que debió pagar por la Tasa Especial de Servicios Aduaneros creados por los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2001, normas que fueron declaradas inconstitucionales mediante la Sentencia C- 992 de 2001.

En este caso, el Consejo de Estado, nuevamente declara la responsabilidad extracontractual del Congreso de la República, bajo el título de imputación de falla en el servicio legislativo, con base en los mismos argumentos citados en las sentencias anteriormente enunciadas.

- Sentencia del Consejo de Estado de fecha 11 de junio de 2014, siendo demandante la empresa DUPONT DE COLOMBIA S.A., en contra de la Nación- Congreso de la República y otros (Sentencia, 2014): en esta ocasión, y aunque la demanda se fundamenta en los mismos hechos y persigue unas pretensiones similares[22], la parte pasiva de la acción (de reparación directa) está integrada, además de la Nación – Congreso de la República, por la Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y, el argumento de la misma, se basa en que los daños padecidos por la empresa actora, fueron causados por no haberse indicado en la sentencia de inexequibilidad (C-992 de 2001), "la devolución de los dineros que fueron a parar al erario público en virtud de las disposiciones eliminadas" (Sentencia, 2014), es decir, porque en la sentencia de constitucionalidad, la corte no le otorgó efectos retroactivos a su fallo.

  El Consejo de estado, nuevamente toma la decisión de declarar la responsabilidad estatal, en cabeza del Congreso de la República exclusivamente, ya que la sentencia de primera instancia había liberado de

[22] La demanda persigue el pago de los daños sufridos por la empresa DUPONT. S.A., al haber pagado el tributo establecido en los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000 (Tasa Especial por Servicios Aduaneros), normas que luego fueron declaradas inconstitucionales por la Sentencia C-992 de 2001, proferida por la Corte Constitucional.

responsabilidad a la Nación – Rama Judicial, apoyándose en la premisa que los daños que provienen de una ley que es dictaminada inconstitucional, son antijurídicos, con independencia de si el Tribunal Constitucional confiere efectos retroactivos a la correspondiente sentencia; adicionalmente, reafirma la diferente naturaleza de los fallos de exequibilidad (control abstracto de constitucionalidad de las leyes) y de los fallos dictados en sede de estudio de reparación directa (control de los posibles daños antijurídicos que cause cualquier autoridad pública en los términos del artículo 90 Superior), e indica que el daño en este caso, consiste en:

> … el desprendimiento patrimonial injusto en el que incurrió la sociedad demandante, al hallarse obligada, por la fuerza impositiva de una ley de la República, a transferir al erario dineros que nunca debió haber entregado, porque la norma que así lo dispuso resultó ser inconstitucional desde el primer momento de su vigencia (Sentencia, 2014).

Igualmente en este fallo, el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, hace depender la antijuridicidad del daño, de la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma, la cual afecta o vicia la norma desde el momento de su expedición, pues si bien la declaratoria de inconstitucionalidad es obviamente posterior a la expedición de la norma (como fruto de un control público y posterior de constitucionalidad y no previo ni obligatorio), la contrariedad de la norma expulsada del ordenamiento con la Constitución, se ha generado desde el momento en que la norma ha nacido a la vida jurídica, y por ende, esta contradicción que se ha mantenido

en el tiempo, da la connotación de antijuridicidad a los daños irrogados a los particulares y los torna en indemnizables.

4. **EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD**

A partir de la Revolución Francesa, y con el surgimiento del Estado de Derecho, la detentación del poder se subordinó a la Ley y así, el ejercicio del poder se racionalizó y se ligó a la existencia de normas que autorizaran su ejercicio.

Posteriormente, surge el Estado Constitucional Democrático, que según el profesor MANUEL FENANDO QUINCHE RAMÍREZ, citando a L. FERRAJOLY, es aquel ordenamiento:

> … en los que todos los poderes, incluido el legislativo, están vinculados al respeto de principios sustanciales, establecidos por normas constitucionales, como la división de poderes y los derechos fundamentales". Dentro de este contexto, la simple ley ya no es la norma de reconocimiento del derecho, sino que la Constitución Política asume el lugar de norma suprema, y respecto de ella, las demás normas deberán tener sujeción. De esta manera al nudo principio de legalidad, se superpone ahora el principio de supremacía de la Constitución o principio de constitucionalidad (QUINCHE RAMÍREZ M. F.).

En palabras del Profesor LUIS CARLOS SÁCHICA, en su libro, El Control de Constitucionalidad, el Estado constitucional, se caracteriza por:

> 1) La distinción entre poder constituyente primario y poderes constituidos;
>
> 2) la consiguiente diferencia entre la norma constitucional – voluntad del constituyente- y la ley ordinaria - formulada por uno de los poderes constituidos;

> 3) la lógica jerarquización entre las normas de un orden jurídico y, dentro de aquella, la superioridad de la norma constitucional, por ser el origen y fundamento de validez de todas las demás;
>
> 4) con la conclusión de que se requiere salvaguardiar (sic) esa prioridad, construyendo sistemas constitucionales escritos, codificados y rígidos que traducen esas preocupaciones y hacen patentes las diferencias entre el concepto de Constitución en sentido material y el de Constitución en el sentido formal (SÁCHICA, 1980, pág. 34).

Se puede pensar, que un requisito sine qua non, de la existencia de un Estado Constitucional, es la presencia de un sistema de control de constitucionalidad que garantice la superioridad de la Constitución como parámetro de validez, no solo de las normas que se encuentran por debajo de ella en la jerarquía normativa, sino de la sujeción en el actuar de todos los poderes estatales a esa norma, a los principios que la inspiraron y las reglas que la integran.

De la misma manera que es necesaria la existencia del control de constitucionalidad, es tan importante dentro del país de que se trate, que su Constitución, a más de ser un puñado de principios y postulaciones, tenga un carácter normativo, esto es, que sus disposiciones sean de obligatorio cumplimiento tal y como lo entendió el Dr. CIRO ANGARITA BARÓN al sentar la doctrina constitucional expuesta en la Sentencia T - 406 de 1992, cuando se refirió a los derechos económicos y sociales contenidos en la Constitución de 1991, así:

Con independencia de la función programática-finalista y de la función simbólica que sin duda ocupan un lugar importante en los preceptos sobre fines y valores, l**a Constitución es una norma jurídica del presente y debe ser aplicada y respetada de inmediato. Por esta razón , sostener que los derechos sociales, económicos y culturales se reducen a un vínculo de responsabilidad política entre el constituyente y el legislador, es no sólo una ingenuidad en cuanto a la existencia de dicho vínculo, sino también una distorsión evidente en cuanto al sentido y coherencia que debe mantener la Constitución. Si la responsabilidad de la eficacia de los derechos mencionados estuviese sólo en manos del legislador, la norma constitucional no tendría ningún valor y la validez de la voluntad constituyente quedaría supeditada a la voluntad legislativa.**

Es más razonable pensar que el constituyente quiso otorgarle verdadero carácter normativo a los textos del capítulo segundo título segundo, entregándole al legislador la prerrogativa de discrecionalidad política en la materia pero facultando al juez para ejercer dicha discrecionalidad, limitada a casos concretos, en ausencia de ley. De esa manera se logra el respeto de las prioridades en materia de delimitación política de los textos fundamentales y el respeto de la superioridad jurídica de la Constitución sobre la ley. De esta manera se logra -parafraseando a Herbert Kruger- que las leyes valgan en el ámbito de los derechos fundamentales en lugar de que los derechos fundamentales sólo valgan en el ámbito de la ley (Sentencia, 1992).

Para el doctrinante MANUEL FERNANDO QUINCHE RAMÍREZ, el Control de Constitucionalidad es

> … el conjunto de instituciones y procedimientos destinados a hacer efectiva la supremacía de la Constitución, a realizar el carácter normativo de la misma, a garantizar vigencia y efectividad de los derechos fundamentales de las personas dentro de un Estado, así como a permitir la realización de las reglas, principios, valores e instituciones propias del Estado constitucional democrático (QUINCHE RAMÍREZ M. F., 2014, pág. 33).

Esta importante función dentro del Estado Occidental moderno, tiene un doble carácter, es decir, una doble naturaleza, de un lado es de orden político, por cuanto a más der ser un conjunto de mecanismos y acciones jurídicas (en sede judicial) encaminadas a salvaguardar el texto, los valores y principios, así como el modelo de Estado que el Constituyente se planteó en un momento histórico determinado, tiene igualmente un carácter político "Sin embargo, en fondo, es preciso admitir también que la labor interpretativa tiene carácter decisorio, es ejercicio de poder político. Toda sentencia parte de la norma superior; ella contiene o pone unos hechos condicionantes de los actos que la concretan o aplican; pero estos envuelven, quiéranse o no, una evaluación, un juzgamiento, una valoración y, por tanto, una apreciación subjetiva del Juez, en que este inserta en su decisión de los valores culturales , políticos, sociales, económicos en que cree, o que acepta como necesarios – su idea de justicia, de lo bueno y lo malo, lo conveniente e inconveniente, lo oportuno o inoportuno –, injertando un forzoso matiz político en su condición" (SÁCHICA, 1980, pág. 42).

4.1 El Control de Constitucionalidad en Colombia

De la lectura del artículo "El CONTROL DE COSNTITUCIONALIDAD. Análisis de la doctrina de la Corte en los 10 años de vigencia constitucional" (CERRA NOLASCO, 2001), del autor EDUARDO CERRA NOLASCO, se puede concluir que la evolución del Control de Constitucionalidad en Colombia, antes de la expedición de la Carta Política de 1991, puede dividirse en varios periodos así:

- Un primer periodo, durante los inicios de vigencia de la Constitución Nacional de 1886, en donde el control de constitucionalidad, era ejercido por el Ejecutivo, respecto de los proyectos leyes, los cuales los cuales podía objetar por inconveniencia (artículos 85 a 89) y por inconstitucionalidad (artículo 90), caso este último en el cual, "… si las Cámaras insistieren, el proyecto pasará a la Corte Suprema, para que ella, dentro de seis (6) días, decida sobre su exequibilidad. El fallo afirmativo de la Corte obliga al Presidente a sancionar la ley. Si fuere negativo, se archivará el proyecto".
- Un segundo periodo, a partir de la expedición del Acto Legislativo No. 03 de 1910, el cual como nota característica en el asunto objeto de estudio y como aporte del derecho patrio al derecho constitucional moderno, consagró el control de constitucionalidad por vía de acción, es decir, la posibilidad de que cualquier ciudadano demandara ante la Corte Suprema de Justicia, la exequibilidad de "… todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación".

- Un tercer periodo, a partir de la expedición del acto legislativo 01 de 1945, el cual dividió la competencia que en materia del control de constitucionalidad de decretos expedidos por el Gobierno, estaba radicada en la Corte Suprema de Justicia así: se restringió el conocimiento de las acciones de inconstitucionalidad de los decretos expedidos por el Gobierno Nacional, única y exclusivamente con relación a aquellos dictados en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas al ejecutivo para expedir reglamentos con fuerza de ley, se radicó en el Consejo de Estado el conocimiento de las demandas de inconstitucionalidad en contra de los demás decretos expedidos por el Gobierno.
- Un cuarto y último periodo, con la expedición del Acto Legislativo 01 de 1968, cuando se estableció en cabeza de la Corte Suprema de Justicia, el Control Automático o Forzoso de constitucionalidad sobre los Decretos con fuerza de ley que expidiera el ejecutivo con base en "situaciones de excepción, producidas por perturbaciones ya del orden material o externo, o bien del orden social o económico" (SÁCHICA, 1980, pág. 124), es decir, en estados de excepción (Estado de Sitio y Estados de Emergencia Económica y Social).

  Así mismo, en esta reforma constitucional, se instituyó la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (integrada por cuatro magistrados especialistas en derecho público), indicando que a ésta le correspondería elaborar los proyectos de sentencias de exequibilidad y la Corte en pleno se encargaría de votarlos.

4.1.1 El control de constitucionalidad en la Constitución Política de 1991: La Constitución Política de Colombia de 1991, en el Capítulo Cuarto del Título VII, creó la Jurisdicción

Constitucional (artículos 239 y s.s.), donde se estableció la composición de la Corte Constitucional, indicando que estaría compuesta por el número impar de magistrados que determinara la ley, pertenecientes a diferentes ramas del derecho, quienes serían elegidos por el Senado, para un periodo de ocho (8) años, sin posibilidad de reelección, de ternas enviadas por: el Presidente de la República , la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado[23].

El artículo 240 de la C.P., indica que "A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución", y en once (11) numerales se establecen las funciones y por ende, la competencia de este Tribunal, resaltando, en lo que al tema que se viene tratando, las siguientes:

- Conocer y decidir las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra: Actos reformatorios de la Constitución, únicamente por vicios de procedimiento (numeral primero); leyes, tanto en lo que tiene que ver con su contenido material, como por vicios en su formación (numeral cuarto); decretos con fuerza de ley dictados por el gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341de la Constitución, esto igualmente por la sustancia de los mismos, como por errores en su formación.
- Decidir sobre la constitucionalidad de las convocatorias a referendo o Asamblea Constituyente, esto, por vicios de procedimiento (numeral segundo), y decidir sobre la constitucionalidad de los referendos legales, consultas populares y plebiscitos del orden nacional, pero sobre los vicios en la formación de éstos (numeral tercero).

[23] Constitución Política de Colombia, artículo 239.

- Decidir sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que sean expedidos por el ejecutivo con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 Superiores.[24]
- Revisar las decisiones judiciales de tutela de los derechos fundamentales.
- Decidir sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que el presidente haya objetado por inconstitucionalidad, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por la sustancia, como por la forma de expedición (control previo de constitucionalidad).
- Igualmente, decidir sobre la constitucionalidad de los tratados internacionales y de sus leyes aprobatorias, las cuales deben ser enviadas a la Corte Constitucional por el Presidente, dentro de los seis (6) días siguientes a haber sido sancionadas.
- Darse su propio reglamento.

Así como la Corte Constitucional funge como guardiana de la supremacía de la norma constitucional, de igual manera, la Constitución de 1991, radicó en cabeza de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la competencia para ejercer control de constitucionalidad de "… los decretos dictados por el gobierno nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional (MOLINA BETANCUR, 2012, pág. 378 y s.s.).[25]

De otra parte, y según lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 43 de la Ley 270 de 1996 (Estatutaria de la Administración de Justicia), los jueces en general también realizan control de constitucionalidad cuando por vía del estudio que hacen de las acciones de

[24] El artículo 212 de la Constitución Política de Colombia de 1991, consagra el Estado De Excepción De Guerra exterior, el 213, El Estado de Conmoción Interior y el artículo 215, consagra el Estado de Emergencia Económica y Social.
[25] Numeral 2º, del artículo 237 de la Constitución Política de 1991.

tutela[26] que deben conocer, analizan las posibles amenazas o violaciones a derechos constitucionales fundamentales de los ciudadanos que acuden a este amparo constitucional, previniendo o evitando que las autoridades públicas e incluso en algunos casos los particulares vulneren derechos de las personas que están protegidos por la norma superior (incluidos los consagrados en tratados internacionales vigentes)[27].

Igualmente, todas las autoridades ejercen el llamado control de constitucionalidad por vía de excepción, cuando por vía del artículo 4º de la Constitución, deciden inaplicar una norma de inferior jerarquía, en aquellas situaciones en que resulta evidente la contradicción entre la norma inferior y cualquier norma del orden constitucional.[28]

[26] La Constitución Política de Colombia de 1991, en su artículo 86, introdujo en los siguientes términos, un amparo de rango superior para la protección inmediata de derechos constitucionales fundamentales: " Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.
La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.
Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.
En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.
La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión".

[27] Establece el artículo 94 de la Constitución Política de 1991: "La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos"

[28] Artículo 4º de la Constitución Política de Colombia de 1991: "La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.
Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades".

4.1.2 Las sentencias de constitucionalidad proferidas por la Corte Constitucional colombiana: Las sentencias que expide la Corte Constitucional Colombiana son básicamente de dos tipos a saber, en primer lugar, las que expide en ejercicio de su función de garante de la supremacía constitucional, cuando verifica que las leyes entendidas en sentido material, se ajusten al texto de la constitución , también denominadas sentencias de exequibilidad (o de control abstracto de constitucionalidad) y las segundas, cuando revisa las acciones de tutela proferidas por los diferentes jueces a nivel nacional, en condición de garantes de los derechos fundamentales de las personas, sentencias en sede de revisión) o de control concreto de constitucionalidad).

El inciso primero del artículo 243 de la Constitución Política de Colombia de 1991, con relación a los efectos de las sentencias de constitucionalidad, prescribe: “Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa Juzgada constitucional”; a su vez, esta norma, es desarrollada por el artículo 45 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley 270 de 1996), indicado que los efectos de este tipo de decisiones jurisdiccionales, tienen efecto hacia el futuro, salvo cuando la Corte disponga un efecto diferente.

Por su parte, el artículo 48 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, indica cuál es el Alcance de las sentencias de constitucionalidad, así:

- Las sentencias de proferidas en ejercicio del control de constitucionalidad (por vía de acción[29], por vía de control previo[30] o por control automático[31]), tienen efecto erga omnes en su parte resolutiva, mientras que la parte motiva, constituye criterio auxiliar para la actividad de los operadores jurídicos; el artículo también establece que la interpretación que de las leyes hace la Corte Constitucional tiene carácter obligatorio.
- Las sentencias proferidas por vía de la eventual revisión de las acciones de tutela, tienen carácter vinculante para las partes en su parte resolutiva y "Su motivación sólo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces".

4.1.3 Clasificación le las sentencias de la Corte Constitucional según su tipología y sus efectos: A continuación se presenta la clasificación de las sentencias que profiere la Corte Constitucional, con base en la propuesta elaborada por el Dr. NÉSTOR RÁUL SÁNCHEZ BAPTISTA, la cual aparece publicada en el Anuario de Derecho Procesal Constitucional de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional del año 2010 (SÁNCHEZ BAPTISTA, 2010).

4.1.3.1 Clasificación de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional según la decisión tomada respecto al control de constitucionalidad: Sentencias de exequibilidad o

[29] La Corte Constitucional profiere sentencias de Constitucionalidad por vía de acción, cuando conoce de las demandas de exequibilidad que presentan los ciudadanos en contra de las leyes con base en los numerales primero, cuarto y quinto del artículo 241 Superior.
[30] El control precio se refiere a los eventos en que la Corte Constitucional decide sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley estatutaria (numeral 8, artículo 241 Superior),
[31] Numeral 6º, artículo 214 y parágrafo artículo 215 Constitución Política de 1991.

ejecutabilidad: son aquellas, en la cual la Corte constitucional concluye que la ley[32] se ajusta a la Constitución, tanto de fondo, como por el procedimiento utilizado para su expedición.

- Sentencias de inexequibilidad o inejecutabilidad: la Corte constitucional expide este tipo de sentencias, cuando encuentra que la norma analizada, bien sea por vía de acción como en ejercicio de control previo o automático, contraría disposiciones Superiores, tanto de fondo como de forma.
- Sentencias de exequibilidad o inexequibilidad parciales: estas sentencias se caracterizan porque en ellas la corte declara que algunas normas de las examinadas se ajustan a la Constitución y otras no.
- Sentencias moduladas o condicionadas: para la expedición de una sentencia de este tipo, la Corte debe partir de la distinción que existe entre enunciado normativo o disposición normativa y la norma propiamente dicha, entendiendo por enunciado o disposición, el texto o la literalidad de la ley y por norma, el mandato o mandatos en ella contenidos. (Sentencia, 1996)

  En el mismo sentido, Palomino Manchego, citado por el Profesor Olano García (OLANO GARCÍA, pág. 576 y 577), expone que un Tribunal Constitucional, para no crear el vacío normativo que se generaría si expulsara una norma del ordenamiento jurídico, acude a la distinción que existe entre norma y disposición, entendiendo por la primera, el texto de la ley, “las letras y frases que integran un

[32] Aquí la ley es entendida en sentido material, por tanto comprende tanto las leyes promulgadas por el Congreso, como los Decretos expedidos por el Presidente en ejercicio de las facultades conferidas por el numeral décimo del artículo 150 de la Constitución Política y en el inciso 3º del artículo 341 ibídem.

dispositivo legal", y por norma, "el sentido o los sentidos interpretativos que de dicho enunciado normativo se puedan derivar", para así, manipular no el texto de la ley, sino las normas que de ella se despenden, es decir, las interpretaciones que pueda tener la disposición legal acusada y, proferir una sentencia con fallo modulado en sus efectos.

En estos caso, la Corte en encuentra con una paradoja consistente en que la disposición acusada (el texto) es ajustado a la Constitución, no así alguna o algunas de las normas contenidas en ese enunciado normativo, ante lo cual no puede simplemente declarar la inconstitucionalidad de la norma como tampoco su exequibilidad. Si saca el texto del ordenamiento, estaría generando un vacío en el ordenamiento, pero si lo mantiene, estaría amparando una inconstitucionalidad, razón por la cual, debe acudir a una práctica arraigada en la jurisprudencia nacional, que data de los tiempos en que la Corte Suprema de Justicia era la encargada de guardar la integridad de la Constitución y que consiste en modular o condicionar los efectos del fallo, a través de este mecanismo, la Corte Constitucional declara la exequibilidad de la disposición demandada, pero indica la forma en que ha de entenderse en a futuro una norma contenida en el texto (que es inconstitucional en sí misma), a fin de no incurrir en violaciones a la Carta Política.

Así las cosas, en lo sucesivo, los operadores jurídicos al aplicar la norma, han de entenderla de la forma en que lo indicó la Corte en su sentencia.

Este tipo de sentencias son las que se han referido al tema de la omisión legislativa, tal y como se verá en el siguiente capítulo.

4.1.3.2 Clasificación de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional según su efecto jurídico:

- Sentencias de exequibilidad simple: El efecto jurídico de este tipo de fallos de constitucionalidad, es mantener la norma analizada por la Corte Constitucional, dentro del ordenamiento jurídico.
- Sentencias de inexequibilidad simple: Retiran del ordenamiento jurídico la norma puesta en consideración de la Corte Constitucional, por encontrarla contraria a los mandatos superiores.

4.1.3.3 Clasificación de las sentencias inhibitorias proferidas por la Corte Constitucional:

Se consideran sentencias inhibitorias, aquellas sentencias en las que la Corte se abstiene de proferir decisión de fondo frente al asunto a ella planteado y se clasifican en:

- Sentencias Inhibitorias por ineptitud sustancial de la demanda: No obstante que el numeral 6º del artículo 40 Superior, en concordancia con el artículo 241 fundamental indican que la acción de inconstitucionalidad es una acción de carácter público, esto es, que puede ser ejercida por cualquier ciudadano, la Corte con el transcurso del tiempo ha venido estableciendo una serie de requisitos que se deben

cumplir de parte del demandante o actor, a fin de que el Tribunal Constitucional pueda proceder al estudio de lo planteado, esta situación, en la práctica se ha vuelto una talanquera para acceder a este mecanismo de control del poder; estos requisitos son:

- Expresar de manera clara la norma demandada.
- Expresar de manera concreta la norma Constitucional supuestamente trasgredida.
- Construir un cargo real de inconstitucionalidad, el cual además ha de ser suficientemente sustentado.
- No carecer de objeto la demanda de inconstitucionalidad por derogación o decaimiento de la norma acusada.

De no cumplir el actor con esta carga argumentativa, la Corte se declara inhibida para proferir pronunciamiento de fondo.

- Sentencias inhibitorias por haber sido demandada una norma previamente derogada (aquí se presenta carencia de objeto).
- Sentencias inhibitorias por haberse presentado el fenómeno del decaimiento de la norma demandada (esta situación se presenta cuando se demandan Decretos con fuerza de Ley proferidos por el Presidente de la República en desarrollo de otro decreto, específicamente por aquellos que declaran un Estado de Excepción, en cual ha sido previamente declarado inconstitucional por la Corte, donde la suerte de lo accesorio sigue la suerte de lo principal).

- Sentencias que ordenan estarse a lo previamente resuelto en otra sentencia de constitucionalidad o inconstitucionalidad: toda vez que el asunto puesto a consideración de la Corte ya fue resuelto en fallo anterior, por tanto remite a lo allí decidido.

4.1.3.4 Clasificación de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional de acuerdo con el contenido de su decisión

- Sentencias de simple exequibilidad o simple inexequibilidad: en este tipo de sentencias, la Corte Constitucional se limita a declarar la conformidad o inconformidad de la ley demandada con la Constitución.
- Sentencias modulativas: Mediante este tipo de decisiones o fallos, el Tribunal Constitucional, mantiene en el ordenamiento la norma demandada, pero señala la manera cómo ha de entenderse a fin de no vulnerar mandatos Superiores. Estas sentencias pueden ser de diferentes tipos así:
    - Sentencias Condicionadas o interpretativas: en este tipo de fallos, la Corte restringe la forma en que se ha de entender determinada disposición acusada; es decir, la Corte hace una interpretación ajustada al texto Superior; es una medida extrema que toma el Tribunal Constitucional a fin de evitar expulsar del ordenamiento la disposición analizada, toda vez, que aquella tiene al menos una forma de interpretarse (de manera autorizada, como lo hace la Corte Constitucional), acorde con la Ley Fundamental. Aquí la Corte

Constitucional se vale igualmente de la distinción entre la disposición o el enunciado normativo y la norma o el mandato en aquel contenido.

- Sentencias Integradoras o Aditivas: La Corte Constitucional recurre a este tipo de fallos o decisiones, cuando en el examen de constitucionalidad de una enunciado normativo o texto, se encuentra con un vacío legal, que en sí mismo encierra una vulneración a la Carta, aunque el texto demandado no sea inconstitucional per se; para solucionar esta situación, la Corte acude al valor normativo de la Constitución e incorpora en la disposición acusada la norma o mandato faltante.
- Sentencias Sustitutivas: Son aquellas a través de las cuales, el Tribunal Constitucional retira "del ordenamiento una disposición que reemplaza por una regulación con fuente directa constitucional, de conformidad con las propias disposiciones de la Corte" (SÁNCHEZ BAPTISTA, 2010).

4.1.3.5 Clasificación de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional de acuerdo con sus efectos en el tiempo:

- Sentencias Inmediatas o Simples: Los efectos de este tipo de fallos se producen hacia el futuro, este tipo de efectos se denominan *ex nunc* (desde entonces), este tipo de fallos se inspiran en la protección de principios constitucionales como la seguridad jurídica, la buena fe y la confianza legítima. (SÁNCHEZ BAPTISTA,

2010) De esta clase de efectos trata el artículo 45 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.[33]

- Sentencias Retroactivas: La Corte dota a este tipo de decisiones de efectos hacia el pasado, retroactivos, y se conocen como efectos *ex tunc* (desde siempre) estos efectos equivalen a los de la nulidad, considerando que la norma (inexequible en este caso), no existió nunca y por ende, se deshacen "las consecuencias derivadas de la aplicación de la ley". (SÁNCHEZ BAPTISTA, 2010)
- Sentencias con Efectos Diferidos: En esta clase de sentencias, la Corte Constitucional decide postergar los efectos de la declaración de inexequibilidad durante un tiempo determinado, luego del cual se producirá la expulsión de la norma del ordenamiento (mientras tanto es ejecutable), otorgando de esta manera, un lapso al Congreso para que expida la regulación correspondiente en debida forma; este tipo de fallos se conocen también con el nombre de "exhortativos" (SÁNCHEZ BAPTISTA, 2010).

4.1.3.6 Clasificación de los efectos de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional, según la cosa juzgada: Entiende la Corte Constitucional por cosa juzgada:

> La cosa juzgada es una institución jurídico procesal mediante la cual se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia y en algunas otras providencias, el carácter de

[33] Indica la norma en cita: "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".

> inmutables, vinculantes y definitivas. Los citados efectos se conciben por disposición expresa del ordenamiento jurídico para lograr la terminación definitiva de controversias y alcanzar un estado de seguridad jurídica. De esta definición se derivan dos consecuencias importantes. En primer lugar, los efectos de la cosa juzgada se imponen por mandamiento constitucional o legal derivado de la voluntad del Estado, impidiendo al juez su libre determinación, y en segundo lugar, el objeto de la cosa juzgada consiste en dotar de un valor definitivo e inmutable a las providencias que determine el ordenamiento jurídico. Es decir, se prohíbe a los funcionarios judiciales, a las partes y eventualmente a la comunidad, volver a entablar el mismo litigio (Sentencia, 2001).

Y, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 332 del C.P.C., hoy artículo 303 del Código General del Proceso: "La sentencia ejecutoriada, proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes"

Quiere lo anterior significar que se requieren como requisitos de configuración de la mencionada institución:

> (i) identidad de objeto o de pretensión, cuando sobre lo pretendido existe una situación jurídica reconocida, declarada o modificada, (ii) la identidad de causa petendi, relativa a los fundamentos de hecho y de derecho de la pretensión y, (iii) la identidad jurídica de las partes, todos ellos, en relación con un proceso anterior (SÁNCHEZ BAPTISTA, 2010).

En el tema que nos ocupa, esto es, en el derecho constitucional, la cosa Juzgada está contenida en dos normas de diferente categoría, a saber, en el artículo 243 Superior y en el artículo 21 del Decreto Legislativo 2067 de 1991 (SÁNCHEZ BAPTISTA, 2010) y, se materializa de en la prohibición de iniciar un nuevo juicio de exequibilidad por una ley previamente analizada, toda vez que lo decidido tiene carácter vinculante, es decir, obligatorio y así lo ordena el inciso segundo del mismo artículo 243 Constitucional cuando establece: ”Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexequible por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución”.

Así las cosas, se tiene como categorías integrantes de esta clasificación:

- Cosa Juzgada Explícita: Se refiere a lo expresamente ordenado por la sentencia en su parte resolutiva.
- Cosa Juzgada Implícita: Hace alusión a los fundamentos expuestos en la parte motiva de la sentencia y que guardan relación directa y determinística con la parte resolutiva, de suerte que también gozan del carácter de cosa juzgada.
- Cosa Juzgada Absoluta: Es la regla general de la cosa juzgada constitucional y consiste en que no está sometida a ningún tipo de condicionamiento, es decir que la declaratoria de exequibilidad o inexequibilidad, lo es frente a todo el texto Superior; específicamente cuando la sentencia es de inexequibilidad, al ser expulsada la disposición acusada del ordenamiento, por sustracción de materia es imposible nuevamente ser objeto de juicio de constitucionalidad alguno.

- Cosa Juzgada Relativa: Se produce cuando en la sentencia pronunciada (de exequibilidad por supuesto), no se realizó una confrontación íntegra frente a totalidad de normas constitucionales o, cuando la demanda versa sobre el cumplimiento de los requisitos de conformación de la ley. Puede a su vez ser cosa juzgada relativa explícita, cuando la Corte limita el examen de conformidad con las normas fundamentales, única y exclusivamente a los cargos formulados por el demandante y, cosa juzgada relativa implícita, cuando el Tribunal Constitucional limita el alcance de la sentencia en la parte motiva o, cuando la confrontación de la norma de inferior jerarquía con los mandatos superiores, únicamente se hace respecto de alguno de ellos, no así frente a la totalidad del texto constitucional.

  En los eventos de cosa juzgada relativa, persiste la posibilidad de entablar nuevas demandas de constitucionalidad frente a las mismas normas, pero con base cargos diferentes.

5. LA OMISIÓN LEGISLATIVA

En el Estado de Derecho, diferencia del Estado Monárquico, el ejercicio del poder se encuentra plenamente reglado, y por ende, cada una de las instituciones que lo componen y ejercen esa autoridad en la actualidad, tienen bien definida cada una de las funciones que desempeñan; así, en el caso colombiano y con respecto al poder legislativo, la Carta Política de 1991, en su artículo 114, dispone: "Corresponde al Congreso de la República, reformar la Constitución, **hacer las leyes** y ejercer el control político sobre el gobierno y la administración" (negrillas fuera de texto), norma que se encuentra en concordancia con lo dispuesto por artículo 150 ibídem, el cual en su numeral 10, establece como una función especial del Parlamento, la siguiente:

> Revestir, hasta por seis meses, al Presidente de la República de precisas facultades, para expedir **normas con fuerza de ley** cuando la necesidad lo exija o cuando la conveniencia pública lo aconseje. Tales facultades deberán ser solicitadas expresamente por el gobierno y su aprobación requerirá la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara.
>
> El Congreso podrá, en todo tiempo y por iniciativa propia, modificar los decretos leyes dictados por el gobierno en uso de facultades extraordinarias.
>
> Estas facultades no se podrán conferir para expedir códigos, leyes estatutarias, orgánicas, ni las previstas en el numeral 20 (sic) del presente artículo, ni para decretar impuestos *(negrillas fuera de texto).*

Quiere lo anterior significar, que en el ordenamiento jurídico colombiano, existen dos organismos constitucionalmente facultados para expedir leyes en sentido material, en primer término el Congreso de la República en ejercicio de su función natural y, el Presidente, cuando para ello lo autoriza en Parlamento en los precisos términos indicados.

De otra parte, es preciso recordar que la Ley, se caracteriza por ser:

- Obligatoria: Se impone aún por la fuerza.
- General: Se debe aplicar en igualdad de condiciones a todas las personas a quienes se dirige.
- Permanente: Sólo pierde vigencia por obra de su derogación.
- Abstracta en impersonal.
- Proviene del Estado.
- Se reputa conocida por todos. (MONROY CABRA, 1994, págs. 114-115)

No obstante las características enunciadas, en ocasiones, al interior de la ley, se presentan lagunas o vacíos y silencios u omisiones, los cuales generan consecuencias jurídicas, bien frente al intérprete u operador jurídico, bien frente a los destinatarios de la norma.

Una laguna legal, es aquel caso jurídico que no tiene una solución establecida en la ley (MONROY CABRA, 1994, pág. 285) y frente a ella, el operador debe acudir a las reglas que para el efecto, en el caso colombiano, trae la Ley 153 de 1887, en especial lo dispuesto

en el artículo 8[34], sobre aplicación analógica de disposiciones legales y con respecto a la costumbre como fuente formal, a falta de legislación positiva.

Ahora bien, por omisión, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (Diccionario de la lengua española), se entiende: Abstención de hacer o decir; falta por haber dejado de hacer algo necesario o conveniente en la ejecución o por no haberla ejecutado y flojedad o descuido de quien está encargado de un asunto y, aplicando esta definición a la labor del Congreso se tiene que omisión legislativa es algo que el Parlamento ha dejado de hacer, cuando estaba obligado a ello, verbi gracia, la expedición de una ley.

La omisión legislativa, es un fenómeno jurídico político propio del derecho constitucional, que se evidencia en el ejercicio del control judicial de constitucionalidad de la ley, cuando el Tribunal Constitucional declara su existencia y frente a ello, dada su trascendencia en el ordenamiento jurídico, se ve obligado a tomar decisiones que requieren de un alto grado de argumentación, a fin de mantener la norma cuya constitucionalidad se cuestiona, en el ordenamiento jurídico.

En este orden de ideas, la omisión en la ley, se convierte en inconstitucional, cuando ese dejar de hacer por parte del legislador, contradice los mandatos constitucionales y además así es declarado por el Tribunal Constitucional. Es por ello, que la mayor parte de los estudios sobre el tema de la omisión legislativa, se han realizado desde el derecho

[34] Dispone el artículo 8 de la Ley 153 de 1887: "Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos ó materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho".

constitucional y específicamente desde la óptica de la inconstitucionalidad de la omisión, como se verá más adelante.

No obstante lo anteriormente expuesto, la omisión legislativa, se reitera, el dejar de hacer legislativo, puede generar consecuencias jurídicas, no ya en el ámbito del derecho constitucional, sino en el del derecho administrativo, y más exactamente en el campo de la responsabilidad administrativa, si sus consecuencias afectan de manera grave el patrimonio de los asociados, tal y como se verá en el capítulo siguiente.

Así las cosas y teniendo en cuenta que el estudio de la omisión legislativa ha sido abordado no sólo desde la perspectiva de la doctrina y desde el estudio que de esa institución han realizado los tribunales constitucionales, más exactamente, desde la inconstitucionalidad de la figura, es desde esos puntos de vista que se analizará el tema en el presente capítulo, para que una vez se hayan definido sus elementos, se haga el correspondiente estudio desde la óptica de la responsabilidad administrativa.

5.1 La Omisión Legislativa inconstitucional en la doctrina

Muchos autores y con diferentes posturas se han ocupado del estudio de la omisión legislativa, toda vez que es un importante tema de derecho constitucional que día por día ha tomado gran relevancia en el ámbito académico y judicial, por lo que ha sido el objeto de estudio de algunos doctrinantes y profesores universitarios así:

5.1.1 La omisión legislativa según el profesor Juan Pablo Sarmiento Erazo: El profesor Sarmiento Erazo, en su libro Responsabilidad Patrimonial del Estado por Omisión Legislativa, citando a Francisco Díaz Revorio, sobre este tema indica, que es "aquel silencio legislativo (o aquella regulación legislativa incompleta o parcial) que produce consecuencias no queridas por la Constitución, y por tanto puede considerarse que es objeto de una prohibición inconstitucional" (SARMIENTO ERAZO, 2010, pág. 21).

5.1.2 La omisión legislativa para el profesor Víctor Bazán: Según el profesor Víctor Bazán, se está frente a una vulneración a la Constitución por omisión "… cuando se omite inconstitucionalmente, esto es, cuando no se actúa o no se sanciona una norma pese a la imposición de la Constitución al respecto y también cuando se lo hace deficiente o discriminatoriamente, debiendo generarse en ambos casos una situación inconstitucional" (BAZÁN, 2014).

Igualmente el profesor BAZÁN, citando a Aguiar de Luque, indica que el fundamento de la omisión inconstitucional de la ley radica en el control de constitucionalidad sobre el legislativo, pues así como se puede hallar inconstitucional (vulneratoria del orden constitucional) una actuación del parlamento, también puede ser inconstitucional su "no actuación cuando constitucionalmente está prevista, o dicho en otros términos, tan alterada queda la plenitud del texto constitucional y tan negada la voluntad del constituyente con un actuar contrario a la Constitución como con un no actuar" (BAZÁN, 2014)

De otra parte, el autor en cita, considera que los tratadistas que abordan el estudio y la definición del tema de la inconstitucionalidad por omisión, se pueden dividir en dos grandes grupos así:

- Autores de las tesis obligacionistas: Este grupo de autores, estima que para que se pueda hablar de inconstitucionalidad por omisión, es requisito sine qua non que exista un deber concreto que en materia legislativa le imponga la Constitución al Congreso y éste lo incumpla.

  Como autor representante de esta corriente de pensamiento, el profesor Bazán, cita al portugués Gómez Canotilho, para quien la omisión inconstitucional va mucho más allá del no hacer de parte del Congreso y requiere para su estructuración, una obligación constitucional concreta de parte de la Constitución, indica el autor citado: "… las omisiones legislativas inconstitucionales derivan del no cumplimiento de *exigencias constitucionales legisferantes en sentido estricto*, o sea, del no cumplimiento de normas que, de manera permanente y concreta, vinculan al legislador a adoptar medidas legislativas "concretizadoras" de la Constitución (BAZÁN, 2014).
- Autores de la tesis normativista: Para estos autores, no es tan importante el incumplimiento de un deber de legislar impuesto por la Constitución al legislativo, sino las consecuencias de la omisión, cuando aquellas resultan contrarias al texto fundamental y adicionalmente, precisan que el control de constitucionalidad debe aplicarse sobre la "norma implícita que surge de la inactividad del legislador" (BAZÁN, 2014).

> El autor que por excelencia representa esta corriente, según el profesor BAZÁN, es el español Ignacio Villaverde Menéndez (cuya tesis va a ser analizada con mayor grado de profundidad más adelante), quien sostiene que el legislador tiene libertad tanto para legislar sobre una materia específica como para guardar silencio sobre la misma y además plantea que existen dos tipos de silencios así: el silencio de legislador (cuando no expide ninguna ley en la materia), que hace referencia a la omisión absoluta y el silencio de la ley (el Legislativo expide una ley, pero al interior de la misma, se presenta un vacío) que hace referencia a la omisión relativa, silencios que producen en el ordenamiento normas implícitas o derivadas de los mismos, las cuales para llegar a considerarse omisiones inconstitucionales, deben generar "situaciones jurídicas contrarias a la Constitución" (BAZÁN, 2014).

Con base en las dos posturas doctrinales esbozadas e integrando elementos de ambas, el profesor Bazán construye una definición de la omisión legislativa inconstitucional en los siguientes términos:

> … entendemos que la inconstitucionalidad por omisión consiste en la falta o la insuficiencia de desarrollo de una disposición constitucional por el legislador, y de una manera excepcional por el Poder Ejecutivo, cuando existe un mandato constitucional expreso al respecto y de aquellas inactuación total o actividad deficiente, mantenidas durante un lapso irrazonablemente extenso, se derive una situación contraria a la Constitución (BAZÁN, 2014).

5.1.3 La omisión inconstitucional para el profesor Ignacio Villaverde Menéndez: El Profesor Ignacio Villaverde Menéndez, en su libro “La inconstitucionalidad por Omisión” (VILLAVERDE MENÉNDEZ, 1997), parte de la noción del control jurídico como requisito inmanente al Estado Constitucional, indica que es inadmisible que existan segmentos del sistema jurídico que tengan inmunidad frente a ese control, aun cuando aquella fracción del ordenamiento, se encuentre copada por un silencio del legislador.

Con base en ese contexto, el Autor en cita, indica cuáles son los elementos necesarios para que una omisión legislativa alcance el carácter de inconstitucional así:

- Que el legislador con su silencio, desplace al Pueblo Soberano y se convierta en Constituyente.
- Que el legislador a través del silencio, altere el contenido normativo de la Constitución, es decir, produce en el ordenamiento una consecuencia contraria a la Carta, la cual es derivación del silencio.
- Cuando el Pueblo en ejercicio de su poder constituyente ha decidido que determinado fenómeno jurídico debe estar conformado de determinada manera y, el Parlamento con su silencio, configura una situación que contraría el querer del Constituyente Primario.

Adicionalmente, indica este doctrinante, que existen dos tipos de silencios a saber:

- Los silencios del legislativo, que:

> … son silencios totales del mismo sobre determinadas materias, que pueden transformarse en omisiones absolutas en la medida en que

> conservan o generan situaciones jurídicas contrarias a la Constitución. Se trata de los casos en los que falta la norma legal que puede o debe regular una determinada situación jurídica permitida o mandada por la Constitución" (VILLAVERDE MENÉNDEZ, 1997, pág. 41).

Estos silencios, generalmente son conocidos como omisiones legislativas absolutas.

- El silencio de la ley, que:

> … es aquel en el que hay una conducta del legislador que pretende cumplir con los permisos o mandatos de hacer previstos por la Constitución. Sin embargo, el intento del legislador por hacer efectivo el permiso o cumplir con el mandato constitucional o es incompleto o defectuoso" (VILLAVERDE MENÉNDEZ, 1997, pág. 49).

Aunada a los dos tipos de silencios mencionados, se encuentra la figura de las omisiones legislativas inconstitucionales, las cuales se presentan cuando el Tribunal Constitucional en ejercicio del estudio de exequibilidad de uno de los silencios u omisiones descritos, declara su inconformidad con la norma constitucional (VILLAVERDE MENÉNDEZ, 1997, págs. 1-8).

De la teoría que expone el profesor VILLAVERDE MENÉNDEZ, se puede inferir que la omisión o el silencio legislativo pueden presentarse en dos momentos o fases perfectamente diferenciadas, así:

1. Un primer estadio o etapa de la omisión, en el cual, ésta apenas se presenta como un vacío o laguna en el ordenamiento, la cual no es susceptible de solución, a través

de las reglas de la interpretación (verbi gracia, analogía o aplicación de la costumbre), sino que ese silencio u omisión, crea y consolida una situación jurídica que contraría a la Constitución.

En esta etapa, la omisión como tal (bien sea absoluta o relativa), existe en el ordenamiento y produce efectos jurídicos, sólo que la misma no ha sido sometida a juicio de exequibilidad de parte de la Jurisdicción Constitucional.

2. Un segundo estadio o etapa de la omisión legislativa, es aquella que se presenta cuando la norma (incompleta en el caso de la omisión relativa e inexistente en su materialidad más no en sus consecuencias, en tratándose de omisiones absolutas), es sometida a juicio de exequibilidad ante el Tribunal Constitucional, y éste ha admitido su existencia en el ordenamiento y su incompatibilidad con los mandatos superiores, declarándola por consiguiente inconstitucional, luego de lo cual, procede a proferir un fallo, el cual no alcanza a expulsar la norma (implícita en este caso) del ordenamiento jurídico (como si sucede en el juicio de constitucionalidad sobre actuaciones concretas del legislativo materializadas en leyes), sino que modula sus efectos para acompasar la norma enjuiciada con los mandatos constitucionales.

Así las cosas, se puede decir que, en realidad existen dos fenómenos jurídicos distintos, en primer lugar, el silencio legal propiamente dicho y, en segundo lugar, el silencio u omisión luego de haber hecho tránsito por el estudio de constitucionalidad en el Tribunal especializado, cuando se convierte ya en una omisión legislativa inconstitucional, pues esa

Corporación ha realizado la correspondiente declaratoria, vía sentencia de constitucionalidad.

Una faceta interesante de esta postura doctrinal, es que hace notar que el silencio legislativo, está compuesto por dos dimensiones, la política, que hace referencia a la decisión parlamentaria de no desarrollar legalmente un mandato constitucional, y la jurídica, que da cuenta de las consecuencias jurídicas que ese silencio produce en el ordenamiento; aquí se debe precisar que el silencio u omisión, ya sea absoluta o relativa, se traduce en la práctica, en una norma, implícita y obviamente no escrita, pero que genera consecuencias en el ordenamiento y, que cuando aquellas contradicen a la Constitución, se transforma ese silencio en inconstitucional, independientemente de si hay o no, declaración de del Tribunal Constitucional en ese sentido (VILLAVERDE MENÉNDEZ, 1997).

Otro aspecto que cobra relevancia para este Autor, es la disponibilidad de que goza el legislativo respecto de un mandato constitucional, es decir, el grado de autonomía que tiene el legislador para expedir la ley que desarrolle la institución querida por el Constituyente, así, si la Constitución restringe la disponibilidad de la existencia de una institución en el ordenamiento jurídico a la decisión del parlamento, la no expedición de norma que haría nacer a la vida jurídica a la institución en comento, nunca generará consecuencias contrarias al Texto Superior, pero si, en cambio, es la propia Constitución la que ha tomado la decisión con respecto a la existencia de la misma institución en el ordenamiento, al Congreso no le queda más remedio que cumplir esa voluntad, y expedir la ley correspondiente, ya que de no hacerlo, se estaría generando una situación que vulnera los mandatos constitucionales (VILLAVERDE MENÉNDEZ, 1997, pág. 37).

5.1.4 La omisión legislativa inconstitucional para el profesor Carlos Báez Silva: Para desarrollar el tema de la omisión legislativa inconstitucional, este autor mexicano, parte de la premisa de clasificar a las normas constitucionales de acuerdo con su grado de eficacia así (BÁEZ SILVA, 2009, pág. 13 y 14):

- Normas constitucionales de eficacia directa: son aquellas capaces de regular situaciones concretas de manera directa, es decir, sin la intervención de una norma de inferior jerarquía (una ley).
- Normas constitucionales de eficacia indirecta: por contraposición a las anteriores, éstas necesitan concreción a través de otra norma de inferior jerarquía, una ley que ha de expedir el Órgano Político facultado para ello (el Legislativo). Por su parte, este tipo de normas se subdividen en:
    - Normas constitucionales de eficacia diferida: Son aquellas que requieren ser desarrolladas a través de una ley reglamentaria.
    - Normas constitucionales de principio: son normas que "establecen orientaciones generales que han de seguirse en todos los casos que pueden presentarse, aunque no estén predeterminados por el mismo principio". Como por ejemplo de ellos en la Constitución mexicana, se tiene los siguientes: prohibición de la esclavitud; igualdad entre hombre y mujer, irretroactividad de la ley, entre otros (BÁEZ SILVA, 2009).
    - Normas constitucionales programáticas: Éstas desarrollan aspectos socio-políticos.

En concreto, con respecto a la omisión legislativa, el Profesor Báez indica, es la que se presenta cuando el legislador no actúa o no legisla estando obligado a ello, o en otros términos, cuando tenía la facultad para ello y se esperaba o existía la probabilidad de que creara una ley, no obstante esa expectativa, se abstiene de legislar (BÁEZ SILVA, 2009, pág. 17).

Al igual que la jurisprudencia colombiana, el profesor BAÉZ SILVA, distingue entre omisiones legislativas totales o absolutas y relativas o parciales.

Este doctrinante mexicano, de la misma manera que el profesor VILLAVERDE MENÉNDEZ, considera que pueden existir silencios legislativos que no lleguen a convertirse en omisiones legislativas inconstitucionales, sino en la medida en que generen o conserven situaciones jurídicas contrarias a la Constitución. Al respecto, indica el Profesor BÁEZ SILVA:

> El examen de la constitucionalidad de una omisión legislativa no puede recaer en la mera falta de desarrollo por parte del Poder Legislativo de normas constitucionales, en el puro "no actuar como se espera" del legislador, en su silencio, ya que "no todos los silencios del legislador son constitutivos de una omisión contraria a la Constitución". La omisión legislativa deviene inconstitucional únicamente cuando el órgano legislativo "con su silencio altera el contenido normativo de la Constitución", de donde se sigue que el objeto de control en este caso no es la conducta omisiva del órgano, no se verifica la corrección de su acción u omisión, sino las consecuencias qué de éstas se derivan. No se trata de que el legislador cometa una infracción

> constitucional con su silencio o inactividad por el mero incumplimiento de una obligación o deber abstracto de legislar, puesto que tal obligación o deber abstracto no existen. **La infracción se produce si la inactividad o silencio del legislador originan una situación jurídica concreta contraria a la constitución** (BÁEZ SILVA, 2009, pág. 19). (Negrillas fuera de texto)

El punto importante que añade el profesor BÁEZ SILVA al tema de la omisión legislativa inconstitucional, es la eficacia de las normas constitucionales, en este caso, las normas de eficacia indirecta, esto por cuanto son aquellas las que requieren de la acción del legislador (mediante la expedición de la correspondiente ley que las reglamente) y, ante la omisión o el silencio parlamentario, la norma constitucional no se puede aplicar, o en otras palabras se torna ineficaz.

Ahora bien, cuando:

> … ante la omisión legislativa, un precepto constitucional no cobra eficacia plena, y de ello conoce el juzgador de constitucionalidad, corresponde a éste, mediante su labor de interpretación, *intentar en lo posible*, sin violentar el principio de división de poderes, pero en aras de los de colaboración y de supremacía constitucional, **hacer eficaz el precepto constitucional en examen** (BÁEZ SILVA, 2009, pág. 25). (Negrillas fuera de texto).

Para ello, el guardián de la Constitución, a través de sus sentencias, puede asumir cualquiera de las siguientes conductas:

1. Reglamentar o desarrollar directamente la norma constitucional, dictando para ello, las bases de aplicación directa de dicha norma.
2. Conminar al órgano legislativo para que en un plazo razonable emita la legislación que haga eficaz el precepto constitucional.
3. Emitir una sentencia integrativa mediante el siguiente procedimiento:
    - Declarar la omisión inconstitucional.
    - Reputar que la falta de reglamentación provoca una laguna en el orden normativo.
    - Proceder a "integrar en el orden normativo lagunoso…. echando mano de la autointegración (por analogía o por aplicación de los principios generales del derecho) o de la heterointegración (acudiendo al valor justicia)". (BÁEZ SILVA, 2009)

Todo lo anterior, con la limitante que la solución sólo puede favorecer al caso particular puesto en conocimiento de la justicia constitucional (BÁEZ SILVA, 2009, pág. 26).

Otro aporte de este Autor mexicano, es que indica cuáles son los elementos que deben existir para que se configure una omisión legislativa inconstitucional así:

1. En primer lugar, una *omisión* como tal, la cual se traduce en que el legislativo no cumple con un mandato que le ha delegado la Constitución; sin embargo, añade que lo realmente importante es que dicha abstención, impida lograr la eficacia de una norma constitucional (BÁEZ SILVA, 2009, pág. 34).

2. En segundo lugar, la inconstitucionalidad de la omisión, que surge "cuando una norma constitucional impone al legislador el mandato específico de legislar en cierta materia, incluso siguiendo ciertas pautas, y éste, existiendo las condiciones materiales para hacerlo, no lo hace lo que genera **la ineficacia de la norma constitucional"** (BÁEZ SILVA, 2009, pág. 36)**.**

Lo anterior, significa que no basta con que el legislador incumpla con el deber de legislar que le ha impuesto la Constitución, sino que adicionalmente, ese incumplimiento genere la ineficacia o inaplicabilidad de una norma constitucional. Esto implica, que el control de constitucionalidad de las omisiones legislativas, sea "eminentemente normativo y no político puesto que el objeto del control es la consecuencia normativa derivada o producida por la inactividad legislativa". (BÁEZ SILVA, 2009, pág. 39)

En este punto, el profesor BÁEZ SILVA, coincide con lo expuesto por VILLAVERDE MENÉNDEZ, en cuanto a que el objeto del control de constitucionalidad de las omisiones legislativas, no es el incumplimiento de un mandato constitucional, sino las consecuencias normativas que genera la omisión y que tornan ineficaces o inaplicables las normas constitucionales; esto adquiere mayor relevancia, en la medida en que la ineficacia de la norma Superior producida por una omisión del legislador, vuelve ineficaces o inaplicables normas constitucionales relativas a derechos fundamentales de los ciudadanos, tales como el derecho a la igualdad o el debido proceso.

5.2 La Omisión Legislativa inconstitucional en Colombia

Como se indicó en páginas anteriores, el tema de la omisión legislativa, también ha sido abordado por los tribunales constitucionales a partir del estudio de la exequibilidad de dicha figura, situación que se ha presentado de la misma manera en la jurisprudencia nacional y que se ve reflejada en los diversos pronunciamientos emitidos por la Corte Constitucional, cuando por vía de control abstracto de constitucionalidad, se lo han planteado los ciudadanos en ejercicio del derecho consagrado en los numerales 6º del artículo 40 y 4º del artículo 241 de la Constitución Política de Colombia de 1991.

La evolución que ha tenido el tema de la omisión legislativa al interior de la Corte Constitucional colombiana ha sido consistente desde el año de 1996, cuando ese Tribunal tuvo oportunidad de pronunciarse acerca de esta figura y en ejercicio de la función de guardadora de la supremacía e integridad de la Constitución, profirió la sentencia C-543 del 16 de octubre de esa anualidad, con ponencia del ilustre Magistrado, Dr. Carlos Gaviria Díaz; los fallos que con posterioridad se han producido sobre el tema, reafirman la posición que frente al tema sentó la Corte Constitucional.

5.2.1 Definición de Omisión Legislativa y clases:

Para la Corte Constitucional colombiana, una omisión legislativa, es:

> … “todo tipo de abstención del legislador de disponer lo prescrito por la Constitución". Dichas omisiones, entonces, se identifican con la "no acción" o falta de actividad del legislador en el cumplimiento de la obligación de legislar que le

> impone expresamente el Constituyente. Para que se pueda hablar de omisión legislativa, es requisito indispensable que en la Carta exista una norma expresa que contemple el deber de expedir la ley que desarrolle las normas constitucionales y el legislador lo incumpla, pues sin deber no puede haber omisión. En consecuencia, la omisión legislativa no se puede derivar de la ausencia de leyes por incumplimiento del Congreso del deber general de legislar (Sentencia, 1996).

Quiere lo anterior significar, que el Tribunal Constitucional colombiano, adopta la tesis obligacionista a que hace referencia el Profesor Víctor Bazán, toda vez que para su configuración, es requisito indispensable, la existencia de un deber de legislar de manera concreta, impuesto por la Constitución al Parlamento y el consecuente incumplimiento por parte de aquel del referido mandato. (BAZÁN, 2014, pág. 97)

La jurisprudencia constitucional colombiana, también acoge la tradicional división de las omisiones legislativas en, omisiones legislativas absolutas y omisiones legislativas relativas y las define de la siguiente manera:

- Omisión legislativa absoluta: Este tipo de omisión es definido por la Corte, con base en las ideas de Wessel (Sentencia, 1996) y Constantino Mortati, como un “no hacer” del legislador, traducido en una falta de desarrollo legal de un mandato Superior, es decir, no hay ley que desarrolle el precepto constitucional, y por ende, se presenta el incumplimiento de una obligación concreta, impuesta por la Carta, al legislador.

- Omisión legislativa relativa: En este caso, el Congreso si expide ley que desarrolle el canon constitucional, pero la misma, es incompleta o parcial, pues en ella "solamente ha regulado algunas relaciones dejando por fuera otros supuestos análogos, con clara violación del principio de igualdad" (Sentencia, 1996), situación que puede presentarse, por ejemplo cuando la ley otorga un beneficio a algunas personas, con exclusión de quienes se encuentran en similares condiciones o bien, cuando favorece a un grupo de personas en detrimento de otro e inclusive, cuando omite incluir garantías procesales en la regulación de una institución como por ejemplo del derecho a la defensa (Sentencia, 1996).

5.2.2 La competencia de la Corte Constitucional en materia de Omisiones Legislativas: En este aspecto, la Corte ha mantenido, a lo largo del tiempo, su postura inicial, es decir, afirmando su competencia para conocer de demandas de inconstitucionalidad contra omisiones legislativas relativas y declarándose inhibida o sin competencia para conocer de las demandas de inconstitucionalidad contra omisiones legislativas absolutas.

Con relación a la incompetencia de la Corte para conocer de demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta, esa Corporación, comienza su argumentación, apelando a la literalidad del artículo 241 Superior, el cual, indica la Corte, le asigna sus funciones de manera taxativa, situación que restringe su labor a lo allí contenido, texto que efectivamente no comprende la omisión legislativa absoluta, sobre este aspecto, concluye la Corte:

> Lo que se pretende mediante la acción de inconstitucionalidad, es evaluar si el legislador al actuar, ha vulnerado o no los distintos cánones que conforman la Constitución. Por esta razón, hay que excluir de esta forma de control el que se dirige a evaluar las omisiones legislativas absolutas: si no hay actuación, no hay acto qué comparar con las normas superiores; si no hay actuación, no hay acto que pueda ser sujeto de control (Sentencia, 1996).

No obstante lo anterior, en la Sentencia C-543 de 1996, dos de los Magistrados que para la época conformaban la Corte, los Doctores, EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ y ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, aclararon su voto, exponiendo las razones por las cuales consideraban que efectivamente la Corte constitucional sí es competente para conocer de demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta, las cuales se pueden resumir de la siguiente manera:

- En primer Lugar, los Magistrados que aclaran el voto, toman como presupuesto de su argumentación, la diferencia existente entre enunciado normativo o disposición legal y norma o proposición jurídica, indicando que por enunciado normativo, se entiende realmente el texto de la ley, el articulado literal, y por norma, la regla de derecho que surge de la interpretación de un texto legal (prohibición, beneficio que otorga la ley).
- Como consecuencia de la anterior diferenciación, concluyen que el control que realiza la Corte Constitucional, más que sobre el texto, se realiza es sobre las normas o contenidos normativos que surgen de las disposiciones acusadas, afirmación que encuentra respaldo en la literalidad del propio artículo 241 de la

Constitución Política de Colombia de 1991, cuando en su numeral cuarto prescribe como función de ese Tribunal: "Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, **tanto por su contenido material** como por vicios de procedimiento en su formación" (negrillas fuera de texto)

- Indican igualmente que el artículo 6º del Decreto 2067 de 1991, por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional, contempla la figura de la unidad normativa[35], conforme a la cual, el control de constitucionalidad también recae "sobre los contenidos normativos, pues permite a la Corporación decidir sobre el conjunto de disposiciones que forman una unidad normativa, incluso si las disposiciones no fueron acusadas por el actor" (Sentencia, 1996).
- La Corte Constitucional ha proferido, con anterioridad, sentencias interpretativas y ha indicado de qué manera ha de entenderse un texto para que sea ajustado a la Constitución, lo que permite concluir que "el control constitucional recae en esencia

[35] Indica el artículo 6º del Decreto 2067 de 1991:"Repartida la demanda, el magistrado sustanciador proveerá sobre su admisibilidad dentro de los diez días siguientes.
Cuando la demanda no cumpla alguno de los requisitos previstos en el artículo segundo, se le concederán tres días al demandante para que proceda a corregirla señalándole con precisión los requisitos incumplidos. Si no lo hiciere en dicho plazo se rechazará. Contra el auto de rechazo, procederá el recurso de súplica ante la Corte.
El magistrado sustanciador tampoco admitirá la demanda cuando considere que ésta no incluye las normas que deberían ser demandadas para que el fallo en sí mismo no sea inocuo, y ordenará cumplir el trámite previsto en el inciso segundo de este artículo. La Corte se pronunciará de fondo sobre todas las normas demandadas y podrá señalar en la sentencia las que, a su juicio, conforman unidad normativa con aquellas otras que declara inconstitucionales.
Se rechazarán las demandas que recaigan sobre normas amparadas por una sentencia que hubiera hecho tránsito a cosa juzgada o respecto de las cuales sea manifiestamente incompetente. No obstante estas decisiones también podrán adoptarse en la sentencia".

sobre las normas derivadas de las leyes por vía de interpretación, más que sobre los textos en sí mismos considerados" (Sentencia, 1996).

5.2.3 Requisitos de configuración de las Omisiones Legislativas Relativas según la jurisprudencia de la Corte Constitucional: La acción de inconstitucionalidad contra leyes o decretos con fuerza de ley, es de carácter público, es decir, puede ser interpuesta por cualquier ciudadano, esto, de conformidad con lo establecido por los artículos 40 y 241 de la Constitución Política de Colombia de 1991; no obstante lo anterior, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido unos requisitos generales con los que debe cumplir quien quiera interponer este tipo de demandas[36].

Además de los requisitos generales para la procedencia de cualquier demanda de inexequibilidad, en el tema de la omisión legislativa relativa, que es la que conoce la Corte, esa Corporación, igualmente ha impuesto la carga para el actor de demostrar el lleno de

[36] La Sentencia C-1052 de 2001, con ponencia del Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa, estableció los requisitos de procedencia que debe reunir cualquier demanda de inconstitucionalidad así:"… *(i.) hacer "el señalamiento de las normas constitucionales que se consideren infringidas", pues "si bien cada ciudadano es libre de escoger la estrategia que considere conveniente para demostrar la inconstitucionalidad de un precepto (siempre y cuando respete los parámetros fijados por la Corte), considera la Corte que… el [particular] tiene el deber de concretar el o los cargos contra las disposiciones acusadas, lo que implica realizar un esfuerzo por identificar de manera relativamente clara las normas constitucionales violadas". Este señalamiento supone, además, (ii.) la exposición del contenido normativo de las disposiciones constitucionales que riñe con las normas demandadas, es decir, manifestar qué elementos materiales del texto constitucional son relevantes y resultan vulnerados por las disposiciones legales que se impugnan. No basta, pues, con que el demandante se limite a transcribir la norma constitucional o a recordar su contenido. Finalmente, (iii.) tendrán que presentarse las razones por las cuales los textos normativos demandados violan la Constitución. La efectividad del derecho político depende, como lo ha dicho esta Corporación, de que las razones presentadas por el actor sean claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes. De lo contrario, la Corte terminará inhibiéndose, circunstancia que frustra "la expectativa legítima de los demandantes de recibir un pronunciamiento de fondo por parte de la Corte Constitucional".*

unos requisitos especiales en este tipo de demandas, los cuales fueron establecidos desde la Sentencia C-477 de 2000[37], de la siguiente manera:

- Indicar la norma que contiene la supuesta omisión.
- La norma demandada debe excluir de sus consecuencias jurídicas:

  …aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta (Sentencia, 2012).

  Es decir, que por ejemplo niegue alguna garantía procesal, como el derecho de defensa.[38]
- Que como consecuencia de la omisión, personas o grupos de ellas, que están en similares condiciones del beneficio que otorga la norma demandada, queden excluidas del mismo.
- Que la exclusión no obedezca a razones objetivas y suficientes.
- "Que al carecer de una razón objetiva y suficiente, la omisión produzca una desigualdad injustificada entre los casos que están y los que no están sujetos a las consecuencias previstas por la norma", es decir que la norma acusada contenga una discriminación.

[37] Esta referencia, aparece en la Sentencia C-291 del 26 de junio de 2013, siendo ponente el Magistrado JORGE IVÁN PALACIO PALACIO.

[38] Un ejemplo de este tipo de requisito, es la sentencia C- 792 de 2014, relativa a la inexistencia del recurso de apelación para sentencias condenatorias en primera instancia, situación que vulneraba el derecho de defensa.

- Finalmente y teniendo en cuenta que la jurisprudencia de la Corte Constitucional en este tema, se enmarca dentro de las teorías obligacionistas (en términos del profesor VÍCTOR BAZÁN), que la omisión implique el incumplimiento de un deber impuesto por la Constitución al legislativo.

El cumplimiento de estos requisitos, igualmente se conoce como test de las omisiones legislativas constitucionales (Sentencia, 2012).

5.2.4 Tipos de sentencias expedidas por la Corte Constitucional frente a omisiones legislativas relativas: Cuando la Corte Constitucional, estudia una demanda de inconstitucionalidad por omisión legislativa relativa, y constata que efectivamente ésta se configura, se enfrenta a la paradoja de, por un lado, sacar la norma del ordenamiento (declarando su inexequibilidad), con lo que produciría un mayor vacío en el ordenamiento, o por otro lado, mantener la norma (declarando su exequibilidad) con lo que estaría manteniendo una situación contraria a la Constitución en el ordenamiento jurídico; para solucionar este dilema, la Corte ha acudido a la figura de modulación de los efectos de sus fallos, para, en algunos casos, incluir en la norma el ingrediente omitido por el legislador, para lo cual, ha determinado el grado de su intervención en tres niveles así:

- Cuando la gravedad de la omisión es leve, la Corte considera obligatoria su intervención, integrando el componente omitido por el legislativo.

- Cuando la gravedad de la omisión es media, entra la Corte a ponderar "sopesar la necesidad de llenar el vacío con la imposibilidad de la Corte de usurpar competencias establecidas por la Carta en cabeza del legislador" (Sentencia, 2009).
- Si la gravedad de la omisión es alta, la Corte, exhorta al legislativo para que desarrolle el precepto legal necesario (Sentencia, 2009).

En desarrollo de esta intervención, la Corte ha proferido los siguientes tipos de sentencias:

5.2.4.1 Sentencias Integradoras: Son empleadas por la Corte, en el caso de que la omisión legislativa se configure por una violación al principio de igualdad, a fin de llenar el vacío producido por el Legislador[39], a través de ellas, y con base en la fuerza normativa de la Constitución, el Tribunal Constitucional, proyecta "los mandatos constitucionales directamente al caso, aun cuando de esa manera, en apariencia, adicione el orden legal con los nuevos contenidos normativos" (Sentencia, 2009).

5.2.4.2 Sentencias Aditivas: Son igualmente utilizadas por la Corte Constitucional, para subsanar las omisiones legislativas que surgen por violación al derecho de igualdad y por virtud de ellas, esa Corporación, extiende a las personas excluidas, los beneficios que la norma otorgaba a sus destinatarios iniciales (Sentencia, 2009).

[39] Al respecto, indicó la Corte Constitucional en la sentencia C-043 de 2003, lo siguiente: "En esta clase de pronunciamientos la Corte pretende llenar los vacíos dejados por el legislador, vacíos que ocasionan la vulneración de algún derecho fundamental. Tratándose del derecho a la igualdad, la omisión consiste en dejar por fuera alguno de los supuestos de hecho idénticos al regulado por la norma legal"

5.2.4.3 Sentencias Exhortativas: Estas sentencias, son fruto de una aplicación analógica de la figura del exhorto que la propia Constitución consagra para el Procurador General de la nación en el numeral 4º del artículo 278 Superior y a través de ellas, el Tribunal Constitucional, frente a graves omisiones normativas del legislador, lo requiere para que expida las reglas que generan la inconstitucionalidad en los casos que la Corte carece de competencia para llenar el vacío existente (Sentencia, 2009).

6. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACUAL DEL ESTADO POR OMISIÓN EN LA ACTIVIDAD LEGISLATIVA

Además del Control de Constitucionalidad al que se hizo referencia en el capítulo tercero de esta investigación, en el Estado colombiano existe el control por acción[40] que realiza la Jurisdicción Contencioso Administrativa sobre la actividad de todos los órganos y ramas del poder público, incluidas allí, la responsabilidad de la Administración (Rama Ejecutiva del Poder Público), la responsabilidad del Estado Juez[41] (responsabilidad de la Rama Judicial) y la responsabilidad del Estado Legislador, tal y como lo indicó la Corte Constitucional en la Sentencia C- 038 de 2006, cuando al revisar la constitucionalidad del artículo 86 del Decreto 01 de 1984, manifestó:

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

[40] Sobre este particular, indica el profesor Carlos Betancourt Jaramillo en su libro Derecho procesal Administrativo, lo siguiente: "Constituye la segunda forma del control jurídico a la actividad administrativa y se denomina específicamente el de las acciones jurisdiccionales contencioso administrativas…
… Los artículos 84 a 88 al enunciar las diferentes acciones no hacen sino consagrar legislativamente el derecho abstracto y público de ocurrir a la jurisdicción administrativa para obtener tutela jurídica".

[41] Los artículos 65 a 74 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, contempla los casos de responsabilidad del Estado por la actividad judicial (error judicial, privación injusta de la libertad y defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia)

> En efecto, la jurisprudencia tanto de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado como de la Sección Tercera ha reiterado que la vía procesal para reclamar los daños antijurídicos provenientes de la actuación u omisión del poder legislativo es la acción de reparación directa… (Sentencia, 2006).

De otra parte, la responsabilidad extracontractual del Estado (incluida la responsabilidad por omisión en su actividad legislativa) tiene su fundamento en varias normas del ordenamiento jurídico así:

- El artículo 2º de la Constitución Política de Colombia de 1991, norma fundamental que consagra los fines del Estado, entre ellos, servir a la comunidad, promover la prosperidad general , y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, entre otros, así como también la obligación de las autoridades públicas (que a su vez es su razón de ser), de "proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra y bienes, creencias, y demás derechos y libertades y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares".
- El artículo 90 de la Constitución Política de Colombia de 1991, según el cual, "El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados **por la acción o la omisión** de las autoridades públicas…" (negrillas fuera de texto).
- El artículo 140 de la ley 1437 de 2011 (anterior artículo 86 del Decreto 01 de 1984) consagra el medio de control de reparación directa (anterior acción de reparación directa), a través del cual, "En los términos del artículo 90 de la

> Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado…", incluido dentro de la categoría de agente del Estado, el poder legislativo, según se dijo anteriormente.

Ahora bien, en lo que tiene que ver directamente con el tema de la responsabilidad extracontractual por omisión en la actividad legislativa, es preciso traer a colación, las posturas de los profesores Ignacio Villaverde Menéndez y Carlos Báez Silva, quienes coinciden en que lo importante en el tema de las omisiones legislativas, no es la conducta del legislativo que no cumple con su función (en tratándose de omisiones legislativas absolutas) o lo hace de manera incompleta (cuando de omisiones relativas o parciales se trata), sino las consecuencias normativas que se generan en el ordenamiento como fruto de una omisión legislativa.

En el caso del Profesor VILLAVERDE MENÉNDEZ, lo realmente relevante de una omisión, son los eventos en que la misma genera o mantiene una consecuencia jurídica contraria a la Constitución.

En el caso del Profesor BÁEZ SILVA, lo relevante de las omisiones, son los eventos en que aquellas tornan en ineficaz una norma Constitucional, contrariando así el querer del Constituyente.

6.1 La responsabilidad extracontractual del Estado por Omisión Legislativa Absoluta

Como se indicó en el apartado correspondiente, para la Corte constitucional, una omisión legislativa absoluta es aquella abstención de parte del legislador para desarrollar un precepto constitucional que trae aparejado el incumplimiento de una obligación concreta que la Constitución le ha impuesto al Parlamento (Sentencia, 1996).

Frente a este tipo de omisiones, el Consejo de Estado, niega la posibilidad de que se estructure la responsabilidad extracontractual del Estado con base en una omisión legislativa absoluta; sobre el particular, el máximo órgano de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en Colombia, trató este tema en la sentencia de fecha primero de noviembre de 2001, siendo ponente la Consejera MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ (Sentencia , 2001). La demanda que motivó la sentencia mencionada[42], se basó en el título de imputación de falla en el servicio,

[42] El demandante, al amparo de la acción de reparación directa, anteriormente consagrada en el artículo 86 de Decreto 01 de 1984, formuló como pretensiones las siguientes:
"1.Que se declare a la Nación Colombiana – Ministerio de Gobierno, administrativamente responsable de los perjuicios ocasionados al Sr. OSWALDO PATASCOY MARTÍNEZ , por la omisión en el cumplimiento del Congreso Nacional de su función legislativa al no reglamentar el artículo 39 de la Constitución Política, puesto que tal omisión ha impedido que las autoridades judiciales declaren y reconozcan los derechos y garantías que se derivan del fuero *sindical con el cual está amparado mi mandante como ex servidor del Instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología y Adecuación de Tierras " HIMAT ", hoy Instituto Nacional de Adecuación de Tierras "INAT" debido a su condición de SUPLENTE – SECRETARIO DE ORGANIZACIÓN de la Junta Directiva del Sindicato de Trabajadores y Empleados del Instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología y Adecuación de Tierras " SINALTRAHIMAT".*

2. Que la omisión legislativa del Congreso al no reglamentar hasta el momento el artículo 39 de la Constitución Política constituye una evidente falla del servicio.

3.Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene a la NACIÓN COLOMBIANA a pagar al señor OSWALDO PATASCOY MARTINEZ, los daños y perjuicios materiales y morales que se le causaron con dicha omisión, de la siguiente manera:…"

específicamente de falla en el servicio legislativo; los hechos allí invocados se pueden resumir de la siguiente manera:

1. El demandante, laboró para el HIMAT (Instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología y Adecuación de Tierras), desde el primero de marzo de 1977.
2. El demandante era Secretario Suplente de la Subdirectiva del Sindicato Nacional (SINALTRAHIMAT), regional Nariño- Putumayo.
3. A juicio del demandante, su contrato fue terminado sin justa causa por parte de su empleador, el día 25 de agosto de 1993, por lo que solicitó su reintegro
4. A su vez, el HIMAT, justificó la terminación del vínculo así:

> … el artículo 20 transitorio de la Constitución Política, impartió un mandato imperativo al Gobierno Nacional para que suprimiera, fusionara o reestructurara las entidades que tal norma trata, con el fin de ponerlas en consonancia con los mandatos de reforma constitucional y, en especial con la redistribución de competencias y recursos que ella establece.
>
> El decreto 2.135 del 30 de diciembre de 1992 expedido para el HIMAT, contempla un nuevo modo de terminación de los contratos de trabajo, adicional a los establecidos en el decreto 2.127 de 1945, cual es la supresión del empleo o cargo como consecuencia de la reestructuración de la entidad y con derecho al pago de la indemnización previstas en el mismo, o con derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación legal o convencional sí hay lugar a ello.

> Para hacer efectiva la reestructuración ordenada por el decreto ley 2.135 de 1992, el gobierno nacional expidió el decreto 1.616 del 18 de agosto de 1993, por el cual aprobó la planta de personal que había sido adoptada por la Junta Directiva de la Entidad mediante el acuerdo No. 53 del 9 de **agosto de 1993** y en la cual suprimió expresamente el cargo que Usted venía desempeñando en el Instituto.
>
> **Ni en el decreto ley 2.135 de 1992, como en ninguna de las leyes proferidas en desarrollo del artículo 20 transitorio, se estableció distinción alguna en cuanto a limitar la supresión del empleo a los trabajadores no aforados, excluyendo de su aplicación a los que tienen fuero sindical. Si de verdad se hubiera querido extender la protección extraordinarias generadas por el mandato constitucional, así se hubiera dicho** (Sentencia , 2001)**.**

5. El actor, demandó ante la Justicia Laboral Ordinaria, el reintegro a su cargo, con base en el fuero sindical que supuestamente lo amparaba.
6. Los jueces laborales negaron las pretensiones del actor, argumentado que el fuero sindical no cobijaba a los empleados públicos, esto en vigencia del artículo 409 del Código Sustantivo del Trabajo (Sentencia, 1993) y porque siendo el HIMAT un Establecimiento Público, por regla general sus trabajadores son empleados públicos y por excepción, trabajadores oficiales; sin embargo, el demandante no probó ni los estatutos de la entidad, como tampoco su calidad de trabajador oficial.

7. Luego de esto, acudió a la Jurisdicción contenciosa a demandar por vía de reparación directa, la supuesta omisión legislativa absoluta configurada por no haber expedido el Congreso la ley que reglamentara el artículo 39 de la Carta de 1991[43].

Frente a la cuestión planteada, el Consejo de Estado comienza su análisis, a partir de la llamada Cláusula General de Competencia del Legislativo (la cual está contenida en los artículos 114 y 150 de la Carta de 1991[44]), que ha sido estudiada por la Corte Constitucional en diferentes oportunidades; para lo cual, recurre a citar varias sentencias de constitucionalidad, entre ellas, las siguientes:

- La sentencia C-527 de 1994, según la cual:

> … en Colombia, el órgano que tiene la potestad genérica de desarrollar la Constitución y expedir las reglas de derecho es el Congreso, puesto 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

[43] El artículo 39 de la Carta Política de 1991, contempla el derecho de asociación sindical.
[44] Constitución Política de Colombia de 1991, artículo 114: "Corresponde al Congreso de la República reformar la Constitución, hacer las leyes y ejercer control político sobre el gobierno y la administración. El Congreso de la República, estará integrado por el Senado y la Cámara de Representantes.
Artículo 150: "Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: …"

constitucionalismo colombiano la cláusula general de competencia está radicada en el Congreso (…)

La Constitución de 1991 ha mantenido tal cláusula general de competencia en el Congreso, por lo cual esta rama del poder tiene la facultad de desarrollar la Constitución y regular legislativamente la vida del país, no sólo en ejercicio de las atribuciones que expresamente le confiere la Carta, sino también en aquellas materias que no hayan sido expresamente atribuidas a otros órganos del Estado. Se trata pues de una competencia amplia pero que no por ello deja de ser reglada, porque está limitada por la Constitución. Así, el Congreso no puede vulnerar los derechos de las personas, ni los principios y valores constitucionales. Tampoco puede el Congreso desconocer las restricciones que le ha establecido la Constitución, ya sea de manera expresa, como sucede con las prohibiciones del artículo 136 superior, ya sea de manera tácita, al haber reservado ciertas materias a otras ramas del poder o a otros órganos del Estado (Sentencia, 1994).

- La Sentencia C-514 del 14 de noviembre de 1995, en la que la Corte expresa:

  … desconoce el demandante el alcance de la cláusula general de competencia legislativa, al sostener que si la Constitución no prohíbe una cosa, no puede hacerlo la ley. El legislador, por el contrario, está facultado para desarrollar los preceptos constitucionales y, además, para legislar sobre aquellas materias que, aunque no estén incluidas de manera específica en la Carta Política, no atenten contra ella. Se trata, pues, de

> una facultad muy amplia que le corresponde cumplir al órgano de representación popular en un régimen democrático como el que ha adoptado Colombia desde los albores de su vida republicana. Lo anterior se hace más claro, si se tiene en cuenta que la ley es una declaración de la voluntad soberana, expresada en la forma que previene la Constitución a través de sus representantes, con el fin de realizar el bien común (Sentencia, 1995).

Una Vez definidas las amplias facultades de configuración legislativa de que goza el Legislativo, el Consejo de Estado, pasa a estudiar la "imputación fáctica por omisión", desde el punto de vista obligacional[45], acarando que las funciones legislativas del parlamento, no se encuentran delimitadas por el paso del tiempo. Indica que contrario sensu, la única competencia del legislativo que si tiene delimitación temporal es la contenida en el inciso tercero del artículo 341 de la Constitución[46], norma según la cual, si

[45] El profesor argentino MIGUEL S. MARIENHOFF, en su libro "Responsabilidad Extracontractual del Estado por las Consecuencias de su Actitud "Omisiva" en el Ámbito del Derecho Público", sobre el particular refiere (página 13): "En esta materia el principio o la regla consiste en que si el hecho omitido no implica un deber jurídico que el sujeto omiso dejó de cumplir, la omisión carece de sanción. Tel es el principio. La "intención" que pueda haber llevado al omisor a su abstención no es decisiva para resolver este problema; cualquiera que fuese ese "intención" , si la omisión no implica violación de un deber jurídico, la intención con que se llevó a cabo resulta irrelevante.

[46] Artículo 341 de la Constitución Política de Colombia: " El gobierno elaborará el Plan Nacional de Desarrollo con participación activa de las autoridades de planeación, de las entidades territoriales y del Consejo Superior de la Judicatura y someterá el proyecto correspondiente al concepto del Consejo Nacional de Planeación; oída la opinión del Consejo procederá a efectuar las enmiendas que considere pertinentes y presentará el proyecto a consideración del Congreso, dentro de los seis meses siguientes a la iniciación del período presidencial respectivo.

Con fundamento en el informe que elaboren las comisiones conjuntas de asuntos económicos, cada corporación discutirá y evaluará el plan en sesión plenaria. Los desacuerdos con el contenido de la parte general, si los hubiere, no serán obstáculo para que el gobierno ejecute las políticas propuestas en lo que sea de su competencia. No obstante, cuando el gobierno decida modificar la parte general del plan deberá seguir el procedimiento indicado en el artículo siguiente.

el Parlamento dentro del término de tres meses siguientes a partir de que reciba el Plan Nacional de Inversiones Públicas de parte del Gobierno, no lo aprueba, a título de sanción, pierde la competencia en la materia, la cual es delegada al ejecutivo para que lo haga mediante decreto con Fuerza de Ley.

Posteriormente, analiza la omisión legislativa desde el punto de vista general, para lo cual, indica:

> … no puede concluirse la existencia de "omisión legislativa" porque el legislador no haya expedido una ley en relación con una norma constitucional…
>
> … Lo anterior significa que, por lo general, **LA FUNCIÓN LEGISLATIVA** no puede equipararse a **OBLIGACIÓN** ni a **DEBER JURÍDICO.** La función legislativa en principio se ejercerá programáticamente; los cometidos estatales que se buscan con la ley no son, en principio de ejercicio inmediato y concomitante con el aparecimiento de la Carta Fundamental.

El Plan Nacional de Inversiones se expedirá mediante una ley que tendrá prelación sobre las demás leyes; en consecuencia, sus mandatos constituirán mecanismos idóneos para su ejecución y suplirán los existentes sin necesidad de la expedición de leyes posteriores, con todo, en las leyes anuales de presupuesto se podrán aumentar o disminuir las partidas y recursos aprobados en la ley del plan. Si el Congreso no aprueba el Plan Nacional de Inversiones Públicas en un término de tres meses después de presentado, el gobierno podrá ponerlo en vigencia mediante decreto con fuerza de ley.

El Congreso podrá modificar el Plan de Inversiones Públicas siempre y cuando se mantenga el equilibrio financiero. Cualquier incremento en las autorizaciones de endeudamiento solicitadas en el proyecto gubernamental o inclusión de proyectos de inversión no contemplados en él, requerirá el visto bueno del Gobierno Nacional.

La no-manifestación del legislador sobre ciertas materias que le corresponden (arts. 114 y 150 C.N) no permite deducir que el Estado ha incurrido en OMISIÓN, término éste que desde el punto de vista jurídico del DERECHO significa incumplimiento de una obligación que debió ejecutarse dentro de cierto término y con determinadas cualidades…

La **omisión como conducta jurídica reprochable** requiere de la preexistencia de una obligación de contenido claro que no se haya satisfecho total o parcialmente, dentro de del término fijado. Y la **omisión ESTATAL como causa de imputación del daño indemnizable** exige, de una parte la presencia de dos sujetos – el que tiene el deber y el que tiene el derecho correlativo a ese deber – y la ausencia de causa extraña en la producción del mismo (fuerza mayor o caso fortuito, hecho exclusivo de la víctima o del tercero) art. 90 Constitución…

En consecuencia si por lo general no existe DEBER del legislador para expedir normas, también por lo general no existe DERECHO CORRELATIVO DE LOS ADMINSITRADOS para obtener de los jueces y a su favor la declaratoria de responsabilidad por OMISIÓN DEL LEGISLADOR. Es más, si quien demanda la responsabilidad extracontractual **"por omisión del legislador"** no tiene o no posee antes de demandar una situación jurídica

> protegida por la ley o por el derecho **¿cómo aseverar que esa omisión le generó un daño antijurídico**, **cuando precisamente lo no legislado carece de materia porque el orden jurídico no le ha señalado una consecuencia?** (Sentencia , 2001)**.**

Todo lo anterior permite concluir, que en materia de responsabilidad extracontractual del Estado con ocasión de omisión en la actividad legislativa (tanto ordinaria como extraordinaria), el criterio sobre el cual se apoya el Máximo Órgano de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, es el obligacional, al igual que lo hace la Corte Constitucional en cuanto al control de las omisiones legislativas absolutas.

6.2 La responsabilidad extracontractual del Estado por Omisión Legislativa Relativa

Según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se está frente a una omisión legislativa relativa, cuando el Congreso "solamente ha regulado algunas relaciones dejando por fuera otros supuestos análogos, con clara violación del principio de igualdad". (Sentencia, 1996).

No obstante lo anterior, una vez realizada una búsqueda exhaustiva de jurisprudencia contencioso administrativa sobre esta modalidad de responsabilidad (con base en una omisión legislativa relativa), se puede afirmar, que el Consejo de Estado no ha estudiado demandas que tengan como fundamento una abstención de esta naturaleza.

Sin embargo, en el transcurso de la presente investigación, el autor de la misma, presentó ante la Jurisdicción Contenciosa una demanda de responsabilidad colectiva[47] (Acción de Grupo), con base en el argumento de una responsabilidad extracontractual del Congreso de la República al haber incurrido en una omisión legislativa en la expedición de la Ley 472 de 1998; la demanda que tiene establecida su competencia en la misma Ley 472 de 1998[48], fue conocida en primera instancia por el Juez veintiocho Administrativo del Circuito de Bogotá, la cual pretendía, la devolución de las sumas pagadas por los miembros del grupo actor por concepto de impuesto de vehículos y que no pudieron ser reclamadas, incluyendo el dinero que tendrían que pagar por el año 2011, durante el cual iba a cursar el proceso. La demanda en mención, tiene como hechos fundantes los siguientes:

1. Hechos relacionados con la existencia de una omisión legislativa relativa: en la demanda se alega que el Congreso de la República, al expedir la Ley 472 de 1998, incurrió en una omisión legislativa relativa, esto, por cuanto:

- En primer lugar, se tiene que las acciones de responsabilidad colectiva o Acciones de Grupo, como son denominadas por el ordenamiento colombiano, tienen su fundamento Constitucional, en el inciso segundo del artículo 88 de la Constitución Política de Colombia, el cual a la letra reza:

[47] La Acción de Grupo en mención, fue presentada por el Autor de la presente Investigación en su condición de Litigante particular y con base en un estudio preliminar del tema de responsabilidad del Estado por Omisión en la actividad Legislativa.

[48] El artículo 50 de la Ley 472 de 1998, establece en cabeza de los Jueces Administrativos la competencia para conocer en primera instancia de las Acciones de Grupo que se presenten en contra de cualquier autoridad pública.

> También **regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas,** sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares. Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos. (Negrilla fuera de texto).

Este inciso claramente establece un deber u obligación de legislar, impuesto por el Constituyente al Congreso que de manera concreta le ordenaba regular "las acciones originadas en daños ocasionados a un número plural de personas", ante lo cual, el día 5 de agosto de 1998, el Parlamento colombiano expidió la Ley 472 de esa anualidad, la que en su parte segunda se ocupa de reglamentar el tema.

- Pese a la obligación impuesta por el Constituyente, la cual es, como se dijo, expresa y clara, en el sentido de ocuparse de todos "los daños ocasionados a un número plural de personas", la Ley expedida (472 de 1998), en el inciso final del artículo 3º e inciso segundo del artículo 46, estableció: "La acción de grupo se ejercerá exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de indemnización de los perjuicios".
- El artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, establece: "El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas…", y cuando se refiere a daños, no hace ningún tipo de distinción entre ellos.

- Doctrinalmente se ha entendido por daño, como una aminoración en el patrimonio de una persona, o de una situación que le es favorable (DE CUPIS, 1975, pág. 81) o, como un menoscabo en las "facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar de un bien patrimonial o extrapatrimonial…" (TAMAYO JARAMILLO, 2010, pág. 247)
- Cuando se produce un enriquecimiento sin causa, aparejado a su ocurrencia, indefectiblemente se genera un daño, esto encuentra respaldo en las palabras del profesos De Cupis quien al respecto indica:

  > Cuando al daño se une un enriquecimiento, y este enriquecimiento en injustificado, nace la acción de enriquecimiento injusto.
  >
  > La responsabilidad se basa, generalmente, tan solo sobre un daño, cualificado en forma tal, que tiende a favorecer a quien sin su intervención ha experimentado el daño, es decir, que uno responde del daño que otro, sin quererlo, ha sufrido. Frente a esto, para que se produzca la acción de enriquecimiento ha de concurrir un doble elemento: daño y enriquecimiento, que por no responder a una causa justificativa, se llama injusto. (DE CUPIS, 1975, pág. 100)[49]

- En el ordenamiento jurídico colombiano, la figura procesal para restablecer el equilibrio trastocado por un enriquecimiento si causa, es la llamada *actio in re verso* (Sentencia 35026, 2009), cuyo fin no es indemnizatorio, sino compensatorio.

[49] Íbid. A. Cupis p. 100

- El Congreso de Colombia, al desarrollar el artículo 88 Superior en concordancia con el artículo 90 de la C.P., debió incluir dentro de la norma a todos los tipos de daños (tanto los que generan indemnización, como aquellos que generan compensación) de tal suerte que dentro de las posibles hipótesis a contemplar por el Legislador en el momento de desarrollar la norma constitucional (cuyo deber era imperativo de acuerdo a la misma redacción del art. 88 Superior) debió haber tenido en cuenta todas las clases de daños es decir tanto los daños cuya ocurrencia acarrean una indemnización, como aquellos cuya ocurrencia acarrea una compensación, verbi gracia aquellos cuya fuente es el enriquecimiento sin causa, el cual es de naturaleza compensatoria, según lo definido por la misma jurisprudencia contencioso administrativa.
- Así las cosas, el Congreso de la República, al expedir la Ley 472 de 1998, en sus artículos 3º y 46, al haberle otorgado un carácter indemnizatorio a las Acciones de Grupo, incurrió en una omisión legislativa relativa, por cuanto excluyó de las consecuencias de estas disposiciones (acudir a la Administración de Justicia por vía de Acción Colectiva, a reclamar sus perjuicios, aunque individuales, causados en masa), a los grupos de personas que han sufrido un daño colectivo, originado en un enriquecimiento sin causa.

2. Hechos relacionados con la Responsabilidad del Congreso derivados de la omisión legislativa relativa: Los perjuicios alegados se basan en la limitación impuesta por el Decreto Distrital No. 033 de 2009 (ALCALDÍA DE BOGOTÁ), que establecía la restricción por pico y placa a los propietarios y

> poseedores de los vehículos que circulan en la ciudad de Bogotá, por virtud del cual, estos no podían movilizar sus vehículos dos días a la semana en el horario comprendido entre las seis de la mañana y las ocho de la noche, lo que representaba un perjuicio económico, si se contrastaba esa restricción, con el pago que por impuesto de vehículos[50] debían realizar anualmente los afectados, pues en la práctica, aunque pagaban por la movilización de sus vehículos durante los 365 días del año, en realidad el aprovechamiento que de ellos podían realizar se reducía aproximadamente en un veinte por ciento, es decir que su patrimonio se veía reducido en la quinta parte del valor que pagaban por impuesto vehicular pese a haber pagado la totalidad del tributo en mención y, a su vez, ese veinte por ciento pagado, se convertía para el Distrito de Bogotá en un ingreso que carecía de causa jurídica que lo justificara.

Por las anteriores razones, la demanda trataba de perjuicios que individualmente considerados eran poco representativos en términos de dinero, pues si por ejemplo, un vehículo debía pagar por concepto de impuesto de vehículos, la suma de un millón de pesos ($1.000.000) y la medida del pico y placa le impedía disfrutar o aprovechar su rodante por el veinte por ciento del tiempo del año por el que pagaba el impuesto, eso significaba que el Distrito se estaba enriqueciendo injustamente, en una suma de dinero de doscientos mil pesos ($200.000) en este ejemplo.

[50] La Ley 488 de 1998, en su artículo 138, creó el impuesto de vehículos.

Así las cosas, la vía procesal adecuada para reclamar ese dinero que salía injustificadamente de su patrimonio era la actio in rem verso, pero en términos prácticos saldría demasiado costoso llevar un proceso judicial hasta el final por una suma de dinero tan pequeña, en la práctica, los ciudadanos veían limitado su derecho fundamental de acceso a la Administración de Justicia, pues el mecanismo jurídico creado por el Constituyente para reclamar este tipo de daños, había sido excluido de su aplicación para casos como el indicado en el que no se pretendía una indemnización de perjuicios, sino una compensación de los mismos, esto por cuenta del Congreso y la forma en que redactó la Ley 472 de 1998, en sus artículos 3º y 46, toda vez que la restringió única y exclusivamente para **obtener el reconocimiento y pago de la indemnización de perjuicios.**

El día 22 de marzo de 2013, el Juzgado Veintiocho Administrativo de Bogotá, profirió sentencia de primera instancia (Sentencia primera instancia, 2013), en la que desestimó las pretensiones de la demanda por considerar erróneamente que lo que se pretendía era que ese funcionario judicial declarara la existencia de una omisión legislativa relativa, cosa que obviamente escapa a su competencia. El fallador indicó expresamente:

> Entonces, de acuerdo con los apartes traídos a estas consideraciones, el estudio de la omisión legislativa supone proferir un fallo de carácter integrador con efectos erga omnes, que a través de un examen de constitucionalidad declare la exequibilidad condicionada de la disposición acusada y, como se ha visto, la competencia radica exclusivamente en cabeza de la Corte Constitucional por tratarse de una Ley, quien a

través de la acción pública de constitucionalidad podrá, de ser relativa la omisión alegada, determinar la procedencia de suplir la falencia del legislador.

Todo lo expuesto, permite establecer que el Juez Administrativo carece de competencia para, a partir del análisis de las pretensiones de la demanda, revisar la eventual ocurrencia de una omisión legislativa relativa; pues es una competencia atribuida directamente por la Constitución, a través del numeral 4 del artículo 241 de la C.N. (Sentencia primera instancia, 2013).

Frente a la decisión de primera instancia, la parte demandante interpuso recurso de apelación, el cual fue desatado por el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencia de fecha 15 de diciembre de 2014 (Sentencia de segunda instancia, 2014); como problema jurídico, el Tribunal ubicó el siguiente:

Compete a la sala determinar si el Congreso de la República debe responder por los presuntos perjuicios causados a los demandantes, al no contemplar en la Ley 472 de 1998, – al regular las acciones de grupo- el supuesto de la compensación derivada de los perjuicios causados por el enriquecimiento sin causa dentro de la procedencia de la acción, limitando la reclamación únicamente a la indemnización (Sentencia de segunda instancia, 2014).

Al analizar el caso concreto, la Sala encontró que no se había logrado demostrar el enriquecimiento sin causa, e igualmente consideró que para las pretensiones de la demanda sí era procedente la interposición de una acción de grupo.

Con respecto a la Acción de Grupo, la cual tiene un carácter eminentemente indemnizatorio, indicó:

> … no constituye el medio de sustituir dl (sic) legislador, pues ello rompe con el principio de separación de los poderes públicos en el que se sustenta el Estado Social de Derecho, y menos aún, cuando como en casos como el que se debate, estamos en presencia de una regulación normativa que no satisface al actor, pero cuya constitucionalidad solo puede ser valorada por parte de la Corte Constitucional, en ejercicio de las acciones y precisas competencias determinadas por la Carta Política (Sentencia de segunda instancia, 2014).

Finalmente, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, desestimó las pretensiones de la demanda por considerar que "fueron desvirtuados los hechos sobre los que se alegó la supuesta omisión legislativa".

No obstante lo anterior, y teniendo en cuenta que el fin de esta investigación, es determinar si se puede presentar una eventual responsabilidad extracontractual del Estado con fundamento en una omisión legislativa relativa, con base en lo estudiado en los capítulos precedentes, se presenta a continuación la forma de cómo podría estructurarse este tipo de responsabilidad alquiliana.

6.3 Forma de estructuración de la responsabilidad extracontractual del Estado por Omisión Legislativa Relativa

Al igual que toda la responsabilidad del Estado, ésta en particular tiene como fuente normativa, el Artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, el cual contiene la denominada Cláusula General de Responsabilidad Estatal.

Así mismo, para su estructuración, se deben reunir los mismos elementos que indica la norma constitucional (Artículo 90 Superior), los cuales son el daño antijurídico sufrido por un particular y el nexo causal entre la actuación del Estado (por acción u omisión) y el daño acaecido (Sentencia, 1996).

En este tipo de responsabilidad (por omisión legislativa) intervienen dos tipos de jueces, o dicho de otra manera, dos Jurisdicciones diferentes a saber, de una parte, la Jurisdicción Constitucional, toda vez ella, al ejercer el control de constitucionalidad, es la que determina los elementos que se deben reunir para que la laguna o el vacío legal, alcancen la connotación de omisión legislativa relativa, los cuales de acuerdo con la Sentencia C-489 de 2012, son los siguientes:

- La existencia de una norma que contenga la omisión.
- Que la norma en mención, excluya de sus consecuencias a casos análogos o similares que deberían estar contenidos en la mencionada norma (que la norma haya omitido incluir dentro de los supuestos que contempla, aquellos casos análogos).

- Que la exclusión de los casos análogos o semejantes, no esté fundada en razones objetivas y suficientes.
- Que dicha exclusión, en la práctica, produzca una desigualdad injustificada entre los casos que contempla la norma y aquellos que pese a ser análogos, fueron excluidos, lo que en la práctica se traduce en una violación al derecho de igualdad (artículo 13 Superior).
- Finalmente, que la omisión conlleve el incumplimiento de una obligación impuesta al Legislador por el Constituyente.

De otra parte, en la formación de esta responsabilidad, interviene la Jurisdicción Contenciosa, la cual ejerce el control para verificar si en desarrollo de la actividad estatal, bien sea por acción o por abstención, se han producido daños a los particulares, los cuales no estaban en la obligación de soportar.

Específicamente en este tema, corresponde al Juez Contencioso, verificar si en la producción de daños antijurídicos imputables al Congreso, la actuación del estado[51] (por omisión en este caso) reúne los elementos que configuran la omisión legislativa relativa y si ellos en su conjunto configuran uno de los elementos determinantes de la responsabilidad, para que una vez verificados los demás elementos de que trata el artículo 90 Superior (daño antijurídico y nexo causal), proceder a realizar la declaratoria de responsabilidad extracontractual del estado en este tipo de eventos.

[51] Entendida aquí como uno de los elementos que estructuran la responsabilidad extracontractual del Estado.

6.4 Título de imputación viable en materia de la responsabilidad extracontractual del Estado por Omisión Legislativa Relativa

A continuación se analizan los tipos de imputación de falla del servicio y daño especial para determinar en cuál de ellos procede este tipo de responsabilidad.

6.4.1 Falla del servicio:

Como se indicó en el acápite correspondiente a la responsabilidad del Estado por norma declarada inexequible, el título de imputación que allí se presenta es el de falla del servicio, esto, por cuanto existe una declaratoria de inconstitucionalidad de una ley por parte de la Corte Constitucional, lo cual evidencia una falla en el servicio público de expedición de leyes.

Por el Contrario, cuando la Corte Constitucional realiza el estudio de exequibilidad de una norma acusada de contener una omisión legislativa relativa, en lugar de sacar la norma del ordenamiento, lo que hace este Tribunal es modular el sentido de sus fallos, produciendo sentencias integradoras o aditivas, con lo cual acompasa el sentido de la norma con los mandatos constitucionales y, evita la producción de daños.

Las anteriores razones, permiten concluir que el título de imputación de falla del servicio, no se aplica en materia de responsabilidad estatal por omisión legislativa relativa, toda vez que cuando el Tribunal Constitucional nacional modula los efectos de sus fallos, está evitando la producción de daños antijurídicos que permitirían hacer nacer responsabilidad estatal.

6.4.2 Daño especial: Teniendo en cuenta que este título de imputación se basa en la causación de daños antijurídicos como consecuencia del rompimiento del principio de igualdad en las cargas públicas y que la omisión legislativa relativa, se configura porque precisamente se quebranta la igualdad de los ciudadanos, cuando el Legislador al regular algún tema, excluye de las consecuencias normativas a algunos destinatarios (se produce una discriminación que en otros términos no es más que una violación al derecho – principio de igualdad), es éste el título de imputación bajo el cual se puede presentar esta clase de responsabilidad; otro punto a favor de la procedencia de este título de imputación, es que se trata de normas legítimas, en el sentido que no han sido excluidas del ordenamiento jurídico.

En el siguiente cuadro se pueden apreciar las similitudes que existen entre los elementos configuradores de la omisión legislativa relativa y el título de imputación de daño especial.

RELACIÓN EXISTENTE ENTRE LOS REQUISITOS DE CONFIGURACIÓN DE LA OMISIÓN LEGISLATIVA RELATIVA Y LOS ELEMENTOS DEL TÍTULO DE IMPUTACIÓN DAÑO ESPECIAL.

No.	OMISIÓN LEGISLATIVA RELATIVA (Sentencia, 1996)	Lit.	DAÑO ESPECIAL (Sentencia Sección Tercera, 2014)
1	Una norma que contenga la omisión.	A	Actuación legítima del Estado.
2	La norma demandada debe excluir "de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta.	B	Producción de un daño antijurídico
3	Que como consecuencia de la omisión, personas o grupos de ellas, que están en similares condiciones del beneficio que otorga la norma demandada, queden excluidas del mismo.	C	Especialidad y anormalidad del daño
4	Que la exclusión obedezca a razones objetivas y suficientes.	D	Rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas
5	Que al carecer de una razón objetiva y suficiente, la omisión produzca una desigualdad injustificada entre los casos que están y los que no están sujetos a las consecuencias previstas por la norma", es decir que la norma acusada contenga una discriminación, lo que en términos prácticos es una vulneración al principio de igualdad.	E	Nexo de causalidad entre el daño antijurídico y la actuación estatal
6	Que la omisión implique el incumplimiento de un deber impuesto por la Constitución al legislativo.	F	Subsidiariedad del daño especial como título de imputación.

Las similitudes apreciadas, en criterio del autor de la presente investigación, justifican la procedencia de este título de imputación en los casos de responsabilidad del Estado por omisión legislativa relativa.

6.5 Elementos que configuran la responsabilidad extracontractual del Estado por omisión legislativa relativa

6.5.1 Un daño antijurídico:

Al igual que en todo tipo de responsabilidad extracontractual del Estado, debe existir o presentarse un daño antijurídico, entendido como aquel que quien lo sufre no está en la obligación de soportarlo.

En materia de responsabilidad por omisión legislativa relativa, el daño se configura por violación al principio de igualdad ante las cargas públicas y debe ser consecuencia directa de la omisión o vacío legal (omisión legislativa parcial).

Adicionalmente este daño debe reunir las características de especialidad y anormalidad.

6.5.2 Una omisión legislativa relativa:

Que como se recordará, se presenta cuando el Parlamento al expedir una norma (ley) “solamente ha regulado algunas relaciones dejando por fuera otros supuestos análogos, con clara violación del principio de igualdad” (Sentencia, 1996), la cual, para efectos de una eventual declaratoria de

responsabilidad extracontractual, debe ser entendida de la forma que lo hace el profesor Ignacio Villaverde Menéndez, esto es en dos fases o estadios así:

1. Una etapa en que se presenta como un vacío o laguna que se percibe en el ordenamiento, esto es, existe una ley que otorga beneficios, por ejemplo una exención tributaria, pero que deja por fuera de sus consecuencias a algunas personas que debían estar igualmente cobijadas por ese beneficio; pero su constitucionalidad no ha sido cuestionada ante la Corte Constitucional y por ende, la norma continua generando consecuencias normativas (por ejemplo, algunas personas deben pagar el tributo que no pagan otras) y esas consecuencias, en términos del profesor Villaverde, son contrarias a la Constitución o no queridas por el Constituyente, toda vez que la norma quebranta el principio de igualdad, al excluir de manera injustificada del beneficio (que en últimas significa la exención tributaria) a algunas personas; adicionalmente, en términos del profesor Carlos Báez Silva, esa omisión, está impidiendo que una norma Superior cobre eficacia, en este caso el derecho a la igualdad se torna ineficaz para las personas que fueron excluidas del beneficio.
2. Una etapa en que ya el Tribunal Constitucional ha declarado su existencia, a través de la correspondiente sentencia.

Haciendo la aclaración que la etapa que aquí importa, esto es, en la que se pueden producir daños antijurídicos, es la primera, cuando la omisión, aparece como una

simple laguna en el ordenamiento pero que genera consecuencias normativas contrarias a la Constitución, las cuales se traducen en un daño antijurídico.

Adicionalmente, es imperante que esta laguna normativa, reúna los elementos que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha definido para que se pueda configurar una omisión legislativa relativa (Sentencia, 2012), los cuales, como se ha indicado, han de ser verificados en el correspondiente proceso judicial indemnizatorio por el Juez Contencioso.

6.5.3 La relación de causalidad entre el daño antijurídico y la omisión legislativa: Pero en su primer estadio, esto es como vacío o laguna normativa, pero estructurada en los términos de configuración que ha establecido la jurisprudencia constitucional para alcanzar el estatus de omisión legislativa relativa.

6.5.4 Y finalmente, que los elementos mencionados se presenten en el contexto del título de imputación de daño especial, esto es, que exista subsidiariedad respecto del fundamento imputación, es decir que no se esté en presencia de una falla del servicio legislativo.

CONCLUSIONES

- La responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia, ha tenido una evolución compleja, pues en sus albores, su estudio correspondió a la Corte Suprema de Justicia, Tribunal que la estudió y definió con base en normas del Código Civil y que posteriormente incluyó dentro de sus fallos la doctrina francesa de la falla o falta en la prestación de los servicios públicos y finalmente, su estudio ha venido correspondiendo al Consejo de Estado.
- En Colombia existe un sistema de Responsabilidad del Estado, positivo, toda vez que el artículo 90 de la Carta, consagra la llamada Cláusula General de Responsabilidad pública.
- Se puede decir, que el artículo 90 Superior, al establecer que todas las entidades públicas deben responder por los daños antijurídicos que causen, y que en el evento de que el erario público deba pagar una condena indemnizatoria, que haya sido motivada por dolo o culpa grave de cualquier servidor público, consagra un principio constitucional que se puede denominar "de Evitación de Daños Antijurídicos", toda vez que motiva a los funcionarios a ser precavidos en su actividad y a que prevengan la causación de daños a los particulares.
- Aunque la postura de la Corte Constitucional, sea la de negar la procedencia de inconstitucionalidades por omisiones legislativas absolutas, en la práctica, ésta puede llegar a variar, si se le pone de presente la existencia de una situación notoriamente contraria al querer del Constituyente, que tenga como sustento una total omisión del Legislativo en su deber de expedir leyes.

- En el tema de responsabilidad del Estado por hecho del legislador, la postura asumida por el Consejo de Estado (Sentencia IJ-01 de 1998), en el fondo es la misma que su homólogo francés cuando produjo el fallo Le Fleurette, al anclar la declaratoria de responsabilidad en el rompimiento del principio de igualdad ante las cargas públicas.
- En materia del responsabilidad del Estado por norma inexequible, específicamente por normas tributarias declaradas contrarias al ordenamiento Superior, los pagos realizados por los contribuyentes, al momento de la declaratoria de inexequibilidad de la norma que los creó, se tornan en antijurídicos y esa connotación se irradia al momento de expedición de la norma (tributaria).
- La omisión legislativa relativa si puede ser fuente de responsabilidad extracontractual en Colombia, para ello no requiere de declaratoria previa del Tribunal Constitucional en ese sentido, basta que con la misma (omisión legislativa relativa) se produzcan en el ordenamiento jurídico consecuencias jurídicas contrarias a la Constitución y que las mismas, generen un daño antijurídico.
- En la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado por omisión legislativa relativa, intervienen dos jurisdicciones, por una parte, la Constitucional, que se encarga de definir los elementos que componen o estructuran la omisión legislativa relativa, y de otra parte, la Jurisdicción Contenciosa, que debe verificar si en la laguna legal (por no llamarla omisión legislativa relativa) concurren los elementos que ha definido la Corte Constitucional para que se presente este tipo de omisión y además aquella.

- Teniendo en cuenta que la principal consecuencia de la omisión legislativa relativa, es la vulneración del principio de igualdad, el título de imputación procedente para declarar la responsabilidad estatal por aquella (omisión legislativa relativa), es el de daño especial, cuya nota determinante también es el rompimiento del principio de igualdad, esta vez ante las cargas públicas.
- Una probable causa de la falta de desarrollo jurisprudencial de la figura de la responsabilidad del Estado por omisión legislativa, es el poco estudio que ha tenido la misma de parte de la doctrina.
- Las normas expedidas por el Presidente en ejercicio de las facultades otorgadas por el Congreso para expedir normas con fuerza de ley (numeral 10, artículo 150 C.P.), también pueden generar responsabilidad extracontractual por omisión legislativa relativa.
- Una forma de lograr que la figura de la responsabilidad extracontractual estatal por omisión legislativa se desarrolle jurisprudencialmente, es que los abogados litigantes la conozcan y se la planteen a los jueces administrativos como fuente de indemnizaciones.
- Para que la comunidad jurídica nacional comprenda mejor el tema de la responsabilidad extracontractual del Estado por omisión legislativa relativa, se recomienda un estudio reflexivo de la propia institución de la responsabilidad alquiliana, así como de las definiciones que de las omisiones parciales han construido no solo la jurisprudencia constitucional patria, sino también la doctrina extranjera, para así lograr una mejor comprensión de la figura y una mejor aplicación de la misma en el ejercicio profesional.

- Finalmente, es necesario que la academia se interese más por el tema aquí planteado, para que de esta forma se logre una mayor difusión del mismo, lo que en últimas ha de contribuir a que un mayor número de demandas con los fundamentos presentados, le sean planteadas a los jueces administrativos, para de esta forma hacer que la figura evolucione en el contexto nacional y por qué no, a nivel de derecho comparado.

BIBLIOGRAFIA

25000-23-26-000-2003-00175-01 (28.741) (CONSEJO DE ESTADO - SECCIÓN TERCERA).

(s.f.). Obtenido de http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=34944

(CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE NEGOCIOS GENERALES 30 de JUNIO de 1941).

(CORTE SUPREMA DE JUSTICIA 29 de 7 de 1947).

(CORTE SUPREMA DE JUSTICIA 30 de 6 de 1962).

(CONSEJO DE ESTADO SECCIÓN TERCERA 28 de 10 de 1976).

1482 (CONSEJO DE ESTADO SECCIÓN TERCERA 28 de 10 de 1976).

2304 (CONSEJO DE ESTADO - SECCIÓN TERCERA 30 de 03 de 1978).

(CONSEJO DE ESTADO SECCIÓN TERCERA 20 de 2 de 1989).

4655 (CONSEJO DE ESTADO SECCIÓN TERECERA 20 de 2 de 1989).

C-149 DE 1993 (CORTE CONSTITUCIONAL 22 de 4 de 1993).

C- 527 (CORTE CONSTITUCIONAL 18 de 11 de 1994).

8118 (CONSEJO DE ESTADO - SECCIÓN TERCERA 8 de 5 de 1995).

C-514 DE 1995 (CORTE CONSTITUCIONAL 14 de 11 de 1995).

C-333 (CORTE CONSTITUCIONAL 1 de 8 de 1996).

C- 543 de 1996 (Corte Constitucional 16 de 10 de 1996).

C- 593 DE 1996 (CORTE CONSTITUCIONAL 14 de 12 de 1996).

10300 (CONSEJO DE ESTADO- SECCIÓN TERCERA 11 de 9 de 1997).

IJ-001 (CONSEJO DE ESTADO - SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINSITRATIVO 25 de 8 de 1998).

IJ 001 (CONSEJO DE ESTADO- SECCIÓN TERCERA 1998).

C- 774 de 2001 (Corte Constitucional 25 de 7 de 2001).

52001-23-31-000-1995-3002-01 (13002) (CONSEJO DE ESTADO- SECCIÓN TERCERA 1 de 11 de 2001).

25000-23-26-000-2003-01207-02(28811) (CONSEJO DE ESTADO - SECCIÓN TERCERA 9 de 4 de 2004).

C- 442 de 2009 (CORTE CONSTITUCIONAL 8 de 6 de 2009).

c-728 DE 2009 (CORTE CONSTITUCIONAL 14 de 10 de 2009).

35026 (CONSEJO DE ESTADO - SECCIÓN TERCERA 22 de 7 de 2009).

(CONSEJO DE ESTADO - SECCIÓN TERCERA 21 de 6 de 2010).

(CONSEJO DE ESTADO SECCIÓN TERCERA 25 de 8 de 2011).

C-644 (CORTE CONSTITUCIONAL 31 de 8 de 2011).

19155 (CONSEJO DE ESTADO - SECCIÓN TERCERA 27 de 04 de 2011).

(CONSEJO DE ESTADO - SECCIÓN TERCERA 9 de 5 de 2011).

2006-00372-01 (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA CIVIL 30 de 10 de 2012).

23507 (CONSEJO DE ESTADO - SECCIÓN TERCERA 21 de 03 de 2012).

C- 489 de 2012 (Corte Constitucional 27 de 6 de 2012).

(CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA DE CASACÓN CIVIL 18 de 12 de 2012).

110131030262002-00358-01 (CORTE SUPERMA DE JUSTICIA - SALA CIVIL 23 de 1 de 2013).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA, . 11001-33-31-028-2011-00046-00 (JUZGADO 28 ADMINSITRATIVO DE BOGOTÁ - SECCIÓN SEGUNDA 22 de 3 de 2013).

27949 (CONSEJO DE ESTADO- SECCIÓN TERECERA 9 de 4 de 2014).

28675 (CONSEJO DE ESTADO - SECCIÓN TERCERA 12 de 2 de 2014).

25000-23-26-000-2003-01207-02(28811) (CONSEJO DE ESTADO - SECCIÓN TERCERA 9 de 4 de 2014).

25000-23-26-000-2003-01185-01(26702) (CONSEJO DE ESTADO - SECCIÓN TERCERA 11 de 6 de 2014).

250002326000200302127-01 (R-30.212) (CONSEJO DE ESTADO- SECCIÓN TERCERA 11 de 6 de 2014).

25000-23-26-000-2001-00852-01 (28675 (CONSEJO DE ESTADO - SECCIÓN TERCERA 12 de 2 de 2014).

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA (TRIBUNAL ADMINSITRATIVO DE CUNDINAMARCA 15 de 12 de 2014).

ALCALDÍA DE BOGOTÁ. (s.f.). Obtenido de http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=34944

ARISTÓTELES. (s.f.). *ÉTICA A NICÓMACO.* Obtenido de http://www.uruguaypiensa.org.uy/imgnoticias/650.pdf

ARISTÓTELES. (s.f.). *ÉTICA A NICÓMACO.* Obtenido de http://www.uruguaypiensa.org.uy/imgnoticias/650.pdf

BÁEZ SILVA, C. (2009). *La Inconstitucionalidad por Omisión Legislativa en México.* México: Porrúa.

BAZÁN, V. (2014). *El Control de las Omisiones Inconstitucionales e Inconvencionales.* Obtenido de Recorrido por el Derecho y la Jurisprudencia Americanos y Europeos : http://www.kas.de/wf/doc/kas_40437-1522-4-30.pdf?150210170222

BOTERO ARISTIZABAL, L. F. (2007). *Responsabilidad Patrimonial del Legislador.* Bogotá: Legis.

BUSTAMANTE LEDESMA, Á. (2003). *Responsabilidad Extracontractual del Estado.* Bogotá: Leyer.

CALDERA DELGADO, H. (1982). *Sistema de Responsabilidad Extracontracutal en la Constitución Política de 1980.* Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

CERRA NOLASCO, E. (2001). *El Control de Constitucionalidad. Análisis de la Doctrina de la Corte en los 10 años de Vigencia Constitucional.* Obtenido de Revista de Derecho de la Universidad Libre - Seccional Atlántico No. 16: 162-179. V. II: http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/view/2938/2018

CRUZ MEJÍA, A. (s.f.). *Bibliojurídicas UNAM.* Obtenido de https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-privado-ns/article/view/7178/6457.

DE CUPIS, A. (1975). *El Daño.* Barcelona: Bosch.

DIAZGRANADOS MESA, S. (s.f.). *RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR DAÑO ESPECIAL.* Obtenido de http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere2/Tesis46.pdf

DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1991). *DERECHO DE DAÑOS.* MADRID: Civitas.

ESCUELA JUDICIAL RODRIGO LARA BONILLA. (2007). *RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.* Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla: Consejo Superior de la Judicatura.

ESPAÑOLA, A. D. (s.f.). *Diccionario de la Lengua Española*. Obtenido de http://dle.rae.es/?id=R2nYfW0

ESPAÑOLA, A. D. (s.f.). *DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA*. Obtenido de http://dle.rae.es/?id=R2nYfW0

EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL EN LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

GARRIDO MAYOL, V. (2004). *La Responsabilidad Patrimonial del Estado. Especial Referencia del Estado Legislador.* Valencia: Tirant Lo Blanch.

JINESTA LOBO, E. (s.f.). *La Responsabilidad del Estado Legislador.* Obtenido de http://www.ernestojinesta.com/ernesto%20jinesta/curriculum%20y%20art.%20rev/articulo%20revista%20resp%20Estado%20legislador.PDF.

LONG, M. y. (2009). *Los Grandel Fallos de la Jurisprudencia Adminsitrativa Francesa.* (T. L. Otros, Trad.) Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda.

LÓPEZ HERRERA, E. (s.f.). *Introducción a la Responsabilidad Civil.* Obtenido de http://www.derecho.unt.edu.ar/publicaciones/Introdresponsabilidadcivil.pdf.

MARTÍNEZ SARRIÓN, Á. (1992). *La Evolución del Derecho de Daños.* Barcelona: Bosch.

MOLINA BETANCUR, C. M. (2012). *Derecho Constitucional General.* Medellín: Universidad de Medellín.

MONROY CABRA, M. G. (1994). *Introducción al Derecho.* Bogotá: Temis.

MORENO FERNÁNDEZ, J. I. (s.f.). *La Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador Frente a Disposiciones Contrarias a la Constitución o al Derecho Comunitaria.* Obtenido de https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2565565

MORINEAU IDUARTE, m. I. (1998). *DERECHO ROAMNO.* OXFORD UNIVERSITY PRESS.

OLANO GARCÍA, H. A. (s.f.). *Tipología de Nuestras Sentencias Constitucionales.* Obtenido de http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/vniver/cont/108/cnt/cnt13.pdf. págs. 576-577.

QUINCHE RAMÍREZ, M. F. (2014). *El Control de Constitucionalidad. Colección Profesores.* Bogotá: Grupo Editorial Gustavo Ibañez.

QUINCHE RAMÍREZ, M. F. (s.f.). *El Control de Constitucionalidad y el Control de Convencionalidad.* Obtenido de Revista Centro de Estudios Políticos - Ministerio del Interior y de Justicia - República de Colombia: http://www.juecesyfiscales.org/images/stories/articulos/Control_de_Constitucionalidad_y_Control_de_Convencionalidad.pdf

RAMÍREZ LEIVA, E. (2010). *Responsabilidad del Estado por el Hecho del Legislador.* Bogotá: Ibañez.

REQUEJO RODRÍGUEZ, P. (s.f.). *Las ordenanzas en el artículo 38 y las normas con rango de ley en los artículos 82 y 86 de la Constitución española: Un estudio comparativo.* Obtenido de http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/trcons/cont/12/est/est8.pdf

ROUSSEAU, J. J. (1997). *El Contrato Social* (Cuarta Edición ed.). Barcelona: Vosgos S.A.

RUIIZ, O. W. (s.f.). *Responsabilidad del Estado Legislador.* Obtenido de http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/revista9/RESPONSABILIDAD_DEL_ESTADO_LEGISLADOR_Revista_9.pdf

RUIZ LÓPEZ, M. (s.f.). *La Responsabilidad Patrimonial del Estado-Legislador y del Estado-Juez en el Derecho Español.* Obtenido de Revista Iberoamericana de Derecho Adminsitrativo y Regulación Económica: http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=63547&print=2

SAAVEDRA BECERRA, R. (2004). *La Responsabilidad Extracontractual de la Admninistración Pública.* Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez ltda.

SÁCHICA, L. C. (1980). *El Control de Constitucionalidad.* Bogotá: Temis.

SÁNCHEZ BAPTISTA, N. R. (2010). Tipos y Efectos de las Sentencias de la Corte Constitucional. *Anuario de Derecho Procesal Constiitucional. Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional.*, 129.

SARMIENTO ERAZO, J. P. (2010). *Responsabilidad Patrimonial del Estado por Omisión Legislativa.* Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

TAMAYO JARAMILLO, J. (2010). *Tratado de Responsabilidad Civil* (Quinta reimpresión ed., Vol. I). Bogotá: Legis.

TAMAYO LOMBANA, A. (2005). *La Responsabilidad Civil Extracontractual y la Contractual.* Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.

TORREGROZA SÁNCHEZ, J. E. (2007). *La Responsabilidad Extracontractual del Estado por el Hecho del Legislador.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

VILLAVERDE MENÉNDEZ, I. (1997). *La Inconstitucionalidad por Omisión.* Madrid: Mc. Graw Hiil.