

La responsabilidad extracontractual del estado por la actividad del legislador frente a la confianza ciudadana: ¿afectación desmedida de la autonomía del Congreso?

Jesús José Fuentes Orozco*

Resumen

La jurisprudencia administrativa colombiana, al igual que la francesa, ha admitido que el actuar del legislador puede comprometer la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado. Para ello, se ha acudido a títulos de imputación tanto de naturaleza objetiva como subjetiva, pero recientemente el Consejo de Estado agregó como referente autónomo de imputación la violación de la confianza legítima. Esto, de ninguna manera implica una intromisión indebida del poder jurisdiccional en la libertad de configuración que le asiste al legislador, pues la dogmática administrativa en la materia busca que el Congreso preste la debida atención a la necesidad de regular la transición legislativa, so pena de la asunción de los daños antijurídicos que esta omisión genere. Adicionalmente, es coherente con la esencia de esta figura, que la eventual reparación del perjuicio causado esté sujeta a los parámetros de la pérdida de la oportunidad, atendiendo la probabilidad de acceso a un derecho o beneficio.

Palabras clave: responsabilidad extracontractual del Estado, confianza legítima, estado de confianza, pérdida de oportunidad, libertad de configuración legislativa.

Abstract

The Colombian administrative jurisprudence, like the French one, has admitted that the act of the legislator can compromise the extracontractual patrimonial responsibility of the State. For this, it has resorted to imputation titles of both objective and subjective nature, but recently the State Council added as an autonomous reference of imputation the breach of legitimate expectations. This, in no way implies an undue interference of the jurisdictional power in the freedom of configuration that assists the legislator, because the administrative dogmatics in the matter seeks that the Congress pays due attention to the need to regulate the legislative transition, under penalty of the assumption of the unlawful damages that this omission generates. Additionally, it is consistent with the essence of this figure, that the eventual reparation of the damage caused is subject to the parameters of the loss of opportunity, taking into attending the probability of access to a right or benefit.

Key words: State non-contractual liability, legitimate expectations, confidence, loss of opportunity, freedom of legislative configuration.

* Abogado, Especialista en Derecho Administrativo y Magíster en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia; Estudiante regular de los Cursos Intensivos para Doctorado en Derecho Constitucional de la Universidad de Buenos Aires –Argentina-; Docente de las universidades Gran Colombia y Militar Nueva Granada de Bogotá D.C.; Profesional Máster de Colpensiones. Correo: jffuentes@unal.edu.co

Abreviaturas

Consejo de Estado	CE	Sección Cuarta	SC
Sala de lo Contencioso Administrativo	SCA	Corte Constitucional	CC
Sala Plena de lo Contencioso Administrativo	SPCA	Sala Primera de Revisión	SPR
Sección Tercera	ST	Sala Tercera de Revisión	STR
Subsección A	SSA	Sala Cuarta de Revisión	SCR
Subsección B	SSB	Sala Plena	SP
Subsección C	SSC	Constitución Política de Colombia	CP
		Responsabilidad extracontractual del Estado	REE

1. Introducción

A pesar de contar con múltiples definiciones del concepto de Derecho, el presente análisis partirá de la comprensión de la disciplina jurídica como la razón de la fuerza. Así, las normas que lo integran se encargan de ordenar y programar el ejercicio del poder que el Estado emplea para los fines de su esencia (Ferreyyra, 2015, pp. 28-29). Ser la razón de la fuerza no solo conlleva que el Derecho busque asegurar la paz relativa, entendida como la resolución de conflictos a través de los canales estatales, sino que el mismo regule la forma en la que las infracciones al principio *Neminem laedere*¹, serán asumidas por el sujeto a quien un daño determinado le sea imputable.

Este principio, que implica no dañar a nadie, sin embargo, no siempre ha

sido entendido de la misma manera. En el ámbito de la responsabilidad extracontractual pública, inicialmente la misma fue negada tajantemente, apelando al dogma según el cual el rey no podía equivocarse (Esguerra, 2011, p. 260); en consecuencia, las solicitudes de reparación frente a daños irrogados por el Estado, eran desestimadas de plano por la autoridad jurisdiccional. Empero, esta concepción se fue abandonando gradualmente, hasta llegar a concebir sistemas de responsabilidad patrimonial pública plena, donde operan de manera complementaria tanto títulos jurídicos de imputación de corte objetivo como subjetivo.

Esta tendencia ha llevado a que, incluso, algunos regímenes jurídicos hayan optado por consagrar en la Ley Mayor la responsabilidad que venimos reseñando. Por ejemplo, en el caso colombiano el artículo 90 de la Constitución establece que la

¹ Indica que “No se debe causar daño a nadie”.

obligación resarcitoria de las autoridades públicas acaecerá cuando concurren i) un daño antijurídico y ii) su imputabilidad al Estado, lo que traerá consigo iii) la reparación integral del perjuicio causado. Ello, a diferencia de regímenes de responsabilidad pública como el argentino, que no cuenta con una cláusula constitucional que aborde puntual y expresamente el instituto en comento; sin embargo, la misma se toma como un principio que se deduce y justifica a partir de diversos postulados de la Ley Mayor argentina de 1853-1860, como sus artículos 16 y 19 (Aberastury et. Al., 2014, pp. 61-62). De cualquier manera, esta clase de responsabilidad implica un control cabal de la actividad de las autoridades públicas (Brewer Carías & Santofimio, 2013, pp. 141-145).

A pesar de que actualmente haya un reconocimiento pleno de la responsabilidad patrimonial del Estado, que a su vez se alza como una forma de control de la actividad de la administración, existen algunos aspectos en la materia que aún suscitan controversia, como el relacionado con la eventual estructuración de daños antijurídicos que puedan desprenderse del actuar del legislador. En efecto, esta clase de responsabilidad, siguiendo la tendencia general en la materia, en un principio fue negada de plano, aduciendo que la ley, como manifestación de la voluntad popular,

de ninguna manera podría comprometer patrimonialmente al Estado. A pesar de esto, paulatinamente, la jurisprudencia contencioso administrativa francesa y colombiana, por ejemplo, se fueron separando de esta concepción, hasta llegar al punto de aceptar cabalmente esta posibilidad, indistintamente que se estructure a partir de títulos de imputación de corte objetivo o subjetivo.

Aunado a lo anterior, el Consejo de Estado colombiano recientemente introdujo en su jurisprudencia, como título jurídico de imputación autónomo de responsabilidad por el hecho del legislador, la violación de la confianza legítima, ampliando con ello las posibilidades de compromiso patrimonial extracontractual del Congreso de la República, posición jurisprudencial que sin embargo, no está exenta de generar algunos debates y controversias.

Debemos partir de que a la luz de la misma Constitución y de la separación de poderes, el legislador goza de libertad de configuración normativa, lo que le permite introducir modificaciones a las condiciones bajo las cuales sus asociados podrán acceder a ciertos derechos, o cumplir con determinadas obligaciones. Esta facultad, por su misma naturaleza, puede afectar a las personas que actúan en aras de consolidar un derecho o de

consumar una carga legal, al hacer más excesivas las condiciones de adquisición o cumplimiento, por ejemplo. Sin embargo, la jurisprudencia reseñada en el acápite precedente, pareciera condicionar la autonomía legislativa del Congreso, al obligarlo a tener presente la doctrina contencioso administrativa, so pena de asumir las consecuencias patrimoniales de esa omisión.

De conformidad con lo expuesto, el presente artículo abordará el tema de la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado por el hecho del legislador, enfocado en el título de imputación derivado de la violación de la confianza legítima, tomando como problema central si la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado por el hecho del legislador, puntualmente por la violación de la confianza legítima, implica una invasión por parte del poder judicial de la órbita de competencias del Congreso de la República.

Frente a este cuestionamiento, la hipótesis de trabajo que validaremos luego de efectuado el análisis de rigor, indica que tal invasión no existe en la medida que la jurisprudencia a estudiar realmente constituye un llamado implícito a que, teniendo presente la libertad de configuración legislativa, los tránsitos normativos respeten las expectativas legítimas de

los asociados, de acuerdo con criterios de proporcionalidad y razonabilidad. De no ser así, será procedente una reparación basada en la pérdida de oportunidad como referente de tasación de perjuicios.

La importancia de este tema es innegable. Por sí sola, la responsabilidad patrimonial del Estado por el hecho del legislador, ha generado debates relacionados con la posibilidad de que una norma general y abstracta pueda ser fuente de daño antijurídico, pero abordar el análisis de este instituto desde la confianza legítima que les asiste a los asociados, nos muestra una arista novedosa y controversial del asunto.

Para desarrollar el tema propuesto, acudiremos a una metodología de carácter descriptivo y analítico, haciendo hincapié en la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa colombiana sobre el particular, sin perjuicio de algunas referencias doctrinales sobre el tema. De tal manera, abordaremos (i) la responsabilidad patrimonial extracontractual pública del legislador, (ii) la existencia de un nuevo título de imputación de responsabilidad extracontractual al legislador: desconocer la confianza legítima, y (iii) la libertad de configuración legislativa y la pérdida de la oportunidad, para a partir de todos esos elemen-

tos conceptuales, proceder a validar la hipótesis de trabajo propuesta. Igualmente, es necesario advertir que cada gran tema del presente texto se desarrollará a partir de una premisa que entraña la idea basilar, expuesta a modo de introito sobre el tema que corresponda.

2. La responsabilidad patrimonial extracontractual del legislador

Premisa: tanto Francia como Colombia, han admitido la posibilidad que el Estado sea declarado extracontractualmente, responsable del daño antijurídico que la actividad del legislador pueda generar en la esfera de los derechos de sus asociados.

Interesa efectuar algunos comentarios sobre la forma en que la jurisprudencia contencioso administrativa francesa y colombiana en la materia que nos convoca han evolucionado, abandonando la tesis inicial, a partir de la cual no era viable cuestionar las actuaciones del legislador y menos aún desprender alguna responsabilidad de las mismas, hasta llegar al punto en que, dando prevalencia a los derechos de los asociados, se reconoce que aquel debe asumir las consecuencias patrimoniales de los daños antijurídicos que el resultado

del ejercicio de sus competencias irroguen a los particulares.

2.1. Algunos aspectos sobre la evolución de la responsabilidad patrimonial por el hecho de las leyes en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés y colombiano

En primer lugar, abordaremos la forma en que la responsabilidad extracontractual surgida a partir del comportamiento del legislador ha evolucionado en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, donde se pueden distinguir con claridad dos estadios: el de su negación absoluta y el del reconocimiento pleno. Para este propósito, tomaremos como referente primigenio de análisis la sentencia del 31 de agosto del 2015 de la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado colombiano, que trae a colación los pronunciamientos que demarcan la línea evolutiva indicada.

El referente jurisprudencial evocado, principia el análisis trayendo a colación la decisión *l'arrêt Duchâtellier* del 11 de enero de 1838, en la que el Consejo de Estado francés estudió la reclamación indemnizatoria de un productor de sucedáneo de tabaco que resultó perjudicado por el dictado de la Ley del 12 de febrero de 1835, introductoria del monopolio fiscal del

tabaco. Esta posible responsabilidad extracontractual pública derivada de las actuaciones del legislador, también fue analizada por esa Colegiatura en el fallo *l'arrêt Ferrier*, calendado 6 de agosto de 1852, pronunciamiento con el que se decidió una solicitud indemnizatoria de perjuicios fundada en las consecuencias que la Ley del 2 de mayo de 1837, supresora de la telegrafía privada, generó a un particular que prestaba ese mismo servicio.

De la misma manera, el fallo *l'arrêt Moroge* del 5 de febrero de 1875 se pronunció sobre el reclamo de indemnización de perjuicios derivado de los efectos de la Ley del 2 de agosto de 1872, que introdujo el monopolio estatal para la producción de cerillas. Finalmente, se invocó el *l'arrêt Société E. Prremier et C. Henry*, adiado 29 de abril de 1921, en el que se estudiaron las pretensiones indemnizatorias fundamentadas en las consecuencias nocivas para un asociado francés de la prohibición de fabricación de ajenjo, establecida por la Ley de 16 de marzo de 1915².

¿Cuál era el denominador común de las decisiones del Consejo de Estado francés, remembradas ahora por su homólogo colombiano? Tomar como premisa basilar, que la ley era la manifestación de una actividad estatal soberana. La esencia de esta última, no podía ser otra que la de imponerse a todos sin compensación, haciendo que se tornara imposible la idea de que el juez se entrometiera en la esfera de decisión y apreciación que le asiste al legislador, máxime si hacerlo terminaba generando consecuencias patrimoniales para quien, a través de su producto —la ley—, reflejaba la voluntad popular. De allí que la conclusión frente al pedimento contenido en las demandas, no pudiera ser otra que la desestimación del mismo.

Empero, esta postura jurisprudencial encontró en el fallo *l'arrêt La Fleurette* del 14 de enero de 1938, un punto de inflexión. Al debatir la posible responsabilidad del Estado por haber expedido la Ley del 29 de junio de 1934, con la que se prohibió la fabricación y

meramente liberal, caracterizado por un aparato estatal reducido, y comenzaba un proceso de crecimiento administrativo en el que la autoridad pública reivindicaría la prestación de determinados servicios a sus asociados, llegando a su momento de auge teórico con la escuela de los servicios públicos. Sobre el particular ver MONTAÑA PLATA, Alberto, *El concepto de servicio público en el Derecho Administrativo*, Bogotá D.C., Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2008.

² Es importante anotar que un número significativo de las reclamaciones mencionadas fueron consecuencia de la privatización de algunas actividades y servicios que venían siendo ejercidos por los particulares. Para la época en que se dictaron algunas de las leyes por las que se deprecó el reconocimiento de indemnizaciones, ya estaba en curso el proceso de abandono del Estado

comercio de productos lácteos que no provinieran exclusivamente de leche, el Consejo de Estado francés advirtió que dado que el legislador no previó los efectos nocivos de esa norma, resultaba procedente indemnizar el perjuicio inherente a esos efectos no deseados por el legislador.

Aunque la relevancia de esta jurisprudencia es ineludible en la historia de la responsabilidad patrimonial pública, es necesario destacar que el título desde el que se estudió el asunto, no fue el del daño especial —propio de la responsabilidad objetiva o sin falta—: el pilar de ese dictamen judicial para fundamentar la declaratoria de responsabilidad, fue el estudio de los efectos no previstos y no deseados por el legislador sobre las personas. Solo hasta la expedición del fallo *l'arrêt Sté des Ets Lacaussade* del 22 de octubre de 1943, el Consejo de Estado francés adelantó el estudio de la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado por el actuar legislativo a la luz de un parámetro objetivo de imputación, posición ratificada con el fallo *l'arrêt Sieurs Caucheteux et Desmont* del 21 de enero de 1944 (CE, SCA, ST, SSB, Sent. del 31 de agosto de 2015, Exp. 22637).

Podemos apreciar entonces, la manera en la que Francia llegó a admitir la posibilidad que el Estado sea declarado patrimonialmente responsable

como consecuencia de la actividad de su órgano legislativo. A esta postura, se llegó luego de haber abandonado el dogma que predicaba que al ser el reflejo del querer del pueblo, la ley jamás podría ser fuente de responsabilidad patrimonial pública.

Abordados de manera muy general los antecedentes jurisprudenciales de la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado por el hecho del legislador en Francia, revisaremos grosso modo la evolución de ese mismo instituto en el ámbito de la jurisprudencia administrativa colombiana. Para estos efectos, es menester advertir que la misma³ fue abordada hasta hace relativamente poco por la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano, al punto que su aceptación data apenas de 1998

En efecto, esa Corporación, a través de su Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, absolvió una demanda de reparación directa que tomó como punto de partida la imposibilidad de juzgar agentes diplomáticos, de confor-

³ El presente análisis se efectúa sin ahondar en demasía en el debate jurisprudencial derivado de la responsabilidad patrimonial que le puede asistir al Estado por la declaratoria de inexecuibilidad de las leyes, el cual si bien ha cobrado relevancia en los tiempos actuales, escapa al tema que pretendemos desarrollar puntualmente.

midad con lo establecido por la Ley 6^a de 1972, aprobatoria de la Convención de Viena. En esta decisión judicial, se encontró que la actividad legítima del Congreso, concretada en la ley aprobatoria del tratado internacional, le produjo a la demandante un daño especial al imposibilitar su acceso a la administración de justicia –pues no podía obtener una resolución judicial de fondo contra agentes diplomáticos-. Esto constituyó motivo suficiente para imponer la obligación resarcitoria al legislativo, en su calidad de organismo generador del hecho dañoso al aprobar el tratado internacional correspondiente (CE, SPCA, Sent. del 25 de agosto de 1998, Exp. IJ-001).

Esta posición se ha sostenido pacíficamente en el desarrollo de la actividad de nuestro Consejo de Estado. Mediante sentencias del 8 de septiembre de 1998 (CE, SPCA, Exp. IJ-002) y del 19 de octubre de 2000 (CE, ST, Exp. 13945), la más alta corporación de la Jurisdicción Administrativa, ratificó que los efectos lesivos que las leyes proyecten en sus asociados podrían ser indemnizados a partir de la aplicación de un título de imputación objetivo como el daño especial. Sin embargo, debemos desatacar que el espectro de la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado va más allá de la posibilidad de acudir únicamente al régimen objetivo, pues en diversas oportunidades el máximo juez de la

actividad administrativa pública, ha abordado el estudio de las demandas de reparación por el comportamiento del legislador a partir de la inconstitucionalidad de su actividad.

En algunos de los casos en que las personas se han dirigido al juez administrativo para reclamar la indemnización de los perjuicios que les ha generado una ley, esta ha sido declarada inexecutable por parte de la Corte Constitucional al momento de efectuar el control concentrado correspondiente (Esguerra, 2011, pp. 368-391). Si bien es cierto, en estos casos se han presentado algunas situaciones complejas que serán comentadas más adelante, en este momento interesa advertir que la declaratoria de inconstitucionalidad de la ley, que sirve de base para la demanda correspondiente, entraña una situación asimilable, según un sector del Consejo de Estado, a una falla en el servicio, desplazando indefectiblemente la posibilidad de acudir a títulos objetivos. Esto se ha traducido en que el juez administrativo estudie el impacto que la decisión de la Corte Constitucional pueda llegar a tener en el adelantamiento del juicio de responsabilidad patrimonial en cada caso particular (CE, ST, SSC, Sent. del 26 de marzo de 2014, Exp. 28741).

Finalmente, en lo que atañe a la jurisprudencia constitucional en la ma-

teria, debemos resaltar que a partir de una demanda en la que se alegó una omisión legislativa relativa que viciaba el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, la Corte Constitucional indicó que el vehículo procesal idóneo para discutir la eventual responsabilidad patrimonial del Estado sí era la entonces llamada acción de reparación directa, hoy en día nominada como medio de control (Guecha, 2013, pp. 104-123).

El Tribunal Constitucional arribó a esta conclusión, luego de considerar que el *derecho viviente* daba cuenta de que el Consejo de Estado había aceptado, tomando como referente el contenido del artículo 90 Superior, que la actividad del legislador podía aparejar daños antijurídicos imputables al Estado, cuyo estudio habría de abordarse en la jurisdicción administrativa por vía de la reparación directa (CC, SP, Sent. C-083 del 1º de febrero de 2006). La Corte en esa oportunidad, concluyó que la enunciación legal expresa de la actividad del legislador como causal para reclamar la declaratoria de responsabilidad estatal, no era necesaria para admitir su procedencia, ya que la misma se desprende directamente del texto del artículo 90 de la Constitución⁴.

⁴ Nótese que actualmente, en el inciso segundo del artículo 140 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se dispone que "De conformidad

Estas consideraciones ponen de presente, que la jurisprudencia administrativa colombiana ha avalado la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado por el comportamiento del legislador, aplicando ante las demandas de reparación directa, títulos de imputación de corte tanto objetivo como subjetivo, si se quiere. Abordaremos ahora con mayor profundidad esta situación para comprender de una mejor manera la estructura del juicio aplicado por el Consejo de Estado para estudiar los casos que nos ocupan.

2.2. Títulos jurídicos de imputación aplicados por el Consejo de Estado colombiano en casos de RPPE por el hecho del legislador

Es momento de considerar algunas de las particularidades que ofrece la posibilidad de aplicar, para los casos

con el inciso anterior, el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma". La norma invocada presenta un listado enunciativo de algunos eventos que podrían comprometer patrimonialmente al Estado, no obstante puedan presentarse otras situaciones no contempladas en su texto que puedan aparejar la misma consecuencia jurídica.

que nos ocupan, los regímenes de responsabilidad objetivo y subjetivo.

Frente al primero de los mencionados tenemos que, los títulos objetivos de imputación apuntan a eventos en los que el funcionamiento del servicio o el despliegue de la actividad estatal no se encuentra viciado por defecto o incorrección alguna, pero ello no obsta para que se irrogue un daño antijurídico al asociado. Dicho de otra manera, el funcionamiento normal de servicio o adelantamiento correcto de alguna actividad, también puede constituir fuente para comprometer patrimonialmente al Estado. Este régimen se presenta como complementario del subjetivo (Arenas, 2013, pp. 115-121).

En cuanto a la responsabilidad objetiva concretada en un daño especial, en la ya comentada Sentencia del 1º de agosto de 1998 (IJ 01 de 1998) de la Sala Plena Contencioso Administrativa del Consejo de Estado, se afirmó que lo determinante para efectuar el análisis de una eventual obligación indemnizatoria por parte del Estado, yace en la antijuridicidad del daño que esta le genera al asociado, más no necesariamente en la conducta del agente que lo provoca. Esta posición se encuentra en sintonía con lo concebido por la Corte Constitucional, para quien el daño antijurídico apunta al menoscabo producido a quien no

tiene el deber jurídico de soportarlo, al margen del comportamiento de su generador (CC, SP, Sent. C-333 del 1º de agosto de 1996).

Así las cosas, para aplicar el título de imputación del daño especial, naciente al romper la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas, en el caso estudiado por el juez administrativo, deben estar presentes todos y cada uno de los siguientes elementos, so pena de la improcedencia de su aplicación (i) El ejercicio de una actividad legítima por parte de la autoridad pública, (ii) el menoscabo de un derecho radicado en cabeza del asociado, (iii) la imposición al asociado de una carga mayor a la inherente a la vida en sociedad, (iv) la consumación de un daño especial y grave, y (v) la relación de causa a efecto entre el comportamiento del legislador y el perjuicio irrogado.

Con la aparición coetánea de los requisitos indicados, es posible que se confirme que una ley ajustada a la Constitución rompa con la igualdad de un grupo específico de personas, imponiéndoles la asunción de una carga mayor a aquella que normalmente se desprende de la vida en comunidad. La gravedad y especialidad del perjuicio soportado, justifica entonces, adjudicar la obligación reparadora al Estado por el actuar legislativo.

Ahora bien, mirando hacia la responsabilidad de corte subjetivo, la doctrina nacional ha señalado que esta se estructurará a partir de la presencia de la culpa en el comportamiento de la autoridad pública, régimen principal en el ámbito de la responsabilidad patrimonial estatal (Arenas, 2014, p. 204). La jurisprudencia administrativa ha sido enfática en señalar, que su principal manifestación —la falla en el servicio— ocurre cuando el retardo, irregularidad, ineficiencia, ausencia u omisión marcan la prestación de un servicio determinado, generando a su vez un daño antijurídico al asociado (CE, SCA, ST, Sent. del 7 de abril de 2011, Exp. 20750). Cuando se ha estudiado la responsabilidad extracontractual del Estado por el hecho del legislador bajo esta óptica, antes debe considerarse la regulación sobre el efecto temporal de las decisiones que la Corte Constitucional adopta, al ejercer su función de revisión concentrada sobre las leyes.

Al revisar el proyecto de ley estatutaria que a la postre se convertiría en Ley 270 de 1996 —sobre administración de justicia—, la Corte Constitucional advirtió que es la única autoridad que se encuentra legitimada para establecer los efectos en el tiempo de sus decisiones. Por ello, esta Corporación se encuentra facultada para disponer, con total autonomía, cuándo una de sus determinaciones producirá

efectos a futuro —*ex nunc*—, retroactivos —*ex tunc*—, o diferidos⁵. Si la Corte decide darle efectos diferentes al *ex nunc*, que por lo demás constituye la regla general de sus decisiones, deberá consignarlo expresamente en la providencia judicial correspondiente (CC, SP, Sent. C-037 del 5 de febrero de 1996).

Esta facultad de la Corte Constitucional ha tenido repercusiones en el tema que nos ocupa. Para ilustrar el punto, el Consejo de Estado recientemente resolvió algunas demandas de responsabilidad extracontractual basadas en la declaratoria de inconstitucionalidad de la tasa especial de servicios aduaneros (TESA) consagrada en la Ley 633 de 2000, tributo que fue retirado del ordenamiento jurídico por la Corte Constitucional, a través la Sentencia C-992 de 2001

Luego de esta declaración de inconstitucionalidad, en una primera decisión que amerita ser comentada, el Consejo de Estado advirtió que desde el artículo 90 de la Constitución, todas las

⁵ Este concepto apunta a aquellos casos en los que si bien se constata la inconstitucionalidad de la norma, la Corte Constitucional le otorga un plazo al legislador para que expida una regulación acorde con los cánones constitucionales, so pena de la materialización de su inconstitucionalidad a través del retiro definitivo del ordenamiento jurídico. Sobre el particular puede verse CC, SP, Sent. C-818 de 2011.

autoridades públicas deberán asumir la indemnización de perjuicios consecuenciales al daño antijurídico que les resulte imputable, agregando que la declaratoria de inconstitucionalidad denota una falla en el servicio, y si bien la Corte Constitucional puede guardar silencio sobre los efectos temporales de sus decisiones, ello no obsta para entender que el vicio que recae sobre la ley existe desde su mismo nacimiento, lo que en su conjunto impide proteger situaciones que se consolidaron a partir de una ley inconstitucional (CE, SCA, ST, SC, Sent. del 26 de marzo de 2014, Exp. 28741). De allí que acogiera el petitum indemnizatorio de la demanda, y ordenara al Congreso de la República asumir el valor del perjuicio causado.

Esta posición fue reiterada por la misma Colegiatura al resolver otra demanda que involucraba la TESA. En esta ocasión, recordó que el juez administrativo no se encuentra sujeto para su decisión a los efectos en el tiempo del fallo de inconstitucionalidad. Adicionalmente, la declaratoria de inexequibilidad solamente confirma la existencia de una falla en el servicio que puede ser fuente de un daño antijurídico (CE, SCA, ST, SSA, Sent. del 11 de junio de 2014, Exp- 26702).

Sin embargo, la uniformidad jurisprudencial no ha sido un atributo

predicable del juez administrativo en el tema que nos convoca. Otro sector de la Sección Tercera, afirmó que no es posible imponer la obligación resarcitoria al Congreso de la República, en la medida que la única llamada por el ordenamiento jurídico a pronunciarse definitivamente sobre la constitucionalidad de las normas, es justamente la Corte Constitucional. Por esta razón, el Consejo de Estado carece de competencia para manifestarse sobre los efectos e implicaciones de la modulación temporal de las decisiones del Tribunal Constitucional, y de hacerlo, usurparía las facultades de este. Adicionalmente, advirtió que no puede pasarse por alto que las leyes se presumen constitucionales, hasta tanto se emita una decisión en sentido contrario. Las situaciones que se consoliden mientras la norma se presume constitucional, gozarán de la protección del sistema jurídico, salvo que la Corte Constitucional decida retirarla declarando la inexequibilidad retroactiva (CE, SCA, ST, SSA, Sent. del 20 de octubre de 2014, Exp. 29335).

Como un aditivo a la controversia suscitada al interior de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el mismo Consejo de Estado, esta vez fungiendo como juez constitucional, ordenó a la Subsección C de la Sección Tercera, rehacer el primero de los fallos comentados, que había decla-

rado la responsabilidad del Congreso. Considerando inicialmente, que la decisión de la Corte Constitucional sobre la TESA tiene efectos hacia futuro, desconocer lo relacionado con los efectos de los fallos del Tribunal Constitucional, implicaría introducir indebidamente, una excepción al artículo 45 de la Ley 270 de 1996, sin mencionar que restaría el efecto útil que deben tener las providencias de constitucionalidad. Para el juez de tutela, entonces, se encontraron algunos desaciertos en la resolución judicial sometida a su escrutinio.

Adicionalmente, el juez constitucional precisó que en este caso, la imputación del daño no podía recaer en el Congreso sino en la DIAN, entidad que recaudó el tributo correspondiente. Finalmente, agregó que en el marco de la actividad legislativa, es difícil hablar de falla en el servicio, pues se requeriría demostrar a nivel subjetivo, la culpa del causante del daño, sin mencionar que la forma de ventilar estas controversias, no es a través de la reparación directa, sino de la nulidad y restablecimiento del derecho, previa solicitud a la administración de la devolución del tributo que se considera indebidamente pagado (CE, SCA, SC, Sent. del 7 de abril de 2016).

Estas consideraciones resumen el estado actual, desde los títulos de imputación, de la responsabilidad que

le puede corresponder al Estado por la actividad del legislador. El debate, en cuanto a la responsabilidad por leyes inexecutable, continúa sobre la mesa. Sin embargo, a continuación analizaremos una posibilidad de responsabilidad abierta recientemente por la jurisprudencia administrativa: la derivada de la violación de la confianza legítima.

3. Un nuevo título de imputación de responsabilidad extracontractual al legislador: desconocer la confianza legítima

Premisa: a los títulos jurídicos de imputación acogidos por el Consejo de Estado colombiano, para abordar la responsabilidad extracontractual del Estado por el hecho del legislador, se agregó la violación de la confianza legítima, como elemento autónomo a partir del cual podrá endilgarse la responsabilidad en cita.

3.1 La confianza ciudadana: la buena fe y la confianza legítima

Las líneas subsiguientes, las dedicaremos al análisis de los elementos jurídicos, que permiten predicar el

amparo de la confianza que las personas depositan en las autoridades públicas. Estos elementos de carácter sustantivo se encuentran presentes en nuestra Constitución, y desde allí, se teje todo el entramado necesario para fundamentar no solo su relevancia jurídica, sino la necesidad de su protección incluso ante el actuar del legislador.

Abordando un primer referente de análisis, desde la óptica de la jurisprudencia constitucional, la buena fe consiste en esperar que tanto las autoridades públicas como los particulares, actúen de manera honesta y leal, tal y como lo haría una persona correcta, siendo menester que las relaciones jurídicas se adelanten de acuerdo con la seguridad y credibilidad derivadas de la rectitud comportamental. Es por ello que en el sentir del Tribunal Constitucional colombiano, la buena fe es un postulado que facilita la integración del ordenamiento jurídico, al tiempo que regula los vínculos entre el Estado y los particulares. Adicionalmente ostenta el carácter de principio constitucional; de acuerdo con el artículo 83 del Texto Superior, las relaciones entre los sujetos de derecho se rigen por este, y su observancia se presume en las actuaciones de los particulares frente a las autoridades públicas, a pesar de lo cual, es una presunción legal que admite prueba en contrario

(CC, SP, Sent. C-1194 del 3 de diciembre de 2008).

De otro lado, uno de los pilares de la jurisprudencia administrativa cuyo análisis nos ocupa, lo encontramos en el principio de confianza legítima, que también goza de amplia relevancia desde la óptica constitucional. De allí que sea indispensable, dedicar algunas líneas a la revisión de su noción y de los elementos que la componen.

La confianza legítima se erige como el resultado de una interpretación sistemática de nuestra Ley Mayor. Así, a partir de la conjunción de la buena fe (artículo 83 Superior) y la seguridad jurídica (artículo 2º de la Carta Magna), la jurisprudencia constitucional ha establecido que esta constituye un principio que ampara las expectativas de los particulares para acceder y/o mantener un derecho o estado de cosas, impidiendo que estos sean alterados súbitamente sin que para ello exista una transición (CC, SP, Sent. C-131 del 19 de febrero de 2004). Este principio de raigambre constitucional, toma como punto de partida la convicción de estabilidad de los particulares frente a una determinada situación, amparada por la imagen de legalidad que recae sobre la misma, y que surge del comportamiento tanto activo como pasivo de las autoridades públicas en el caso concreto. De allí que ante

modificaciones de ese estado de cosas, sea necesario que los particulares cuenten con un tiempo razonable para poder ajustarse a la nueva situación jurídica que se pretende instaurar.

A nivel doctrinal, encontramos que este principio ha sido concebido como un elemento reactivo al comportamiento de las autoridades públicas, cuya finalidad no es otra que proteger la confianza que el ciudadano ha depositado en la administración, a partir del comportamiento de esta, de los cambios intempestivos ejecutados por la autoridad pública. Así lo enseña Barboza (2013) cuando afirma que:

“Con base a lo anterior, puede ofrecerse una primera aproximación a la confianza legítima, señalando que se trata de un sistema de defensa en manos de los ciudadanos ante las actuaciones súbitas, impredecibles o sin cautelas suficientes de los distintos Poderes Públicos (administrativo, legislativo y judicial) con el objeto de proteger, en los casos que así lo merezca, la confianza depositada por aquellos en la estabilidad de la conducta de éstos, aún cuando la actuación generadora de dicha confianza fuera irregular” (p. 99).

De otro lado, la jurisprudencia constitucional sobre la materia, ha fijado una serie de condiciones que deben concurrir para que la confianza le-

gítima se considere menoscabada, que a saber son a) la consonancia del comportamiento del particular con el interés general, b) que el comportamiento sea de buena fe, iii) la desestabilización cierta, evidente y razonable de la relación administración- particular por el cambio abrupto de parte de aquella, y d) la obligación de adoptar las medidas necesarias para estabilizar la conducta de los particulares (CC, STR, Sent. T-210 del 23 de marzo de 2010).

Este principio se proyecta en forma de derecho a favor de los particulares, imponiendo prima facie la prohibición a la autoridad pública, de desconocer tanto sus actuaciones previas, como los efectos inherentes a las mismas. Empero, no toda interferencia en el espectro de la confianza legítima implicará su menoscabo, en tanto no puede perderse de vista que al no estar ante derechos adquiridos, las autoridades disponen de un margen de afectación mayor al estado de cosas en el que se desenvuelve el comportamiento de la persona.

Finalmente, debemos advertir que la situación específica en que se encuentre el particular, debe ser respetada por la misma autoridad, sin que importe si se han observado o no, los lineamientos formales propios de cada caso específico. Esto, debido a que la credibilidad que se desprende del

comportamiento de las autoridades públicas, resulta indispensable para afianzar la fortaleza institucional (CC, SPR, Sent. T-675 del 9 de septiembre de 2011).

Así las cosas, la confianza legítima constituye un principio derivado de la Ley Mayor, según el cual, las expectativas generadas en los particulares, derivadas de comportamientos activos o pasivos de las autoridades públicas, se traducen en unos efectos que no pueden desconocerse abruptamente, realizando con ello tanto la buena fe como la seguridad jurídica en el marco del Estado Social de Derecho (CC, SCR, Sent. T-599 del 22 de agosto de 2014).

3.2. La responsabilidad patrimonial del Estado legislador a partir de la violación de la confianza legítima

En este apartado, comentaremos un nuevo título jurídico de imputación, introducido por la jurisprudencia del Consejo de Estado en la materia: la violación de la confianza legítima Sin embargo, antes debemos anotar que la jurisprudencia en boga en la Sección Tercera del Consejo de Estado, tomó partido en el debate sobre los efectos de la modulación temporal de las decisiones de constitucionalidad en el juicio de responsabilidad por el

hecho del legislador, decantándose por la opción según la cual, la temporalidad de la decisión de inconstitucionalidad no tiene impacto alguno en el adelantamiento del juicio de responsabilidad, pues este no es un elemento estructural del daño anti-jurídico, que además de ser un componente rector de la responsabilidad extracontractual, se caracteriza por ser independiente y ajeno a cualquier estudio de constitucionalidad sobre la norma productora del daño. Con base en esta idea, advirtió que la modulación temporal adoptada en la providencia que estudie la demanda de inconstitucionalidad contra la ley, no tendrá repercusión alguna en el adelantamiento del juicio de responsabilidad (CE, SCA, ST, SSB, Sent. del 31 de agosto de 2015, Exp. 22637).

Al margen de la exequibilidad o no de la norma que constituye la fuente del daño, el Consejo de Estado fijó como premisa rectora de su posición, que la actividad legislativa claramente puede generar responsabilidad patrimonial extracontractual pública cuando afecta las expectativas legítimas o los estados de confianza, sea porque introdujo cambios impredecibles y abruptos en las condiciones para acceder a un derecho, o porque no se introdujo un régimen de transición para facilitar la adaptación al nuevo estado de cosas normativo. Este, continúa el máximo Juez Administrativo,

es un título de imputación autónomo, que encuentra su fundamento en los mandatos constitucionales derivados de la buena fe y la confianza legítima (artículos 83 y 84 de la Norma Superior), por lo que la privación de la oportunidad de adquirir un derecho en vía de consolidación o de mantener un estado de cosas propiciado por la autoridad pública, constituye un daño autónomo ligado a la pérdida de la oportunidad.

Conceptualmente, en primera medida, la jurisprudencia administrativa nos enseña que las expectativas legítimas, parten de la ocurrencia de buena parte de los hechos contemplados en la ley para consumir la estructuración de un derecho, aclarando que, si bien no podemos predicar su consolidación strictu sensu, tampoco puede omitirse que ese sería el resultado natural de haber seguido el camino que el ordenamiento jurídico traza para ello. Sobre el tema la Sección Tercera del Consejo de Estado señaló que:

“Son, entonces, situaciones que si bien no están consolidadas ni han generado una situación de adquisición de un derecho, sí han creado expectativas válidas, en cuanto fundadas en la realización progresiva de los supuestos de hecho tasados legalmente para la obtención del derecho y por ende, gozan de protección” (CE, SCA, ST, SSC, Sent. del 31 de agosto de 2015).

Esta noción guarda cierta relación con la confianza legítima, concepto que como vimos, denota una situación en la que el Estado despliega conductas inequívocas y objetivas que de manera tajante, permiten que el ciudadano deduzca que habrá de consumarse una determinada consecuencia. Enseña el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo:

“Como se señala en la doctrina, son los que se crean en el ámbito del sujeto a partir de comportamientos uniformes del Estado que se caracterizan por ser actos objetivos, externos, claros, tangibles, inequívocos, reales, lo “suficientemente concluyentes (...) que orient[a]n al ciudadano hacia una determinada conducta”, que, si bien pueden nacer al margen del principio de legalidad, se acompañan con la confianza constitucionalmente protegida (art. 83) que generan esas actuaciones de las autoridades” (CE, SCA, ST, SSC, Sent. del 31 de agosto de 2015).

Fijando el contenido de los conceptos de confianza legítima y estados de confianza desde la Constitución, la jurisprudencia administrativa ha enlistado las condiciones a partir de las cuales, el desconocimiento de estos, puede erigirse como un título jurídico autónomo de imputación de responsabilidad extracontractual, requisitos que a saber son:

- La existencia de una disposición normativa de la que se desprendan expectativas legítimas o estados de confianza en los asociados, que a su vez, se traducen en la realización de las acciones necesarias para la consolidación del derecho según los mandatos legales, o en la consumación de actos que de manera objetiva e inequívoca generen convicción de confianza y estabilidad jurídica en la comunidad, respectivamente.
- La aparición de un comportamiento estatal homogéneo, a partir del que se infiere que el Estado permitirá la estructuración total del derecho, o que continuará comportándose de la misma manera que lo ha venido haciendo con respecto a los asociados.
- La actuación de la persona, debe de ser manera consecuente con el comportamiento estatal, por lo que sus bienes jurídicos, tanto los de la esfera patrimonial como extrapatrimonial, pueden verse impactados.
- La ocurrencia de una acción intempestiva del Estado, que atenta contra esas expectativas legítimas y los estados de confianza, que se han arraigado en sus destinatarios.
- La transgresión estatal de las obligaciones de adaptación y adecuación normativa, al haber

desconocido (a) la fijación de un plazo razonable para que los asociados se acoplen al nuevo régimen jurídico, (b) la creación de mecanismos para que los asociados se adapten a ese nuevo orden normativo, o (c) la adopción de mecanismos eventuales de compensación a los afectados (CE, SCA, ST, SSC, Sent. del 31 de agosto de 2015).

A partir de estos requisitos, es posible que el Estado pueda ser declarado patrimonialmente responsable por el desconocimiento del principio de confianza legítima, concretado en la inobservancia strictu sensu de aquel, o en la vulneración de los estados de confianza que la autoridad permitió que se arraigara en el ideario de sus asociados.

Finalmente, sobre la forma en que habrá de repararse el perjuicio generado, en el caso de las expectativas legítimas, el juez deberá establecer el grado de cercanía y/o probabilidad de perfeccionamiento del derecho, para así precisar, si el daño reúne las características de certeza y realidad. En cuanto a la infracción de los estados de confianza, la reparación de la misma, se sujeta al desconocimiento abrupto de la tolerancia ininterrumpida del Estado sobre ciertas situaciones que generaron en los ciudadanos la convicción que las mismas estaban

debidamente amparadas por este (CE, SCA, ST, SSC, Sent. del 29 de julio de 2013, Exp. 27228 y CE, SCA, ST, SSC, Sent. del 31 de agosto de 2015).

De tal manera, queda claro, que actualmente la responsabilidad extracontractual generada por la actividad del legislador, puede provenir de (i) un daño especial generado en algunos destinatarios de la norma, (ii) una “falla” en la actividad legislativa, y (iii) la violación de la confianza legítima. Esta es la gama de factores de atribución, que actualmente presenta la jurisprudencia del Consejo de Estado, los cuales, complementados con el daño antijurídico irrogado al particular, podrán derivar en la declaratoria de responsabilidad

4. ¿Necesidad de crear un título de imputación autónomo? la libertad de configuración legislativa y la pérdida de la oportunidad

Premisas: el presente apartado comprenderá como premisas para su desarrollo que (i) la libertad de configuración que le asiste al legislador no se ve afectada por la nueva jurisprudencia del Consejo de Estado, puesto que la misma solo implica que el legislador deba prestar la debida atención a la regulación de tránsitos

legislativos, y que (ii) la violación de la confianza legítima, como fundamento de imputación de responsabilidad por el hecho de legislador, se apoya en la pérdida de oportunidad como referente para determinar la reparación a la que eventualmente se tenga derecho.

4.1. La libertad de configuración legislativa

Estudiada la posición del Consejo de Estado, sobre la responsabilidad patrimonial que le puede asistir al poder público a partir de la actividad legislativa, consideramos oportuno presentar unas breves consideraciones sobre la libertad de configuración legislativa, atributo que le asiste al Congreso cuando ejerce esa función derivada de la Constitución.

Para determinar en qué consiste la noción cuyo análisis nos ocupa, tenemos que el ordenamiento constitucional colombiano, asigna roles puntuales a las autoridades que ejercen el poder público, partiendo de la ramificación del mismo. A partir de esta división, la expedición de las leyes está atribuida únicamente, al Congreso de la República (Kelsen, trad. 2005, pp. 301-303), y solo excepcionalmente, el Presidente puede dictar decretos que tendrán la misma fuerza de la ley, siempre y cuando el legislativo lo habilite de manera previa y expresa

para el efecto, o se trate de decretos legislativos dictados al abrigo de un estado de excepción; en estos eventos precisos, los decretos emitidos por el jefe de Estado gozarán de la misma jerarquía que las leyes (Hoyos, 2008, pp. 110-122).

La separación de poderes de la que hablamos, lleva a que el Congreso sea titular de la cláusula general de competencia en materia legislativa, quedando habilitado para regular, a través de la ley, múltiples aspectos de la vida pública como las conductas penales, el régimen contractual del sector público, los procedimientos judiciales, lo relacionado con el derecho a la seguridad social y todo lo atinente a la función pública, entre otros tantos que se ubican en este espectro competencial, sin que al hacerlo le sea posible desatender los mandatos superiores. Es a la facultad congresional de tomar una decisión política dentro de varias posibles, para que luego de agotada la deliberación democrática se convierta en ley, es a lo que se le conoce como libertad de configuración legislativa (CC, SP, Sentencia C-1050 del 4 de diciembre de 2012).

Esta libertad de configuración de la que goza el legislador, si bien es cierto resulta amplia en diversas materias, de ninguna manera es absoluta. A título de ejemplo, existen algunas cuestiones que necesariamente, deben discutirse

en un escenario fundacional como el constituyente, o que deben ventilarse y definirse en un espacio ajeno al democrático, como sería por ejemplo, la imposición de una sanción de corte administrativo. En tales eventos es notorio que no existe facultad alguna de intervención directa a través de la ley (CC, SP, Sentencia C-1050 del 4 de diciembre de 2012).

La relación que surge entre la actividad legislativa del Congreso y la Constitución, está marcada por cierto grado de complejidad, en la medida que, si bien es cierto las actuaciones de aquel se encuentran regidas indefectiblemente por los mandatos superiores, no lo es menos que, como vimos, la Carta le ofrece la posibilidad de escoger entre las diversas opciones políticas que se presenten, siempre y cuando respete el principio democrático (CC, SP, Sentencia C-1050 del 4 de diciembre de 2012). Este panorama lleva a que esta relación, tenga un carácter evidentemente complejo, en la medida que a partir del principio indicado, el Congreso goza de la libertad suficiente para tomar la decisión que considere más acertada, pero la supremacía de Ley Mayor lo subordina a atender el marco delimitado por el constituyente (CC, SP, Sent. C-093 del 31 de enero de 2001).

Con base en lo anterior, la Corte Constitucional ha señalado que para

determinar el margen de libertad que le asiste al legislador en un caso puntual, esta siempre será inversamente proporcional a la amplitud con la que la Carta aborde un instituto jurídico-político preciso (CC, SP, Sent. C-404 del 19 de abril de 2001). Dicho de otra manera, entre más completa sea la reglamentación presente en la Constitución, menor será el margen de apreciación y decisión del que goce el Congreso para desarrollarlo legalmente.

Por último, cabe anotar que cuando el Congreso respeta las pautas aplicables a un asunto que decide regular, ante un eventual juicio de constitucionalidad, como lo serían por ejemplo los valores en que se funda el Estado, los derechos fundamentales y la necesidad de hacer prevalecer el derecho sustancial, entre otros tantos (CC, SP, Sent. C-126 del 9 de marzo de 2016) la Corte no tendrá una salida diferente a declarar que el enunciado normativo sometido a su escrutinio se aviene a los dictados de la Ley Mayor. (CC, SP, Sent. C-1050 del 4 de diciembre de 2012)

4.2. La teoría de la pérdida de oportunidad

Volviendo a tomar como referente de análisis la Jurisprudencia Contencioso Administrativa, en aras de validar

nuestra hipótesis, interesa analizar la posición actual sobre la pérdida de la oportunidad como fundamento de la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado, siguiendo la Sentencia del 5 de abril de 2017, de la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

La pérdida de la oportunidad, es una construcción que ha tenido diversos entendimientos tanto en Francia como en Colombia. Siguiendo a Henao (1998), esta se puede explicar como “si yo hubiera tenido la oportunidad de hacer X, Y se habría presentado; pero como nunca fue así, Y nunca se presentó” (p. 159). No hay certeza sobre el perjuicio, pero sí sobre la existencia de una oportunidad de adquirir un beneficio o evitar un perjuicio.

En el ámbito de la jurisprudencia reciente del Consejo de Estado colombiano en la materia, esta ha sido expuesta como la consecuencia del comportamiento de un tercero que acaba afectando un interés jurídico, consistente en la posibilidad genuina de obtener un beneficio o evitar una pérdida. No se trata de reparar la afectación a un derecho, sino de hacerlo sobre la probabilidad de haberlo afectado. La definición presentada, denota la falta de certeza sobre la ocurrencia o no del beneficio, pero no de la afectación de una expectativa

legítima, pues como lo señala esa Corporación:

“(…) y que si bien existe incertidumbre de saber si el beneficio se habría producido o el perjuicio se habría evitado, existe certeza en que se ha cercenado de modo definitivo un interés legítimo, lo que da acceso al débito resarcitorio” (CE, ST, SSB, Sent. del 5 de abril de 2017, Exp. 25706).

Vista la noción de pérdida de oportunidad, encontramos que en el país galo se viene manejando una postura desde el año 2000 según la cual, impedir que se reciba un beneficio o que se evite una pérdida, constituye un daño que por su naturaleza, se erige como autónomo e indemnizable de manera proporcional justamente a lo que representa esa pérdida. Esta tesis fue plasmada en los fallos del Consejo de Estado francés *Cts Telle et Ap-Hp c/M Guilbot* del 5 de enero de 2000 y el *Centre Hospitalier de Vienne* del 21 de diciembre de 2007, y ha sido aplicada en asuntos de responsabilidad médica y de acceso a la función pública, pero aún no ha llegado al ámbito de los contratos estatales, donde la reparación sigue regida bajo la idea de todo o nada.

De esta manera, es claro que la concepción de la pérdida de la oportunidad, apunta a que en los casos en que exista una posibilidad seria, cierta

y razonable de que con determinado comportamiento no se hubiera frustrado la posibilidad legítima de acceder a un beneficio o evitar un desmedro, se impone la declaratoria de responsabilidad del demandado.

Específicamente en el ámbito de la jurisprudencia contencioso administrativa nacional, en cuanto a la naturaleza de la pérdida de la oportunidad, se han esgrimido dos concepciones a partir de la teoría de las probabilidades y de la teoría del daño, respectivamente. La primera de ellas, fincada en la causalidad probabilística, enseña que la pérdida de la oportunidad es una teoría que permite superar algunas de las dificultades probatorias relacionadas con la imputación, específicamente para acreditar la relación de conexidad entre el daño y la conducta de quien lo genera, propiciando eventualmente una responsabilidad proporcional a la probabilidad de que el daño ocurriera o no.

Debemos recordar, que el juicio de responsabilidad tiene como presupuesto la existencia de un daño antijurídico, es decir, aquel que el individuo no está llamado a soportar (CC, SP, Sent. C-333 de 1º de agosto de 1996), y un juicio de imputación, que comprende una esfera fáctica –determinación de la incidencia comportamental del demandado en la

producción del daño- y otra jurídica —estudio de un mandato normativo a partir del cual se imponga un deber u obligación a partir del que nazca la obligación resarcitoria- (Serrano, 2001, pp. 279-322). La concurrencia de estos elementos es indispensable, so pena de la negativa del pedimento resarcitorio de la demanda. Visto lo anterior, para esta primera postura, habrá lugar a indemnizar perjuicios en aquellos eventos en los que no exista prueba suficiente del nexo causal, entre el daño antijurídico y el comportamiento de la autoridad pública. Sin embargo, la obligación resarcitoria no puede comprender el perjuicio como si este se hubiera estructurado completamente —pues en este caso será real y concreto-, sino que deberá hacerse de manera proporcional a la probabilidad de ocurrencia.

En otra orilla, aparece la postura que lee la pérdida de la oportunidad como una entidad constituida desde la teoría del daño, y que se soporta en la frustración de una expectativa legítima por el comportamiento de una autoridad estatal. Su naturaleza, por contera, es la de un daño autónomo que afecta dicha expectativa, y que habrá de indemnizarse de conformidad con el porcentaje de probabilidad de realización de la oportunidad frustrada. Así, la misma se encuentra sujeta a que (i) haya certeza de que

en efecto, se perdió una oportunidad específica, que (ii) imposibilita la obtención de un provecho o menoscabo, considerando que (iii) esa oportunidad perdida conllevaba una situación potencialmente adecuada para obtener un resultado favorable a los intereses del administrado, tanto en un plano fáctico como jurídico.

En la providencia tomada como punto de apoyo para estas consideraciones, la Sección Tercera se decanta por la segunda de las posiciones expuestas, concluyendo que la pérdida de la oportunidad implica un daño autónomo por afectar las expectativas legítimas de los asociados. Para arribar a esta conclusión, consideró que la concepción de la pérdida de la oportunidad como un referente ubicado en el plano de la causalidad, implicaría declarar la responsabilidad extracontractual sin tener seguridad en que exista certeza entre el daño y el hecho que lo genera, y menos aún sin tener certeza que la autoridad llamada a juicio fue la que produjo la afectación antijurídica. Adicionalmente, acoger esta postura llevaría a que se desconozca la igualdad entre las partes, en virtud de una presunción de causalidad.

Es por esta razón, que la pérdida de la oportunidad actualmente demanda la concurrencia de un elemento de certeza en relación con la existencia

de una expectativa cierta y razonable de acceder a un beneficio o frustrar una afectación, junto con la incertidumbre de haber podido obtener una ganancia o beneficio. La certidumbre del daño parte del primer componente.

Para que el juez administrativo aplique esta figura, deberá tener en cuenta que (i) la lesión debe recaer sobre un interés jurídico, sobre el que exista una expectativa legítima, cierta y razonable de ocurrencia, (ii) a que el resultado esperado sobre el beneficio o perjuicio esté sujeto a un resultado aleatorio, (iii) la pérdida tiene por objeto concreto la oportunidad, no sobre el beneficio o impedimento de perjuicio como tal, (iv) la cuantificación del perjuicio deberá estar asociada a la probabilidad de ocurrencia del beneficio o de la frustración del daño. Finalmente, si la ganancia o provecho está condicionada en su ocurrencia a hechos futuros, la posibilidad de aplicar la pérdida de oportunidad queda anulada.

4.3. Conjunción: la necesaria atención del legislador a las transiciones normativas para realizar debidamente la confianza legítima.

Recogiendo lo expuesto hasta ahora, queda claro que la Constitución le permite al legislador desarrollar sus

postulados, respetando siempre el marco sustantivo y procedimental que ella misma le brinda. Esto a su vez, se traduce en que la deliberación política, propia del escenario legislativo, le permitirá acoger con suficiente legitimidad alguna de las diversas opciones que se presenten para reglamentar un derecho o deber, y plasmarla en el texto normativo que producirá efectos jurídicos vinculantes en la comunidad.

En este momento, es importante recordar que a la luz de la jurisprudencia constitucional, se hablará de un derecho adquirido cuando se hayan cumplido todos los requisitos exigidos por la ley para consolidarlo e introducirlo en el patrimonio de la persona, lo cual deberá ocurrir durante la vigencia de una ley específica, o dicho de otra manera, antes que se produzca algún tránsito legislativo. Así se desprende del siguiente aserto de nuestra Corte Constitucional:

“(...) configuran derechos adquiridos las situaciones jurídicas individuales que han quedado definidas y consolidadas bajo el imperio de una ley y que, en tal virtud, se entienden incorporadas válida y definitivamente o pertenecen al patrimonio de una persona.” Aclarando posteriormente que “la Constitución prohíbe el desconocimiento o modificación de las situaciones jurídicas consolidadas bajo

la vigencia de una ley, con ocasión de la expedición de nuevas regulaciones legales” (CC, SP, Sent. C-789 de 24 de septiembre de 2002).

Si no se presentan las condiciones para predicar la existencia de un derecho adquirido, la persona tan solo se ubica en el plano de una mera expectativa legítima para acceder a un derecho (CC, SP, Sent. C-789 de 24 de septiembre de 2002), situación que puede ser modificada por el legislador dependiendo de la valoración que dicho organismo efectúe sobre la conveniencia de una reforma legislativa. En efecto, cuando el legislador decide en medio de su autonomía y libertad de configuración variar la forma en que se regula el acceso a un derecho o el ejercicio de un deber, y en consecuencia afecta las expectativas legítimas de los asociados, cobra gran relevancia la introducción de un régimen de transición normativa. Estas son medidas legislativas enfocadas en proteger, justamente, las expectativas de las personas que se encontraban en vía de consolidar un derecho, pero que se verían seriamente perturbadas con la mutación normativa emanada del Congreso.

Para ilustrar la esencia e implicaciones de un régimen de transición, interesa revisar el consagrado en la Ley 100 de 1993, limitado a su vez por lo reglado en el Acto Legislativo

01 de 2005, que reformó el artículo 48 de la Carta Política. La primera de las normas invocadas, señalaba que aquellas personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones contaran con 35 años de edad si se trataba de una mujer, o de 40 años si el beneficiario era un hombre, o contaban con 15 años de servicio, tendrían derecho a que se les respetara la edad, el tiempo de servicio y el monto pensional propio de la normatividad que les sería aplicable, antes de la aparición en escena de la Ley 100 de 1993. Por su parte, el Acto Legislativo 01 de 2005 indicó que el régimen de transición descrito, mantendría su vigencia hasta el 31 de julio de 2010, excepto si se trataba de una persona que tenía cotizadas más de 750 semanas a la fecha de entrada en vigor de esta reforma constitucional, quien podría consolidar el derecho pensional de acuerdo con normas anteriores a más tardar en el año 2014.

Esta norma, efectivamente, pretendió respetar la expectativa legítima de las personas que adelantaban las acciones que de conformidad con la normativa vigente, llevarían a consolidar el derecho a la pensión por vejez —efectuar el pago de las cotizaciones correspondientes, y cumplir la edad requerida, según cada caso concreto—, pero que se verían sometidas a una nueva reglamentación

que podría resultar más exigente que aquella que hasta entonces, les resultaba aplicable. De esta manera, se mitigarían los efectos nocivos del tránsito legislativo para el grupo poblacional que el Congreso de la República determine.

Cuando se enfrenta a este tipo de situaciones, el poder legislativo ostenta una autonomía que no solo estará limitada por los mandatos constitucionales, ya que según lo dicho por la Corte Constitucional “cualquier tránsito legislativo debe consultar parámetros de justicia y equidad, y que, como toda actividad del Estado, está sujeta a los principios de razonabilidad y proporcionalidad” (CC, SP, Sent. C-789 de 24 de septiembre de 2002). Aterrizando esta premisa en el ejemplo propuesto, el grupo poblacional definido por el legislador como objeto de protección ante el tránsito legislativo, debía ser determinado de acuerdo con los principios de razonabilidad y proporcionalidad, criterios que habrán de reforzar la legitimidad de la decisión adoptada por el Congreso de la República.

Recogiendo lo expuesto, la pretermisión en el establecimiento de regímenes transicionales que mitiguen la lesión que los tránsitos normativos le irrogan a las expectativas legítimas de los asociados, podrá abonar el terreno para que el Estado, como

consecuencia del comportamiento del legislador, deba asumir el resarcimiento del daño antijurídico que esa omisión transicional genere en los derechos de los asociados. Este sería un primer aspecto a tener en cuenta a la hora de validar si la autoridad legislativa se ve o no comprometida extracontractualmente por su actuar frente a las expectativas ciudadanas sobre un derecho específico.

Si eventualmente se acreditara que se truncó la expectativa legítima de una persona para incluir un derecho en su patrimonio, subiste una inquietud: ¿de qué manera habrá de repararse el daño antijurídico que se torna imputable al Estado, puntualmente al legislador? La respuesta, la encontramos a partir de la teoría de la pérdida de la oportunidad.

Para poder aplicar esta construcción jurisprudencial es menester, como advertimos, que se constate la existencia de un daño antijurídico derivado de la frustración de una expectativa legítima, consistente en una ganancia o en impedir el acaecimiento de un perjuicio, sujetando el monto de la reparación, a la probabilidad real de ocurrencia de la negación de la oportunidad de acceder al beneficio o evitar el perjuicio (CE, SCA, ST, SSB, Sent. del 31 de agosto de 2015, Exp. 22637). Este será un elemento

sujeto a lo que las partes acrediten en el juicio de reparación directa.

5. Conclusiones

Las consideraciones arriba efectuadas, permiten arribar a conclusiones generales y específicas, las cuales presentaremos a continuación.

Como conclusión general, podemos establecer que la jurisprudencia administrativa sobre la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado, sin dubitación, actualmente admite la aplicación de títulos de imputación de corte objetivo y subjetivo, más allá del debate suscitado en este último evento sobre la posibilidad de hablar de una falla. Ahora, la novedad jurisprudencial consistente en concebir como título autónomo la violación de la confianza legítima y los estados de confianza, no es más que la concreción de mandatos constitucionales relacionados con la buena fe y la ya mencionada confianza legítima, naturalmente vinculantes para toda autoridad pública. Predicar la posibilidad de responsabilidad extracontractual a partir de su desconocimiento, es una realización del carácter normativo superior de la Constitución.

Ahora, a título específico, podemos presentar las siguientes conclusiones:

(i) En el debate suscitado en la jurisprudencia del Consejo de Estado, en relación con el efecto de la modulación temporal de los fallos de constitucionalidad sobre el juicio de responsabilidad extracontractual del Estado, actualmente la Sección Tercera del Consejo de Estado parece tomar partido por la tesis según la cual, este es un aspecto irrelevante a la hora de establecer si se configuró o no un daño antijurídico que resulta imputable al Estado.

(ii) La jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la responsabilidad extracontractual por el hecho del legislador, no implica la invasión de la órbita competencial del legislador, pues en principio, la misma entraña un llamado implícito para que el Congreso preste la debida atención, a la regulación de la situación de personas que se encuentran en vía de consolidar un derecho, a partir de criterios de proporcionalidad y razonabilidad.

(iii) Ante la dificultad de establecer con plena certeza el carácter cierto del daño antijurídico, la construcción sobre la pérdida de la oportunidad aparece como el elemento teórico que permite establecer la cuantía de la reparación, atendiendo la probabilidad de haber obtenido un beneficio o evitado la consumación de un daño, entre otros eventos.

Finalmente, vale recordar que concebir el Derecho como razón de la fuerza implica mantener la paz relativa, ventilando las controversias a través de los canales fijados por el Estado. Sin embargo, otra arista de esta concepción de la disciplina jurídica la encontramos en la obligación de resarcir los daños antijurídicos que el Estado genere, incluso si el sujeto activo del mismo es el legislador que omite la observancia del dictado de la Ley Mayor.

Bibliografía

- Aberastury, P. (Coord.). (2013). *Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Ley 26.944, Buenos Aires, Argentina, Editorial Abeledo Perrot.
- Arenas, H. (2013). *El régimen de responsabilidad objetiva*, Bogotá D.C., Colombia, Editorial Legis.
- Arenas, H. (2014). *El régimen de responsabilidad subjetiva*, Bogotá D.C., Colombia, Editorial Legis.
- Barboza, H. (2013). La confianza legítima y la interpretación del artículo 231 por la Sala Constitucional, disponible en <http://www.redalyc.org/pdf/1275/127529620006.pdf>, consultado el 10 de septiembre a las 22:13
- Brewer Carías, A. & Santofimio Gamboa, J. (2013). *Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado*, Bogotá D.C., Colombia, Universidad Externado de Colombia.
- Esguerra, J. (2011). *La protección constitucional del ciudadano*, Bogotá D.C., Colombia, Editorial Legis.
- Ferreyra, R. (2015). *Fundamentos constitucionales*, Buenos Aires, Argentina, Ediar.
- Guecha, C. (2013). *Acciones o pretensiones contencioso administrativas*, Bogotá D.C., Colombia, Grupo Editorial Ibáñez.
- Henao, J. (1998). *El daño: análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en el derecho colombiano y francés*, Bogotá D.C., Colombia, Universidad Externado de Colombia.
- Hoyos, F. (2008). *Temas relevantes de contencioso laboral*, Bogotá D.C., Colombia, Editorial Altamisa.
- Kelsen, H. (Trad. 2005). *Teoría general del Estado*, México D.F., México, Ediciones Coyoacán S.A.
- Serrano, L. (2011). *Imputación y causalidad en materia de responsabilidad por daños*, Bogotá D.C., Colombia, Ediciones Doctrina y Ley.
- Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-037 del 5 de febrero de 1996, Magistrada Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.
- Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-333 del 1º de agosto de 1996,

- Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-093 del 31 de enero de 2001, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-404 del 19 de abril de 2001, Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-789 de 24 de septiembre de 2002, Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-131 del 19 de febrero de 2004, Magistrada Ponente Dra. Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-083 del 1º de febrero de 2006, Magistrado Ponente Dr. Humberto Sierra Porto.
- Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-1194 del 3 de diciembre de 2008, Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, Sentencia T-210 del 23 de marzo de 2010, Magistrado Ponente Dr. Juan Carlos Henao Pérez.
- Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión, Sentencia T-675 del 9 de septiembre de 2011, Magistrada Ponente Dra. María Victoria Calle.
- Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-1050 del 4 de diciembre de 2012, Magistrada Ponente Dra. María Victoria Calle Correa.
- Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión, Sentencia T-599 del 22 de agosto de 2014, Magistrado Ponente Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-126 del 9 de marzo de 2016, Magistrado Ponente Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 8 de septiembre de 1998, Consejero Ponente Dr. Daniel Suárez Hernández, Exp. IJ 002
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 19 de octubre de 2000, Magistrado Ponente Dr. Ricardo Hoyos Duque, Exp. 13945.
- Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 25 de agosto de 2008, Magistrado Ponente Dr. Jesús María Carrillo Ballesteros, Exp. IJ 001
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 7 de abril de 2011, Consejero Ponente Dr. Mauricio Fajardo Gómez, Exp. 20750
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,

- Subsección C, Sentencia del 29 de julio de 2013, Magistrada Ponente Dra. Stella Conto Díaz del Castillo, Exp. 27228.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 26 de marzo de 2014, Consejero Ponente Dr. Enrique Gil Botero, Exp. 28741.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 11 de junio de 2014, Consejero Ponente Dr. Hernán Andrade Rincón, Exp. 26702.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 20 de octubre de 2014, Consejero Ponente Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Exp. 29.335.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 16 de julio de 2015, Consejero Ponente Dr. Hernán Andrade Rincón (E), Exp. 29.601.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 31 de agosto de 2015, Magistrado Ponente Dr. Ramiro Pazos Guerrero, Exp. 22637.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia del 7 de abril de 2016, Consejera Ponente Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 5 de abril de 2017, Magistrado Ponente Dr. Ramiro Pazos Guerrero, Exp. 25706.