

**RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO
LEGISLADOR EN MATERIA IMPOSITIVA**



**ERIKA PATRICIA ARMENTA CRUZ
LILIANA ASTRID MEJÍA PAZ**

**UNIVERSIDAD LIBRE
FACULTAD DE DERECHO
INSTITUTO DE POSTGRADOS
MAESTRIA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
BOGOTÁ
2013**

DIGNATARIOS UNIVERSIDAD LIBRE

Presidente Nacional

Víctor Hernando Alvarado Ardila

Rector nacional

Nicolás Enrique Zuleta Hincapié

Secretario general

Pablo Emilio Cruz Samboni

Director Nacional de Planeación

Censor Nacional

Antonio José Lizarazo Ocampo

Presidente Seccional Bogotá

Eurípides de Jesús Cuevas Cuevas

Rector Seccional Bogotá

Fernando Enrique Dejanón Rodríguez

Director Postgrados

Nestor Raúl Sánchez Bautista

Coordinadora Postgrado Derecho Administrativo

Mhimy del Pilar Guerrero S.

AGRADECIMIENTOS

A la U.A.E. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales por el apoyo recibido durante esta etapa de dedicación al estudio e investigación del derecho

Al Dr. David García Vanegas por su paciente y excelente labor como guía en la dirección de este trabajo de investigación

Al Dr. Luis Fernando Useche Jiménez, por su valiosa orientación y contribución para que este trabajo cumpliera con las condiciones exigidas por el Instituto de Postgrados.

A la Universidad Libre, Instituto de Postgrados por la oportunidad brindada en formar parte de su programa de Maestría en Derecho Administrativo.

DEDICATORIA

A Dios quien es la fuente de fortaleza para emprender y culminar proyectos especiales en nuestra vida.

A nuestras familias por ser ese apoyo incondicional en etapas que demandan tiempo y sacrificio, y que al final son motivo para celebrar.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	8
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	12
Formulación del problema.....	13
HIPÓTESIS.....	14
OBJETIVOS	15
Objetivo General.....	15
Objetivos Específicos	15
ESTADO DEL ARTE.....	16
Primeras consultas	16
Resumen:	17
Resúmenes Analíticos De Investigación (RAI).....	19
RAI 1	19
RAI 2	25
RAI 3	32
RAI 4	38
I. MARCO TEÓRICO-CONCEPTUAL.....	53
CAPÍTULO I.....	57
II. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR: UNA FORMA MÁS BENÉVOLA PARA LAS VÍCTIMAS FRENTE AL SILENCIO DEL LEGISLADOR.....	57
¿Qué es el Estado Legislador?.....	57
Algunos referentes internacionales en doctrina y jurisprudencia.....	59
Latinoamérica: casos en Chile y Argentina.....	65
Teorías Negativas frente a la responsabilidad del Estado Legislador	68
Teorías Positivas frente a la responsabilidad del Estado Legislador.....	70
Responsabilidad del Estado Legislador: vulneración del principio de la confianza legítima.....	71

Omisión de tránsito legislativo en reformas tributarias.....	75
CAPITULO II.....	80
ASPECTOS GENERALES DE DERECHO TRIBUTARIO EN COLOMBIA A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991.....	80
Antecedentes constitucionales de los Impuestos en Colombia.	80
Normas constitucionales aplicables a los impuestos a partir de la Constitución Política de Colombia de 1991.	87
Normas constitucionales relacionadas con el tema tributario	89
Principios constitucionales aplicables al derecho tributario.-	96
<i>Principio de Equidad Tributaria:</i>	97
<i>Principio de Progresividad Tributaria:</i>	101
<i>Principio de Eficiencia Tributaria:</i>	102
<i>La Irretroactividad Tributaria:</i>	102
CAPÍTULO III.....	106
RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR EN MATERIA IMPOSITIVA EN COLOMBIA A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991 .	106
Desarrollo del artículo 90 de la Constitución Política de 1991	106
Regímenes de responsabilidad del Estado Legislador en Colombia	114
Régimen de responsabilidad subjetiva – Falla del servicio o Declaratoria de inconstitucionalidad de las leyes.....	115
Régimen de responsabilidad sin falta – Daño especial.....	116
CAPÍTULO IV.....	120
EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL EN COLOMBIA SOBRE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR	120
Sentencia IJ – 001 proferida 25 de agosto de 1998, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros. .	120
Sentencia de la Corte Constitucional C–038 de 2006. Proferida 1º de febrero de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.....	124
Sentencia No. 16.421. Proferida 8 de marzo de 2007, Sección Tercera del Consejo de Estado, con radicación, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.....	125

CONCLUSIONES	132
¿CÓMO EL ESTADO LEGISLADOR PODRÍA RESPONDER PATRIMONIALMENTE POR LOS DAÑOS ANTIJURÍDICOS GENERADOS POR LAS CONSTANTES REFORMAS TRIBUTARIAS?.....	132
Inestabilidad de normas tributarias: otro enfoque de la responsabilidad del Estado legislador.....	133
Aspectos procesales para la declaratoria de responsabilidad del Estado Colombiano en materia impositiva.....	135
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.....	138
Resúmenes Analíticos de Investigación (RAI).....	143
JURISPRUDENCIA	144
Consejo de Estado	144
Corte Constitucional.....	145
Sitios Web Consultados.....	146

INTRODUCCIÓN

Este proyecto de investigación estudia la viabilidad de la responsabilidad extracontractual del Estado Legislador en materia impositiva por los daños antijurídicos causados por las constantes reformas tributarias que se evidencian en el ordenamiento jurídico Colombiano. La Carta Política establece que Colombia es un Estado Social de Derecho, el cual debe ofrecer garantías a los contribuyentes ante el ejercicio de su actividad legislatora como manifestación de su soberanía, respetando los principios de seguridad jurídica, buena fe e igualdad ante las cargas públicas.

Es evidente que las reformas tributarias en Colombia, son muy frecuentes por causas políticas, económicas y sociales, las cuales legitiman el accionar del Estado legislador en virtud de su poder soberano. Sin embargo, surge la inquietud de hasta dónde la actividad legislatora puede generar inestabilidad jurídica en perjuicio de la relación Estado – Contribuyente.

Por lo anterior, este trabajo de investigación se desarrollará en cuatro capítulos que iniciarán con la descripción de los avances de la teoría de la responsabilidad del Estado legislador a nivel de normatividad, jurisprudencia y doctrina de algunos casos de países europeos y latinoamericanos; haciendo énfasis en las teorías positivas y negativas que se han pronunciado frente a este tema, con el fin de establecer la viabilidad jurídica de esta teoría en materia impositiva. Posteriormente, se reseñarán los aspectos generales de derecho tributario en Colombia, para conocer este tipo de normas y los principios constitucionales que se deben observar al momento de ser promulgadas.

Ahora bien, como el objeto de investigación está relacionado con el tema de la responsabilidad extracontractual del Estado, también se describirán los elementos generadores de la teoría de la responsabilidad como parte del derecho administrativo,

diferenciando cada uno de los regímenes de imputación reconocidos por la jurisprudencia Colombiana, con fundamento en el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia. Después, se destacará la evolución de la jurisprudencia colombiana en el tema de la responsabilidad del Estado legislador en el campo del derecho administrativo y en normas del derecho tributario, con el fin de concluir cuál debe ser la interpretación de preferencia en el tema objeto de investigación.

Considerando el problema y los objetivos propuestos, el enfoque metodológico del presente trabajo se ha abordado con fundamento en el paradigma cualitativo, que desde su contexto netamente humanístico, se deriva en el paradigma socio-crítico, que a su vez, en el campo del Derecho tiene su enfoque socio-jurídico, pues tiene como fundamento no solo efectuar estudios sobre los diferentes aspectos de las relaciones entre los individuos, la sociedad y el Estado, sino que, además, teniendo en cuenta las diferentes funciones del Estado, como éstas inciden en su marcha y, por en ende, en el margen de credibilidad de las mismas.

El método utilizado es de carácter descriptivo-analítico, para lo cual, en primer término, se ha acudido en el estado del arte a la consulta de investigaciones relacionadas con el tema (RAIS), para con base en ello, poder efectuar una nueva mirada hacia el problema, la hipótesis y los objetivos.

A través del procedimiento hermenéutico-jurídico, se ha seguido un razonamiento deductivo que permitió establecer, partiendo de la definición teórica, la existencia de responsabilidad del legislador colombiano, principalmente fundamentados en la teoría del daño antijurídico.

Por lo anterior, este proyecto pretende postular una solución de interpretación o de *lege lata* enmarcado en el derecho positivo con énfasis en la responsabilidad extracontractual del Estado Legislador en materia impositiva. Para ello se analizó la legislación vigente sobre la materia explicando reglas y principios que se extraen del

texto legal sobre la responsabilidad extracontractual en Colombia. A partir de lo teórico se busca ampliar el alcance de la responsabilidad extracontractual del estado en su función legisladora, enmarcado en el artículo 90 de la Constitución Política.

Las fuentes del presente proyecto de investigación estuvieron fundamentadas en el derecho positivo, la jurisprudencia y la doctrina nacional e internacional. Para ello e intentando explicar dicha extensión, y valiéndonos del contraste frente a legislaciones internacionales, buscando establecer la viabilidad de la responsabilidad extracontractual del estado legislador en materia impositiva, basado en un análisis teórico-jurídico del tema.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Se parte de las siguientes categorías:

- Responsabilidad extracontractual del Estado Legislador en Colombia.
- Teorías positivas y negativas frente a la responsabilidad extracontractual del legislador.
- Responsabilidad extracontractual del Estado legislador en materia impositiva.
- Aplicación de la teoría del daño antijurídico como fundamento generador de responsabilidad estatal.

De los resúmenes analíticos de investigación, se han extraído los siguientes problemas:

¿Existen garantías jurisdiccionales a favor de los contribuyentes para la reparación de daños causados por leyes declaradas inconstitucionalmente?

Analizar el fenómeno de la responsabilidad del Estado causada por los hechos del legislador: evolución doctrinal y jurisprudencial a nivel nacional e internacional.

¿Existe un reconocimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador en la jurisprudencia colombiana?

Analizar el fenómeno de la responsabilidad del Estado Legislador por la vulneración del principio de la confianza legítima.

¿Cómo asume el Estado colombiano su responsabilidad con relación al daño en materia tributaria generado por el legislador?

¿Cómo el Estado legislador podría responder por los daños antijurídicos generados por el rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas?

¿El daño generado por el Estado legislador eventualmente podría considerarse antijurídico con base en la aplicación de la teoría del daño especial?

¿El daño ocasionado por el Estado legislador puede dar lugar al rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas?

¿Está garantizado el principio de igualdad frente al daño ocasionado por el Estado legislador?

Los resultados ante la magnitud y trascendencia del daño ocasionado por el Estado legislador pueden dar lugar a amparar a quienes se ven afectados.

¿Existe un reconocimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador en Colombia en materia tributaria por la posible vulneración del principio de la confianza legítima generada por las continuas reformas tributarias que modifican beneficios tributarios legalmente establecidos?

¿Debe el Estado legislador colombiano responder patrimonialmente por las constantes reformas tributarias que modifiquen situaciones favorables o las tornen más gravosas en perjuicio del contribuyente?

¿Se dan a nivel jurisprudencial y doctrinal garantías para que el legislador pueda responder por los daños causados en virtud de las reformas tributarias que, en perjuicio del contribuyente, modifiquen situaciones favorables o las tornen más gravosas?

Formulación del problema

¿Cómo el Estado legislador podría responder patrimonialmente por los daños antijurídicos generados por las constantes reformas tributarias?

HIPÓTESIS

En Colombia, la empresa como base de desarrollo económico, goza constitucionalmente de protección estatal por la función social que conlleva. Así las cosas, la expedición de normas tributarias deben observar el principio de seguridad jurídica para que los ciudadanos en un tiempo razonable ajusten su realidad económica frente a cambios normativos que tienden a satisfacer de manera inmediata necesidades de orden social y económico. Sin embargo, ante las constantes reformas tributarias, el Estado legislador eventualmente podría generar daños antijurídicos que deben ser resarcidos con base en la aplicación de la teoría del daño especial por el rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas.

OBJETIVOS

Objetivo General

Analizar el fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador en materia impositiva, al darse los supuestos que configuran la existencia de responsabilidad por daño especial, tomando referentes normativos, jurisprudenciales y doctrinales, en el ámbito nacional e internacional.

Objetivos Específicos

- Identificar las teorías positivas y negativas sobre la procedencia de la responsabilidad del Estado en su función legisladora.
- Determinar los principios fundamentales de las normas tributarias, con especial énfasis en el principio de seguridad jurídica.
- Establecer los elementos generadores de responsabilidad del Estado por actos legislativos en materia impositiva con base en el sistema de imputación de responsabilidad objetiva por daño especial.

ESTADO DEL ARTE

Primeras consultas

Núñez Leiva, José Ignacio (2011). Responsabilidad patrimonial del Estado Legislador: Distinguiendo. *Revista de Derecho Universidad del Norte* N ° 35, 264-289.

Resumen: “Este trabajo estudia la figura de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador. Revisa sus principales antecedentes atendiendo a la jurisprudencia española y francesa. Distingue sus dos principales tipos o hipótesis y analiza críticamente los argumentos más difundidos que rechazan su reconocimiento y aplicación. Propone que aquellos argumentos escépticos hacia la responsabilidad del Estado legislador afectan de manera diversa a sus dos vertientes.”

- Ruiz Orejuela, Wilson (2005). Responsabilidad del Estado Legislador. *Revista electrónica de difusión científica Civilizar, Universidad Sergio Arboleda Bogotá, Diciembre*, 1-22.

Resumen: “La responsabilidad del Estado legislador en Colombia como sistema de imputación en materia de responsabilidad administrativa, sigue siendo una expectativa en el desarrollo de la jurisprudencia, a pesar de la cláusula contenida en el artículo 90 constitucional. Al establecimiento de una responsabilidad estatal por el hecho de las leyes, se han opuesto argumentos como el de la soberanía, porque no se puede limitar la facultad del pueblo soberano a autorregularse; la inviolabilidad del voto del congresista como agente del constituyente primario, e incluso, la existencia del control constitucional de las leyes. No ocurre lo mismo en el derecho comparado. Francia y España, tienen un admirable desarrollo doctrinal y jurisprudencial sobre la materia. Es tímido en cambio, en países como Italia, Alemania y Estados Unidos, mientras que en Inglaterra no está contemplada esta clase de responsabilidad. El presente ensayo, pretende abordar sucintamente el tema en el derecho comparado con especial énfasis en el derecho francés y español, así como el patrio.”

- Alonso, María Consuelo y Ramírez, Eric Leiva (2011). La responsabilidad del Estado por el hecho del legislador. *Revista Estudios Socio-Jurídicos, Universidad del Rosario*, Vol. 13 N ° 2, 77- 106.

Resumen: Analizar el fenómeno de la responsabilidad del Estado causada por los hechos del legislador ha sido un trabajo desarrollado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia internacional a mediados del siglo XX. En Francia, por ejemplo, se presentó el primer antecedente jurisprudencial en el año de 1934. En España, su estudio empezó a gestionarse con la promulgación de la Constitución de 1978, dándose el primer fallo judicial en el año de 1993. Para el caso colombiano, la Constitución de 1991 introdujo en su artículo 90 el fundamento constitucional de la responsabilidad patrimonial del Estado, sin que esto significase que la jurisprudencia del Consejo de Estado encontrase las bases de esta responsabilidad en diferentes disposiciones de la Constitución de 1886, tales como los artículos 2º, 16 y 30, que consagró el principio de legalidad del Estado para proteger la vida, honra y bienes de los ciudadanos, y garantizar la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con el título de derecho. Sin embargo, los primeros fallos relacionados con este título de imputación en Colombia fueron emitidos por el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo colombiano en el año de 1998 y por la Corte Constitucional a través de la Sentencia C-038 de 2006, providencia judicial que estableció algunas de las características que posee esta figura jurídica.

- Sarmiento Erazo, Juan Pablo (2009). La restricción al derecho de indemnización del daño antijurídico, entre la legitimidad legislativa y el control judicial a la administración. *Revista Prolegómenos – Derechos y Valores, Universidad Militar Nueva Granada*. Vol. XII N° 23, 123-142.

Resumen:

A partir de la investigación realizada desde la jurisprudencia constitucional y administrativa colombiana, que da lugar al debate entre derecho a la propiedad, regulación y expropiación, se argumenta que, la voluntad del legislador puede extraerse de maneras más o menos favorables a los derechos patrimoniales

individuales, y la manera en que la justicia administrativa y constitucional intervienen para ponderar, mediar o privilegiar la voluntad del órgano de representación. Se cuestiona entonces la legitimidad y legalidad de la intervención del juez administrativo, que no actúa como juez constitucional, para condenar al Estado por la restricción o la vulneración del derecho de propiedad de los asociados de normas pre y post interpretadas constitucionalmente.

- Carolina Acosta Ramos (2004) ¿Es absoluto el principio de irretroactividad de la ley tributaria? *Revista Derecho Fiscal, Universidad Externado de Colombia*. N° 2, 55-63.

Resumen: La autora plantea en el texto la problemática sobre la retroactividad de ley y específicamente en materia tributaria, la cual afecta la seguridad jurídica, elemento de vital importancia en la toma de decisiones de inversionistas y empresarios para realizar negocios en Colombia, así como el compromiso de los ciudadanos para con el Estado en el pago de los tributos. En este sentido, el documento parte de lo dispuesto en la Constitución Política de Colombia, en la que prohíbe de manera taxativa la posibilidad de la retroactividad de la ley en materia tributaria. Sin embargo, la Corte Constitucional a lo largo de los últimos años ha interpretado el artículo superior de una manera no literal, abriendo la puerta para que en los casos en que la ley favorezca al contribuyente pudiera aplicarse la norma de manera retroactiva.

Elizabeth Wittingham García (2004). La jurisprudencia en materia tributaria como antecedente legislativo. *Revista Derecho Fiscal, Universidad Externado de Colombia* N° 2, 45-54.

Resumen: La autora en este artículo sostiene que en la práctica la jurisprudencia a pesar de ser considerada constitucionalmente como criterio auxiliar de interpretación de la ley, puede llegar a ser considerada como fuente importante del desarrollo legislativo en materia tributaria, pues en ocasiones es determinante frente a los vacíos legales y la imprecisión de las normas tributarias como instrumento de definición legislativa, dado que en no pocos casos las deficiencias normativas son corregidas al momento de decidir sobre los conflictos tributarios llevados al

conocimiento de las autoridades jurisdiccionales por la vía de las acciones establecidas para los controles de constitucionalidad y legalidad. Además de los casos que el artículo plantea, se adicionan otros problemas de interpretación y aplicación de las normas tributarias que han venido siendo resueltos a través de la jurisprudencia, sin que en realidad exista norma expresa que defina de manera clara cuál sería el procedimiento aplicable en los casos.

- Camilo Zarama (2005) ¿Industria y/o comercio? Problemas en la tributación de los industriales ante la incertidumbre jurídica. *Revista Derecho Fiscal, Universidad Externado de Colombia* N° 3, 101-110.

Resumen: El Impuesto de Industria y Comercio sometido a la propiedad y control de los fiscos municipales ha sido desde hace varios años tema de múltiples controversias, por la complejidad de su manejo. Dado el carácter municipal del tributo, se presenta una normatividad diversa donde finalmente cada municipio realiza una interpretación y adaptación propia de la Ley, aunada a una jurisprudencia que en un mismo año ha llegado a tener fallos en sentidos contrarios sin poder tener certeza de una interpretación judicial consolidada. Dentro de este panorama el autor se concentra en estudiar la tributación de los Industriales, a partir de un recorrido jurisprudencial y cronológico.

RESÚMENES ANALÍTICOS DE INVESTIGACIÓN (RAI)

RAI 1

Elaborado por: Erika Armenta Cruz, Abogada. erikarmenta@gmail.com

Liliana Astrid Mejía Paz, Abogada. lalymepaz@hotmail.com

Tema: La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador: un análisis a propósito de las garantías del contribuyente en el sistema chileno.

Investigador: José Ignacio Núñez Leiva.

Institución donde se llevó a cabo la investigación: Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado de Chile.

Año de realización: 2010

Tipo de trabajo. Trabajo elaborado con el respaldo del Sistema de Fondos Concursables de Investigación para académicos de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado.

Problema planteado: ¿Existen garantías jurisdiccionales a favor de los contribuyentes para la reparación de daños causados por leyes declaradas inconstitucionalmente?

Objetivo General: El autor propone como objetivo general, reflexionar sobre el instituto jurídico de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador por la declaratoria de leyes inconstitucionales, a partir de las garantías del contribuyente en el sistema chileno.

Fuentes: Documento extraído de <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v8n1/art07.pdf>

Metodología O Enfoque Metodológico: De la lectura se desprende que el enfoque de la investigación es cualitativo con razonamiento deductivo. En la introducción del trabajo de investigación, el autor esboza el siguiente orden: descripción y clasificación de garantías constitucionales chilenas, estudia los efectos de las declaratorias de inconstitucionalidad de leyes proferidas por el Tribunal Constitucional de ese país, evalúa los argumentos a favor y en contra de la responsabilidad del Estado Legislador, resalta algunos ejemplos jurisprudenciales en el tema y termina con unas conclusiones.

Desarrollo:

El investigador inicia con la exposición de las garantías expresas del contribuyente en la Constitución de Chile y define el término de garantía como aquel medio o instrumento establecido para proteger o tutelar un bien o un derecho fundamental y su protección se materializa con el positivismo o consagración en el ordenamiento jurídico. Las garantías se clasifican en abstractas y concretas. Las primeras, no están relacionadas con un derecho fundamental pero sí son condiciones o requisitos generales que limitan la actuación del poder legislativo o ejecutivo. Dentro de estas, se encuentran las garantías normativas, que buscan en el fondo no

desconocer derechos fundamentales, como un límite al ejercicio de la soberanía y control constitucional, como aplicación directa de la constitución. Por otro lado, las garantías concretas, buscan que cada caso particular obtenga la preservación o restablecimiento del derecho vulnerado o garantías jurisdiccionales.

Las garantías en el ordenamiento jurídico están situadas en tres niveles: consagración de principios iusfundamentales o principios del derecho, inmunidades ante la potestad del Estado para imponer tributos, garantías abstractas y concretas.

De los principios del derecho, se encuentra el principio de igualdad ante las cargas públicas, que no sólo se relaciona con financiar actividades permanentes del Estado sino que también va ligado al criterio de capacidad contributiva como parámetro del juicio de igualdad.

El autor explica como el Tribunal Constitucional de Chile señala que el principio de proporcionalidad y justicia debe regir en las leyes tributarias, pues de lo contrario se estaría vulnerando, si con su imposición se limita o imposibilita, el libre ejercicio de una actividad económica o impida la adquisición del dominio de los bienes a que afecte el impuesto, o si se sobrepasan los criterios de proporcionalidad.

En resumen, la Constitución Chilena le brinda al contribuyente amplias garantías abstractas como la consagración de reglas y principios. Sin embargo, critica que no le asigna garantías concretas, toda vez que el artículo 20 de la Carta Política no establece el recurso de protección a favor del principio de igualdad tributaria.

A continuación, el autor expone el efecto de las sentencias de inconstitucionalidad pronunciadas por el Tribunal Constitucional Chileno: inconstitucionalidad sin efecto. Se distingue entre el régimen de validez (conjunto de condiciones establecidas por las normas sobre producción jurídica), régimen de invalidación (competencia y condiciones para enjuiciar la validez de las normas) y régimen de eficacia de los actos declarativos de invalidez (efectos jurídicos que se atribuyen a los eventuales actos declarativos de invalidez normativa).

El autor critica la disposición constitucional de Chile por cuanto se establece una inconstitucionalidad sin nulidad con efectos plenos, teniendo en cuenta que la retroactividad es la esencia de la nulidad.

El régimen de invalidación de una norma por declaratoria de inconstitucionalidad con su nulidad, deberá reconocer dos clases de efectos, uno con respecto de las fuentes del derecho y otro frente a los actos celebrados en la vigencia de la norma. De las fuentes del derecho, significa su retiro del ordenamiento jurídico, lo cual ocurre con o sin efectos retroactivos. Sin embargo, para los actos celebrados en vigencia de la norma declarada inconstitucional y nula, lo propio es que se declare su efecto retroactivo.

Es de anotar que los efectos retroactivos de una ley declarada inconstitucional y nula, además de dejar sin efectos los actos celebrados en su vigencia, también puede afectar la certeza jurídica o principio de seguridad jurídica.

En derecho comparado se ha analizado un régimen de eficacia de actos invalidados donde se separe inconstitucionalidad y nulidad, como el derecho colombiano donde el juez constitucional determina en cada caso el efecto de las sentencias de inconstitucionalidad, pues en caso de no establecerlo, por ley se entienden a futuro. Otros sistemas como el austriaco y el portugués admiten el efecto retroactivo de la sentencia pero dejando a salvo situaciones consumadas. Por otro lado, sistemas como el de Ecuador y Chile, prohíben el efecto retroactivo de la declaración de inconstitucionalidad.

Por su parte el caso español, la constitución no define los efectos en el tiempo de las sentencias de inconstitucionalidad, es una ley orgánica que establece necesariamente la declaratoria de nulidad junto con la inconstitucionalidad de la norma. Sin embargo, en 1989 el Tribunal Constitucional español estableció una doctrina donde no siempre la inconstitucionalidad y la nulidad deben ser declaradas, como por ejemplo en aquellos casos en que el motivo de inconstitucionalidad reside no en determinación textual sino en omisión del legislador. En este evento, el Tribunal declara la inconstitucionalidad de la ley no basado en los vicios sino en cuanto a la eficacia de la ley y de la sentencia, produciendo efectos desde su publicación y que la ley despliegue los efectos señalados en la sentencia.

Ahora bien, si el efecto a futuro de las sentencias de inconstitucionalidad es necesario para proteger los fines de un sistema jurídico (paz, justicia y seguridad

jurídica), por esa misma razón los daños o perjuicios que se causen por actos fundados en normas declaradas inválidas deben ser reparados.

El autor señala que ante sentencias de inconstitucionalidad sin efectos retroactivos no excluye la posibilidad de demandar la reparación de los daños causados por esa ley invalidada.

Del caso español, la responsabilidad del Estado Legislador se ha generado en su mayoría por normas tributarias declaradas inconstitucionales. En este caso, la principal fuente de imputación de responsabilidad se basa no sólo en la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma, sino en el nexo entre ésta última y el efecto irretroactivo, pues la irretroactividad excluye la posibilidad de reparar el perjuicio en sí misma, por lo que la alternativa que queda es obtener el resarcimiento por la vía de la responsabilidad del Estado Legislador. Hay mucha división en el tema de la responsabilidad del Estado Legislador, pues los que desertan de la misma sostienen que el Estado Legislador es irresponsable salvo que la Ley expresamente establezca lo contrario a favor de los afectados por su entrada en vigencia o aplicación. Otros como Caldera Delgado, son partidarios de aceptar esta teoría pues basta la existencia de un perjuicio causado a un derecho fundamental para que la ley además de ser declarada inconstitucional, sea causa de impulsar una acción indemnizatoria.

En España, García de Enterría sostiene que el Tribunal Supremo está reconociendo la responsabilidad del Estado Legislador en contra del Fisco, por aplicación de las leyes. Otros tratadistas como Jiménez Lechuga, considera que no existe la posibilidad de predicar responsabilidad del Estado Legislador, toda vez que la Constitución Española no la menciona.

En Francia, algunos sectores argumentan que no es posible la responsabilidad del Estado Legislador, por cuanto las leyes al ser normas generales no afectan situaciones jurídicas de personas determinadas, sino que su aplicación afecta o beneficia a todos por igual, lo cual impediría que se produjera un daño especial, por lo que no sería viable el deber de reparar perjuicios por el Estado. Otro argumento en contra de esta teoría, es que de aceptarse la responsabilidad del Estado Legislador, se produciría una parálisis en la evolución legislativa.

Por su parte el autor expone sus argumentos en defensa de la teoría de la responsabilidad del Estado Legislador, sosteniendo que el fundamento de la responsabilidad del Estado, es la finalidad de proteger a los gobernados en sus derechos como carácter esencial de un Estado de Derecho, por lo que derecho y responsabilidad serían términos correlativos. Ahora, el dogma de infalibilidad y soberanía del Estado Legislador, está superado pues el ejercicio de la soberanía reconoce como límite el respeto por los derechos humanos, guardando los derechos de igualdad ante la autoridad, la ley, los tributos y las cargas públicas y los principios de buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica. Si bien es cierto que los efectos de una ley son generales, abstractos e impersonales, la antijuridicidad sería posible cuando exista violación a la igualdad ante las cargas públicas o también si se trata de la vulneración a la Constitución, sea que se afecte el derecho fundamental de un individuo o a todos por igual.

El reconocimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador en Chile, ha tenido como antecedentes importantes las sentencias del 29 de febrero, 13 de junio y 15 de julio, todas del año 2000, por leyes declaradas inconstitucionales aún sin efecto retroactivo, en contra del Fisco, pues los contribuyentes litigantes pagaron impuestos de tributos declarados inconstitucionalmente con posterioridad. En la primera, se reconoció el derecho a indemnización cuando el demandante había agotado todas las instancias de impugnación del cobro de la Administración Fiscal. La segunda, extendió ese derecho a un actor que no agotó las instancias de impugnación y en la tercera se sistematizó la doctrina de las resoluciones precedentes. En dichos fallos, se consolidó la tesis de la subordinación del legislador a la Constitución, estableciendo como base de imputación la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma.

Conclusiones:

El autor concluye que la responsabilidad del Estado Legislador se encuentra en una progresiva consolidación, que el concepto de garantía se refiere a los instrumentos o medios mediante los cuales el derecho protege y tutela los derechos fundamentales. Las garantías se agrupan en tres niveles: su consagración en el ordenamiento jurídico, garantías abstractas y garantías jurisdiccionales. La constitución chilena protege al contribuyente en estos tres niveles, siendo la principal garantía jurisdiccional de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador.

Lo anterior, sirve como fundamento para confirmar que en sistemas de jurisdicción constitucional capaces de invalidar leyes vigentes con sentencias pro futuro, el contribuyente cuenta con garantías judiciales a favor de sus derechos y en virtud de la supremacía constitucional, con la acción de responsabilidad patrimonial del Estado Legislador.

RAI 2

Elaborado por: Erika Armenta Cruz, Abogada. erikarmenta@gmail.com

Liliana Astrid Mejía Paz, Abogada. lalymepaz@hotmail.com

Tema: La responsabilidad del Estado por el hecho del legislador

Investigadores: María Consuelo Alonso y Eric Leiva-Ramírez

Institución donde se llevó a cabo la investigación: Facultad de Derecho de la Universidad Gran Colombia

Año de realización: 2011

Tipo de trabajo. Artículo de *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Universidad del Rosario, Vol. 13 N ° 2, 77- 106.

Problema planteado: Analizar el fenómeno de la responsabilidad del Estado causada por los hechos del legislador: evolución doctrinal y jurisprudencial internacional y nacional.

Objetivo General: El autor propone como objetivo general, analizar el desarrollo del régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador en la doctrina y la jurisprudencia internacional y nacional.

Fuentes: Documento extraído de <http://revistas.urosario.edu.co>

Metodología O Enfoque Metodológico: De la lectura se desprende que el enfoque de la investigación es cualitativo con razonamiento deductivo. En la introducción del trabajo de investigación, el autor analiza la evolución del fenómeno de la responsabilidad del Estado Legislador en los diferentes regímenes de Estados con o sin control de constitucionalidad, evalúa los argumentos a favor y en contra dicha teoría, resalta algunos ejemplos jurisprudenciales en el tema en otros países y termina con unas conclusiones.

Desarrollo:

El autor desarrolla en su artículo la evolución de la existencia de la responsabilidad del Estado en la doctrina y en la jurisprudencia desde mediados del siglo XX. En Francia el primer antecedente se dio en 1934, en España se dio a partir de la promulgación de la Constitución de 1978 con primer fallo judicial en 1993, en Colombia se introdujo en la Constitución de 1991 su fundamento sin que esto significara que no existieran fallos judiciales bajo la anterior constitución de 1886, con la constitución vigente se resaltan los antecedentes de 1998 y en el 2006.

El autor inicia con la definición de responsabilidad civil como la obligación de reparar el daño causado a otro. En el plano de la responsabilidad del Estado, la regla general es que el daño provenga de actuaciones, hechos u omisiones realizadas por la administración pública, sin embargo, no puede entenderse que sólo la rama ejecutiva sea causante de responsabilidad del Estado sino por el contrario, también la rama legislativa y judicial.

Tradicionalmente, se ha concebido que la responsabilidad del Estado legislador es inexistente a raíz del dogma por el cual las leyes constituyen la manifestación de la soberanía del Estado a través del parlamento y que por ende no puede equivocarse. Esta posición fue muy defendida por las revoluciones burguesas de los siglos XVII y XVIII, como pilar del Estado liberal clásico. Lo propio de la soberanía es la capacidad de imponerse sin que frente a ella se pueda reclamar alguna compensación. En este caso, la jurisdicción no es competente para declarar

responsabilidad a cargo del Estado, pues sólo el legislador puede o no reconocer la indemnización de perjuicios frente a un daño causado. Frente a esta situación, los súbditos estaban obligados a soportar los daños causados por las leyes porque no tenían carácter de antijurídicos y su reconocimiento estaba supeditado a la voluntad del legislador.

Otro punto que reforzaba esta posición, era la ausencia de control constitucional de las leyes por el carácter soberano del parlamento. En Francia, la falla del servicio era presupuesto para aplicar un régimen de responsabilidad, por lo que la teoría de la responsabilidad del Estado legislador sería inaplicable. Si el legislador no previó en la misma ley la indemnización de perjuicios, por ende no habría posibilidad de obtenerla judicialmente.

Otro aspecto importante en contra del reconocimiento de una responsabilidad del legislador, es el carácter general y abstracto de la ley dificulta la individualización de perjuicios, toda vez que para efectos de la responsabilidad civil, el daño debe ser especial. Igualmente, no es predicable que el creador de una ley viole el derecho, sino por el contrario, quien la ejecuta, sí podría estar frente a un régimen de responsabilidad.

A pesar de la argumentación razonable de la irresponsabilidad del Estado legislador, se han venido desarrollando una posición contraria donde se permite afirmar la existencia de una responsabilidad del Estado legislador.

Después de la segunda guerra mundial, la generalización de los controles constitucionales en la mayoría de los ordenamientos jurídicos y la creciente expedición de leyes particulares que tenían efectos concretos o especiales, ayudaron a quebrantar los argumentos que sostenían la inmunidad del Estado legislador. Sin embargo, esta situación se fue desarrollando paulatinamente. El primer pronunciamiento jurisprudencial se produjo en Francia 1938 y aún sin sistema de control de constitucionalidad (se creó hasta 1958).

Ahora bien, para efectos del reconocimiento de la responsabilidad del Estado legislador, no es requisito indispensable la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley, pues esta no siempre conlleva a la responsabilidad estatal ni por el contrario

esta última no siempre está relacionada con dicha declaratoria.

En los referentes internacionales, se observa que hay ordenamientos sin control de constitucionalidad que han reconocido la posibilidad de declarar responsabilidad del Estado legislador como Francia, otros como el Reino Unido sin control de constitucionalidad y sin reconocimiento de responsabilidad del legislador.

Hay posiciones que sostienen que solo el legislador y la jurisprudencia contenciosa administrativa, puede determinar los títulos de imputación del daño antijurídico a la actuación u omisión del legislador, sin embargo, otros como García de Enterría, piensan lo contrario, pues considera que la decisiones judiciales de inconstitucionalidad interfieren en la eficacia de la ley, desnaturalizándose de esta forma el poder de un juez, al enmendar los efectos de una ley.

No obstante, el autor difiere de la posición del español García de Enterría, pues señala que no se debe pasar por alto que hay ordenamientos jurídicos como el colombiano que consagra un principio de responsabilidad general del Estado, sin distinguir, la autoridad de que se trate. Al respecto, la Corte Constitucional Colombiana mediante sentencia C-038 de 2006, señaló que el artículo 90 de la Constitución, consagra la responsabilidad del Estado en todas sus actuaciones, sin perjuicio de que la ley fije lineamientos para hacer efectiva dicha responsabilidad.

No es de extrañarse que en otros ordenamientos, la responsabilidad del Estado legislador sea de origen jurisprudencial basado en principios del derecho como la ruptura de la igualdad frente a las cargas públicas (Francia) o como la violación del principio de confianza legítima (España).

En Francia, la responsabilidad del Estado se basa en el quebrantamiento del principio de la igualdad frente a las cargas públicas provocado por una norma legal que causa un perjuicio a un individuo respecto de la colectividad.

De los primeros fallos, se conoce el caso de *l'arrêt la Fleurette* en 1938 donde una ley del año 1934 prohibió la fabricación y el comercio de la crema láctea con materia distinta a la leche. La única empresa afectada con esta ley fue la sociedad de productos lácteos *la Fleurette* que fabricaba un producto denominado *gradine*

compuesto de leche, aceite de cacahuates y yema de huevo. En este caso, el Consejo de Estado francés decidió que la sociedad afectada por dicha ley tenía los fundamentos para demandar al Estado por el perjuicio causado, con fundamento en el quebrantamiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas.

Esta decisión fue ratificada posteriormente en 1963 el caso de *Arrêt Bover*, donde el propietario de una vivienda ocupada por un tercero luego de haber obtenido un fallo judicial para el desalojo, no pudo hacerlo efectivo por la expedición de una ley en 1959 que prohibía el desahucio de militares en servicio en el norte de África, fundamentándose también bajo el rompimiento del principio de igualdad ante las cargas públicas, pues se torna como una carga especial o anormal, siendo una responsabilidad sin falta. Bajo esta óptica, el carácter especial del daño es un presupuesto esencial frente a la responsabilidad del Estado ante el efecto general de la ley.

En el caso de España, pese a los argumentos en contra de una responsabilidad del Estado legislador, el Tribunal Supremo ha insistido en reconocer la obligación resarcitoria del Estado legislador con fundamento en la violación de principios constitucionales como el de seguridad jurídica, según lo consagrado en el artículo 9 de la Constitución “3. *La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos*”.

El Tribunal Supremo Español, aceptó como fundamento de responsabilidad del Estado legislador, la violación del principio de seguridad jurídica o de la confianza legítima desde el año 1993 en el caso de las empresas pesqueras que se vieron afectadas con el ingreso de España a la Unión Europea, pues implicó rebaja en el cupo de pesca de los armadores nacionales con la firma del Tratado de Adhesión.

Con respecto al resarcimiento del daño causado por leyes declaradas inconstitucionales, el Tribunal Constitucional Español aceptó esta postura cuando se viola el principio constitucional de seguridad jurídica.

En el caso Colombiano, la Constitución Política establece la responsabilidad patrimonial del Estado en su artículo 90 por hechos, acciones u omisiones imputables a las ramas del poder público, incluyendo la legislativa. Es importante advertir, que la misma carta política, establece eventos de obligación resarcitoria del Estado legislador en los casos de expropiación, monopolios o cuando se reserva determinada actividad estratégica o servicios públicos.

Lo anterior no quiere decir que la responsabilidad del Estado legislador se circunscriba exclusivamente a los eventos antes descritos o a los supuestos de declaratorias de inconstitucionalidad de las leyes, pues su fundamento se basa en la noción de daño antijurídico, en virtud de los principios de solidaridad y de igualdad y no en la actividad ilícita del legislador.

El tema de responsabilidad del Estado en Colombia se ha tratado de manera superficial por la doctrina administrativa y por los escasos pronunciamientos jurisprudenciales sobre su aceptación.

Dentro de los antecedentes jurisprudenciales antes de la Constitución de 1991, la jurisdicción contenciosa – administrativa, se pronunció con señalar que la jurisprudencia francesa ha aceptado de manera excepcional la responsabilidad del Estado legislador, sin embargo, las circunstancias debatidas en el caso concreto no tenían la potencialidad necesaria para crear una línea jurisprudencial al respecto.

Con la promulgación de la Constitución de 1991, el Consejo de Estado se pronunció con sentencia del 25 de agosto de 1998, donde se trataba del caso de unos perjuicios causados por la aplicación de la ley 6 de 1972 aprobatoria de la Convención de Viena, cuyos hechos se tratan de un colombiano arroyado por un vehículo diplomático, donde sus familiares se enfrentaron con la imposibilidad de demandar ante la justicia colombiana por la inmunidad diplomática de estos agentes en virtud de dicho tratado. En esta sentencia, se reconoció la responsabilidad del Estado con fundamento en la ruptura del principio de igualdad frente a las cargas públicas, dejando claro que este régimen de responsabilidad no solo proviene de la declaratoria de inconstitucionalidad de las leyes.

Otro pronunciamiento importante, fue el de la sentencia del 8 de septiembre

de 1998, donde el municipio de Prado demandó al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para reclamar las sumas dejadas de transferir al municipio por concepto de participaciones en los ingresos corrientes durante el periodo 1994 – 1995, en virtud de la declaratoria de inconstitucionalidad de la ley 168 de 1994 que dispuso el no giro de estos recursos al municipio. Sin embargo, la Corte Constitucional no estableció efectos retroactivos a dicha declaratoria, por lo que se acudió a la jurisdicción contenciosa para obtener reparación y el Consejo de Estado rechazó las pretensiones de la demanda porque no procedía la excepción de inconstitucionalidad.

Conclusiones:

La evolución de la responsabilidad del Estado legislador ha superado grandes argumentos como el de la soberanía. Sin embargo, se debe delimitar las características que debe reunir el daño a fin de que sea resarcible.

Los ordenamientos jurídicos que consagran expresa o tácitamente la responsabilidad del Estado de manera genérica en el actuar del mismo, permite incluir esta teoría en las tres ramas del poder público: ejecutiva, legislativa y judicial.

El autor considera que la teoría de la responsabilidad del Estado legislador se configura bajo los siguientes supuestos: la actuación causante de responsabilidad debe ser atribuida al órgano legislativo, existencia de daño antijurídico por la actuación del legislador y el nexo de causalidad entre aquellas.

En cuanto al título de imputación de responsabilidad, el autor señala que puede ser originado por una norma declarada o no inconstitucional, resaltando que lo importante es la existencia del daño antijurídico en cualquiera de dicho escenarios.

Es menester destacar, que además el autor menciona sobre la posibilidad de recurrir a los tribunales internacionales, en aquellos casos de reformas constitucionales que no establezcan indemnización, a los que se consideren afectados para la reparación de daños antijurídicos por el hecho del legislador, cuando en el orden interno cuenten con aval de la autoridad constitucional.

Para el caso colombiano, la jurisprudencia del Consejo de Estado se ha pronunciado en el sentido de afirmar que la vía procesal para obtener la

indemnización por daños causados por el hecho del legislador, es la acción de reparación directa.

RAI 3

Elaborado por: Erika Armenta Cruz, Abogada. erikarmenta@gmail.com

Liliana Astrid Mejía Paz, Abogada. lalymepaz@hotmail.com

Tema: El reconocimiento jurisprudencial de la responsabilidad patrimonial del legislador en Colombia.

Investigador: Daniel Arango Perfetti

Institución donde se llevó a cabo la investigación: Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado.

Año de realización: 2009

Tipo de trabajo. Artículo publicado en la revista “Responsabilidad Civil y del Estado” No. 26 del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado.

Problema planteado: El autor se plantea si ¿Existe un reconocimiento de la responsabilidad patrimonial del estado legislador en la jurisprudencia colombiana?

Objetivo General: El autor propone como objetivo general, reflexionar sobre el existente, aunque escaso desarrollo jurisprudencial en Colombia de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador para lo cual hace un recuento especialmente de tres jurisprudencias.

Fuentes: Documento extraído de La Revisa Responsabilidad Civil y del Estado No.26 Editorial: Comlibros, Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado, Fecha de edición: Noviembre de 2009. ISSN: 16571215 *El reconocimiento jurisprudencial de la responsabilidad patrimonial del legislador en Colombia*. Pág. (167-179) Autor: Daniel Arango Perfetti.

Metodología o Enfoque Metodológico: De la lectura se desprende que el enfoque de la investigación es cualitativo con razonamiento deductivo. En el trabajo de investigación, el autor esboza el siguiente orden: I. Introducción, II. Descripción jurisprudencial de la responsabilidad patrimonial del estado-legislador en Colombia, III: El título jurídico de imputación de la responsabilidad patrimonial del estado

legislador a partir de la sentencia de 25 de Agosto de 1998 de la sala plena del consejo de Estado, IV. La vía procesal idónea para reclamar perjuicios derivados de leyes exequibles a la luz de la sentencia C-038 de 2006 de la corte constitucional, V. La extensión del concepto a la responsabilidad del Estado por actos administrativos regulares y la definición adecuada de las acciones contencioso administrativas según el fin perseguido por el acto a partir de la sentencia de 8 de Marzo de 2007 de la sección tercera del consejo de estado, VI Conclusiones.

Desarrollo:

El investigador inicia su artículo efectuando un análisis del antecedente histórico comparado de la responsabilidad del Estado-legislador y del reconocimiento de un régimen de responsabilidad en cabeza del mismo en su faceta legislativa, la cual sostiene que solo es reconocida a partir del siglo XX, ya que solo a partir de la segunda mitad del siglo XIX vino a reconocerse en el mundo que, a pesar de los poderes y preeminencias que evidentemente lo definen y caracterizan, el Estado, como sujeto de derecho que es, está obligado a responder por los perjuicios que con sus actos pueda causarle a los ciudadanos. Dicho reconocimiento, surgió históricamente el 8 de febrero de 1873, cuando el Tribunal de Conflictos francés emitió el célebre fallo Blanco, con ocasión del litigio entabado por el padre de una menor a la cual una vagoneta de propiedad de una compañía tabacalera estatal le ocasionó severas lesiones corporales. El fallo Blanco puso fin al principio de irresponsabilidad del Estado; estableció como principio, que la responsabilidad administrativa no se regía por las normas del Código Civil, sino que estaba sujeta a reglas especiales, que deberían atender a los imperativos propios de los servicios públicos; reconoció que la problemática propia de la responsabilidad administrativa era de competencia de la jurisdicción administrativa; y le atribuyó a un establecimiento industrial del Estado la calidad de servicio público, criterio funcional finalístico que en aquel entonces permitía determinar el concepto de administración pública.

La jurisprudencia francesa solo hasta 1938 reconoce la existencia de la responsabilidad patrimonial del Estado-legislador con la expedición del famoso arrêt

La Fleurette. Los supuestos fácticos del mencionado caso, correspondieron con que en 1934, en Francia, se expidió la Ley de 29 de junio de 1934 sobre protección de productos lácteos, que prohibía la fabricación, exposición, comercialización, importación, exportación o tránsito de las cremas lácteas que se fabricaban con materias primas que no proviniesen exclusivamente de la leche. La única empresa afectada con la norma fue la Societé des produits laïtiers La Fleurette, el Consejo de Estado francés en este caso, decidió que el Estado sea condenado a pagar una indemnización en reparación del perjuicio a la sociedad demandante. A partir del caso La Fleurette, la jurisprudencia francesa estructura la responsabilidad del Estado legislador.

Señala el autor que no solamente en Francia se ha reconocido la existencia de la responsabilidad del Estado-legislador, que entre otros también España ha presentado avances jurisprudenciales en la materia, sin embargo, la responsabilidad del Estado-legislador en dicho país en lo que tiene que ver con normas que no son contrarias a la Constitución, se soporta en el principio de la confianza legítima y no en el de la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas, en donde las decisiones judiciales se detienen en la indagación de la presencia de la acción de estímulo realizada por el Ejecutivo en orden a hacer sugestivas inversiones particulares como causa originaria de los posibles perjuicios.

A continuación entra el autor a efectuar un análisis sobre su desarrollo en Colombia e inicia estableciendo que al existir en Colombia de conformidad con lo establecido en el artículo 241 de la Constitución Política, un control de constitucionalidad en cabeza de la Corte Constitucional es posible, aunque también objeto de amplia discusión, que tal como se señaló en la sentencia C – 149 de 1993, la Corte Constitucional, al modular sus sentencias, otorgue efectos ex-tunc a la decisión y como consecuencia de dicha retroactividad, se genere responsabilidad patrimonial del Estado por leyes inconstitucionales. Pese a lo cual, el autor efectúa su análisis del discurrir jurisprudencial en los eventos de leyes constitucionales que ocasionan un daño especial a los particulares.

Considera el autor que el reconocimiento jurisprudencial de la responsabilidad

del Estado-legislador en Colombia, si bien insipiente, cuenta con tres sentencias que le han establecido con claridad el marco de acción a dicha posibilidad, de las cuales se puede determinar dos de sus principales elementos, a saber, el título jurídico de imputación en tanto responsabilidad de tipo objetiva y la vía procesal adecuada para la materialización de las indemnizaciones que se pretenden reclamar.

1. La sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, proferida el veinticinco (25) de agosto de 1998, con radicación IJ – 001, con ponencia del Consejero Jesús María Carrillo Ballesteros y que resolvió el litigio que se entrabó entre Vitelvina Rojas Robles en contra del Ministerio de Relaciones Exteriores y el Congreso de la República representado en este caso por el Ministerio del Interior.

Los hechos que dieron lugar al pronunciamiento, se pueden sintetizar así: El 10 de octubre de 1991 en la ciudad de Bogotá, un ciudadano colombiano fue atropellado por un vehículo de propiedad de la Embajada de los Estados Unidos, conducido por un miembro de sus fuerzas militares y como consecuencia de dicho accidente se le ocasionó la muerte a aquel. Los demandantes – familiares del fallecido – presentaron una reclamación directa ante la embajada de los Estados Unidos y ésta fue desfavorablemente atendida. Luego, los demandantes acudieron ante la Corte Suprema de Justicia pero su demanda fue rechazada por falta de jurisdicción atendiendo a que la Embajada de los Estados Unidos se encontraba protegida por la inmunidad establecida en la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, incorporada al ordenamiento jurídico colombiano a través de la Ley 6 de 1972. Ante la imposibilidad de obtener una decisión de fondo ante la justicia, los familiares del fallecido, formularon acción de reparación directa en contra de la Nación, Ministerio de Relaciones Exteriores – Congreso de la República y solicitaron declarar al Estado Colombiano patrimonialmente responsable “como consecuencia del acto legislativo consistente en haber expedido, sancionado y promulgado la ley 6ª. de 1972, la cual aprobó la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, ley que estableció la inmunidad de jurisdicción diplomática, por cuya aplicación se les impide accionar para obtener la reparación consecencial por la muerte de su esposo

y padre, contra la Embajada de USA.

En síntesis, el Consejo de Estado, encontró que la inmunidad jurisdiccional reconocida mediante la Ley 6 de 1972, aprobatoria de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas había generado, frente al particular, una ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas, ocasionando un daño especial, consistente en la imposibilidad que se les generó a las víctimas de materializar sus pretensiones indemnizatorias, en la medida en que los agentes diplomáticos causantes del daño tendrían que ser demandados en los Estados Unidos.

En esta sentencia estableció el Consejo de Estado, que es pertinente aplicar el régimen de la responsabilidad por daño especial, que es el que corresponde aplicar cuando por la actividad legítima del Estado se causa un daño consistente en el desequilibrio de las cargas públicas que los actores no deben soportar.

2. La sentencia de la Corte Constitucional C – 038 de 2006 del primero (1) de febrero de 2006, con ponencia del Magistrado Humberto Antonio Sierra Porto y que resolvió una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 86 (parcial) del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 31 de la Ley 446 de 1998, efectuada por el ciudadano Félix Hoyos Lemus fundamentada en las siguientes razones: 1.- El legislador al regular la acción de reparación directa, incurrió en una omisión pues no incluyó expresamente entre los supuestos que dan lugar a la imposición de dicho remedio procesal la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador. 2.-Al no incluir el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo la responsabilidad estatal por el hecho del legislador, se impide la utilización de ésta vía judicial para el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado colombiano cuando es originada por un acto del poder legislativo. 3.- Se presenta una violación al artículo 90 de la Constitución Política en la medida en que éste cubre horizontal y verticalmente a todas las entidades públicas y la norma demandada proyecta la sensación de que el aparato legislativo es inmune a las acciones judiciales por la actividad de expedición leyes.

Al resolver sobre los cargos formulados por el actor, la Corte Constitucional, efectuó varias aclaraciones en frente del espectro genérico de la responsabilidad del

Estado y el particular de la responsabilidad del legislador.

Esta sentencia la Corte Constitucional aprovecha para sentar doctrina haciendo un interesante estudio señalando que conforme con la jurisprudencia, la acción adecuada cuando se trata de reclamar perjuicios causados por la aplicación de una norma que ha sido declarada inexecutable es la de reparación directa. Indicó además la Corte que "... de conformidad con la interpretación que ha hecho el órgano judicial encargado de fijar el alcance del artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, dentro de los supuestos de procedencia de la acción de reparación directa está comprendida la responsabilidad proveniente de hechos u omisiones imputables al poder legislativo, es decir, la así denominada responsabilidad del Estado legislador".

3. La sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, proferida el ocho (8) de marzo de 2007, con radicación 16.421, con ponencia de la Consejera Ruth Stella Correa Palacio y que resolvió el litigio que se entabó entre Carlos Sammy López Mustafá en contra del Municipio de la Virginia (Risaralda) y su alcalde.

Los hechos del proceso se pueden sintetizar de la siguiente forma: 1.- Al actor fue elegido por el Consejo Municipal, como Contralor Municipal del municipio de la Virginia (Risaralda). 2.- Posteriormente, el mismo Consejo Municipal, sin que se hubiese surtido el período para el cual había sido elegido el actor, mediante Acuerdo, suprimió la Contraloría Municipal de la Virginia (Risaralda) sin que hubiese lugar a indemnización en cabeza del mismo. 3.- La decisión asumida por el Consejo Municipal tuvo por motivación el cumplimiento de lo establecido por la Ley 136 de 1994, atendiendo a la incapacidad económica del municipio para contar con su propio órgano de control fiscal, correspondiéndole entonces dicha labor a la Contraloría del Departamento.

Sin mencionar nada nuevo en lo que toca con la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, el Consejo de Estado en esta sentencia, consolida su posición frente a ese particular así como en frente de la responsabilidad administrativa por actos administrativos regulares, que con el mismo título jurídico de imputación –el daño especial- había venido siendo reconocida de tiempo atrás por dicha corporación.

Igualmente y es éste un valioso aporte de la sentencia, se da claridad en cuanto a las vías procesales adecuadas conforme con la finalidad del actor en los diferentes eventos en los que se puede ver involucrada la responsabilidad por actos administrativos legales o ilegales.

Conclusiones:

Considera el autor que en Colombia, a partir de estas tres decisiones y en especial de las dos primeras, actualmente es indiscutible la existencia de la responsabilidad patrimonial del legislador y de la administración por leyes constitucionales y actos administrativos regulares, que el fundamento de dicha responsabilidad es de carácter objetivo y tiene asiento en la teoría del daño especial como título jurídico de imputación, la cual requiere a su vez, para su materialización, que existan circunstancias especiales y anormales en la causación del daño al particular afectado. La vía procesal adecuada para el ejercicio de pretensiones resarcitorias en esta materia es la acción de reparación directa contenida en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo y en materia de actos administrativos de carácter regular, no existe opción en cuanto a la acción contencioso administrativa a interponerse por el actor. Si el acto administrativo cuenta con algún vicio de legalidad, la única posibilidad existente para reclamar los perjuicios ocasionados será la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y si dicho acto causa un perjuicio pero es perfectamente legal, la vía procesal adecuada será la acción de reparación directa. En lo que tiene que ver con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es importante señalar que ésta procede tanto contra actos administrativos de carácter general como particulares conforme con la teoría de los motivos o móviles y finalidades que ha sido recurrentemente esbozada por parte del Consejo de Estado.

RAI 4

Elaborado por: Erika Armenta Cruz, Abogada. erikarmenta@gmail.com

Liliana Astrid Mejía Paz, Abogada. lalymepaz@hotmail.com

Tema: La Vulneración a La Confianza Legítima ¿Una Situación Jurídica Generadora de Responsabilidad Del Estado Legislador?

Investigador: Sarmiento-Eraza, Juan Pablo

Institución donde se llevó a cabo la investigación: Pontificia Universidad Javeriana de Colombia.

Año de realización: 2008

Tipo de trabajo. Trabajo realizado como parte de la investigación de Maestría en Derecho que consiste en la responsabilidad del Estado Legislador en Colombia por falla del servicio legislativo, sea por la omisión legislativa absoluta o relativa y la declaración de inconstitucionalidad de la ley.

Problema planteado: Analizar el fenómeno de la responsabilidad del Estado Legislador por la vulneración del principio de la confianza legítima.

Objetivo General: El autor propone como objetivo general, analizar los temas relacionados con la inestabilidad normativa derivada de cambios continuos, y quizás intempestivos, del ordenamiento jurídico; situación que sin duda, puede dar lugar a la responsabilidad administrativa cuando de las reformas legislativas se derivan modificaciones injustificadas a situaciones jurídicas más favorables o incluso, hacen más gravosas actividades económicas estimuladas por el mismo legislador.

Fuentes: Documento extraído de Artículo de revista Vniversitas. ucls. Pontificia Universidad Javeriana de Colombia. Bogotá (Colombia) N° 116: 85-117, julio-diciembre de 2008.

http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/4Sarmiento.pdf

Metodología O Enfoque Metodológico: De la lectura se desprende que el enfoque de la investigación es cualitativo con razonamiento deductivo. En el trabajo de investigación, el autor esboza el siguiente orden: Introducción, 1. La Experiencia Española en la Comunidad Europea, un Escenario de Integración Económica. 2. La Experiencia Nacional en un Escenario de Integración Económica y de Inestabilidad Tributaria, que a su vez lo subdivide en: 2.1. Mínimo de técnica y equidad tributaria; 2.2. Censura a la arbitrariedad de cambios impositivos y el derecho a la igualdad entre quienes ya tienen un derecho adquirido y quienes están frente a una expectativa. 2.3. Providencias que reconocen la libertad de configuración del legislador. 3. Los

Contratos de Estabilidad Jurídica, Límites a la Eficacia de la Norma como Protección a la Inversión. Y Conclusión.

Desarrollo:

El autor desarrolla su investigación partiendo del principio de la confianza legítima, inicialmente a través de la experiencia española, que por su ingreso al Mercado Común Europeo, el cual es garantista de dicho principio, ha generando para el legislador reglas claras y constantes en espacios de libre cambio de bienes y servicios.

Define en forma amplia la confianza legítima lo cual permite el traslado de este concepto al legislador, debido a que explica el objetivo de la confianza legítima como el de la protección a *situaciones* de carácter particular y no necesariamente a *actos particulares*, de manera que de disposiciones generales puede tener origen derechos o situaciones jurídicas concretas. La confianza legítima, supone un amparo que debe dar el juez al ciudadano, frente a una Administración Pública que ha venido actuando de una determinada manera, y que repentinamente modifica su comportamiento o forma de decidir, rompiendo la confianza del ciudadano en que la administración seguiría actuando como lo hacía originariamente bajo circunstancias (políticas, sociales, económicas) similares.

Analiza la experiencia española y luego entra a efectuar un análisis de la experiencia nacional a partir del desarrollo jurisprudencial, en un escenario de integración económica y de inestabilidad tributaria, para finalmente abordar el tema de los contratos de estabilidad jurídica como una respuesta que se intentó dar a este problema.

1. Sobre la experiencia española en la comunidad europea, en un escenario de integración económica; establece que a partir de dicha integración, se ha logrado un crecimiento económico prolongado y alto, asemejándose a nuestra experiencia de integración en la Comunidad Andina de Naciones que parece seguir de cerca la práctica económica y política de la Comunidad Europea.

Considera que de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español se infiere que ha optado por una comprensión amplia de confianza legítima, entendiendo que las mutaciones aceptables en la ley comprenden meros cambios legislativos, que incluso, pueden implicar una restricción de derechos, que antes de él se tenían, sin comportar necesariamente una privación de los mismos.

Es así, que al momento de ingresar a la Comunidad Económica Europea, el Tribunal Supremo encuentra responsable al Estado legislador debido a la modificación del ordenamiento jurídico interno que supuso la mencionada inclusión, si bien, se reconoció la libertad de configuración del legislador para definir el ordenamiento jurídico y dirección de las relaciones internacionales, se imputó responsabilidad en el Estado legislador, entendiendo que la integración internacional condujo a los particulares a sufrir perjuicios económicos especiales; se concibe entonces que la confianza legítima es una expectativa y no un derecho adquirido, pues si se tratase de bienes apropiados, la ley no vulneraría estos principios, sino el mismo derecho de propiedad, de manera que el supuesto no sería otro que el expropiatorio.

Trae a colación varios ejemplos en que por la actividad legislativa se causa agravio injustificado a los particulares, generando como consecuencia que el Tribunal Supremo español declara responsable al Estado legislador, entendiendo que éste no tuvo en cuenta situaciones jurídicas individualizadas, a pesar de tener el deber de disponer medidas transitorias que garantizaran la equidad tributaria y evitasen posibles desequilibrios en la actividad empresarial.

La responsabilidad del Estado legislador, tiene en este caso una doble justificación para reconocer la reparación de expectativas legítimamente creadas. Primera, los cambios intempestivos pueden romper el equilibrio en situaciones previas a la expedición de la norma, generando con ello una vulneración a la igualdad en la medida en que situaciones preexistentes más favorables crean expectativas y conducen al particular a tomar decisiones económicas basadas en los supuestos normativos vigentes. La segunda justificación consiste en una omisión legislativa generadora del daño. Esta última parecería en cierta manera adecuada, pues si nos

conformamos sólo con la primera, podríamos acercarnos a la petrificación del ordenamiento jurídico, debido a que rechazaríamos cambios legislativos que conducirían a alguna variación en las ventajas pecuniarias de la actividad económica; mientras que la omisión legislativa preservaría la libertad de configuración del sistema legislativo, siempre que contemple alguna protección a expectativas particulares mediante mecanismos de transición. Siguiendo con la segunda justificación mencionada, el Tribunal Supremo español considera que la indemnización es procedente precisamente cuando, sin terciar medida transitoria alguna, el perjuicio al particular se hace anormal. No obstante, consideró el Tribunal, el principio de la confianza legítima no garantiza que las situaciones de ventaja económica deban mantenerse indefinidamente.

Considera el Tribunal Constitucional que una democracia no podría existir si cualquier cambio en el orden jurídico tuviese que ser indemnizado a los *beati possidetis* instalados en la legislación anterior; y rechaza, por ende, a la confianza legítima como límite al legislador, en la medida en que conduciría a la petrificación del derecho y al cierre definitivo respecto de cambios sociales obtenibles mediante disposiciones legisladas.

Concluye estableciendo que la experiencia española y comunitaria europea reflejan un proyecto de unificación económica que necesita garantizar expectativas legítimas para responder a la exigencia de una integración de mercados que permita el libre flujo de bienes y servicios, y que además admita la intervención de cada Estado en su economía interna y en la libertad de configuración de los sistemas jurídicos centrales reconociendo una amplia discrecionalidad del legislador para determinar la política económica del país. En este sentido, la imputación de responsabilidad en él se limita a escenarios en los que se expidan normas de manera intempestiva que afecten a otras determinantes de la inversión privada. Su expedición dará lugar a la reparación patrimonial del individuo perjudicado cuando haya existido en ellas una omisión legislativa de transición que impida al particular su adaptación a la nueva norma.

2. La experiencia nacional en un escenario de integración económica y de inestabilidad tributaria.

Efectúa un análisis dinámico de las sentencias de la Corte Constitucional, principalmente, desde las acciones públicas de inconstitucionalidad por la contradicción del legislador al principio de la confianza legítima.

Considera que en los recientes pronunciamientos del Consejo de Estado, se destaca el aparente comienzo de un nuevo escenario de responsabilidad del Estado legislador por la defraudación a la confianza legítima consignada en el legislador, especialmente con la expedición de reformas tributarias que afectan patrimonialmente a los individuos.

En materia tributaria, en los casos traídos a colación, se ha argumentado que la variación en la base gravable, el hecho gravado, la tarifa o la derogación de exenciones tributarias resultan especialmente lesivos, incluso, cuando se han iniciado o venían ejecutando actividades económicas cuya rentabilidad se vio afectada por la decisión legislativa; del mismo modo, hacen referencia a los impuestos de período o legislatura, es decir, tributos que tienen como base gravable el resultado de hechos ocurridos durante un período de tiempo determinado. En este tipo de tributos, la defensa constitucional al principio de irretroactividad es en principio irrefutable, de manera que los impuestos de legislatura son circunscritos a períodos fiscales, como periodos que constituyen un constante límite, y en cierto sentido, un mínimo de transitoriedad en disposiciones impositivas de período.

Advierte que si bien hasta este momento ninguna sentencia aceptó los cargos de inexecutable de la norma, se evidencia que en la *ratio decidendi* y los fundamentos de la decisión, se reconocieron ciertos límites a la actividad legislativa por virtud de una afectación del principio de confianza legítima.

Anota que la jurisprudencia en relación con este tema es escasa y problemática, y que podemos constatar que la Corte Constitucional reconoce una amplia libertad del legislador para configurar el orden jurídico económico y por otro,

parecería proteger al individuo de situaciones que rompen la igualdad de los particulares entre sí o frente a la administración.

Agrupar los argumentos de todas las sentencias reseñadas así: Argumentos de la sentencia que exigen algún nivel de técnica y equidad tributaria; Argumentos de la decisión que en alguna medida censuran la arbitrariedad de cambios impositivos y el derecho a la igualdad entre quienes ya tienen un derecho adquirido y quienes están frente a una expectativa; y finalmente los argumentos de las providencias que reconocen la amplia libertad de configuración del legislador.

2.1. Mínimo de técnica y equidad tributaria.- Las primeras sentencias de la Corte Constitucional parecerían aceptar un mínimo de equidad y técnica en el sistema tributario. Las sentencias C-364 de 1993 y C-419 de 1995, proferidas teniendo por fundamento al artículo 95 numeral 9 de la Constitución Política, señalan que el deber de contribuir con los gastos e inversiones del Estado por medio del sistema impositivo se encuentra siempre limitado por los conceptos de justicia y equidad; de tal modo que una reforma tributaria que contraríe tales principios deberá ser declarada inexecutable. Comprende la Corte que la tributación necesariamente afecta la propiedad y la riqueza, pero reconoce al sistema impositivo como un instrumento de redistribución del ingreso y de reducción de las desigualdades sociales y económicas. Sin embargo, señala, de su contenido no puede derivarse la pérdida de las fuentes de la riqueza y del trabajo, de manera que encuentra en éste el límite del poder impositivo.

En la segunda sentencia anotada, señaló que el legislador debe seguir imperativos de técnica tributaria y principio de equidad; para la Corte, las exenciones tributarias hacen parte de un sistema de estímulos fiscales, normalmente utilizados para lograr ciertos resultados de política económica y social en que se interesa el Estado cuando pretende impulsar la inversión privada, estimular determinadas actividades productivas u orientar el ahorro privado hacia ciertos tipos de inversiones. En esta medida, se reconoce a la exención como una medida excepcional que responde a intereses de política económica y social del Estado. Entonces, cuando el

sistema busca estimular una conducta de sectores de la comunidad dirigida al desarrollo de los fines del Estado, el diseño de una exención podrá ser flexible y su aplicación deberá tener en cuenta, de todos modos, las circunstancias cambiantes de la base gravable de referencia y los intereses del contribuyente.

2.2. Censura a la arbitrariedad de cambios impositivos y el derecho a la igualdad entre quienes ya tienen un derecho adquirido y quienes están frente a una expectativa.-Las sentencias que analiza el autor en este punto, señalan eventos en los cuales podrían censurarse las medidas que puedan resultar desproporcionadas, ampliando la interpretación del artículo 363 de la Constitución Política.

En la sentencia C-188 de 1998, MP Dr. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ. Declara la constitucionalidad de la Ley 223 de 1995, y encuentra un reproche del juez constitucional respecto de decisiones legislativas arbitrarias, entendidas éstas como cambios normativos que conducen a la ruptura del equilibrio constitucionalmente previsto que debería partir, para ser suficiente como fundamento de la inexecutable, por la absoluta ausencia de un motivo válido, objetivo y razonable basado en circunstancias especiales.

La sentencia citada reconoce que tratándose de los tributos nacionales establecidos, el Congreso de la República es quien está facultado por la Constitución Política para contemplar exenciones, siempre que lo haga por iniciativa del Gobierno (artículo 154 de la Constitución Política). Le corresponde, entonces, a esa Corporación, con base en la política tributaria, evaluar la conveniencia y oportunidad de excluir a ciertos tipos de personas, entidades o sectores del pago de los tributos, sea para estimular o incentivar ciertas actividades o comportamientos, o con el propósito de reconocer situaciones de carácter económico o social que ameriten la exención. Ante la concurrencia de voluntades del Ejecutivo y del Legislativo, en materia de exenciones, infiere el Tribunal el diseño de políticas económicas que determinan el contenido y la variación de las normas debatidas.

De este modo, la configuración del sistema tributario en esta materia se deja al completo arbitrio de los órganos de representación popular, quienes definirán,

tratándose de exenciones, la forma de dirigir la economía nacional. Incluso, la Corte reconoce que la exención tributaria no es neutra; por el contrario, cumple el objetivo de dirigir la actividad económica del individuo hacia actividades que conducen al bienestar de la comunidad. En este evento, las derogaciones de dichos beneficios fiscales son reconocidas como hechos dañosos, siempre que la supresión de la exención no consulte motivos constitucionales. La exclusión al ejercicio arbitrario del sistema impositivo permite proteger derechos siempre que se demuestre el distanciamiento de las razones constitucionales para la creación, modificación o supresión del tributo. Por trato arbitrario se entiende también un trato heterogéneo de legislaciones posteriores que pueden violar el derecho a la igualdad por situaciones consolidadas de quienes ya tienen derechos adquiridos frente a quienes tenían expectativas de alcanzarlos.

En conclusión, el límite a la arbitrariedad del legislador en la derogación de exenciones tributarias es doble. Primero, la variación normativa no puede alterar las disposiciones legislativas si no está dando cumplimiento de sus finalidades sociales y si no obra para redistribuir los ingresos en guarda de la equidad. Segundo, se debe garantizar el derecho a la igualdad, cuando normas posteriores, sean exenciones o beneficios fiscales, hayan permitido consolidar derechos frente a quienes tenían la expectativa muy cercana de alcanzarlas.

2.3. Providencias que reconocen la libertad de configuración del legislador.- La Corte desplaza la línea jurisprudencial al reconocimiento de una amplia libertad de configuración del legislador, presente en las sentencias C-445 de 1995, C-478 de 1998 y C-007 de 2002, considerando que esta atribución le pertenece por tratarse de un órgano representativo. En la segunda sentencia citada, la Corte señala que el Estado tiene el deber de intervenir en la economía con el fin de satisfacer ciertos derechos sociales de las personas; deber que corresponde al Congreso, quien tiene que determinar las orientaciones esenciales de esa intervención estatal. Esto significa que el Congreso y el Ejecutivo desarrollan, “conforme a los criterios de oportunidad de las mayorías”, distintas políticas económicas. Se respeta la

libertad política del Congreso para establecer o derogar medidas que estimulan ciertas actividades, debido a que las estrategias de fomento requieren de una evaluación política entre distintas opciones; evaluación que, según considera la Corte, no es realizable por el juez constitucional.

Como consecuencia de esta posición, para el autor, desaparece en gran medida la protección a la confianza legítima mediante la garantía a la igualdad. De igual forma, reduce enormemente la posibilidad de un juicio de inconstitucionalidad mediante la omisión legislativa relativa, que hace referencia a aquella pretermisión del legislador que vulnera el principio de igualdad por la exclusión indebida a una categoría de individuos.

Resulta tajante la disertación que hace la Corte sobre la confianza legítima cuando considera que ésta no constituye un límite a la potestad del legislador para derogar una normatividad anterior, debido a que la persona no goza de un derecho adquirido sino de una situación revocable, es decir, de una mera expectativa.

Considera la Corte que si bien, el legislador está obligado a proporcionar al afectado tiempo y medios que le permitan adaptarse a la nueva situación, este el argumento presentado no parece correcto, en la medida en que si consideramos como razón objetiva para confiar en la permanencia de la norma que la ley no haya estado sujeta a modificaciones ni que haya propuestas sólidas de reforma, nos enfrentamos a un obstáculo insalvable para la protección a la confianza legítima. Éste consiste, simplemente, en que las deliberaciones legislativas son públicas; es decir, que nunca podrá considerarse configurada esta razón objetiva, pues toda norma debe resistir un debate legislativo público que no permite suponer que el particular pueda ser sorprendido por la modificación legislativa.

Deduca de estas sentencias que el mínimo de transitoriedad de los cambios normativos no es exigible al legislador y que la libertad de configuración del legislador es suficientemente amplia, de manera que la garantía a la confianza legítima no surgirá de una omisión legislativa relativa, ni tampoco, de una exigencia de medidas transitorias.

La puntada final a la disminución mencionada se aprecia en la sentencia C-910 de 2004, en la cual la Corte deja ver una aparente reiteración en la *ratio decidendi* del fallo al afirmar que la protección de la confianza legítima no impide que el legislador, por razones de interés general, modifique las regulaciones sobre un determinado asunto.

Así, la protección de la confianza legítima en reformas tributarias no impide que el legislador, por razones de interés general económico, político y social, modifique las regulaciones sobre un determinado asunto.

Igualmente, observa que la justicia contencioso-administrativa, pese a que sólo recientemente ha reconocido la imputación de responsabilidad al legislador por la defraudación a la confianza legítima, de todos modos ha utilizado argumentos similares a los señalados por la Corte Constitucional.

Las providencias del Consejo de Estado exponen una creación jurisprudencial cercana a la de la Corte, la cual, aunque caótica, respeta la libertad de configuración del legislador. Esto haría pensar en una dificultad para imputar responsabilidad al legislador por la violación del principio de confianza legítima. No obstante, en la sentencia del 13 de septiembre de 2007 se adoptó una decisión completamente diferente, en ese fallo se decide la legalidad de la derogación del artículo 68 del Acuerdo 0019 de 1991 del Distrito de Barranquilla, el cual creó una exención del impuesto de industria y comercio a favor de los contribuyentes que acreditaran, ante el Comité para la Generación de Nuevas Empresas, los requisitos legales para obtener la calidad de nueva empresa, por un término de 10 años que luego fue revocada. El principal motivo para declarar la indemnización debida a la compañía demandante consistió en que la sociedad actora de esta forma confió en la estabilidad jurídica que le brindaba la Administración, estableciéndose como nueva empresa y cumpliendo los requisitos legalmente establecidos para acceder a dicho beneficio. Con ocasión de dicha derogación, el principio de irretroactividad cobró mayor relevancia, vinculándose por el juez administrativo el principio mencionado con la situación jurídica consolidada frente a la norma que le concedió el beneficio fiscal, del cual,

dedujo el Consejo de Estado, surgieron derechos adquiridos derivados de la confianza legítima del contribuyente en la oferta del Distrito de Barranquilla.

Siguiendo la línea expuesta en el análisis de la práctica ibérica y comunitaria europea, y habiendo hecho un recorrido jurisprudencial nacional, pasa a estudiar la experiencia comunitaria andina. En esta experiencia de integración económica regional, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, mediante providencia del 20 de octubre del 2004, intentó proteger la confianza legítima desde la irretroactividad de normas comunitarias.

3. Los contratos de estabilidad jurídica, límites a la eficacia de la norma como protección a la inversión.-

Mediante la Ley 963 de 2005, el legislador colombiano dispuso, no por primera vez, un sistema contractual de estabilidad jurídica, donde por virtud de un negocio jurídico llamado “Contrato de estabilidad jurídica”, el inversionista nacional o extranjero goza de la intangibilidad de las normas que determinaron su inversión hasta la vigencia del contrato. La mencionada ley trae una serie de condiciones que parecerían limitar excesivamente este tipo de contratos, dejando espacio quizá, sólo para el impuesto de renta.

De todas estas restricciones al ámbito de aplicación de los contratos de seguridad jurídica encontramos, primero, que al parecer se ha logrado cerrar el círculo que rechazó la Corte Constitucional, este es, el reconocimiento de intangibilidad de impuestos de renta y exenciones como normas determinantes de la inversión.

Segundo, que quedan exceptuados temas arancelarios y pararancelarios, además de toda la política monetaria, cambiaria y crediticia, lo que supone una sustracción que deja espacio amplio a la pretensión de reparación de patrimonios afectados por el desconocimiento a la confianza legítima. También se ha excluido un gran número de inversionistas debido al monto de la inversión nueva o su ampliación, de forma que aquellos inversionistas que no alcancen un nivel de inversión tan alto

podrían acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa para lograr la reparación del daño, causado con la defraudación a la confianza legítima y a la seguridad jurídica.

Entonces, la labor de los contratos de estabilidad jurídica se halla incompleta y de sus restricciones derivamos beneficiarios principalmente dirigidos a la inversión extranjera, ya que el nivel de desarrollo nacional parece no brindar un amplio espacio de beneficiarios. Igualmente, el legislador no ha limitado su libertad de configuración legislativa, sino que ha creado una muy excepcional inaplicabilidad de normas a inversionistas que cumplen múltiples requisitos normativos, que permite la intangibilidad de beneficios fiscales o legislativos.

Conclusión:

De la experiencia española y de la experiencia de la Comunidad Europea constata la gran dificultad que presenta este tema para la integración económica de mercados internacionales y para el desarrollo mismo de la economía doméstica.

De este modo, no resulta fácil aceptar a la confianza legítima y a la seguridad jurídica como valores exigibles al legislador, pese a su implicación en el mercado común y movilidad de la inversión. Con todo, el mayor aporte de estas experiencias de integración y desarrollo económico consiste en verdad en el traslado de la confianza legítima al legislador, construyendo un principio, que de la mano de la proscripción a la arbitrariedad, conducirá a un límite expedito al legislador, de modo que se encuentre un punto intermedio entre el interés general y bienes económicos particulares. Justamente, la protección de la confianza legítima llevará al libre flujo de bienes y servicios en el mercado común, incrementándose así sustancialmente el valor de este principio, siempre que éste se constituya en un objetivo que determina el modelo económico que han decidido seguir los Estados miembros de la Comunidad Europea.

En lo que concierne a la experiencia colombiana, la confianza legítima está bastante lejos de constituirse en un principio exigible al legislador, al ser considerada habitualmente como una expectativa no amparable desde la Constitución. Así, la construcción de este principio desde la buena fe del artículo 83 de la Carta Política

resulta insuficiente, lo que obliga al juez constitucional a acudir a artículos expeditos que dirigen el sistema tributario en el modelo constitucional de economía social de mercado. También resulta exíguo apreciar al principio de irretroactividad tributaria como una restricción que dirige el desarrollo del sistema tributario y que protege expectativas legítimas.

En este entendido, la neutralidad del sistema tributario se considera distante del ordenamiento constitucional, estableciéndose como medio idóneo para intervenir en la economía nacional. Por ello, el autor considera que es precisamente por la no neutralidad del sistema tributario que el juez constitucional debería proteger expectativas legítimamente creadas, en la medida en que la misma intención legislativa de intervenir en la economía genera en el individuo un interés en iniciar actividades dirigidas por el propio legislador, haciendo que los cambios súbitos que afecten la actividad económica que anteriormente se fomentó deban ser contenidos, por lo menos, mediante sistemas de transición.

La omisión legislativa que podría presentarse respecto del régimen de transición exigible al legislador en nada impide la imputación de responsabilidad a esta rama del poder. Es justamente en este espacio donde la actividad del juez administrativo puede cobrar mayor intensidad protegiendo al particular de cambios normativos súbitos contrarios a las expectativas legítimamente creadas.

Presentado el desarrollo jurisprudencial del debate, entiende por qué el orden jurídico colombiano no resulta muy atractivo, tratándose de la vulneración de la confianza legítima que podría perjudicar a cualquier inversionista. Asimismo, los mecanismos de integración internacional tampoco tendrían vocación para ser muy exitosos si consideramos que el sistema jurídico resulta bastante variable y los beneficios económicos inestables. Entonces, el desplazamiento de la inversión se deberá precisamente al riesgo jurídico interno y al índice de costos fiscales altamente variable, afectando bastante el libre flujo de capitales y servicios hacia el país.

La experiencia de integración comunitaria andina parece recoger un ambivalente principio de confianza legítima, considerando que la irretroactividad de la medida se constituye en un medio para la protección de este principio. A pesar de

esto, como se advirtió en su momento, la no retroactividad de las leyes se acerca a derechos adquiridos y tributos de período y no a expectativas legítimamente creadas, resultando insuficiente la pretendida protección a los principios de confianza legítima y seguridad jurídica. Este hecho reafirma la dificultad que tendrá en nuestro país la pretensión de reparaciones patrimoniales por la contradicción de estos principios provocada por disposiciones normativas del legislador o de la Comunidad Andina.

En definitiva, la respuesta legislativa propuesta mediante los contratos de estabilidad jurídica constituye un intento por alcanzar algún nivel de intangibilidad normativa que no resulta del todo redituable. Lo anterior partiendo de las condiciones que la misma ley trae y a su vez, de la significativa cantidad de inversionistas que terminan excluidos del sistema contractual de protección. Entonces, podemos observar muchos escenarios en que el inversionista que no cumple con las condiciones para la protección que ofrece el Contrato de estabilidad jurídica, o aquel que pudiendo beneficiarse de él, se ve perjudicado por la reforma de disposiciones normativas que no fueron incluidas en el contrato, podrá intentar la acción de reparación directa. No obstante, la ley permitiría la exclusión de varios litigios de cuantías muy altas, en la medida en que logran impedir la configuración de algún daño patrimonial debido a la defraudación a la confianza legítima.

I. MARCO TEÓRICO-CONCEPTUAL

Para Arturo Alessandri Rodríguez (1981), en derecho civil la expresión responsabilidad no se define por su fundamento que puede variar, sino por su resultado, es decir, por las consecuencias jurídicas que el hecho acarrea para el autor. En este sentido se dice que un individuo es responsable cuando está obligado a indemnizar el daño. En derecho civil hay responsabilidad cada vez que una persona debe reparar el perjuicio o daño sufrido por otra. Puede definírsela diciendo que es la obligación que pesa sobre una persona de indemnizar el daño sufrido por otra.

La responsabilidad es extracontractual cuando el autor del daño está obligado a indemnizar a la víctima de un perjuicio que no proviene de un vínculo jurídico previo entre las partes.

Una de las modalidades de la responsabilidad extracontractual en el derecho moderno, es la llamada responsabilidad del Estado por el hecho del legislador, esto es, aquella originada por los daños antijurídicos causados por el estado en su actividad legislativa.

Dentro de los regímenes aplicables a este tipo de responsabilidad, se encuentra la de carácter subjetivo, cuando por ejemplo, el daño se deriva de una ley declarada inconstitucional por un órgano jurisdiccional. Por otro lado, el régimen será objetivo, si el daño es causado por una ley que goza de plena validez. En este caso, la teoría del daño especial se aplica para el régimen objetivo, basando la responsabilidad en el daño antijurídico como aquel al que no se está obligado a soportar.

La teoría del daño especial en la responsabilidad del Estado legislador se origina en el principio de igualdad frente a las cargas públicas cuando por un actuar legítimo del Estado se quebranta dicho principio causando un daño especial a un ciudadano. Por lo anterior, el Estado está obligado a indemnizar perjuicios cuando su actuación genera un daño especial al que no se está obligado a soportar, para restablecer el principio de igualdad frente a las cargas públicas.

La responsabilidad del Estado por daño especial requiere de los siguientes elementos: a) Que la actuación de la administración sea legítima o acorde al ordenamiento jurídico b) La ruptura del principio de igualdad frente a las cargas públicas en contra de un particular c) Nexos de causalidad entre la actuación del Estado y el daño causado por el quebrantamiento de la igualdad frente a las cargas públicas.

Este tipo de responsabilidad patrimonial del Estado es objetiva toda vez que el actuar de la administración es legítimo y no obedece a una falla del servicio.

La jurisprudencia colombiana ha reiterado sobre la teoría del daño especial lo siguiente:

En tales condiciones se exige que para hablar del daño especial como presupuesto de responsabilidad de la administración este debe ser anormal, excepcional y superior al que normalmente deben sufrir los ciudadanos en razón de la especial naturaleza de los poderes y actuaciones del Estado, es decir, que solo unos pocos ciudadanos resultan sacrificados en su patrimonio como contrapartida de que la comunidad obtenga beneficios que le representa un mejoramiento en la calidad y prestación de los servicios (Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia 11 de febrero de 2009. Exp. 16980 C.P. Mauricio Fajardo Gómez)

El principio de la legalidad tributaria, tal como está consagrado en nuestra Constitución, tiene como uno de sus objetivos dar seguridad jurídica a las instituciones tributarias.

Establece la Carta que todo tributo debe ser creado por ley, cuando se trata del orden nacional o autorizado por ésta, cuando se trata del nivel territorial, en este sentido el artículo 338 de la Carta ordena que la ley debe contener lo relacionado con sujetos de la obligación tributaria, el hecho gravado, la base imponible y la tarifa aplicable.

Al examinar la forma como se ha legislado en materia tributaria especialmente bajo la vigencia de la Constitución de 1991, se encuentran graves deficiencias, que son imputables tanto al Gobierno, en la preparación de los proyectos de ley, como al

Congreso, en la aprobación de las leyes principalmente por el desconocimiento del legislativo en esta materia que genera confusión en la normatividad dejando un espacio abierto a la interpretación de la autoridad tributaria.

Todo lo anterior ha llevado al establecimiento en materia tributaria de inseguridad para los administrados al no darse la claridad respecto de los derechos y obligaciones que se derivan de las instituciones legales.

La seguridad jurídica no solo se traduce en certeza respecto de las obligaciones que nacen de la ley, sino también en estabilidad de las normas. En materia tributaria en Colombia, predomina la inestabilidad de la legislación, evidenciado por la cantidad de reformas tributarias.

El principio de seguridad jurídica se traduce en la confianza por la estabilidad de las normas, de tal manera que los particulares puedan planificar sus actividades de acuerdo con las normas vigentes.

La evidente inestabilidad de la legislación colombiana obedece a la necesidad de hacer frente al déficit fiscal, que constituye una epidemia de nuestras finanzas públicas. El desbordamiento del gasto público, unido al estrechamiento de posibilidades de financiamiento a través del crédito público, por razón del uso excesivo de éste, se traduce en la necesidad de incrementar la tributación, como única solución al déficit.

Así las cosas, en materia impositiva los constantes cambios normativos son una expresión de la soberanía del Estado legislador ante la necesidad de modificar el ordenamiento jurídico por las circunstancias que lo ameriten, sin que por ello se descarte la declaración de responsabilidad del Estado legislador.

Los fundamentos de este tipo de responsabilidad, están basados en el principio de la buena fe y el principio de igualdad frente a las cargas públicas.

El principio de la confianza legítima es un corolario de aquel de la buena fe y consiste en que el Estado no puede súbitamente alterar unas reglas de juego que regulaban sus relaciones con los particulares, sin que se les otorgue a estos últimos un periodo de transición para que ajusten su comportamiento a una nueva situación jurídica. (Corte Constitucional, Sentencia C-131 de 2004).

Frente al principio de igualdad, la jurisprudencia ha señalado:

El principio de igualdad de todas las personas ante la ley y frente a las cargas públicas, se acentúa de manera especial con el art. 13 de nuestra nueva Constitución, cuando prescribe que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se comentan. (Sentencia Sección Tercera No. 6453, septiembre 13 de 1991, C.P. Daniel Suarez Hernández)

CAPÍTULO I

**II. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR: UNA FORMA MÁS
BENÉVOLA PARA LAS VÍCTIMAS FRENTE AL SILENCIO DEL
LEGISLADOR.**

¿Qué es el Estado Legislador?

La doctrina ha definido al Estado como una sociedad territorial jurídicamente organizada con poder soberano que persigue el bienestar general. El poder legislativo es una expresión de la soberanía del Estado, pues su ejercicio implica la expedición de leyes para lograr los fines del Estado.

La teoría de la responsabilidad del Estado legislador ha tenido grandes obstáculos, como por ejemplo el dogma de la soberanía pues las leyes son instituidas para el bienestar general y expresan la voluntad del pueblo.

Existe un principio general de responsabilidad extracontractual del Estado que le obliga a reparar los daños provocados a los ciudadanos como consecuencia de su indebida o ilícita actuación, con independencia de que la misma proceda de su poder ejecutivo, de su poder judicial o, incluso, de su poder legislativo.

El legislador no está exento de responsabilidad frente a los ciudadanos cuando incumple las obligaciones que le impone la Constitución o el Derecho Comunitario, por lo que la ausencia o la indebida actuación, debe provocar el correlativo derecho de los ciudadanos afectados a obtener la correspondiente reparación (Moreno, 2009, p.23-24).

La idea de que el Estado se ubica por sobre la ley, y por tanto será únicamente responsable de los daños que eventualmente produzca al legislar cuando una ley así expresamente lo señale, está aún latente en gran parte de la jurisprudencia y la doctrina. (González, 2004, p.57)

El régimen de responsabilidad del Estado es reconocido a partir de la segunda mitad del siglo XIX, y como antecedente en el derecho francés se encuentra el fallo Blanco:

Dicho reconocimiento, surgió históricamente el 8 de febrero de 1873, cuando el Tribunal de Conflictos francés emitió el célebre fallo Blanco, con ocasión del litigio entrabado por el padre de una menor a la cual una vagoneta de propiedad de una compañía tabacalera estatal le ocasionó severas lesiones corporales. El fallo Blanco puso fin al principio de irresponsabilidad del Estado; estableció como principio, que la responsabilidad administrativa no se regía por las normas del Código Civil, sino que estaba sujeta a reglas especiales, que deberían atender a los imperativos propios de los servicios públicos; reconoció que la problemática propia de la responsabilidad administrativa era de competencia de la jurisdicción administrativa; y le atribuyó a un establecimiento industrial del Estado la calidad de servicio público, criterio funcional finalístico que en aquel entonces permitía determinar el concepto de administración pública. (Arango, 2009, P. 167-168).

La importancia de esta institución original del derecho civil, ha cobrado fuerza en nuestros días, porque obliga a los particulares a tomar precauciones en el desarrollo de sus relaciones sociales y económicas, para evitar al máximo el riesgo de ser agentes de daños.

Desde el punto de vista del derecho público, la responsabilidad civil patrimonial es importante porque forma parte de las garantías constitucionales a favor de los gobernados ante el accionar de un Estado que a través de la historia ha pasado por etapas de arbitrariedad (tiranía), leseferismo (dejar hacer dejar pasar) y en mayor parte de la modernidad, en democracias bajo un esquema de Estado social de derecho que cada vez es más consciente de establecer en sus instituciones, un sistema de protección y reparación ante daños causados por su comportamiento.

La idea de estudiar el desarrollo de una teoría de responsabilidad patrimonial del Estado en ejercicio de la función legislativa, pretende mostrar que con ocasión a la expedición, modificación y supresión de leyes, se pueden ocasionar daños antijurídicos a los administrados.

Una de las razones por las cuales el presente trabajo se enfoca en el campo tributario, es precisamente, porque dentro de los principios de esta área del derecho, se encuentra el de reserva legal, esto es, que sólo el Estado legislador está facultado

para crear, modificar o suprimir impuestos mediante leyes. Entonces, este escenario facilita el estudio de una posible aplicación de la teoría de responsabilidad del Estado legislador.

Según Casás (2010, p. 32), desde otro ángulo, puede sostenerse que si bien la ley no constituye *un acto legítimo* (por representar la *máxima expresión de la legalidad*), no por ello deja de estar *subordinada a la Constitución*, derivándose de dicho plano jurídico superior a la obligación de reparar todo perjuicio cierto y especial que cause a los derechos de los particulares.

Algunos referentes internacionales en doctrina y jurisprudencia

Antecedentes en Francia

La doctrina internacional señala que las huellas más remotas de la teoría de responsabilidad del Estado legislador se encuentran en la jurisprudencia francesa. Al respecto, Núñez Leiva (2011) anotó:

En 1835, se conoció un caso de un ciudadano que reclamaba una indemnización por los daños causados por el cierre de su fábrica originado en una prohibición legal de fabricación y venta de sustitutos del tabaco, con la finalidad de proteger el monopolio de dicho producto. En este caso, el Consejo de Estado francés negó la responsabilidad del Estado argumentando que la ley al ser una norma general, no afecta situaciones jurídicas de personas determinadas sino que su aplicación beneficia o perjudica a todos por igual. Ello significa que no produciría un daño especial a algunos individuos y, por tanto, el Estado no tendría el deber de indemnizar aquel daño. Igualmente, sostuvo que la indemnización por eventuales perjuicios de una ley procede en tanto la misma norma conceda dicha posibilidad. (p. 267).

Otro antecedente importante en la jurisprudencia francesa, tuvo que ver con el caso de la Fleurette:

Fue en 1938, en el conocido caso de l'arrêt la Fleurette donde una ley del año 1934 prohibió la fabricación y el comercio de la crema láctea con materia distinta a la leche. La única empresa afectada con esta ley fue la sociedad de productos lácteos la Fleurette que fabricaba un producto denominado gradine compuesto de leche, aceite de cacahuates y yema de huevo. En este caso, el Consejo de Estado francés decidió que la sociedad afectada por dicha ley tenía los fundamentos para demandar al Estado por el perjuicio causado, con fundamento en el quebrantamiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas. Dentro del fallo, el mencionado Tribunal acogió la pretensión del actor sobre la base de considerar que la actividad desarrollada por la sociedad era lícita, no reprobable ni dañina, que de la historia de la ley no podía extraerse ninguna intención del legislador de someter al actor a alguna carga distinta de las que normalmente asume cada persona y que la carga impuesta por la ley es en beneficio de la sociedad toda y, por lo tanto, debe ser soportada también por la colectividad, no por una sola persona. (Long, et al. 2000, p.219).

En este caso citado, se reconoce la existencia de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el derecho francés.

Los supuestos fácticos del mencionado caso, correspondieron con que en 1934, en Francia, se expidió la Ley de 29 de junio de 1934 sobre protección de productos lácteos, que prohibía la fabricación, exposición, comercialización, importación, exportación o tránsito de las cremas lácteas que se fabricaban con materias primas que no proviniesen exclusivamente de la leche. La única empresa afectada con la norma fue la Société des produits laitiers La Fleurette, el Consejo de Estado francés en este caso, decidió que el Estado sea condenado a pagar una indemnización en reparación del perjuicio a la sociedad demandante. A partir del caso La Fleurette, la jurisprudencia

francesa estructura la responsabilidad del Estado legislador (Arango, 2009, p. 169).

Con este antecedente jurisprudencial, era necesario que el demandante probase, ante el silencio de la ley, que el legislador no había pretendido excluir el derecho a indemnización (Checa, 2004, p.50).

Esta posición fue planteada nuevamente, en el caso de *Caucheteux et Desmont*, del 21 de enero de 1944, en el cual se reconoció el derecho a ser indemnizada por el hecho del Estado legislador a una fábrica de glucosa que debió cerrar a causa de una ley de 1934 destinada a proteger a los productores de cereales que reducía el porcentaje de productos diferentes de la malta, la cebada y el lúpulo dentro del proceso de elaboración de la cerveza (Núñez, 2011, p. 268).

Esta decisión fue ratificada posteriormente en 1963 el caso de *Arrêt Boveró*, donde el propietario de una vivienda ocupada por un tercero luego de haber obtenido un fallo judicial para el desalojo, no pudo hacerlo efectivo por la expedición de una ley en 1959 que prohibía el desahucio de militares en servicio en el norte de África, fundamentándose también bajo el rompimiento del principio de igualdad ante las cargas públicas, pues se torna como una carga especial o anormal, siendo una responsabilidad sin falta. Bajo esta óptica, el carácter especial del daño es un presupuesto esencial frente a la responsabilidad del Estado ante el efecto general de la ley. En este último fallo, el Consejo de Estado reconoció de forma más amplia la responsabilidad del Estado legislador, como una modalidad de régimen especial de responsabilidad, hasta ser considerada como una responsabilidad sin culpa o *sans faute*, al fundarse en el principio de igualdad ante las cargas públicas. Mantuvo la doctrina de que la producción de un daño por un acto normativo obliga, como regla general, a indemnizar, salvo que el legislador haya excluido expresamente tal derecho (Checa, 2004, p.50, citado en Núñez, 2011, p. 269).

De estos antecedentes jurisprudenciales en el derecho francés, cabe destacar el elemento que abrió lugar al desarrollo de la teoría de la responsabilidad del Estado legislador, esto es, que su procedibilidad dependía del silencio del legislador en cuanto no mencionara expresamente la exclusión de cualquier posibilidad de indemnización, para poder acudir ante la jurisdicción.

Antecedentes en España

De los primeros intentos de reclamar indemnización por actos legislativos en España se encuentra:

...el caso Quintana López en 1994, por el Decreto Ley 17/1982, por el que fue establecida la edad de sesenta y cinco años para la jubilación forzosa de los funcionarios del cuerpo de profesores de educación general básica; la ley 53/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública. En virtud de las dos primeras quedó limitada la edad de jubilación forzosa de los funcionarios afectas por ellas a los sesenta y cinco años, y por la última, quedó prohibido el simultáneo desempeño de dos o más puestos públicos de trabajo, así como uno público y determinadas actividades privadas profesionales o la percepción, también simultánea, de haberes activos y pasivos. El reclamo que surgió ante estas normas legales es sencillo: una ley que anticipe la edad de jubilación de los funcionarios o que imponga un régimen de incompatibilidades más estricto que el anteriormente exigible ocasiona un quebranto patrimonial a los ciudadanos comprendidos dentro de su ámbito de aplicación. Luego, en la medida que aquellas leyes supongan una privación de derechos, deberían contemplar una indemnización compensatoria (Suárez, 1999, p.210, citada en Núñez, 2011, p.270)

Sin embargo, los primeros intentos no dieron resultado porque el Tribunal Español rechazó dichas pretensiones por motivos de competencia, por cuanto estas reclamaciones debieron ser presentadas ante el Consejo de Ministros y no frente a órganos de la administración del Estado.

No obstante, el Tribunal Supremo se pronunció en cuanto a la no procedencia de las pretensiones porque se afectaron meras expectativas y no derechos adquiridos.

En efecto, el fundamento jurídico N° 6 de la sentencia de 30 de noviembre de 1992 señaló:

Si en este caso, no existen bienes o derechos que hayan sido objeto de expropiación, naturaleza expropiatoria de los preceptos legales que adelantan la edad de jubilación que ha sido negada por el Tribunal Constitucional, no parece que pueda ampararse en dichos preceptos la indemnización solicitada en base a la frustración de meras expectativas de derecho. (Núñez, 2011, p. 271)

Posteriormente, en el caso de Pescanova en 1994, donde se reclamaba indemnización por la eliminación de los cupos de pesca exentos de derechos arancelarios derivado del Tratado de Adhesión de España a la Unión Europea, (Checa, 2004, p.50 citado en Núñez, 2011, p. 272), el Tribunal Supremo estimó:

Que aquellos beneficios fiscales posteriormente suprimidos constituían una medida lícita de fomento acordada con el Gobierno español que había generado una legítima expectativa a que ella mantuviera cierta inmunidad temporal, por lo que habría incentivado a las empresas afectadas a realizar importantes inversiones. Por ello, la Sala estimó que la supresión de los beneficios fiscales ocasionó un quebranto patrimonial que las empresas no debían soportar por producirse una vulneración del principio de la confianza legítima (Suárez, 1999, p. 212 citado en Núñez, 2011, p. 272)

En el caso de España, pese a los argumentos en contra de una responsabilidad del Estado legislador, el Tribunal Supremo ha insistido en reconocer la obligación resarcitoria del Estado legislador con fundamento en la violación de principios constitucionales como el de seguridad jurídica, según lo consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución de 1978 (Alonso y Ramírez, 2011 p. 87).

Al respecto, es importante señalar esta disposición constitucional: 3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la

interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (Constitución de España, 1978).

El Tribunal Supremo Español, aceptó como fundamento de responsabilidad del Estado legislador, la violación del principio de seguridad jurídica o de la confianza legítima desde el año 1993 en el caso de las empresas pesqueras que se vieron afectadas con el ingreso de España a la Unión Europea, pues implicó rebaja en el cupo de pesca de los armadores nacionales con la firma del Tratado de Adhesión.

Con respecto al resarcimiento del daño causado por leyes declaradas inconstitucionales, el Tribunal Constitucional Español aceptó esta postura cuando se viola el principio constitucional de seguridad jurídica.

En Pescanova (1993), Alvamar (1994), Pebsa (1997), los elementos comunes para declarar la responsabilidad del legislador, fueron la demostración de que el perjudicado no tenía el deber jurídico de soportar el daño y que los perjuicios se originaban en leyes constitucionales (Ahumada, p. 316, 317 citado en Ruiz, 2011, p. 150).

En el año 2000, la jurisprudencia española se pronuncia sobre la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, en el caso de una ley tributaria previamente declarada inconstitucional mediante sentencia del 29 de febrero de 2000 que dispuso:

La ley declarada inconstitucional encierra en sí misma, como consecuencia de la vinculación más fuerte con la Constitución, el mandato de reparar los daños y perjuicios concretos y singulares que su aplicación pueda haber originado [...] Existe una notable tendencia de la doctrina y en el derecho comparado a admitir que, declarada inconstitucional una ley, puede generar un pronunciamiento de reconocimiento de responsabilidad patrimonial cuando aquella ocasione privación o lesión de bienes, derecho o intereses jurídicos protegibles. [...] el poder legislativo no está exento de sometimiento a la Constitución y sus actos – las leyes – quedan bajo el imperio de tal norma suprema. En los casos donde la ley vulnere la Constitución, evidentemente el

Poder Legislativo habrá conculcado que ello supone traerá consigo la obligación de indemnizar. (Núñez, 2011, p.274).

En este antecedente, se observa que la jurisprudencia española consolidó la tesis de la subordinación plena del legislador a la Constitución.

En conclusión, la responsabilidad patrimonial en España por actos del poder legislativo, puede derivar en tres tipos de situaciones diferentes: ante medidas legislativas que tienen un carácter expropiatorio; en aquellas que no tienen carácter expropiatorio; y ante disposiciones que se declaran inconstitucionales, tal como se explica:

El Tribunal Supremo señala en el caso de indemnización expropiatoria, que se trata de una actividad lícita, que sin dejar de serlo, comporta la obligación de resarcir el daño que esa actividad lícita hubiere causado; en la situación derivada de la inconstitucionalidad de la ley, se trata de la responsabilidad nacida de una actividad antijurídica del poder legislativo; y en tercer lugar, se puede tener derecho a percibir una compensación como consecuencia de actos legislativos que aun cuando carecen de contenido expropiatorio, por los efectos negativos que producen, esto es, cuando merezcan algún género de compensación de los perjuicios económicos- graves y ciertos- que irroque al particular una ley constitucional y no expropiatoria. Para que proceda esta tercera vía de indemnización por responsabilidad del Estado legislador, se requiere que la lesión no obedezca a casos de fuerza mayor, que el daño alegado sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado y que la pretensión se deduzca dentro del año en que se ha producido el hecho que motive la indemnización (Moreno, 2009, p. 66-67).

Latinoamérica: casos en Chile y Argentina

Chile

Según Núñez (2010), el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador en Chile, ha tenido como antecedentes importantes las sentencias del 29 de febrero, 13 de junio y 15 de julio, todas del año 2000, por leyes declaradas

inconstitucionales aún sin efecto retroactivo, en contra del Fisco, pues los contribuyentes litigantes pagaron impuestos de tributos declarados inconstitucionalmente con posterioridad.

En la primera, se reconoció el derecho a indemnización cuando el demandante había agotado todas las instancias de impugnación del cobro de la Administración Fiscal. La segunda, extendió ese derecho a un actor que no agotó las instancias de impugnación y en la tercera se sistematizó la doctrina de las resoluciones precedentes. En dichos fallos, se consolidó la tesis de la subordinación del legislador a la Constitución, estableciendo como base de imputación la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma.

Argentina

Según Casás (2010, p.2), el tema de responsabilidad del Estado en Argentina ha tenido poco desarrollo legislativo específico y falta de consolidación jurisprudencial. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado sobre responsabilidad del Estado a partir de escasas disposiciones de derecho privado, por cuanto se carece de un marco general de derecho público específico del tema.

Este mismo autor, explica el inicio de la teoría de la responsabilidad del Estado en el derecho argentino de la siguiente forma:

En 1863 la Corte Suprema de Justicia de la Nación, consagró la regla de la irresponsabilidad del Estado, construyendo los cimientos de esta doctrina, con la idea de la doble personalidad del Estado, según actuara como Estado- Poder público (actos *iure imperii*) o como Estado – persona jurídica (actos *iure gestionis*); El Estado – poder público actuaba en ejercicio de la soberanía y, por tanto, resultaba irresponsable respecto de los administrados; la afirmación de que el Estado – persona jurídica solamente resultaba responsable contractualmente por incumplimiento culpable de las obligaciones contraídas, mientras que no lo era extracontractualmente, ya sea por delitos o cuasidelitos, al no responder las personas de existencia ideal, en general, por los actos ilícitos de sus representantes en consonancia con las prescripciones

incorporadas al Código Civil por Dalmacio Velez Sarfield; excepcionalmente, cuando una ley así lo hubiere establecido expresamente, se reconocía la obligación del Estado de responder por los daños ocasionados por su actividad. A este último respecto, calificada doctrina entendió que no cabía hablar de responsabilidad del Estado sino de garantía legal (Casás, 2010, p. 5). De los antecedentes jurisprudenciales, se encuentra el caso Mario Elbio Cantón v. Gobierno nacional, sentencia del 15 de mayo de 1979:

En ella el Alto Tribunal hizo lugar al reclamo de un importador por los perjuicios provocados como consecuencia del accionar legítimo de la Administración al vedar el despacho a plaza de una mercadería, mediante un decreto – impartido con fundamento en la necesidad de nivelar la balanza de pagos y defender la industria nacional- emitido con fecha posterior a la compra internacional de la misma y que, consiguientemente, no pudo ser previsto por el particular. La corte hizo mérito de que el resarcimiento – con sustento en los principios informadores de la ley de expropiación – debía comprender el daño emergente para restaurar el equilibrio patrimonial, por lo que debía extenderse a todos los gastos hechos con motivo de los contratos celebrados – crédito documentado y compraventa – y el precio abonado por la mercadería retenida, la cual quedaba así abandonada en beneficio del Estado, excluyéndose las ganancias que podían haberse obtenido en la venta como todo otro lucro cesante originado por tal motivo (Casás, 2010, p. 34).

Otro caso que vale la pena referir, es el de Juan León Winkler v. Nación Argentina, sentencia del 9 de agosto de 1983, en donde se dejó sentado que:

Si bien el ejercicio razonable por el Estado de sus poderes propios no puede, en principio, ser fuente de indemnización para terceros, el fundamento de la responsabilidad estatal dentro del Estado de Derecho, es la justicia y la seguridad jurídica, y la obligación de indemnizar es un lógico corolario de la garantía constitucional de la inviolabilidad de la propiedad, consagrada en los arts. 14 y 17 de la Constitución nacional, principios éstos aplicables al caso en que el actor, habiéndose conducido dentro del marco del ordenamiento

jurídico, a través de las acciones de reivindicación y expropiación inversa se vio perjudicado por sucesivos cambios legislativos (Casás, 2010, p. 34).

En síntesis, de acuerdo a la jurisprudencia argentina, la regla general es que todo acto constitucional no genera responsabilidad del Estado aunque se ocasionen daños, excepto cuando se compruebe la existencia de un perjuicio especial y lesión manifiesta al derecho de propiedad o como consecuencia de la declaratoria de inconstitucionalidad (Casás, 2010, p. 35).

Teorías Negativas frente a la responsabilidad del Estado Legislador

Dogma de la Soberanía: The King can do no wrong

Tradicionalmente, se ha concebido que la responsabilidad del Estado legislador es inexistente a raíz del dogma por el cual las leyes constituyen la manifestación de la soberanía del Estado a través del parlamento y que por ende no puede equivocarse.

Esta posición fue muy defendida por las revoluciones burguesas de los siglos XVII y XVIII, como pilar del Estado liberal clásico. Lo propio de la soberanía es la capacidad de imponerse sin poder reclamar alguna compensación.

En este caso, la jurisdicción no es competente para declarar responsabilidad del Estado, pues su reconocimiento estaba supeditado a la voluntad del legislador. En consecuencia, los súbditos debían soportar los daños causados por las leyes porque no tenían carácter de antijurídicos (Alonso y Ramírez, 2011, p. 80-81).

Otro punto que reforzaba esta posición, era la ausencia de control constitucional de las leyes por el carácter soberano del parlamento. En Francia, la falla del servicio era presupuesto para aplicar un régimen de responsabilidad, por lo que la teoría de la responsabilidad del Estado legislador sería inaplicable. Si el legislador no previó en la misma ley la indemnización de perjuicios, no había posibilidad de obtenerla judicialmente.

La imposibilidad de que el legislador pueda causar daños, se funda en la soberanía del Estado y sería irracional que el pueblo mediante el ejercicio de la soberanía popular, se irrogase daños a sí mismo.

Este tipo de planteamientos rousseauniano dominó la doctrina y la jurisprudencia en Francia durante el siglo XIX, fundamentados en una cuestión de principio donde la Ley como acto de soberanía, tiene la capacidad de imponerse a todos sin que frente a ella pueda reclamarse ninguna compensación (Santamaría, 1972, p. 173, citado en Núñez, 2011, p. 282).

El concepto de soberanía, desarrollado a fin de la Edad Media, como una independencia frente a sus súbditos a nivel interno como también a los demás Estados, se convirtió en un obstáculo al reconocimiento de la responsabilidad del Estado.

Teniendo en cuenta que la autoridad del monarca tenía origen divino, se concluía que el ejercicio del poder, no podía causar daño indemnizable como consecuencia de su carácter infalible; pues el rey no se puede equivocar o causar mal (Reiriz, 1969, p.6 citado en Casás, 2010, p. 3).

La revolución francesa, más allá de haber provocado la caída de *l'Ancien Régime* y expresado su ideario contra la omnipotencia del Estado, no alteró en ciertos aspectos la situación existente, por cuanto sólo sustituyó la soberanía absoluta del rey por la soberanía absoluta del pueblo.

Conforme al pensamiento de Rousseau, como los hombres se vinculan con libertad a través de un contrato social, y en razón de que la ley es la expresión de la *volonté générale*, la torna obligatoria, y sus preceptos, como las autoridades fundadas en ella, debían ser consideradas soberanas e infalibles (Casás, 2010, p.4).

Así, para negar la responsabilidad del Estado por acto legislativo se ha sostenido que:

- a) la ley es un acto de soberanía y es propio de ella su imperatividad, sin que pueda reclamarse ninguna compensación por su cumplimiento; b) la ley es una norma general que no ataca situaciones jurídicas de personas determinadas; se aplica impersonal y universalmente y a partir de ello beneficia o perjudica a todos por igual; c) la ley nueva no viola ningún derecho preexistente porque tales derechos han dejado de existir o de ser como eran desde el mismo momento en que la ley nueva los ha extinguido o

modificado; d) reconocer el derecho a indemnización supondría paralizar la evolución legislativa y la transformación social desalentándolos por la enorme cuantía de las sumas que deberían abonarse, y e) ningún juez tiene facultades para sustituir al legislador acordando indemnizaciones que la ley no autoriza, ya que los magistrados deben limitarse a fallar conforme a las leyes (Reiriz, 1969, p.52 y s.s. citado en Casás, 2010, p. 33).

Teorías Positivas frente a la responsabilidad del Estado Legislador

Para fundamentar la responsabilidad del Estado y la obligación de indemnizar los daños causados por actos legislativos, se ha argumentado a partir de las siguientes premisas:

a) La igualdad es la base de las cargas públicas, ya que no resulta justo, lógico, ni admisible que las consecuencias dañosas de la actividad legislativa del Estado, inspiradas en el bien común, sean soportadas exclusivamente por unos pocos y no por toda la colectividad beneficiada con la sanción de la ley;

b) debe conjurarse el enriquecimiento sin causa del Estado, como ocurre cuando prohíbe una actividad a los particulares y la monopoliza a su favor;

c) todo cercenamiento de la propiedad particular por causa de utilidad pública, sobre la base de las reglas expropiatorias debe ser indemnizado, y

d) los derechos individuales o los derechos adquiridos deben ser protegidos por encontrarse al reparo de la garantía constitucional del derecho de propiedad (Reiriz, 1969, p.57 a 61. citado en Casás, 2010, p. 33).

En la declaratoria de inconstitucionalidad, teniendo en cuenta que la ley es la máxima expresión de legalidad, cuando se infringe el orden jurídico genera la responsabilidad del Estado de resarcir a todos los que han sufrido un daño (Reiriz, 1969, p.71 citado en Casás, 2010, p. 35).

Responsabilidad del Estado Legislador: una garantía constitucional

Núñez (2010) enfoca el tema de responsabilidad del Estado legislador como una garantía constitucional:

La responsabilidad del Estado Legislador se encuentra en una progresiva consolidación, que el concepto de garantía se refiere a los instrumentos o medios mediante los cuales el derecho protege y tutela los derechos fundamentales. Las garantías se agrupan en tres niveles: su consagración en el ordenamiento jurídico, garantías abstractas y garantías jurisdiccionales. La constitución chilena protege al contribuyente en estos tres niveles, siendo la principal garantía jurisdiccional de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador. Lo anterior, sirve como fundamento para confirmar que en sistemas de jurisdicción constitucional capaces de invalidar leyes vigentes con sentencias pro futuro, el contribuyente cuenta con garantías judiciales a favor de sus derechos y en virtud de la supremacía constitucional, con la acción de responsabilidad patrimonial del Estado Legislador. (p.197-198).

Responsabilidad del Estado Legislador: vulneración del principio de la confianza legítima

La confianza legítima es la creación de una situación jurídica a favor del administrado dotada de buena fe y de manifestaciones por parte de la administración, que puede en determinado momento ante el cambio de perspectiva jurídica, generar indemnizaciones a favor del administrado (García, 2001, p. 183 y s.s. citado en Ruiz, 2011, p. 146 y 147).

Este principio es de origen alemán, con rango constitucional, derivado del principio de seguridad jurídica y la buena fe.

El principio de confianza legítima, supone un amparo que debe dar el juez al ciudadano. Al respecto Sarmiento (2008) señala que:

Para justificar la reparación de expectativas legítimamente creadas, el quebrantamiento del principio de la confianza legítima se fundamenta en que

los cambios intempestivos pueden romper el equilibrio en situaciones previas a la expedición de la norma, generando con ello una vulneración a la igualdad en la medida en que situaciones preexistentes más favorables crean expectativas y conducen al particular a tomar decisiones económicas basadas en los supuestos normativos vigentes. Igualmente, con la omisión legislativa generadora del daño, la indemnización es procedente siempre y cuando el perjuicio al particular se hace anormal (P. 92).

Lo que cabe preguntarse es hasta donde el principio de la seguridad jurídica se constituye en un límite infranqueable ante la necesidad de modificar el ordenamiento jurídico, ya que en palabras de García (2005).

El ciudadano no puede confiar en que las leyes dadas en un tiempo no sean modificadas, pues el legislador debe reaccionar ante la evolución de la sociedad, admitir nuevos conocimientos e imponer nuevas concepciones políticas, así como corregir viejos errores (García, 2005, p.34 citado en Ruiz, 2011, p. 147).

Aceptar que el ordenamiento jurídico no puede atemperarse a los cambios que transforma una sociedad y que de darse un cambio habría que indemnizar, es condenar al ordenamiento a una petrificación del derecho (García (2005, p.47 citado en Ruiz, p.147).

No obstante, el principio de la confianza legítima, como derivado de los principios de seguridad jurídica y de buena fe, es otra forma de responsabilidad del legislador consistente en la frustración de expectativas legítimas, aplicable en el campo de los derechos de tipo patrimonial (Ahumada, p. 310, 311 citado en Ruiz, 2011, p. 150).

La inestabilidad de la legislación en materia impositiva en Colombia siempre se ha caracterizado por la cantidad de reformas tributarias.

La seguridad jurídica no solo se trata de certeza respecto de las obligaciones que nacen de la ley, sino también en la estabilidad de las normas.

El principio de seguridad jurídica se traduce en la confianza por la estabilidad de las normas, de tal manera que los particulares puedan planificar sus actividades de acuerdo con las normas vigentes.

La confianza legítima debe ser analizada a la luz de los principios generales del derecho, en especial, el de seguridad jurídica, legalidad y buena fe en las relaciones de la administración con los particulares.

Según Martínez (2012), la confianza se define como una actitud o estado hacia algo o alguien, esto es, sobre un tercero y hace suponer que algo ocurrirá de una determinada manera o que simplemente no llegará a ocurrir. Es una situación o estado que genera cierta tranquilidad. (p.13)

El principio de confianza legítima ampara el derecho de exigir al legislador, que establezca medidas transitorias para acomodarse a la nueva situación, o por el contrario, establecer una cláusula indemnizatoria o compensatoria.

De los presupuestos de este principio, se debe evidenciar una razonable estabilidad que ha inducido una organización, una infraestructura y toma de decisiones. Sin embargo, este principio no es absoluto pues no cubre las meras expectativas, ni la seguridad jurídica garantiza que las situaciones de ventaja económica deban mantenerse indefinidamente estables. El derecho que asiste en virtud de este principio, es a que la situación particular no se vea alterada arbitrariamente.

A manera de ejemplo, el Tribunal Constitucional Español en sentencia 173 de 1996, declaró la inconstitucionalidad de una ley por violación del principio de confianza legítima:

Los interesados en esta actividad conocían previamente las consecuencias tributarias que derivaban de su decisión de explotar el negocio de las máquinas o aparatos de juego, conocimiento previo que es imprescindible a la hora de planificar cualquier actividad empresarial, en tanto que el tributo es siempre un componente más – y, a menudo, como sucede en este caso, nada despreciable- del coste de la misma. De este modo cuando la ley 5/1990 estableció un gravamen complementario aplicable sobre las tasas ya

devengadas al comienzo del año 1990, no hacía otra cosa que modificar, de manera imprevisible, el quantum del deber de contribuir que ya había sido satisfecho, quebrantando, de este modo, la seguridad jurídica de quienes en 1990 permanecieron en dicho sector del juego o iniciaron su actividad empresarial en el mismo en la confianza de que sus obligaciones fiscales se hallaban previamente delimitadas por el Real Decreto-Ley 7/1989. (Ruiz, 2011, p. 151-152)

En Colombia, el principio de confianza legítima ha sido ampliamente discutido y su fuente normativa se encuentra en el artículo 83 de la Carta Política, que se refiere al principio de la buena fe. Esta disposición es amplia y puede aplicarse a todas las autoridades públicas sin distinción, incluido el legislador. (Botero, 2007, p. 282)

La Corte Constitucional se ha pronunciado sobre el principio de confianza legítima de la siguiente manera:

Este principio pretende proteger al administrado y al ciudadano frente a cambios bruscos e intempestivos efectuados por las autoridades. Se trata entonces de situaciones en las cuales el administrado no tiene realmente un derecho adquirido, pues su posición jurídica es modificable por las autoridades. Sin embargo, si la persona tiene razones objetivas para confiar en la durabilidad de la regulación, y el cambio súbito de la misma altera de manera sensible su situación, entonces el principio de confianza legítima la protege. En tales casos, en fundación de la buena fe, el Estado debe proporcionar al afectado tiempo y medios que le permitan adaptarse a la nueva situación. Eso sucede, por ejemplo, cuando una autoridad decide súbitamente prohibir una actividad que antes se encontraba permitida, por cuanto en ese evento, es deber del Estado permitir que el afectado pueda enfrentar ese cambio de política. (Corte Constitucional, Sentencia C-478 de 1998 M.P. Alejandro Martínez Caballero).

El principio de la confianza legítima es un corolario de aquel de la buena fe y consiste en que el Estado no puede súbitamente alterar unas reglas de juego que

regulaban sus relaciones con los particulares, sin que se les otorgue a estos últimos un periodo de transición para que ajusten su comportamiento a una nueva situación jurídica. (Corte Constitucional, Sentencia C-131 de 2004).

Para que prospere el principio de confianza legítima en el ámbito de la responsabilidad del legislador, se debe analizar la particularidad de cada caso, pues los cambios normativos son necesarios y sólo se justifican en la medida en que estos sean razonables y no arbitrarios.

Omisión de tránsito legislativo en reformas tributarias

Una forma de imputar responsabilidad al Estado legislador es cuando al momento de expedir leyes, se omite pronunciamiento sobre el tránsito legislativo ante situaciones jurídicas consolidadas en el régimen anterior, o aquellas que se venían cursando basadas en la confianza legítima de la normativa existente.

Según Ruiz (2011), la omisión legislativa comporta un tipo de responsabilidad con culpa o subjetiva:

La omisión legislativa, por su parte, supone la actividad del legislador pero de forma incompleta o defectuosa “dado que al regular una situación determinada, éste no tiene en cuenta, omite, o deja de lado, supuestos de hecho que, al momento de aplicarse el precepto correspondiente, genera tratamientos inequitativos o el desconocimiento de derechos de los destinatarios de la norma respectiva (v.gr. derecho a la igualdad, derecho al debido proceso o del derecho de defensa, derechos adquiridos, etc). (p.184).

Los cambios legislativos en materia tributaria son una constante. Esta inestabilidad, ha dado paso a que se ventile judicialmente el tema de responsabilidad del legislador, inconstitucionalidad de normas tributarias, así como la protección de la confianza legítima. (Lewin, 2002, p.222).

Ahora bien, pese a que en la reciente Ley 1607 de 2012 se estableció un tránsito legislativo al derogarse los contratos de estabilidad jurídica, vale la pena

aclarar que no se descartaría la responsabilidad del Estado legislador en el evento de haber omitido un régimen de transición.

De manera ilustrativa, se cita a continuación el cambio normativo de la reciente reforma tributaria:

Artículo 166. Deróguese la Ley 963 del 8 de julio de 2005 por medio de la cual se instauró una ley de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia.

Parágrafo 1°. No obstante lo anterior, tanto las solicitudes que se encuentren radicadas ante el Ministerio de Comercio Industria y Turismo, así como los procedimientos administrativos que se encuentren en curso en el momento de entrada en vigencia de la presente ley, deberán ser tramitados de acuerdo con la Ley 963 de 2005, modificada por la Ley 1450 de 2011 y todos sus decretos reglamentarios vigentes, las cuales continuarán vigentes solo para regular los contratos vigentes y las solicitudes en trámite de aprobación a la fecha de entrada en vigencia de la presente hasta que se liquide el último de los contratos.

Parágrafo 2°. Los contratos de estabilidad jurídica en ejecución a la fecha de la promulgación de la presente ley continuarán su curso en los precisos términos acordados en el contrato hasta su terminación. (Extraído de <http://www.secretariassenado.gov.co>).

Botero (2007) expone un ejemplo de responsabilidad del Estado legislador, por quebrantamiento del principio de la confianza legítima:

Si la nueva ley modifica el impuesto X aumentándolo es posible que con esta situación se pueda estar atentando contra la confianza legítima. No se trata de sostener que el tributo es inmodificable, sino que la apariencia de estabilidad creada por el legislador, como el señalamiento de un plazo para dicho tributo, supera la simple convicción de que las normas pueden permanecer en el tiempo. Lo más probable es que ante estas situaciones, el remedio constitucional corresponda no a una indemnización sino a un plazo de adaptación. (p.289)

Otro escenario que puede dar lugar a la responsabilidad extracontractual del Estado legislador, es cuando se firman tratados de libre comercio entre países; y cuando son aprobados por ley, en su implementación afectan sectores de la economía, perjudicando a empresarios que no pueden ajustarse a los cambios de condiciones ocasionados por estos acuerdos.

Por lo general, un tratado de libre comercio contempla desgravación de tributos aduaneros como el arancel en los sectores de la economía, como una forma de apertura económica global que genera mayor competitividad en el mercado, beneficiando al consumidor.

A manera de ejemplo, Colombia hace poco suscribió el tratado de libre comercio con Estados Unidos, cuyas leyes aprobatorias son la ley 1143 del 4 de julio de 2007 y la ley 1166 de 2007.

Los expertos han criticado el TLC USA COLOMBIA, porque son perjudiciales para varios sectores de la economía. Uno de estos sectores, es el avícola, con el polémico tema de los cuartos traseros de pollo.

El Gobierno ha tenido en cuenta esta situación y cuando se implementan estos tratados, se establecen medidas de protección transitorias o salvaguardias de manera temporal, para mitigar los efectos de estos acuerdos bilaterales.

Como estos acuerdos buscan generar competitividad en los sectores de producción, con las salvaguardias temporales, solo unos pocos logran ajustarse a la nueva realidad económica, pues esto depende de tener una gran base de financiación al que pueden acceder solamente las grandes empresas. Así las cosas, el pequeño y mediano empresario escasamente podrá ajustarse a este cambio impositivo, y poco a poco tendrán que buscar otros mercados, o en el peor de los casos, liquidar su negocio, lo cual es un perjuicio causado por esta actividad del legislador.

Al respecto, Santisteban (2008) señala:

Aunque la protección al sector avícola para los cuartos traseros de pollo se estableció con una arancel del 164.4% para el pollo fresco y de 70% para el pollo sazonado, siendo este el más alto permitido por la Organización Mundial

de Comercio, no es lo suficientemente adecuado para proteger la industria local. Adicionalmente a lo anterior se estableció una salvaguardia que tiene una protección especial únicamente en el corto plazo.

Los empresarios del sector avícola saben que no habrá tanta afectación como se esperaba, porque ellos son conscientes del avance que han tenido y del desarrollo competitivo, de infraestructura y tecnológico; contrario a lo que pasa en el entorno general del país en donde si hay una incertidumbre de los resultados esperados cuando inicie el libre comercio.

La industria local dispone de 50 granjas y 8 plantas de beneficio para atender la demanda nacional e internacional, lo suficientemente adecuada para seguir expandiendo su mercado. Lo desastroso en el Tratado de Libre Comercio son los cuartos traseros sazonados y/o deshuesados o despellejados que ingresaran al país con un arancel del 70% durante los primeros 10 años de la vigencia del tratado, a partir de ese momento y hasta el año 2025 se ira aplicando lentamente una desgravación.

Contrario a los cuartos traseros de pollo frescos (piernas – perniles sin preparar) Colombia mantendrá un arancel del 164% durante los primeros 5 años de vigencia del TLC. A partir de eso momento comenzara a reducir el gravamen hasta llegar a cero durante 18 años.

Contrario al ejerció anterior, aquí la industria tiene los beneficios, solo que esta protección no será de 10 años sino de 5 años, para desgravar posteriormente durante 18 años hasta llegar a cero, lo que indica, es que si la industria en ese tiempo no se vuelve más competitiva se podría hablar de convertir al sector avícola en una gran empresa de comercialización de productos importados.

Por otro lado, está el caso de la eliminación total de aranceles a los despojos y desechos de gallinas viejas desde el inicio del TLC, que debería ser al contrario cuando el Gobierno habla de protección; el cambio en la definición técnica de lo que es un cuarto trasero, cuando ya en Colombia se tiene una definición que se ajusta a la industria mundial y una nota aclaratoria que

pretende anexar EE.UU., sobre la manera en la que estas tres partes podrían ingresar al país con una desgravación inmediata. Si esto sucediera el sector quedaría imposibilitado para competir, ya que ingresarían al país productos a precios muy bajos en una gran variedad de presentación.

La industria en Santander solo tiene un problema frente al TLC y es de distorsión del consumo, estos debido a que para las familias norteamericanas los cuartos traseros no se consumen, son considerados dañinos por la concentración de hormonas que ayudan al crecimiento acelerado de los pollos y se han catalogado como perjudiciales para la salud; esto aquí en Colombia también se conoce, pero a diferencia de Norteamérica, aquí la condición económica de la mayoría de la familias los obliga a consumir el pollo en su totalidad.

De no mejorar más su competitividad, el sector recibirá un golpe enorme que generará una reducción en la producción y por ende en la generación de empleo. Todo es una cadena hacia atrás debido a que si el consumo del producto nacional disminuye, las empresas, desde los galpones hasta las incubadoras, todas tendrán que reestructurarse y hacerse más pequeñas para subsistir. (p. 90-94).

En conclusión, se resalta que la evolución de la responsabilidad del Estado legislador ha superado grandes argumentos como el de la soberanía. Sin embargo, se debe delimitar las características que debe reunir el daño a fin de que sea resarcible.

CAPITULO II

ASPECTOS GENERALES DE DERECHO TRIBUTARIO EN COLOMBIA A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991

Antecedentes constitucionales de los Impuestos en Colombia.

Al analizar las normas constitucionales en materia tributaria, se encuentra que las normas y principios aplicables antes de la Constitución de 1991, eran precarias y solo a partir de esta se evidencian verdaderos avances, no obstante, muchos de los principios consagrados expresamente en la Constitución de 1991 han sido reconocidos por la jurisprudencia como consagrados de una manera implícita en la Constitución de 1886; en este sentido no se puede sostener que la Constitución de 1991 constituye una completa innovación, aunque es innegable su aporte en temas como la irretroactividad de la ley tributaria y la restricción al ejecutivo para la promulgación de normatividad tributaria.

El tema impositivo en Colombia visto desde la Constitución Política, adquiere entonces a partir de 1991 una verdadera base normativa Constitucional, de gran importancia por encontrarse frente a disposiciones constitucionales para el cumplimiento de las obligaciones tributarias, todo esto corresponde a un aparente proceso evolutivo, desarrollado por el poder legislativo y en gran medida por el poder ejecutivo, aunque todavía de una manera desordenada, como se puede evidenciar de las diferentes reformas tributarias proferidas posteriormente como medidas para conjurar los problemas fiscales del momento dejando a lo largo de todo este tiempo un sinnúmero de normas sin ningún tipo de estructura. (Torres Romero, 2009)

Según Carreño Varela, (1992) citado por Torres Romero, (2009), antes de la Constitución de 1991, las Cartas magnas en Colombia no tenían una filosofía tributaria, y la tributación misma no era contemplada por los constitucionalistas que estuvieron enfrascados en los grandes problemas de la independencia, de las libertades individuales, el centralismo y el federalismo etc. Los próceres hallaron cómoda la armazón constitucional que no imponía restricciones al poder impositivo, salvo cuando había fricciones entre el poder central y el local, o cuando hubo

diferencias notables entre las economías de algunas clases. Igualmente hace un resumen histórico, en el que se evidencian los principales aspectos Tributarios antes de la expedición de la Constitución de 1991:

Por otro lado, consecuentes con el espíritu de la época y con el estado de la economía, que fue agraria hasta la década de 1920-1930, cuando comenzó a industrializarse, se consideró que el Estado no debía intervenir en la vida de los ciudadanos a tal punto que se limitaron al mínimo los servicios que debían prestarse. Los recursos del Estado proveían, en muy buena parte, de los impuestos a las transacciones, incluyendo las aduaneras, de la explotación de recursos naturales como la sal y el tabaco, en especial y de algunos monopolios rudimentarios.

Algunos puntos, sin embargo, merecen especial mención:

En el comercio exterior y el interno, como es sabido, dos fenómenos atrajeron la atención de los dirigentes nacionales en el siglo pasado –aparte de las relaciones iglesia-estado-recursos: el federalismo y el centralismo y la posibilidad de industrialización del país. Tomando partido a favor de las tesis de los comerciantes (gólgotas) y como resultado del fallido golpe de Melo, la Constitución de 1858 primero y la de 1863, después, prohibieron el gravamen al comercio internacional por los Estados y restringieron la posibilidad para el gobierno federal; prohibiendo el gravamen, por los Estados, del comercio interno. Estas tendencias se conservaron hasta 1936.

Todas las Constituciones de Colombia, algunas de ellas con referencia directa a los impuestos, prohíben la confiscación.

En todas las Constituciones colombianas se consagra el principio de legalidad de los impuestos y se da competencia exclusiva al parlamento, en periodos de normalidad, para ejercer en materia tributaria la función legislativa.

Es de trascendental importancia señalar que la Constitución de 1886 –que no reglamentó lo concerniente a los impuestos, salvo para proteger los derechos del comercio internacional, resaltando así su política anti-artesanal-, concedió al Congreso facultades para decretar impuestos extraordinarios, para que ellos

fueran posibles, aún por fuera del presupuesto, en época de turbación del orden público, en las cuales el Presidente tampoco tenía facultad legislativa en materia de impuestos.

La Nación, en todas sus formas, ha conservado siempre la facultad impositiva. En las Constituciones de 1853 y 1858 y sobre todo en la de 1863, se previó que las provincias primero, y los Estados después, tendrían facultad impositiva, que hasta 1863 estaba sujeta a la ley. En la Carta Rionegrina la tuvieron, también los Estados con algunas limitaciones (no se podían gravar el comercio exterior –no se olvide que esa Constitución fue redactada por los llamados radicales, ni los bienes y rentas de la Unión, ni imponer la confiscación), sin sujeción a la ley. Contra esta concepción se reaccionó en 1886, cuando se fijaron fuentes a lo imponible por los departamentos y límite a las tarifas, por ley. En 1910 se consignó el principio que los entes territoriales tienen facultad impositiva limitada (o proveniente, según algunos), por la ley.

Al ingresar el país a la economía industrial –lo que ocurre a partir de 1920- aparecieron funciones nuevas para el Estado, que debía prestar una cantidad enorme de servicios: la educación primaria gratuita, la seguridad social etc., y que debía intervenir en la economía, cuya dirección se le confió.

Las reformas constitucionales de 1936, 1945 y 1968 reconocieron esas realidades y encargaron al Estado de múltiples actividades para conseguir los fines propuestos, que hallaron, además, desarrollos importantes en la legislación, a cuyo amparo –y al amparo de los jueces, que las declaraciones constitucionales- se multiplicó el tamaño del Estado, exigiendo mayores ingresos que han provenido de los tributos; fue así como se crearon el impuesto a la renta y el impuesto a las ventas, que si bien se hubieran podido dictarse con las constituciones del país en cualquier época, solo fueron posibles cuando Colombia tuvo conciencia de que el Estado debía prestar unos servicios, que tenían costo, que debe ser pagado por los impuestos. Esa

posición se reafirmó en 1945, cuando la intervención se autorizó al Gobierno y en 1968, cuando se la hizo obligatoria.

El estudio de los tributos desde el punto de vista constitucional es nuevo. Entonces las Constituciones viejas –pocas quedan en el mundo- escasamente tratan el aspecto tributario: y dejan mucha libertad para la creación de servicios a cargo del estado. (p. 29 a 113)

En este contexto la Constitución de 1991, trae una nueva visión en materia tributaria como quiera que existiera por parte de la Asamblea Nacional Constituyente un marcado interés en establecer las reglas en lo referente a las normas y principios que regularían los tributos, aspecto que se evidencia en las disposiciones que regulan la materia. Con tales disposiciones, se trata de mejorar las pocas normas que existían para aquel entonces, las cuales eran precarias en cuanto a su contenido y alcance.

De conformidad con el artículo 1º de la Constitución Política promulgada en 1991, Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales. La derogada Constitución de 1886 decía simplemente que Colombia era una república unitaria y administrativamente descentralizada. De ahí nació el lema según el cual, en Colombia reinaba el unitarismo político y la descentralización administrativa. El concepto de autonomía estaba atado al de la descentralización, que es una manera de apenas administrar la cosa pública.

A partir de 1991, entonces, se ha empezado a asociar el concepto de autonomía como una forma de morigerar el unitarismo político y se ha dado herramientas a los entes territoriales para autorregularse en materia tributaria.

Sin embargo, tanto en la legislación como en la jurisprudencia y en la doctrina la opinión más común es la de que en Colombia solamente puede existir un solo centro de producción legislativa, que es el Congreso de la República. Que ni las asambleas departamentales ni los concejos municipales, que son organismos de elección popular que representan a la gente de los departamentos y municipios, respectivamente, pueden dictar normas con fuerza de ley o con la misma fuerza de una ley expedida por el congreso. Sin embargo, poco a poco se otorgan mayores

posibilidades hacia una autonomía política local, tal cual era la intención del Constituyente, en la expedición de la Carta de 1991.

Sin embargo, existe una polémica a pesar de que la Constitución de Colombia lleva más de 20 años de expedida, sobre los alcances que el constituyente le ha dado a eso de que Colombia es al mismo tiempo una república unitaria, pero con autonomía de sus entidades territoriales, que son las reparticiones político administrativas en que se divide el territorio nacional (departamentos, distritos y municipios).

Sobre las competencias normativas tributarias en Colombia, entendidas como las facultades para crear, modificar o revocar el régimen jurídico de los tributos para Bastidas Bárcenas (2012):

Están repartidas entre varias instituciones y organismos, en cuya cabeza se destaca la competencia máxima del Congreso de la República y la competencia mínima que pudieran tener en un momento dado un gobernador o un alcalde para dictar un reglamento menor en orden a recaudar correctamente las rentas. Todo eso, dentro de un esquema típicamente piramidal, lo cual ha ido creando una jurisprudencia a favor de fortalecer la autonomía tributaria de las asambleas departamentales y los concejos municipales.

El clásico principio denominado *-de reserva de la ley tributaria* – que se identifica con la máxima *no taxation without representation*, es decir, que no hay impuesto sin representación y que, por lo tanto, la creación de los impuestos es privativa de la ley- es un principio que se pretende respetar a lo largo del ordenamiento colombiano.

En Colombia, a partir de la Constitución de 1991, el Congreso de la República es el que tiene la mayor competencia para imponer impuestos, seguido de las asambleas y los concejos, que fundamentalmente complementan la labor del congreso, órganos estos de elección popular. Algunos doctrinantes solo le reconocen al Congreso esa competencia, en este sentido se limitó el poder del ejecutivo que ejercía dicha facultad especialmente frente a los llamados estados de excepción.

Sin embargo, en Colombia, como en muchos otros países, entran en juego las competencias de creación de la ley (poder legislativo) y las competencias de reglamentación de la ley, que generalmente están en cabeza del poder ejecutivo (reglamentación y regulación delegada). De ese modo, se halla que finalmente el régimen jurídico para cobrar un determinado impuesto está constituido por normas que provienen del legislativo y por normas que provienen del ejecutivo. Se supone que los tribunales de justicia cuidan que la reglamentación del poder ejecutivo nunca sobrepase, avasalle o anule la norma reglamentada. (p. 421-422)

En este orden de ideas uno de los cambios importantes que trae la Constitución de 1991, es en relación a las reglas para la creación de tributos por parte del Gobierno. Al respecto, Gandour (2008) señala:

El nuevo ordenamiento constitucional redujo de manera sustancial las facultades del Gobierno para crear y modificar tributos mediante decreto, el ejecutivo perdió, de un lado, la capacidad para introducir cambios permanentes en la legislación tributaria mediante decretos de rango legal; de otro perdió también la facultad de variar la tarifa y otros elementos sustanciales del impuesto de aduanas sin límite temporal o porcentual, ya que en vigencia de la Constitución de 1886 el Gobierno gozaba de la facultad de crear e introducir reformas tributarias de carácter permanente tanto durante los estados de emergencia económica como en uso de facultades extraordinarias conferidas por el Congreso. Respaldo por esta institucionalidad, el Ejecutivo llevó a cabo cambios sustanciales en la legislación tributaria con un efecto amplio sobre el recaudo.

En el caso de los decretos de emergencia económica, esto se debía a que la reforma constitucional de 1968 -que creó la emergencia económica- preveía la posibilidad de que los decretos dictados durante su vigencia tuvieran carácter permanente, a diferencia de lo que ocurría con los decretos de estado de sitio; la Constitución no preveía ninguna restricción para adoptar reformas de carácter tributario durante las emergencias económicas; y, tanto el Consejo de

Estado, que debía emitir concepto previo a la declaratoria de la emergencia, como la Corte Suprema de Justicia, que realizaba el control automático de constitucionalidad de los decretos legislativos, consideraban conveniente que el Gobierno gozara de amplia discrecionalidad en la toma de decisiones durante las emergencias económicas.

Con base en esa visión el Consejo de Estado le otorgó al Ejecutivo discrecionalidad para elegir a su conveniencia entre las distintas alternativas constitucionales para mitigar la emergencia; la Corte se limitó a hacer un control puramente formal del procedimiento de expedición de los decretos.

El único condicionamiento de fondo exigido a lo anterior por la Corte Suprema fue que no se desmejoraran los derechos de los trabajadores con las medidas de emergencia económica.

Respecto a la introducción de reformas tributarias permanentes por medio de los decretos ley, la nueva Carta Política introdujo las siguientes restricciones: el numeral 10 del artículo 150 prohibió expresamente la concesión de facultades extraordinarias al presidente para decretar tributos. Además el texto constitucional fijó en seis meses el término por el cual pueden ser otorgadas facultades extraordinarias al presidente y exigió la mayoría absoluta de una y otra cámara para la aprobación de la ley de facultades. Estas nuevas disposiciones limitaron la posibilidad de introducir reformas tributarias mediante decretos ley.

Sobre la pérdida de facultades del Gobierno para introducir cambios al impuesto de aduanas como quiera que en el texto original de la Constitución de 1886 se había previsto que la variación de la tarifa de este impuesto, como en el caso de los demás impuestos, debía llevarse a cabo por medio de una ley. La reforma constitucional de 1968 entregó esta facultad al Gobierno sin límite temporal o porcentual, pero exigió que su ejercicio se sujetara a la ley marco que el Congreso expidiera. El Acto Legislativo de 1968 también dispuso que la reforma de esta ley tuviera iniciativa gubernamental exclusiva.

La ley marco de aduanas, expedida en 1971, complementó las anteriores disposiciones con el otorgamiento de facultades al Ejecutivo para actualizar y reestructurar la nomenclatura arancelaria, restringir o derogar exenciones sobre derechos arancelarios de importación y variar la tarifa de los aranceles. Esta última facultad, a la que el Gobierno recurrió por varios años para aumentar el recaudo en situaciones de estrés fiscal, en particular en los años ochenta, fue limitada por la nueva Constitución en concordancia con el giro hacia la apertura que inició el país a finales de esa misma década. La restricción consistió en que la Constitución de 1991 estableció que las modificaciones a las tarifas de los aranceles solo podrían llevarse a cabo por razones de política comercial a partir de ese momento. (p.76-79)

Normas constitucionales aplicables a los impuestos a partir de la Constitución Política de Colombia de 1991.

El impacto que la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 ha tenido respecto de la configuración del sistema tributario colombiano ha sido relativo. La positivización de principios como el de equidad y progresividad apenas si ha servido para eliminar del ordenamiento jurídico medidas impositivas manifiestamente contrarias a su contenido esencial, al tiempo que algunos principios constitucionales han sido objeto de aplicaciones flexibles, con el fin de maximizar la eficiencia del recaudo, la existencia de varias reformas tributarias hacen pensar que si bien se quitó al ejecutivo el poder de legislar en esta materia, sigue a través de los diferentes proyectos que son casi en su mayoría votados en el congreso, teniendo el poder dominante en esta materia.

La financiación de los costos que implica la satisfacción del interés general, y concretamente la materialización del Estado Social de Derecho, se logra, desde 1991, principalmente mediante la creación y el fortalecimiento de impuestos que no atienden a la capacidad contributiva de sus sujetos pasivos. Paralelamente, la base gravable de aquellos impuestos que sí son progresivos y en consecuencia equitativos, se ha erosionado como consecuencia de profusas exenciones, hasta el punto de

disminuir considerablemente la importancia que dichos tributos tienen en el recaudo fiscal. (Ariza Zapata, 2011 p. 19)

Con la expedición de la Constitución de 1991, se introducen algunos cambios importantes, Narciso León Díaz, Abogado tributarista, en un artículo publicado en el diario El Tiempo, el 24 de agosto de 1998, hace un breve análisis de los que considera los principales cambios en relación con los principios consagrados en la Constitución y que constituyen garantías a favor de los particulares como es que las personas están obligadas a contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado, dentro de los conceptos de justicia y equidad (artículo 95,9).

Resalta que el tributarista que por el simple hecho de pertenecer a la comunidad las personas están obligadas a contribuir a la realización del bien general, mediante el cumplimiento de obligaciones de carácter tributario y además que:

Las obligaciones tributarias deben estar establecidas en la ley (artículos 150, 10, 11, 12 y 338).

Desde el punto de vista jurídico, el principio exige que la aplicación de los tributos sea de carácter general con el fin de que no tenga cabida la arbitrariedad.

Como una garantía de la existencia del principio de la legalidad, la Constitución también exige (artículos 338) que en la misma norma general estén consagrados los elementos esenciales que deben conformar la obligación tributaria: el sujeto activo, el sujeto pasivo, el hecho gravado, la base gravable y la tarifa.

Se consagra el principio de la irretroactividad de la ley tributaria (artículo 363) como una garantía de la estabilidad de las situaciones económicas y patrimoniales que se puedan haber configurado en un momento dado. (León Díaz,1998)

Igualmente reconoce León Díaz que el principio de la irretroactividad de la ley tributaria muestra la importancia que para el constituyente de 1991 tuvo garantizar al particular que la tributación no implicara una sorpresa respecto a las obligaciones patrimoniales.

Uno de los logros es el establecimiento expreso de principios como el de la equidad y la progresividad en materia tributaria (artículo 363), lo cual implica consecuencias como que los tributos deben fundarse en hechos reveladores de la capacidad económica del sujeto y que éstos deben afectar a los contribuyentes con base en una medida de igualdad. Además, esa igualdad debe corresponder al sacrificio que para cada uno representa el pago del tributo, lo que se traduce en el hecho de que los sectores más ricos de la población y en la medida de esa riqueza, contribuyen con una mayor cantidad en el pago del impuesto; a tiempo que ocurra lo contrario en la parte más pobre de la comunidad. (Upegui Mejía, 2009, p. 40-41)

Normas constitucionales relacionadas con el tema tributario

Artículo 15, inciso final. Derecho a la intimidad.- El artículo 15 de la Constitución Política de Colombia, modificado por el Acto Legislativo 02 de 2003, en su artículo 10, consagra por su parte, el derecho a la intimidad - hábeas data - inviolabilidad de documentos privados, precisando en su último inciso:

Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal, familiar y a su buen nombre, y el estado debe respetar y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en los bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas./.../ "Para efectos tributarios, judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del estado, podrá exigirse la presentación de los libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señala la ley.

Sobre este aspecto, Mauricio Piñeros Perdomo, Presidente del Instituto Colombiano de Derecho Tributario empieza por determinar el alcance de las expresiones:

“para efectos tributarios... podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley”, contenidas en el inciso final del artículo 15 de la Constitución Política. Al

respecto, señala que el derecho sobre la información tributaria personal no puede quedar circunscrito al invulnerable ámbito de la intimidad personal por cuanto es parte esencial del deber también fundamental de contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado, consagrado en el artículo 95-9 de la Constitución.

Agrega Piñeros Perdomo que de vieja data la legislación tributaria ha dicho que el Estado no aspira a que el contribuyente se le exija más de aquello con lo que la misma ley quiere que coadyuve a las cargas públicas, por lo que en materia de información lo único que requiere el Estado es la verdad sobre la realidad económica del contribuyente y a ello se reduce la obligación informativa de éste, por lo que mal puede haber ámbitos reservados para las autoridades tributarias bajo el supuesto del derecho a la intimidad personal y familiar.

Anota además el autor citado que la ley tributaria sanciona la inexactitud en las declaraciones tributarias cuando se aparta de la verdad de la situación económica del contribuyente. Expone el artículo 20 de la Constitución, es una garantía de doble vía al contemplar la de informar y recibir información veraz e imparcial. (Citado en sentencia C-981-2005)

Artículo 150 numerales 10, 11 y 12. Competencia para establecer contribuciones. Límites al poder impositivo. Como ya se dijo a partir de la expedición de la Constitución de 1991, se limita el poder impositivo al ejecutivo, quedando esta facultad únicamente al Congreso de la República y a las corporaciones públicas territoriales.

La Corte constitucional en repetidas sentencias y especialmente en la C-711/01, rescata:

Que la potestad impositiva del Estado se halla ligada al principio de legalidad en cuanto fundamento de competencia y poder creador de tributos, para cuyo ejercicio se hace indispensable la participación eminente de corporaciones de elección popular, habida consideración de la vocación democrática que usualmente las anima y de la estructura de poder que informa al Estado. Por

ello mismo cabe esperar que, con apoyo en las normas constitucionales y legales la competencia impositiva se halle primeramente en cabeza de una corporación con poderes legislativos, en orden a garantizar el surgimiento y desarrollo del tributo a partir de una génesis legal.

Bajo esta perspectiva, el Congreso de la República aparece como el órgano soberano en materia impositiva. Vale decir, el Parlamento colombiano, a través de ley crea los tributos de estirpe nacional o territorial, pudiendo frente a estos últimos fijar unos parámetros que le permitan a las Asambleas y Concejos decretarlos dentro de sus respectivas jurisdicciones. Sin perjuicio, claro es, de las facultades reglamentarias que con arreglo a la Constitución y la ley correspondan a las Asambleas y Concejos.

Con relación al Presidente de la República, la Constitución también reivindica esa soberanía fiscal que informa la acción del Congreso, toda vez que en términos del artículo 150-10 superior, el Legislativo no le puede otorgar al Presidente facultades extraordinarias para decretar impuestos. Cosa distinta es que con fundamento en el estado de emergencia económica pueda el Presidente, en forma transitoria, establecer nuevos tributos o modificar los existentes, medidas tales que dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal. Siendo patente que en esta hipótesis el Presidente no actúa por delegación del Congreso, pero sí en virtud de las atribuciones propias que en forma directa y expresa le concede el Estatuto Supremo.

Las medidas impositivas tomadas por el Ejecutivo sólo podrán pasar de transitoria a permanente a voluntad del Congreso, el numeral 12 del artículo 150 de la Carta Política es claro en señalar que es función del Congreso establecer contribuciones fiscales y excepcionalmente parafiscales. (Sentencia C-711/01)

Artículo 154. Origen de las leyes. Las leyes pueden tener origen en cualquiera de las Cámaras a propuesta de sus respectivos miembros, del Gobierno Nacional, de las entidades señaladas en el artículo 156, o por iniciativa popular en los casos previstos en la Constitución. No obstante, sólo podrán ser dictadas o reformadas por

iniciativa del Gobierno las leyes a que se refieren los numerales 3, 7, 9, 11 y 22 y los literales a, b y e, del numeral 19 del artículo 150; las que ordenen participaciones en las rentas nacionales o transferencias de las mismas; las que autoricen aportes o suscripciones del Estado a empresas industriales o comerciales y las que decreten exenciones de impuestos, contribuciones o tasas nacionales. Las Cámaras podrán introducir modificaciones a los proyectos presentados por el Gobierno. Los proyectos de ley relativos a los tributos iniciarán su trámite en la Cámara de Representantes y los que se refieran a relaciones internacionales, en el Senado.

Artículo 189. Facultades reglamentarias. Las facultades reglamentarias establecidas por el artículo 189, numeral 11, de la Carta, tal como lo ha sostenido en sus sentencias el Consejo de Estado, fueron instituidas por el Constituyente como un mecanismo tendiente a garantizar la cumplida ejecución de las leyes, siendo ese el único fin autorizado por ese mandato superior. Así las cosas, al hacer uso de tales potestades, el ejecutivo debe inspirarse en el único propósito de aclarar y hacer más explícita la norma de carácter legal, en orden a facilitar su adecuada interpretación, ejecución y cumplimiento y viabilizar su estricta observancia.

Al respecto, el Consejo de Estado ha señalado:

Por lo anterior, la Sala reitera que la norma reglamentaria debe limitarse a dar vida práctica a la ley y por ello sólo puede desarrollar aquello que explícita o implícitamente esté comprendido en el texto de aquella, lo que involucra la interdicción de introducir normas que no se desprendan natural y lógicamente de las disposiciones legales, so pena de incurrir en una extralimitación de funciones y en una invasión de las competencias del legislador. De tal manera que es presupuesto sine qua non para que se pueda hacer uso de tal facultad, la existencia de una ley o decreto ley que requiera ser desarrollada en virtud del reglamento. Cuando el Gobierno Nacional invoca las competencias que le otorga el artículo 189, numeral 11, de la Constitución Política, necesariamente tiene que haber previamente una ley o un decreto ley que reglamentar, a fin de cumplir con el mandato constitucional de ayudar a la “cumplida ejecución de las leyes”. La facultad

reglamentaria que dispone esta norma constitucional no puede ejercerse en abstracto, ni frente a actos jurídicos distintos de las leyes o decretos leyes. (Sentencia n° 11001-03-24-000-2008-00256-00A de Sección 1ª, 13 de Marzo de 2013 Ponente: María Claudia Rojas Lasso)

Es claro que se debe hacer una regulación integral y casuística, como lo señaló la Corte Constitucional en la Sentencia C-949 de 2001, el Presidente de la República al hacer la reglamentación correspondiente, debe tener en cuenta entonces los límites que le imponen las normas superiores, y principios como los de razonabilidad y proporcionalidad, es decir que no existe libertad absoluta para tal fin, aunque en la práctica muchas veces los intereses se anteponen a estos principios y no es claro, el porqué del otorgamiento de beneficios tributarios a algunos sectores en detrimento de otros.

Artículo 338. Legalidad de los impuestos. El principio de legalidad, consagrado en el artículo 338 de la Constitución, opera como una delimitación de competencias, en la medida en que constituye un mandato para el legislador que, cuando establezca una contribución, debe además determinar sus elementos esenciales, esto es, hecho generador, sujetos, base y tarifa.

Artículo 287. Límites a la facultad impositiva de los entes territoriales, Artículo 300. Facultades de las Asambleas Departamentales y Artículo 313. Competencia de los concejos. Las entidades territoriales en materia impositiva solo puede establecer aquellos tributos previstos en la ley, y en la medida y condiciones en ella previstos, es decir que, su facultad impositiva es derivada en cuanto se refiere de previa regulación legal, en la cual se precisan las condiciones y límites de los respectivos tributos. Al desarrollar tales normas legales no pueden las entidades territoriales, modificar la base tributaria, ni crear nuevos hechos generadores no previstos en la Ley y porque la facultad impositiva corresponde, inicialmente en tiempo de paz, al Congreso de la República y en forma derivada de una autorización para organizar los aspectos administrativos del tributo, facultades legislativas que no le corresponden.

El Consejo de Estado se ha pronunciado acerca de la limitación de la facultad impositiva de las entidades territoriales, de la siguiente forma:

La Sala ha tenido oportunidad de precisar su criterio acerca de la limitación de la facultad impositiva de las entidades territoriales, con fundamento en las normas constitucionales referidas a la creación de los tributos y a las funciones otorgadas a los Departamentos y Municipios, éstas son: los artículos 43, 76 numeral 14, 191 y 197 de la Constitución Nacional de 1886 hoy artículo 150 numeral 12, 338, 300 numeral 4º y 313 numeral 4º de la Constitución Política de 1991. Según dicho criterio, las entidades territoriales, en materia impositiva sólo pueden establecer aquellos tributos previstos en la ley, y en la medida y condiciones en ella previstos, es decir que, su facultad impositiva es derivada, en cuanto se requiere de previa regulación legal, en la cual se precisen las condiciones y límites de los respectivos tributos. Al desarrollar tales normas legales no pueden las entidades territoriales, modificar la base tributaria, ni crear nuevos hechos generadores no previstos en la ley porque la facultad impositiva corresponde, únicamente en tiempo de paz, al Congreso de la República y en forma derivada a los cuerpos colegiados de representación popular. Ni puede derivar de una autorización para organizar los aspectos administrativos del tributo, facultades legislativas que no le corresponden.

Sobre la competencia de las entidades territoriales para establecer tributos, en la Constitución Política vigente, la Corte Suprema de Justicia en el fallo de doce (12) de septiembre de mil novecientos noventa y uno (1991) expediente 2305 con ponencia Pedro Escobar Trujillo discurrió así:

Por su parte el Artículo 287 de la misma Carta Magna que hoy rige, es enfático al disponer que las entidades territoriales (que según el enunciado del Artículo 286 son los departamentos, los distritos, los municipios, los territorios indígenas y eventualmente las regiones y provincias que se lleguen a construir) gozan de autonomía para la gestión de sus intereses dentro de los límites de la constitución y la ley y que en tal virtud tendrán, entre otros derechos, el administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones. Todo ello concuerda con el precitado Artículo 1º y a la vez se asocia al Artículo 338, cuyo inciso 1º reza: “en tiempo de paz,

solamente el congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales o para fiscales. 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. Circunscribiendo el análisis de los impuestos municipales, pues que para establecer una renta de esa índole se requiere acuerdo del correspondiente concejo, autorización de la Ley y conformidad de la Constitución. Significa lo anterior que también el actual ordenamiento superior se abstuvo de conferir a los concejos, pese aseveraciones en contrario, la llamada soberanía fiscal la regulación de la cuestión tributaria pues dicha competencia continúa supeditada a los precisos marcos de permisión que establezcan las normas superiores”. (Sentencia del Consejo De Estado Sección Cuarta No. 7608, cinco (5) de julio de mil novecientos noventa y seis (1996) Consejera ponente: Consuelo Sarria Olcos).

Sobre la autonomía territorial la Corte Constitucional mediante sentencia C-149 de 2010, ha establecido que corresponde al legislador establecer las condiciones básicas de la autonomía que actúa como un principio jurídico en materia de organización competencial, lo que significa que se debe realizar en la mayor medida posible, teniendo en cuenta la importancia de los bienes jurídicos que justifiquen su limitación en cada caso concreto. De tal modo, que le está vedado al Congreso sujetar por completo a las entidades que gozan de autonomía, a los imperativos y determinaciones adoptados desde el centro. Dentro de esa línea jurisprudencial se ha fijado el criterio conforme al cual las limitaciones a la autonomía de las entidades territoriales y regionales en materias en las cuales exista concurrencia de competencias de entidades de distinto orden, deben estar justificadas en la existencia de un interés superior, y que la sola invocación del carácter unitario del Estado no justifica que se le otorgue a una autoridad nacional, el conocimiento de uno de tales asuntos en ámbitos que no trasciendan el contexto local o regional, según sea el caso. Para la Corte, ello equivale a decir que las limitaciones a la autonomía resultan

constitucionalmente aceptables, cuando son razonables y proporcionadas. (Sentencia C-149/10).

Principios constitucionales aplicables al derecho tributario.-

En relación con los principios constitucionales en materia tributaria como fuente normativa sustancial a la que debe ajustarse el ordenamiento jurídico-tributario, se encuentran definidos en forma expresa que a partir de la expedición de la Constitución de 1991.

No obstante lo anterior, debe recordarse que los principios constitucionales no agotan el conjunto de principios específicos ya que como se verá, de los mismos se desprenden otros principios, que resultan igualmente aplicables.

Los textos constitucionales contienen, normalmente, los principios fundamentales que rigen el ordenamiento jurídico de un país, a través de los cuales se plasma positivamente el ideal de justicia que una comunidad organizada en un momento histórico determinado. Esta idea de justicia también está presente, es obvio, en el ámbito del tributo y debe, asimismo, reflejarse en los principios constitucionales mediante los que se pretenda alcanzar el reparto justo de la carga tributaria. Tales principios constituyen los criterios básicos con arreglo a los cuales ha de ordenarse e interpretarse toda la materia tributaria y son, a su vez, los pilares sobre los que deben asentarse las distintas instituciones jurídico-tributarias.

Esta idea de justicia tributaria se ve reflejada en el postulado fundamental del derecho en todas sus ramas y en especial en la tributaria que es “la equidad”, razón por la cual disposiciones constitucionales como los artículos 95, numeral 9 sobre los derechos y obligaciones de las personas se encuentra la de “contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado, dentro de conceptos de justicia y equidad”, y el artículo 363 en su inciso primero igualmente establece “El sistema tributario se funda en los principios de equidad, eficiencia y progresividad. Las leyes tributarias no se aplicarán con retroactividad”, destacando el principio de equidad como postulado fundamental de la tributación colombiana.

En este orden de ideas la actividad impositiva se encuentra enmarcada en estos tres principios los cuales se han definido en forma sucinta en varios artículos de la página web www.gerencie.com, dedicada exclusivamente a temas tributarios de la cual se han tomado algunos apartes:

Principio de Equidad Tributaria: Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la palabra equidad significa obrar con justicia. En tributación significa imponer cargas y otorgar beneficios sin distinciones, de manera que todos los contribuyentes paguen o se beneficien dentro de un principio de igualdad que se podría resumir en “el reparto justo de la carga tributaria”.

La Igualdad y equidad son dos principios tributarios que, aunque no siempre se aplican al momento de legislar, son muy importantes, y se tienden a confundir, pero hay que distinguir que el principio de equidad supone ciertas desigualdades con el ánimo de que la carga tributaria sea más justa de acuerdo a la realidad de cada contribuyente.

A manera de ejemplo, si dos personas reciben ingresos diferentes y mientras una recibe \$1.000.000 mensual, la otra recibe \$500.000, habría igualdad si a las dos personas se les cobra el mismo valor por impuestos que supuestamente sea de \$10.000, puesto que las dos pagan el mismo valor. Pero si bien hay igualdad, no hay equidad, por cuanto uno de ellos recibe y tiene más recursos, más capacidad de contribuir, por tanto, es preciso introducir una desigualdad para que el pago del tributo sea equitativo, socialmente justo esto es que si el que recibe \$1.000.000 paga \$10.000, el que gana \$500.000, paga \$5.000, tributan en la misma proporción de acuerdo a sus ingresos.

En materia tributaria, hay igualdad cuando todos pagan el mismo impuesto sin considerar si sus ingresos son muchos o pocos, que es lo que pasa con el IVA, donde todo el mundo, así no tenga con qué comer, termina pagando exactamente el 16% o la tarifa que corresponda.

Y hay equidad cuando cada quien paga el impuesto según su capacidad de pago. Entre más gane más paga, como sucede en el impuesto a la renta en

las personas naturales, impuesto que tiene una tarifa progresiva según el nivel de ingresos.

Como se observa, para que haya equidad es preciso imponer un trato que muchos podrían considerar como desigual, discriminatorio, pero que en el fondo busca precisamente una igualdad relativa.

En este sentido encontramos que la capacidad económica se vincula con la igualdad real y personal ante el impuesto, como veremos a través del razonamiento del tratadista Ramírez Cardona (1998). En la igualdad real no se toma en cuenta las condiciones particulares del contribuyente, expresadas en los gastos requeridos para satisfacer sus necesidades primarias.

En la igualdad personal, por el contrario, sí se toma en cuenta la situación particular del contribuyente, al reconocérsele que ha de realizar ciertos gastos para satisfacer sus necesidades individuales elementales o primarias –alimentarse, vestirse, alojarse, divertirse, educarse, curarse, antes de poder contribuir con sus disponibilidades monetarias a la satisfacción de las necesidades colectivas asumidas por el Estado como públicas.

Esos gastos se calculan, generalmente, sobre la base del costo de vida para un período determinado. Se deduce, entonces, que si la renta de una persona le alcanza únicamente para su consumo básico, no tiene capacidad contributiva y, por consiguiente, no paga impuestos.

La equidad tributaria tiene dos vías: La equidad tributaria horizontal que significa igual carga impositiva a igual base gravable y la equidad vertical que significa mayor carga impositiva a mayor base gravable, es decir, quienes más ganan, más pagan.

En este sentido se pronunció la Corte Constitucional en Sentencia C-815 del 18 de noviembre de 2009, expediente D-7734 M.P. Nilson Pinilla Pinilla, reiterando lo dicho sobre la equidad tributaria por la misma Corporación en sentencia C-734 de septiembre 10 de 2002, con ponencia del Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa, donde la Corte indicó:

“La equidad tributaria se predica del deber de contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado. Para la Corte, el cumplimiento del deber que el Constituyente radicó en cabeza de los ciudadanos, de contribuir a la financiación de los gastos e inversiones del Estado, en un marco de equidad (artículo 95 C.P.), es asunto y problema que atañe a la sociedad en su conjunto y particularmente a las autoridades públicas, que tienen la obligación de diseñar el sistema fiscal y propender por su óptimo funcionamiento”.

Igualmente establece la Corte que los principios consagrados en el artículo 363 de la Constitución se predicán del sistema tributario en su conjunto, y no de un impuesto específico, lo cual puede implicar ciertos sacrificios en términos de equidad tributaria concreta. Los eventuales sacrificios a que pueda dar lugar una carga tributaria se ajustan a la Constitución siempre que no sean irrazonables y se justifiquen en la persecución de otros objetivos tributarios o económicos constitucionalmente relevantes, pues el legislador puede buscar conciliar principios en conflicto, como la eficiencia y la equidad. Por ello, el ideal es conciliar la coexistencia de equidad y eficiencia,

En este sentido el sistema tributario en su conjunto, como cada una de las cargas tributarias ha de ser razonables y deben estar justificados en la persecución de objetivos constitucionalmente relevantes, muestra que la equidad se predica también de cada uno de los impuestos. En efecto, la Corte, como guardiana de la estricta sujeción del poder tributario a los mandatos constitucionales debe asegurarse que el sistema tributario, en su conjunto y en las leyes que lo integran, se informe en los principios de justicia y equidad, los cuales se concretan en las reglas y fórmulas de reparto de la carga tributaria y en la adecuada distribución del gasto público.

Por vía jurisprudencial se ha reconocido que el principio de equidad también se predica del recaudo tributario. Por ello, en consideración a que el principio de equidad es una pauta de conducta para la actuación tributaria, el legislador tributario está obligado precisamente a considerar las distintas hipótesis susceptibles de regulación para dar a cada una de ellas adecuada respuesta y, las autoridades

administrativas y judiciales que aplican las normas tributarias, dentro del debido proceso administrativo, deben examinar las circunstancias particularizadas del contribuyente, tales como las situaciones de quien incumple la obligación de firmar y presentar la declaración tributaria en el lugar establecido para el efecto, por razones ajenas a la culpa; pues de lo contrario se establecería una diferenciación irrazonablemente gravosa para quienes objetivamente no pueden cumplir con ese deber tributario.

También ha dicho la Corte que la equidad tributaria se desconoce cuando se deja de lado el principio de igualdad en las cargas públicas. La condición de moroso no puede ser título para ver reducida la carga tributaria. La ley posterior retroactivamente está produciendo una inequitativa distribución del esfuerzo tributario que se supone fue establecido de manera igualitaria. La reasignación de la carga tributaria paradójicamente favorece a quienes incurrieron en mora y se acentúa en términos reales respecto de quienes observaron la ley.

Para la Corte la equidad tributaria es un criterio con base en el cual se pondera la distribución de las cargas y de los beneficios o la imposición de gravámenes entre los contribuyentes para evitar que haya cargas excesivas o beneficios exagerados. Una carga es excesiva o un beneficio es exagerado cuando no consulta la capacidad económica de los sujetos pasivos en razón a la naturaleza y fines del impuesto en cuestión.

Ejemplo de la aplicación del principio de equidad al examinar las leyes referentes al Impuesto sobre las Ventas, se encuentra en la sentencia C-335 de 1994, donde la Corte determinó que el establecimiento de una tarifa especialmente elevada del impuesto a las ventas sobre la venta de ciertos bienes lujosos, como los aerodinos, no era violatorio de la Carta, sino que por el contrario constituía un trato diferente basado en la naturaleza extraordinaria y suntuaria de los bienes gravados, que por lo mismo materializaba el principio constitucional de equidad tributaria:

“En efecto, tales preceptos buscan dar a cada cual lo que le corresponde sobre la base de unos presupuestos fácticos entre los que sobresale la naturaleza suntuaria y extraordinaria de los bienes objeto del negocio que se

grava. No es desconocido, entonces, el principio de equidad, que atempera el rigor de la norma general, atendiendo al caso concreto y a sus características, para hacer equilibrado el conjunto del sistema tributario”. *En esta misma decisión, se señaló que como consecuencia del principio de equidad, “...el legislador tributario está obligado precisamente a considerar las distintas hipótesis susceptibles de regulación para dar a cada una de ellas adecuada respuesta. A ello se oponen las reglas absolutas que no admiten posibilidades diversas.”*

En este orden de ideas no es posible hablar de justicia tributaria sin una debida aplicación del principio de equidad, aún por encima de los principios de igualdad y/o progresividad.

Principio de Progresividad Tributaria: Este se deriva del principio de equidad horizontal y hace referencia a la distribución de la carga tributaria entre los diferentes obligados a su pago según su capacidad contributiva (a mayores ingresos, más tributos).

El principio de progresividad establece que la proporción del aporte de cada contribuyente al financiamiento de los gastos públicos, se dan en relación con su capacidad económica. La progresividad consiste en aplicar una alícuota o porcentaje impositivo mayor, a medida que crece la base imponible sobre la cual se establece. De manera que los contribuyentes que se consideren con mayor capacidad económica por tener una base imponible mayor, pagarán un impuesto más alto.

En estricto sentido, el principio de progresividad sólo es aplicable plenamente en aquellos impuestos directos que tienen como base imponible los ingresos del contribuyente. Así, el impuesto sobre la renta es un ejemplo característico del tributo en el cual el principio de progresividad es no sólo deseable sino imperativo. Pero los impuestos indirectos, debido a su naturaleza, impiden muchas veces la aplicación del principio de progresividad, como por ejemplo en el IVA, donde se grava en el mismo porcentaje, indistintamente de la capacidad económica del consumidor del bien o del beneficiario del servicio.

Sobre este tema, pueden consultarse, entre otras, las Sentencias C-333 de 1993 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), C-335 de 1994 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), C-597 de 2000 (M.P. Alvaro Tafur Galvis. S.V. Ms. Alfredo Beltrán Sierra, José Gregorio Hernández Galindo y Carlos Gaviria Díaz) y C-637 de 2000 (M.P. Alvaro Tafur Galvis). En donde se ha dicho:

(.) El principio de progresividad, el cual se predica del sistema tributario, hace referencia al reparto de la carga tributaria entre los diferentes obligados a su pago, según la capacidad contributiva de la que disponen, es decir, es un criterio de análisis de la proporción del aporte total de cada contribuyente en relación con su capacidad contributiva. En este orden de ideas, es neutro el sistema que conserva las diferencias relativas entre los aportantes de mayor y de menor capacidad contributiva; es progresivo el que las reduce; y es regresivo el que las aumenta. En esa misma medida, una dimensión más amplia del principio de progresividad del sistema, relevante en este proceso, invita a valorar el destino y los efectos del gasto público financiado con los recursos recaudados. En este sentido, es relevante el impacto del gasto público en la situación relativa de los contribuyentes y, en general, de los habitantes de un país. La neutralidad, progresividad o regresividad del sistema en esta perspectiva más amplia se apreciaría comparando las condiciones económicas de los diferentes integrantes de la sociedad después de efectuado el gasto público “

Principio de Eficiencia Tributaria: Es la relación entre los ingresos tributarios obtenidos y los recursos utilizados para conseguirlos. Un tributo es eficiente cuando no distorsiona la economía y el Estado obtiene los recursos a un costo razonable. No sería eficiente que los recursos empleados en la consecución de un tributo superaran el ingreso que este genera.

La Irretroactividad Tributaria: Aunque la Constitución Nacional de Colombia no lo incluye como principio, funciona como tal. La irretroactividad tributaria significa que todo cambio normativo en materia sustantiva impositiva aplica luego de

promulgada la nueva norma y desde el período fiscal siguiente –del tributo que modificó-.

Las normas adjetivas tributarias, los cambios en ellas aplican luego de la promulgación de la nueva norma. Las normas adjetivas son aquellas que se aplican para dirimir controversias que se plantean entre los sujetos de la relación jurídico-tributaria y aquellas que definen actuaciones propias del contribuyente como lo son el cumplimiento de obligaciones formales y la atención a los actos administrativos gubernamentales –Vía gubernativa-.

Una norma tributaria es sustantiva cuando ella modifica el tributo, por ejemplo, nuevos ingresos no constitutivos de renta, nuevas rentas exentas, nuevos descuentos tributarios; y es adjetiva por ejemplo, cuando autoriza nuevas personas autorizadas para suscribir declaraciones tributarias, nuevos sitios de pago de tributos, establece plazos o establece nuevas formas de declarar.

La irretroactividad tributaria impide que en esta materia apliquen principios jurídicos aplicables en otras materias del derecho.

El principio de la legalidad tributaria. Tal como está consagrado en la Constitución, tiene como uno de sus objetivos dar seguridad jurídica a las instituciones tributarias.

Establece la Carta que todo tributo debe ser creado por ley, cuando se trata del orden nacional o autorizado por está, cuando se trata del nivel territorial, en este sentido el artículo 338 de la Carta ordena que la ley debe contener lo relacionado con sujetos de la obligación tributaria, el hecho gravado, la base imponible y la tarifa aplicable.

Al examinar la forma como se ha legislado en materia tributaria especialmente bajo la vigencia de la Constitución de 1991, se encuentran graves deficiencias, que son imputables tanto al Gobierno, en la preparación de los proyectos de ley, como al Congreso, en la aprobación de las leyes principalmente por el desconocimiento del legislativo en esta materia que genera confusión en la normatividad dejando un espacio abierto a la interpretación de la autoridad tributaria.

Todo lo anterior ha llevado al establecimiento en materia tributaria de inseguridad para los administrados al no darse la claridad respecto de los derechos y obligaciones que se derivan de las instituciones legales.

El principio de seguridad jurídica. La seguridad jurídica no solo se traduce en certeza respecto de las obligaciones que nacen de la ley, sino también en estabilidad de las normas. En materia tributaria en Colombia, predomina la inestabilidad de la legislación, evidenciado por la cantidad de reformas tributarias.

El principio de seguridad jurídica se traduce en la confianza por la estabilidad de las normas, de tal manera que los particulares puedan planificar sus actividades de acuerdo con las normas vigentes.

La evidente inestabilidad de la legislación colombiana obedece a la necesidad de hacer frente al déficit fiscal, que constituye una epidemia de nuestras finanzas públicas. El desbordamiento del gasto público, unido al estrechamiento de posibilidades de financiamiento a través del crédito público, por razón del uso excesivo de éste, se traduce en la necesidad de incrementar la tributación, como única solución al déficit.

Así las cosas, en materia impositiva los constantes cambios normativos son una expresión de la soberanía del Estado legislador ante la necesidad de modificar el ordenamiento jurídico por las circunstancias que lo ameriten, sin que por ello se descarte la declaración de responsabilidad del Estado legislador con base en la teoría del daño especial.

Principio de derechos adquiridos: No se aplica en materia impositiva en donde por ejemplo no puedo argumentar, que yo tenía derecho a liquidar el impuesto a la tarifa anterior del 33% (si la nueva es 35%). No aplicaría tampoco una nueva norma que desconociera situaciones adjetivas anteriores, como por ejemplo, firmeza de las declaraciones tributarias.

Si se modifican las formas de liquidar un tributo, las aplicó hacia adelante, los periodos fiscales ya transcurridos quedan incólumes. Este imperativo está contenido en el artículo 338 de la Constitución Política colombiana:

“(…) 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”.

Aquí, la palabra “contribuciones” debe entenderse como “tributo”.

A manera de ejemplo y según lo hasta aquí expresado, si se sanciona y se promulga una ley que cambia la base gravable del impuesto sobre las ventas, por tratarse de un tributo que se declara bimestralmente, este cambio aplica a partir del bimestre siguiente, y si se sanciona y se promulga una ley que cambia la base gravable del impuesto sobre la renta, por tratarse de un tributo anual (va desde el primero de enero hasta el treinta y uno de diciembre de cada año), este cambio aplica a partir de la vigencia fiscal siguiente, es decir, desde el primero -1- de Enero del año siguiente .

Finalmente, los principios normativos de los tributos son exigidos en el Estatuto Tributario Nacional en su artículo 683, que por tratarse de una norma procedimental, tiene aplicabilidad en todos los impuestos (nacionales, departamentales y municipales):

“Espíritu de Justicia. Los funcionarios públicos, con atribuciones y deberes que cumplir en relación con la liquidación y recaudo de los impuestos nacionales, deberán tener siempre por norma en el ejercicio de sus actividades que son servidores públicos, que la aplicación recta de las leyes deberá estar presidida por un relevante espíritu de justicia, y que el Estado no aspira a que al contribuyente se le exija más de aquello con lo que la misma ley ha querido que coadyuve a las cargas públicas de la Nación”.

A manera de conclusión, hay que decir que la tributación en Colombia se rige por los principios de equidad, eficiencia y progresividad, que las normas tributarias son irretroactivas.

CAPÍTULO III

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR EN MATERIA IMPOSITIVA EN COLOMBIA A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991

Desarrollo del artículo 90 de la Constitución Política de 1991

Para el caso colombiano, la Constitución de 1991 introdujo en su artículo 90 el fundamento constitucional de la responsabilidad patrimonial del Estado, sin que esto signifique que la jurisprudencia del Consejo de Estado encontrara las bases de esta responsabilidad en diferentes disposiciones de la Constitución de 1886, tales como los artículos 2º, 16 y 30, que consagró el principio de legalidad del Estado para proteger la vida, honra y bienes de los ciudadanos, y garantizar la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con el título de derecho. Sin embargo, los primeros fallos relacionados con este título de imputación en Colombia fueron emitidos por el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo colombiano en el año de 1998 y por la Corte Constitucional principalmente a través de la Sentencia C-038 de 2006, providencia judicial que estableció algunas de las características que posee esta figura jurídica (Alonso, María Consuelo; Leiva-Ramírez, Eric, 2011)

En el nuevo régimen de responsabilidad estatal que introduce la Constitución de 1991, se modifica la prioridad del objeto en cuestión. De una parte, el fundamento único deja de ser la comúnmente utilizada falla del servicio, al tiempo que se traslada el enfoque, de la perspectiva del Estado, al de la víctima, dándole así mayor importancia a la situación del afectado con el daño que al agente que lo causó. En otras palabras en el juicio sobre la responsabilidad se desplaza a un segundo plano el reproche a la conducta del agente, aspecto en el que anteriormente se centraba toda la atención, para enfocarse ahora en analizar la necesidad de brindar protección efectiva a la víctima. Por lo tanto, cualquier daño antijurídico que ésta sufra deberá ser indemnizado, independientemente de si hubo o no culpa del Estado (falla del servicio) en su producción.

En este panorama, se analiza si el daño antijurídico fue consecuencia de la acción u omisión estatal, que tendrá como resultado necesario, la obligación de

repararlo, por oposición al régimen anterior, donde se miraba si había culpa o falla del servicio, pues esta debe probarse, para entrar a determinar si habría lugar a la declaratoria de responsabilidad, y una vez declarada la responsabilidad proceder a estudiar lo relativo a la indemnización.

El artículo 90 de la Constitución Política establece que:

El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.

De acuerdo con Juan Carlos Henao (1998:623), la teoría de responsabilidad del Estado, en la actualidad se erige bajo los postulados del artículo 90 de la Constitución Política, la importancia de dicho cambio radica en fundamentar la responsabilidad del estado en el daño antijurídico y en la imputación de tal daño a un órgano del Estado, y no solamente en la culpa del Estado o falla del servicio, lo anterior le ha permitido afirmar a la jurisprudencia que los dos únicos elementos indispensables para la declaración de responsabilidad del Estado son: el daño antijurídico y la imputabilidad del mismo a una persona jurídica de derecho público. (Citado por Ruiz, 2007, p.39).

Un análisis de esta disposición, permite enumerar los elementos que deben presentarse para que se configure la responsabilidad del Estado según el artículo 90 vigente:

1. *El daño antijurídico*: aquel daño o lesión, material o inmaterial, que los particulares (la víctima), no están en la obligación de soportar y que se debe traducir en un perjuicio patrimonialmente evaluable para el receptor de la acción u omisión estatal.

Aquí es importante destacar que los hechos u omisiones que causan el daño, se producen generalmente en la esfera de la relación extracontractual de los particulares con el Estado.

No obstante, en materia contractual también es aplicable directamente el artículo 90 de la Constitución, aunque exista norma expresa legal para la responsabilidad derivada de las actuaciones que se surtan en materia de contratos estatales, la cual se encuentra prevista en el artículo 50 de la Ley 80 de 1993.

En tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia T-291 de 1993, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero, donde analizó la constitucionalidad del artículo 50 de la Ley 80 de 1993, afirmando lo siguiente:

Por ello la Corte declarará la citada expresión exequible, pero de manera condicionada, pues precisará que el artículo 50 de la Ley 80 de 1993 no constituye el fundamento único de la responsabilidad patrimonial del Estado en el campo contractual, por lo cual el artículo 90 de la Constitución es directamente aplicable en este campo.

La Corte declaró condicionalmente exequible el artículo 50 de la Ley 80 de 1993, ratificando que éste debe ser interpretado en consonancia con el artículo 90 de la Constitución, debido a que aquél no constituye el fundamento único de la responsabilidad patrimonial del Estado en materia contractual, pues ninguna norma de inferior jerarquía excluye la aplicación directa del artículo 90 de la Constitución.

El daño como elemento de la responsabilidad civil, debe entenderse como la aminoración patrimonial sufrida por la víctima (Henoa, 1998, p.84).

Ahora bien, para efectos de la responsabilidad del Estado, el daño debe ser antijurídico como aquel al que no se está obligado a soportar.

La definición de daño antijurídico, quedó plasmada por la jurisprudencia del Consejo de Estado, así:

Siempre que se produzca un daño o un perjuicio en el patrimonio de un particular, sin que este venga obligado por una disposición legal o un vínculo jurídico a soportarlo, encontrando su causa desencadenante precisa en el mencionado funcionamiento, mediante un nexo de efecto a causa, ha de

entenderse que se origina automáticamente en la administración la obligación de su directo y principal resarcimiento. (Sentencia Consejo de Estado de 31 de octubre de 1991, M.P. Dr. Julio Cesar Uribe Acosta, exp. 6515.)

Por su parte la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre el daño antijurídico, de la siguiente forma:

Desde el punto de vista sistemático, la Corte considera que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación del Estado armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho (CP art. 1º), pues al propio Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la administración. Así, la responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares.

Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del Estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización.

Agrega la Corte (Sentencia C-333 de 1996) que dicha concepción de la posibilidad de indemnización de un daño antijurídico incluso originado en una actividad lícita del Estado armoniza además con el principio de solidaridad (CP art. 1º) y de igualdad (CP art. 13), que han servido de fundamento teórico al régimen conocido como de daño especial, basado en el principio de igualdad de todos ante las cargas públicas. Si la

Administración ejecuta una obra legítima de interés general (CP art. 1º) pero no indemniza a una persona o grupo de personas individualizables a quienes se ha ocasionado un claro perjuicio con ocasión de la obra, entonces el Estado estaría desconociendo la igualdad de las personas ante las cargas públicas (CP art. 13), pues quienes han sufrido tal daño no tienen por qué soportarlo, por lo cual éste debe ser asumido solidariamente por los coasociados (CP art. 1º) por la vía de la indemnización de quien haya resultado anormalmente perjudicado. Se trata pues, de un perjuicio especial sufrido por la víctima en favor del interés general, por lo cual el daño debe ser soportado no por la persona sino por la colectividad, por medio de la imputación de la responsabilidad al Estado.

En este sentido, concluye la Alta Corporación, que la fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado es un daño que debe ser antijurídico, no porque la conducta del autor sea contraria al derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, por lo cual éste se reputa indemnizable. Esto significa obviamente que no todo perjuicio debe ser reparado porque puede no ser antijurídico, y para saberlo será suficiente acudir a los elementos del propio daño, que puede contener causales de justificación que hacen que la persona tenga que soportarlo. (Corte Constitucional, C-333 de 1996)

En cuanto a las condiciones o requisitos para que el daño sea resarcible, la jurisprudencia y la doctrina ha reiterado que éste debe ser directo, cierto y legítimo. Ternera Barrios, lo resume así:

1. Cuando hablamos del carácter 'directo' del daño, en realidad nos referimos al nexo de causalidad (De Cupis, 1975, p. 247)⁹, otro elemento *sine qua non* de los regímenes de responsabilidad. La relación de causalidad es el enlace que se reconoce entre dos fenómenos jurídicos: la causa y el efecto jurídico. Se trata del 'nexo etiológico material (es decir, objetivo o externo) que liga un fenómeno a otro, que en cuanto concierne al daño, constituye el factor de su imputación material al sujeto'.

2. Asimismo, el daño debe ser cierto, veraz, real. El juez debe estimar como evidente el actual o futuro empobrecimiento patrimonial o la actual o futura trasgresión de un derecho extrapatrimonial. La prueba del daño le corresponde a la víctima, so pena de que la acción de responsabilidad no prospere¹⁰.

3. El daño se nos presenta como la lesión de un derecho patrimonial o extrapatrimonial legítimo. Se exige que el derecho vulnerado esté protegido por el ordenamiento. (2008, p. 101-103)

Frente al daño es importante observar el principio de reparación integral que se encuentra señalado en la ley 446 de 1998:

Artículo 16. Valoración de Daños. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales.

El principio de reparación integral obliga a los jueces a valorar el daño de manera conjunta, buscando en principio, restituir las cosas al estado anterior o de lo contrario compensar los perjuicios causados.

Los perjuicios pueden ser materiales o inmateriales, a continuación se retoma a Henao, quien anota su definición:

Los perjuicios materiales como aquellos que atentan contra bienes o intereses de naturaleza económica, es decir, medibles o mesurables en dinero. En derecho colombiano, quizás por la presencia de los artículos 1613 y 1614 del Código Civil, la subclasificación establecida ha sido la de daño emergente y lucro cesante.

El daño material se concibe como aquel que atenta contra bienes o intereses de naturaleza económica, es decir, que produce perjuicios cuantificables en dinero en este concepto, se desarrolla la noción de daño emergente y lucro cesante; el daño emergente, se produce “cuando un bien económico (dinero, casa, servicios) salió o saldrá del patrimonio de la víctima; por el contrario, hay lucro cesante cuando un bien económico que debía ingresar en el curso

normal de los acontecimientos, no ingresó ni ingresará en el patrimonio de la víctima. (Henaó, 1998, p.195 a 197)

Por su parte, los daños inmateriales son aquellos que menoscaban la autoestima del ser humano, alteran su bienestar emocional y social, como es el daño moral y el daño a la vida de relación o perjuicio fisiológico:

El daño moral se define como el dolor espiritual, sufrimiento, pena, congoja que afecta tanto a la víctima directa del daño como a sus parientes cercanos y terceros damnificados muy próximos a ella. El daño a la vida de relación, es el sufrimiento que se manifiesta en el mundo exterior y altera de forma anormal las condiciones de vida de la víctima, privándola no sólo de ocuparse de las actividades comunes a su rutina no necesariamente placenteras, sino también de su posibilidad de interactuar con el mundo exterior, al menos de la misma manera que lo hacía antes de la ocurrencia del daño. (Ruiz, 2010, p. 63, 64, 79 y 80)

Aunque el daño no es el único elemento determinante para la responsabilidad del estado, es importante mencionar su diferencia con el perjuicio.

Hay doctrinantes que afirman que el daño y el perjuicio son nociones diferentes, sin embargo, para efectos de esta investigación el daño como hecho, es el atentado material sobre una cosa, como lesión, y el perjuicio es el menoscabo patrimonial que resulta del daño, consecuencia del daño sobre la víctima, lo cual permite sentar lo siguiente: se indemniza solo el perjuicio que proviene del daño. (Henaó, 1998, p. 78).

2. Imputación al Estado: Se debe acreditar que el daño fue ocasionado por el Estado que en sentido amplio, está constituido por las distintas entidades y autoridades que hacen parte de las tres ramas del poder público, así como de los órganos autónomos o independientes. Es necesario que además de la relación de causalidad entre el daño y la acción u omisión de una autoridad pública, se le atribuya al Estado el deber jurídico de indemnizarlo.

3. Antijuridicidad: En términos generales, el Estado impone deberes y cargas a los ciudadanos, para garantizar así la convivencia en sociedad. Esto equivale a que

los ciudadanos deban soportar las cargas o ciertos “daños” derivados de esos deberes generales que la Constitución o la ley les asignen, así como aquellos que se deriven de las actividades que desempeña el Estado.

Si bien es cierto los ciudadanos están obligados a soportar ciertas cargas o daños por la acción estatal, la Constitución precisa que no hay deber jurídico de soportar aquel daño o lesión que sea especialmente grave, que exceda por su magnitud las cargas habituales.

En otras palabras, cuando de la atribución de cargas se genera un daño desproporcionado, éste se torna en antijurídico y en tal evento, surge el derecho a la reparación, independientemente de la legitimidad o no de la conducta de la autoridad pública.

Se ha dicho que el avance introducido en materia de responsabilidad del Estado en la nueva Constitución, amplía la esfera de protección, permitiendo a la vez que se mantengan los regímenes anteriores e introduciendo nuevas opciones para hacer más completa la institución.

La misma Corte Constitucional sobre la disposición del artículo 90, ha afirmado que, efectivamente, con él se extendió la esfera de protección recogiendo los regímenes anteriores al 91 que había venido construyendo la jurisprudencia, tomando ahora como fundamento de la imputación de responsabilidad la existencia de un daño antijurídico, interpretación que efectivamente se confirma con lo manifestado por el Constituyente.

Es importante reiterar que, a partir de 1991, se introdujo en Colombia un régimen constitucional de responsabilidad del Estado, el cual sin embargo, en la práctica, no ha cambiado significativamente, tal y como se ha anotado.

Dentro de las críticas formuladas al nuevo régimen de responsabilidad estatal, las expresa acertadamente el profesor Tamayo (2000, citado por Ramos Huertas, Rocío: 2010), señalando que pese a la definición del artículo pretende que el nuevo régimen se centre en el daño antijurídico, como

[...] aquel que el Estado no tiene el derecho a causar, a pesar del esfuerzo del constituyente, [...] al igual que antes de 1991, serán el legislador y los

tribunales los encargados de determinar en qué casos el daño antijurídico es aquel que solo existe cuando se cause por una falla del servicio y en cuáles el daño es antijurídico así la falla del servicio no haya existido.

En general, se crítica las distintas interpretaciones que se hacen sobre el alcance del artículo 90 y en la procedencia o no de aplicar la culpa como elemento para la valoración del daño, es decir, se sigue necesitando el análisis de la misma en el juicio para imputar responsabilidad al Estado, cuando en principio el constituyente quiso darle otra perspectiva a la responsabilidad. (Ramos Huertas, Rocío - 2010).

Regímenes de responsabilidad del Estado Legislador en Colombia

En Colombia, si bien no existe ningún precedente judicial, que declare la responsabilidad del Estado colombiano por el hecho de las leyes, a pesar de la cláusula general de responsabilidad contenida en el artículo 90 superior, que no formula excepción alguna en relación con la responsabilidad del legislador, no se ha evidenciado con claras luces en la jurisprudencia nacional (principal fuente que informa la responsabilidad administrativa en Colombia), tesis alguna que permita deducir este nuevo sistema de imputación.

Se han argumentado a favor de este silencio, el magnimizado concepto de soberanía (art. 4º del Código Civil), abolido en los sistemas francés y español, y bajo el cual se adorna la institución legislativa como órgano del pueblo antes que del Estado, constituyente primario al que no cabe la restricción sobre la facultad de autorregularse; y, el de la inviolabilidad del voto del congresista (art. 185 de la C.P).

Sin embargo, se encuentran diseminados en el ordenamiento jurídico constitucional y legal, claras alusiones a esta modalidad de imputación de responsabilidad, que permiten deducir, que no le resultó del todo odiosa al constituyente de 1991 ni a la ley. Lo mismo puede decirse de la jurisprudencia nacional, aunque de forma más incipiente.

Como quiera que el artículo 90 de la Constitución de 1991, establece la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos que le sean

imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. la tan aplaudida fuente de responsabilidad, se encuentra limitada en la actualidad, a los actos, hechos y operaciones administrativas, tanto en el marco de la responsabilidad por falta, como de aquella donde no media la culpa, adicionalmente, se reconoce la responsabilidad de los operadores jurídicos por el error judicial, y desde el punto de vista administrativo, por el anormal o defectuoso funcionamiento de la administración de justicia.

Estos sistemas de imputación no se encuentran taxativamente discriminados en la norma constitucional, han sido fruto del desarrollo jurisprudencial del máximo Tribunal de lo contencioso administrativo, con apoyo en los sistemas francés y español ya reseñados, de manera que no puede decirse que la restricción a esta modalidad de imputación tiene su asiento en el sistema normativo. (Ruiz Orjuela, Wilson. 2006)

Régimen de responsabilidad subjetiva – Falla del servicio o Declaratoria de inconstitucionalidad de las leyes

Este régimen se caracteriza por la deducción de la responsabilidad del Estado a partir del análisis de la forma como éste realizó una actividad, es decir, si en desarrollo de la misma incurrió en culpa, derivada de una falla del servicio: imputación de responsabilidad por falla en el servicio, aplicando como parámetro el deber del Estado de cumplir las obligaciones del artículo 16 de la Constitución de 1886. La falla en el servicio se puede generar por la no realización de la actividad o prestación del servicio, o por un cumplimiento defectuoso, sea irregular, ineficiente o tardío de la obligación estatal de que se trate; este incumplimiento debe generar un perjuicio y probarse el nexo causal con el daño para que sea indemnizable, por lo que tradicionalmente se le ha conocido como allá del servicio probada, siendo la regla general.

En otros casos la jurisdicción consideró un régimen de la falla del servicio denominado, falla del servicio presunta, aplicable a la prestación de servicios médicos

y hospitalarios (no exactamente a la persona del médico, pues su obligación es de medio y se rige por el régimen general de la falla probada).

En dicho régimen se invierte la carga de la prueba, en cuanto ya no le corresponde a la víctima demostrar la culpa si no que la entidad demandada deberá probar la ausencia de falla en la prestación del servicio para exonerarse de responsabilidad, teniendo en cuenta que se presume que a la víctima, se le dificulta probar la falla, por carecer de conocimientos o los medios especiales. (Ramos Huertas, Rocío 2010)

Algunos doctrinantes como el Dr. Gómez Cardona consideran que, en determinados supuestos, “no debía operar la teoría general de la falla, que obliga a la víctima a demostrar la irregularidad en el servicio, sino que en consideración a la peligrosidad de la actividad pública o al riesgo que ella entraña, la falta debía presumirse” (Gómez Cardona, Efraín 2006, citado por Ramos Huertas, Rocío 2010)

Régimen de responsabilidad sin falta – Daño especial

Después de la Constitución de 1991, este régimen pierde importancia en cuanto a la manera como se llevó a cabo la actuación que se entra a analizar del Estado, si fue diligente o si hubo negligencia o culpa en la gestión. El punto relevante que se entra a analizar, para la aplicación de la responsabilidad objetiva como tal, es la producción de una lesión o daño a un particular, que pueden incluso provenir de una actuación lícita del Estado. Debido a que dicha lesión rompe el equilibrio en las cargas públicas, el particular afectado no debe entonces soportar ese daño y en consecuencia, tendrá que ser resarcido.

Para fundamentar la tesis mencionada, la jurisprudencia explicó que la indemnización de los daños procede porque respecto de la víctima, se han excedido las cargas habituales que se deben soportar por el hecho de vivir en sociedad. Adicionalmente se justifica la reparación en el hecho que el particular ésta asumiendo una carga muchísimo mayor que la habitualmente le corresponde a los ciudadanos.

En tal sentido afirma el Consejo de Estado en sentencia de 23 de mayo de 1973, Consejero Ponente: Alfonso Castilla Saíz que “se condena a la

administración, independientemente de que la actuación oficial haya sido o no culposa, en la sola consideración de que la víctima ha sufrido un daño especial que ha roto el principio de la igualdad ante las cargas públicas”.

La responsabilidad sin falta u objetiva, se clasificó principalmente en dos subclases para su tratamiento por parte de la jurisprudencia, denominadas, teoría del riesgo y teoría del daño especial y adicionalmente la jurisprudencia también planteó otras modalidades de responsabilidad del Estado para ciertos tipos de daños que fueran ocasionados por la administración, por ejemplo, la expropiación u ocupación de inmuebles en caso de guerra, o por la realización de trabajos públicos, e incluso por almacenaje, y además, algunos regímenes especiales (por un acto administrativo unilateral, por las vías de hecho, y la actio in rem verso), que han sido analizados por la doctrina nacional.

Las teorías anotadas se presentan como parte del esfuerzo jurisprudencial por fortalecer y desarrollar esta institución, en vigencia de la Constitución anterior. Más adelante retomaremos lo atinente a los principales regímenes especiales de responsabilidad.

La teoría del riesgo especial o excepcional, se aplicó como título de imputación frente a la producción de daños derivados de actividades “peligrosas”, tales como el uso de armas de fuego o químicos, la operación de vehículos entre otros.

De otra parte, el titulado daño especial, se aplicó fundamentalmente en los casos de intervención de las fuerzas armadas, precisando que se debe indemnizar a la persona que resulte lesionada durante el desarrollo de una actividad lícita (como las que realiza la fuerza en aras de la defensa y la seguridad), por causa del rompimiento en el equilibrio e igualdad ante las cargas públicas, teniendo en cuenta que tal intervención militar normalmente [...] “genera un daño especial, anormal, considerable, superior al que normalmente se tiene el deber jurídico de soportar” (Restrepo Londoño, Paulina 2002, citada por Ramos Huertas, Rocío 2010).

La teoría del daño especial en la responsabilidad del Estado legislador, se origina en el principio de igualdad frente a las cargas públicas cuando por un actuar

legítimo del Estado, se quebranta dicho principio causando un daño especial, al que no se está obligado a soportar. Por lo anterior, el Estado está obligado a indemnizar los perjuicios causados, para restablecer el principio de igualdad frente a las cargas públicas.

De los antecedentes sobre responsabilidad sin falta bajo la Constitución de 1886, se han señalado:

A pesar de la legalidad total de su actuación, de manera excepcional por equidad, cuando el obrar de tal modo, en beneficio de la comunidad, por razón de las circunstancias de hecho en que tal actividad se desarrolla, causa al administrado un daño especial, anormal, considerable, superior al que normalmente deben sufrir los ciudadanos en razón de la especial naturaleza de los poderes y actuaciones del Estado, rompiéndose así la igualdad de los mismos frente a las cargas públicas, o la equidad que debe reinar ante los sacrificios que importa para los administrados la existencia del Estado. (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 28 de octubre de 1976. Expediente 1482, Actor, Banco Ganadero del Magdalena Vs. Nación.).

Bajo la Constitución de 1991, la responsabilidad sin falta se mantiene vigente, y se abre paso al concepto de daño antijurídico señalado en el artículo 90.

La responsabilidad del Estado por daño especial requiere de los siguientes elementos:

a-) Que la actuación de la administración sea legítima o acorde al ordenamiento jurídico

b-) La ruptura del principio de igualdad frente a las cargas públicas en contra de un particular

c-) Nexos de causalidad entre la actuación del Estado y el daño causado por el quebrantamiento de la igualdad frente a las cargas públicas.

Este tipo de responsabilidad patrimonial del Estado es objetiva toda vez que el actuar de la administración es legítimo y no obedece a una falla del servicio.

La jurisprudencia colombiana ha reiterado sobre la teoría del daño especial lo siguiente:

En tales condiciones se exige que para hablar del daño especial como presupuesto de responsabilidad de la administración este debe ser anormal, excepcional y superior al que normalmente deben sufrir los ciudadanos en razón de la especial naturaleza de los poderes y actuaciones del Estado, es decir, que solo unos pocos ciudadanos resultan sacrificados en su patrimonio como contrapartida de que la comunidad obtenga beneficios que le representa un mejoramiento en la calidad y prestación de los servicios. (Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia 11 de febrero de 2009. Exp. 16980 C.P. Mauricio Fajardo Gómez).

CAPÍTULO IV

EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL EN COLOMBIA SOBRE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR

Sobre el desarrollo en Colombia de la responsabilidad del estado legislador, de conformidad con lo establecido en el artículo 241 de la Constitución Política, existe un control de constitucionalidad en cabeza de la Corte Constitucional, aunque también objeto de amplia discusión, que tal como se señaló en la sentencia C – 149 de 1993, la Corte Constitucional, al modular sus sentencias, otorgue efectos ex-tunc a la decisión y como consecuencia de dicha retroactividad, se genere responsabilidad patrimonial del Estado por leyes inconstitucionales. Pese a lo cual, el autor efectúa su análisis del discurrir jurisprudencial en los eventos de leyes constitucionales que ocasionan un daño especial a los particulares.

Si bien, el reconocimiento jurisprudencial de la responsabilidad del Estado-legislador en Colombia, es insipiente, cuenta con tres sentencias que le han establecido con claridad el marco de acción a dicha posibilidad, de las cuales se puede determinar dos de sus principales elementos, a saber, el título jurídico de imputación en tanto responsabilidad de tipo objetiva y la vía procesal adecuada para la materialización de las indemnizaciones que se pretenden reclamar. (Arango Perfetti, Daniel 2009)

Sentencia IJ – 001 proferida 25 de agosto de 1998, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

Resolvió el litigio que se entrabó entre Vitelvina Rojas Robles en contra del Ministerio de Relaciones Exteriores y el Congreso de la República representado en este caso por el Ministerio del Interior.

Los hechos que dieron lugar al pronunciamiento, se pueden sintetizar así: El 10 de octubre de 1991 en la ciudad de Bogotá, un ciudadano colombiano fue atropellado por un vehículo de propiedad de la Embajada de los Estados Unidos, conducido por un miembro de sus fuerzas militares y como consecuencia de dicho

accidente se le ocasionó la muerte a aquel. Los demandantes – familiares del fallecido – presentaron una reclamación directa ante la embajada de los Estados Unidos y ésta fue desfavorablemente atendida. Luego, los demandantes acudieron ante la Corte Suprema de Justicia pero su demanda fue rechazada por falta de jurisdicción atendiendo a que la Embajada de los Estados Unidos se encontraba protegida por la inmunidad establecida en la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, incorporada al ordenamiento jurídico colombiano a través de la Ley 6 de 1972. Ante la imposibilidad de obtener una decisión de fondo ante la justicia, los familiares del fallecido, formularon acción de reparación directa en contra de la Nación, Ministerio de Relaciones Exteriores – Congreso de la República y solicitaron declarar al Estado Colombiano patrimonialmente responsable “como consecuencia del acto legislativo consistente en haber expedido, sancionado y promulgado la ley 6ª. de 1972, la cual aprobó la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, ley que estableció la inmunidad de jurisdicción diplomática, por cuya aplicación se les impide accionar para obtener la reparación consecucional por la muerte de su esposo y padre, contra la Embajada de USA.

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

Afirmó el Consejo de Estado que si bien el Estado colombiano es soberano para el manejo de sus relaciones internacionales, ello no obsta para que ante la

jurisdicción contencioso-administrativa colombiana pueda ser convocado a responder por las consecuencias de sus actos que como en el caso presente se trata de un acto complejo. Los privilegios que conceda a Estados o a sus diplomáticos acreditados, corren a cargo de la Nación, y no sería equitativo que revertieran a cargo de una persona en particular. Si del cumplimiento del Tratado, que como en el caso particular que nos ocupa deviene para los actores un perjuicio cuya autoría material radica en cabeza de un agente diplomático, la Nación Colombiana debe asumir las consecuencias patrimoniales derivadas del cumplimiento de sus obligaciones y respecto de las relaciones diplomáticas entre los Estados. Entonces, se encuentra claramente establecido el factor de imputación de la responsabilidad impetrada respecto del ente demandado por su titularidad jurídica exclusiva y excluyente para el manejo de las relaciones internacionales que constitucionalmente implican una operación compleja con participación de las tres ramas del poder público, a saber, el ejecutivo encabezado por el Presidente de la República a quien corresponde la dirección de las relaciones internacionales y por ende la negociación de los tratados; el legislativo que incorpora los tratados internacionales como texto de derecho interno mediante leyes y el judicial representado en el caso por la Corte Constitucional mediante el control automático que ejerce sobre dichas leyes.

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

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

Esta decisión tuvo numerosas aclaraciones de voto, la mayoría de las cuales apuntaba en dos direcciones: por un lado, a precisar que el fundamento de la

responsabilidad era la teoría del daño especial, y, por otro, a demostrar que no se trataba de un caso de responsabilidad por el hecho de las leyes debido a que la Ley 6ª de 1972 no contravenía el ordenamiento constitucional. Pocos días después, se resolvió un caso muy similar, el cual tuvo origen también en la aplicación de la inmunidad diplomática consagrada por la Ley 6ª de 1972. En esta ocasión, nuevamente se declaró la obligación del Estado colombiano de reparar los daños ocasionados por un agente diplomático-extranjero que gozaba de inmunidad. Sin embargo, de manera expresa se afirmó que la responsabilidad no se derivaba de la ley en cuestión ya que desde el punto de vista de la aprobación de la Convención, no es predicable la existencia de un error legislativo en la Ley 6ª de 1972, que dicho sea de paso se limitó a aprobar el texto íntegro de la Convención de Viena, sobre inmunidad de jurisdicción, elaborada y fruto de la conferencia realizada en Viena el 18 de abril de 1961, a más de que no podría endilgarse omisión en la labor legislativa, bajo el entendido de que las leyes internas no podrían modificar, derogar o suspender un tratado internacional, lo cual no significa, desde luego, que la necesidad de cumplir con los convenios internacionales impida que a nivel interno, en caso de conflicto entre los intereses nacionales con respecto a las obligaciones internacionales, no pueda ser objeto de revisión observando los procedimientos adecuados para ello que tiendan a una eventual modificación o enmienda del tratado o convenio. El deber de reparar provenía entonces de la imposibilidad en que el conjunto de los poderes públicos el ejecutivo y el legislativo al celebrar el tratado y aprobarlo por medio de una ley y el judicial por la negativa de la Corte Suprema de Justicia de admitir la demanda había colocado a la víctima de reclamar el daño sufrido a su autor material.

En síntesis, el Consejo de Estado, encontró que la inmunidad jurisdiccional reconocida mediante la Ley 6 de 1972, aprobatoria de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas había generado, frente al particular, una ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas, ocasionando un daño especial, consistente en la imposibilidad que se les generó a las víctimas de materializar sus pretensiones indemnizatorias, en la medida en que los agentes diplomáticos causantes del daño tendrían que ser demandados en los Estados Unidos.

En esta sentencia estableció el Consejo de Estado, que es pertinente aplicar el régimen de la responsabilidad por daño especial, que es el que corresponde aplicar cuando por la actividad legítima del Estado se causa un daño consistente en el desequilibrio de las cargas públicas que los actores no deben soportar.

Sentencia de la Corte Constitucional C-038 de 2006. Proferida 1º de febrero de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Resolvió una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 86 (parcial) del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 31 de la Ley 446 de 1998, efectuada por el ciudadano Félix Hoyos Lemus fundamentada en las siguientes razones:

1.- El legislador al regular la acción de reparación directa, incurrió en una omisión pues no incluyó expresamente entre los supuestos que dan lugar a la imposición de dicho remedio procesal la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador.

2.-Al no incluir el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo la responsabilidad estatal por el hecho del legislador, se impide la utilización de ésta vía judicial para el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado colombiano cuando es originada por un acto del poder legislativo.

3.- Se presenta una violación al artículo 90 de la Constitución Política en la medida en que éste cubre horizontal y verticalmente a todas las entidades públicas y la norma demandada proyecta la sensación de que el aparato legislativo es inmune a las acciones judiciales por la actividad de expedición leyes.

Al resolver sobre los cargos formulados por el actor, la Corte Constitucional, efectuó varias aclaraciones en frente del espectro genérico de la responsabilidad del Estado y el particular de la responsabilidad del legislador.

Esta sentencia la Corte Constitucional aprovecha para sentar doctrina haciendo un interesante estudio señalando que conforme con la jurisprudencia, la acción adecuada cuando se trata de reclamar perjuicios causados por la aplicación de una norma que ha sido declarada inexecutable es la de reparación directa. Indicó

además la Corte que

..., de conformidad con la interpretación que ha hecho el órgano judicial encargado de fijar el alcance del artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, dentro de los supuestos de procedencia de la acción de reparación directa está comprendida la responsabilidad proveniente de hechos u omisiones imputables al poder legislativo, es decir, la así denominada responsabilidad del Estado legislador.

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

Sentencia No. 16.421. Proferida 8 de marzo de 2007, Sección Tercera del Consejo de Estado, con radicación, C.P. Ruth Stella Correa Palacio

Resolvió el litigio que se entrabó entre Carlos Sammy López Mustafá en contra del Municipio de la Virginia (Risaralda) y su alcalde.

Los hechos del proceso se pueden sintetizar de la siguiente forma: 1.- Al actor fue elegido por el Consejo Municipal, como Contralor Municipal del municipio de la Virginia (Risaralda). 2.- Posteriormente, el mismo Consejo Municipal, sin que se hubiese surtido el período para el cual había sido elegido el actor, mediante Acuerdo, suprimió la Contraloría Municipal de la Virginia (Risaralda) sin que hubiese lugar a indemnización en cabeza del mismo. 3.- La decisión asumida por el Consejo Municipal tuvo por motivación el cumplimiento de lo establecido por la Ley 136 de 1994, atendiendo a la incapacidad económica del municipio para contar con su propio órgano de control fiscal, correspondiéndole entonces dicha labor a la Contraloría del Departamento.

En esta sentencia se dijo:

La jurisprudencia nacional de vieja data ha indicado que si el perjuicio tuvo origen en una actividad lícita de la administración como es la que se desprende de la ejecución de un acto administrativo cuya legalidad no se discute, es posible reclamarlo mediante el ejercicio de la acción de reparación directa en la medida en que se configura un *daño especial (Bonnard)*. De modo que no es forzoso reclamar, mediante el contencioso subjetivo, la indemnización proveniente de actos administrativos expedidos con arreglo a la Constitución y la ley y cuya legalidad no se controvierte, sobre la base de que al imponerse al administrado una carga especial que no tiene por qué padecer se presenta un *rompimiento del equilibrio en las cargas públicas*, idea inserta en la conciencia jurídica moderna (*Duez*) como una expresión del principio general de igualdad ante la ley (*isonomía*).

Por manera que la jurisprudencia ha definido al *daño especial*, como aquel que se inflige al administrado en desarrollo de una actuación legítima del Estado ajustada en un todo a la legalidad pero que debe ser indemnizado por razones de *equidad* y de *justicia distributiva*, en la medida en que aquel se ha beneficiado a costa de un daño anormal, desmesurado o superior a aquel que deben sufrir los administrados en razón a la naturaleza particular del poder público, el cual entraña de esta suerte un *rompimiento de la igualdad ante las cargas públicas*. (...)

De modo que aun la actividad estatal legítima “*tanto por la existencia y extensión del derecho que ejercita como por la fidelidad al procedimiento determinado legalmente*” – esto es, en ejercicio de sus competencias y obrando dentro del marco de las disposiciones legales- puede ocasionar al administrado un daño anormal, superior al que deben sufrir otros colocados en idénticas condiciones, que por lo mismo excede el sacrificio que el común de los ciudadanos debe soportar, entraña el rompimiento de la “*equidad que debe reinar ante los sacrificios que importa para los administrados la*

existencia del Estado” y compromete así la responsabilidad patrimonial de la administración pública (...)”

Sin mencionar nada nuevo en lo que toca con la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, el Consejo de Estado en esta sentencia, consolida su posición frente a ese particular así como en frente de la responsabilidad administrativa por actos administrativos regulares, que con el mismo título jurídico de imputación –el daño especial- había venido siendo reconocida de tiempo atrás por dicha corporación. Igualmente y es éste un valioso aporte de la sentencia, se da claridad en cuanto a las vías procesales adecuadas conforme con la finalidad del actor en los diferentes eventos en los que se puede ver involucrada la responsabilidad por actos administrativos legales o ilegales.

En materia Tributaria también es importante dentro del desarrollo jurisprudencial una sentencia la citada por Ruíz Orejuela, 2006 y que en lo pertinente manifiesta:

En el caso de la sociedad mercantil Pedro Domecq S.A., que demandó el impuesto a las bebidas alcohólicas creado por la ley 39 de 1979, el que luego sería incrementado por ley 44 de 1981 y el Real Decreto Ley de 29 de diciembre de 1982, así mismo, la sociedad comercial impugnó la ley 34 de 1988 que restringió absolutamente la publicidad de bebidas alcohólicas. La sentencia del 11 de octubre de 1991 de la Sala 3ª Sección 2ª del Tribunal Supremo, niega la declaración de responsabilidad demandada básicamente por tres razones: a) no cabe indemnización por la aplicación de una ley tributaria a menos que ésta se declare inconstitucional; b) aun siendo declarada inconstitucional la ley tributaria, el Tribunal se consideraba renuente a condenar responsabilidad del Estado, salvo que la ley vulnerara los principios de igualdad y progresividad del sistema tributario, y, c) el resarcimiento podría tener lugar, cuando la ley no tributaria, siendo constitucional, produzca unos serios perjuicios meritorios de compensación. Igualmente, cita un precedente interesante a cargo de la Honorable Corte Constitucional, que en sentencia hito C-587 de 12 de noviembre de 1992, con ponencia del

Magistrado Ciro Angarita Barón, indudablemente, la Corte promueve la responsabilidad del Estado legislador frente a la aplicación y protección de los derechos fundamentales, siendo la ley que los vulnere o desconozca, inexecutable al paso del examen constitucional. De manera que es un importante referente para el desarrollo jurisprudencial por el que tanta expectativa se ha aguardado en los últimos años. No pueden seguir teniendo vigencia, argumentos como el de la soberanía del constituyente primario a través del agente legislador, el carácter impersonal de la ley, o el de que la ley no vulnera derechos porque generalmente los modifica o extingue, ya que para eso está instituido. (Págs. 10-11)

Considera Ruiz Orejuela que no hay obstáculo para que en aplicación del Estado Social de Derecho, se haga una revisión, de las previsiones constitucionales y legales enunciadas, para que la jurisprudencia, como adalid de la aplicación del instituto resarcitorio contenido en el artículo 90 superior, dé luz a esta nueva modalidad de responsabilidad del Estado colombiano, que con amplio desarrollo no solo en el campo judicial sino doctrinal, ya es un hecho en ordenamientos jurídicos extranjeros.

Conclusiones Previas

Sin bien es cierto la evolución de la teoría de la responsabilidad del Estado legislador a nivel jurisprudencial, es incipiente, se evidencia que existen antecedentes para establecer en Colombia dicha responsabilidad a nivel jurisprudencial.

En las sentencias analizadas, según un artículo de Fernando Vélez el 3 de mayo de 2013, “*Responsabilidad del Estado Legislador*” publicado en la página web Prezi.com, sobre la responsabilidad patrimonial del Estado por los hechos, acciones u omisiones imputables al Poder Legislativo, considera como aspectos relevantes de la jurisprudencia analizada, se encuentran los siguientes:

En la Sentencia C-038 de 1996, se destaca la operatividad del Subsistema Principios que determina la operatividad del subsistema de responsabilidad del legislador:

- 1) Garantía del Patrimonio de los asociados
- 2) Confianza Legítima
- 3) Igualdad de las cargas públicas y
- 4) Antijuridicidad del daño [...]

En esta sentencia la Corte Constitucional ha entendido que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración. Igualmente ha considerado que se ajusta a distintos principios consagrados en la Constitución, tales como la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución Corte Constitucional. (Sentencia C-038 de 2006).

Igualmente, considera este experto que el Consejo de Estado en Sentencia de agosto 25 de 1998. Radicado: IJ-001 da aplicación de la responsabilidad al Legislador, otorgando el derecho al resarcimiento a todo particular que se encuentre en situación lesiva causada por una disposición de carácter normativo que le ha hecho concebir esperanzas fundadas en el mantenimiento de su posición jurídica la responsabilidad fundada en éste principio habrá de rechazarse cuando la Administración no proporcionó a la víctima unas seguridades concretas en orden al mantenimiento de la situación previamente establecida , esto es, cuando lo presentado por parte de quien resulta afectado con la aparición de la Ley son meras expectativas.

En la sentencia No. 16.421. Proferida 8 de marzo de 2007, se establece que la jurisprudencia vigente se inclina decididamente por admitir la procedencia de la acción de *reparación directa* aún para los casos en que no se cuestiona la “legitimidad” del acto administrativo causante del desequilibrio ante las cargas públicas, esto es frente a la teoría del daño especial.

Del desarrollo jurisprudencial en Colombia de la responsabilidad del legislador por el hecho de la Ley, se observa, que si bien algunos autores abordan el

tema con cierta reserva como Ruiz Orjuela (2006), que considera que La responsabilidad del Estado legislador en Colombia como sistema de imputación en materia de responsabilidad administrativa, sigue siendo una expectativa en el desarrollo de la jurisprudencia, a pesar de la cláusula contenida en el artículo 90 constitucional, ya que el establecimiento de una responsabilidad estatal por el hecho de las leyes, se han opuesto argumentos como el de la soberanía, porque no se puede limitar la facultad del pueblo soberano a autorregularse; la inviolabilidad del voto del congresista como agente del constituyente primario, e incluso, la existencia del control constitucional de las leyes, para otros, como Arango Perfetti, 2009, Pág. 167-179, considera que a partir de algunas sentencias, actualmente es indiscutible la existencia de la responsabilidad patrimonial del legislador y de la administración por leyes constitucionales y actos administrativos regulares, que el fundamento de dicha responsabilidad es de carácter objetivo y tiene asiento en la teoría del daño especial como título jurídico de imputación, la cual requiere a su vez, para su materialización, que existan circunstancias especiales y anormales en la causación del daño al particular afectado. La vía procesal adecuada para el ejercicio de pretensiones resarcitorias en esta materia es la acción de reparación directa contenida en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo y en materia de actos administrativos de carácter regular, no existe opción en cuanto a la acción contencioso administrativa a interponerse por el actor. Si el acto administrativo cuenta con algún vicio de legalidad, la única posibilidad existente para reclamar los perjuicios ocasionados será la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y si dicho acto causa un perjuicio pero es perfectamente legal, la vía procesal adecuada será la acción de reparación directa. En lo que tiene que ver con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es importante señalar que ésta procede tanto contra actos administrativos de carácter general como particulares conforme con la teoría de los motivos o móviles y finalidades que ha sido recurrentemente esbozada por parte del Consejo de Estado.

Se considera que todo está dado para que cada vez la aplicación de esta teoría sobre la responsabilidad del legislador sea más recurrida y aplicada y es muy probable que se encuentren más sentencias y pronunciamientos en este sentido, se ha

abierto una nueva posibilidad para obtener la indemnización aún por hechos que aunque ajustados a la Ley, no deben afectar a terceros (daño antijurídico) y aunque en nuestro país apenas se está desarrollando se encuentran una serie de estudios y trabajos de investigación al respecto.

CONCLUSIONES
¿CÓMO EL ESTADO LEGISLADOR PODRÍA RESPONDER
PATRIMONIALMENTE POR LOS DAÑOS ANTIJURÍDICOS GENERADOS
POR LAS CONSTANTES REFORMAS TRIBUTARIAS?

La teoría de la responsabilidad del Estado legislador se ha analizado desde el punto de vista de la doctrina y la jurisprudencia a nivel internacional y en Colombia, destacando sus principales avances en el campo del derecho administrativo.

Se ha observado que el avance de esta teoría se encuentra en pleno desarrollo, pues se ha tenido que combatir sus mayores oponentes teóricos, como es el dogma de la soberanía, el carácter general y abstracto de la ley, así como la petrificación del ordenamiento jurídico, destacando a lo largo de este trabajo, que la responsabilidad extracontractual del Estado legislador sí es viable en el ejercicio de la función legisladora.

De este tema, son muy pocos los antecedentes a nivel de la jurisprudencia en Colombia, sin embargo, existe un fenómeno particular en el país que son las reformas tributarias cada dos años en promedio, según el Gobierno de turno.

Este cambio de normatividad en tan poco tiempo, puede tener efectos patrimoniales en la esfera económica de los contribuyentes, a la luz de las teorías positivas de la responsabilidad del Estado legislador.

Lo anterior, ha generado una inseguridad jurídica para los administrados, al no darse la claridad respecto de los derechos y obligaciones. Igualmente, esa inestabilidad normativa perjudica a los contribuyentes para ajustar su realidad económica en un tiempo razonable.

Hasta este punto y teniendo en cuenta los objetivos propuestos, se han estudiado las teorías positivas y negativas sobre la procedencia de la responsabilidad del Estado en su función legisladora, los principios fundamentales de las normas tributarias, con especial énfasis en el principio de seguridad jurídica. Igualmente, se ha analizado la evolución jurisprudencial y doctrinal sobre el fundamento de la responsabilidad del Estado legislador en Colombia y en algunos referentes

internacionales; así como los elementos generadores de responsabilidad del Estado por actos legislativos en materia impositiva con base en el sistema de imputación de responsabilidad objetiva por daño especial.

Así las cosas, con este trabajo se pretende responder la siguiente pregunta problema: ¿Cómo el Estado legislador podría responder patrimonialmente por los daños antijurídicos generados por las constantes reformas tributarias?, por lo cual la propuesta de investigación, es sustentar la hipótesis planteada sobre la viabilidad de la responsabilidad extracontractual del Estado legislador colombiano por las constantes reformas tributarias.

Inestabilidad de normas tributarias: otro enfoque de la responsabilidad del Estado legislador

Teniendo en cuenta las teorías positivas ya expuestas, la responsabilidad del Estado legislador sí es viable en materia impositiva ante la inestabilidad de normas tributarias, característico del ordenamiento jurídico Colombiano, cuando no se observan los principios de seguridad jurídica, confianza legítima y la igualdad ante las cargas públicas.

La actividad del legislador tributario es legítima en cuanto por necesidades de orden económico, político y social, en su poder soberano el Estado promulga leyes con carácter impositivo, sin embargo, esta función no puede ejercerse de manera arbitraria, en perjuicio de los contribuyentes.

Las normas tributarias tienen un componente impositivo en cuanto establecen obligaciones fiscales que afectan el patrimonio de los administrados, y que por tanto, el Estado social de derecho en su función legisladora debe otorgar garantías constitucionales en su ejercicio, en virtud de los principios de la seguridad jurídica, confianza legítima (corolario de la buena fe) y la igualdad ante las cargas públicas; De ahí que la violación de estos últimos, configurarían la responsabilidad del Estado legislador en materia impositiva.

En Colombia el constituyente en materia impositiva señala como principio que todo cambio normativo en materia sustantiva impositiva aplica luego de promulgada la nueva norma y desde el período fiscal siguiente del tributo modificado, esto es, que se debe observar un tránsito legislativo a favor del contribuyente con base en el principio de la seguridad jurídica y la confianza legítima adquirida con la normatividad anterior.

Ahora bien, aunque el legislador colombiano en la reciente reforma estableció un tránsito legislativo al derogar los contratos de estabilidad tributaria, esto no descarta que se configure la responsabilidad del Estado legislador pues los cambios normativos son una constante y serán objeto de observación, en cuanto violen los principios constitucionales ya mencionados.

Como fundamento de la responsabilidad del Estado legislador , al promulgar normas tributarias se debe garantizar la protección de las situaciones consolidadas y las expectativas legítimas causadas con la anterior legislación, pues de lo contrario se estaría afirmando la hipótesis planteada en el presente trabajo de investigación.

En cuanto a los elementos generadores de responsabilidad del Estado legislador en materia tributaria, se concluye que debe demostrarse lo siguiente:

a) Que la actuación de la administración sea legítima o acorde al ordenamiento jurídico. En este caso, la actividad legisladora en materia impositiva es legítima por cuanto obedece a la manifestación de la soberanía del Estado y su motivación obedece a asuntos de orden social, político y económico.

b-) La ruptura del principio de igualdad frente a las cargas públicas en contra de un particular. Si una reforma tributaria no establece un tránsito legislativo generaría responsabilidad del Estado legislador por cuanto al no señalar un tiempo razonable para que el contribuyente ajuste su realidad económica frente a la nueva normatividad, se estarían violando los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima, generando tratamientos inequitativos o el desconocimiento de derechos de los destinatarios de la norma respectiva, que podrían causar un daño antijurídico al que no se estaría obligado a soportar.

c-) Nexos de causalidad entre la actuación del Estado y el daño causado por el quebrantamiento de la igualdad frente a las cargas públicas, esto es, que el perjuicio causado sea consecuencia de la promulgación de una ley de carácter impositivo.

Aspectos procesales para la declaratoria de responsabilidad del Estado Colombiano en materia impositiva

Jurisdicción Competente

En cuanto a la jurisdicción competente, el código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo señala que la acción judicial para reclamar indemnización en los casos de responsabilidad extracontractual del Estado, es la reparación directa, la cual es aplicable a la actividad del legislador, con fundamento en lo establecido en el artículo 90 de la Constitución:

Artículo 104. De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.

Igualmente conocerá de los siguientes procesos:

1. Los relativos a la responsabilidad extracontractual de cualquier entidad pública, cualquiera que sea el régimen aplicable.

Artículo 140. Reparación directa. 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. (Ley 1437 de 2011).

Al respecto, el Consejo de Estado ha señalado:

Por manera que, vista la evolución jurisprudencial en punto de responsabilidad por el Estado- Regulador, sea este constitucional, legal o

administrativo, la jurisprudencia vigente de esta Corporación se inclina decididamente por admitir la procedencia de la acción de reparación directa cuando quiera que no se cuestiona la legitimidad del acto normativo causante del desequilibrio ante las cargas públicas. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de mayo 29 de 2003, exp.73001-23-31-000-1996-4028-01 (14577), CP: Ricardo Hoyos Duque)

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha acogido la posición del Consejo de Estado, que a su vez ha reconocido la acción de reparación directa como vía judicial para reclamar los daños causados por la actividad del legislativo, de la siguiente forma:

Sin embargo, tampoco es procedente un pronunciamiento de esta naturaleza pues tal como se expuso ampliamente en el acápite anterior de esta providencia, el órgano encargado de fijar el alcance y contenido del precepto legal demandado ha sostenido de manera reiterada que la acción de reparación directa cabe contra los hechos y omisiones provenientes del poder legislativo. 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, como se sostuvo en la sentencias de 25 de agosto y 8 de septiembre de 1998 de la Sala Plena, y en la sentencias de 26 de septiembre de 2002 y el auto de 15 de mayo de 2003, providencias a las que previamente se hizo referencia. Entonces, la interpretación que ha acogido el Consejo de Estado en su jurisprudencia es una interpretación de conformidad con el texto constitucional, por tal razón no hay lugar a un pronunciamiento de esta Corporación que acoja una interpretación condicionada del precepto jurídico demandado. (Corte Constitucional, Sentencia C-038 de 2006)

Perjuicios que pueden ser objeto de indemnización

Atendiendo, el principio de reparación integral consagrado en el ordenamiento jurídico colombiano, también resulta aplicable a la teoría de responsabilidad del estado legislador en materia impositiva.

En estos casos, el tipo de daño que a primera instancia ocurriría, sería el material, ya sea como lucro cesante o daño emergente, toda vez que el primer impacto que se genera en la esfera del contribuyente es la alteración de las condiciones económicas por causa de una ley que no establece un tránsito legislativo. De lo anterior, no se descarta que la actividad legislativa ocasione daños de tipo inmaterial, sin embargo, este punto dependerá de cada caso en particular.

En conclusión, las constantes reformas tributarias corresponden a una actividad legítima del legislador por causa de las necesidades económicas de un Estado. Sin embargo, la inestabilidad en las normas tributarias afectan la seguridad jurídica, la confianza legítima y el principio de igualdad frente a las cargas públicas, por lo que se requiere analizar en cada caso particular si se configuran los elementos determinantes para establecer la responsabilidad del estado legislador, esto es, el daño antijurídico que debe ser especial y cierto, la actuación del legislador y el nexo de causalidad entre estas.

Por tratarse de un tema casuístico, la responsabilidad extracontractual del Estado legislador en materia tributaria puede ocurrir en cualquier momento pues los presupuestos teóricos están dados por la normatividad, la doctrina y la jurisprudencia, tal como se expuso a lo largo de este trabajo de investigación.

Por último, después de todo lo analizado en este trabajo, queda la pregunta para un futuro proyecto de investigación, sobre la viabilidad de la responsabilidad del Estado legislador en materia impositiva, si aún después de transcurrido un periodo de transición ante un cambio normativo, el contribuyente no logra ajustar su realidad económica y es víctima de un daño antijurídico.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Alessandri Rodriguez, Arturo (1981). *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil*. Santiago de Chile: Imprenta Universal.
- Acosta Ramos, Carolina (2009) *¿Es Absoluto El Principio de Irretroactividad de la Ley*. En <http://www.buenastareas.com/ensayos/Es-Absoluto-El-Principio-De-Irretroactividad/2680688.html> *Tributaria?* Revista Fiscal Universidad Externado de Colombia.
- Ahumada Ruiz, María De Los Ángeles (2001). *Responsabilidad patrimonial del Estado por las leyes inconstitucionales (o el derecho a no se perjudicado por una ley inconstitucional)*. En homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente, Revista Española de Derecho Constitucional, Año 21 N° 62 Mayo- Agosto.
- Alonso, María Consuelo y Ramírez, Eric Leiva (2011). *La Responsabilidad del Estado por el hecho del legislador*. Revista Estudios Socio-Jurídicos, Universidad Del Rosario, Vol. 13 N ° 2, 77- 106.
- Arango Perfetti, Daniel (2009). *El Reconocimiento jurisprudencial de la responsabilidad patrimonial del legislador en Colombia*. Revista N° 26 del Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado IARCE, Noviembre. Medellín, Colombia. Págs. 167-192.
- Ariza Zapata, Carolina (2011). *Los fundamentos constitucionales del sistema tributario colombiano*. Boletín del Área de Derecho Público No.08 de la Universidad EAFIT. Págs. 18 y 19.
- Bastidas Bárcenas, Hugo Fernando (2012). *Competencias normativas tributarias en Colombia*. Memorias segundas Jornadas internacionales de la Función Consultiva realizado en México D.C. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Bravo Arteaga, Juan Rafael (2005). *La seguridad jurídica en el derecho tributario colombiano*. Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia N ° 329, 41.
- Carreño Varela, Bernardo (1992). *Aspectos Tributarios de la Reforma Constitucional de 1991*. Memoria de las Décimo Sextas Jornadas de Derecho Tributario,

- Instituto Colombiano de Derecho Tributario. Instituto Colombiano de Derecho Tributario. Paipa (Boyacá), Febrero 26 a 29 de 1992. No. 16. Págs. 29 a 113.
- Casás, Jose Osvaldo (2010). *La Responsabilidad del Estado por actos de contenido tributario*. XXV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, Relato Nacional por la República Argentina. Cartagena de Indias (Colombia), Febrero.
- Checa González, Clemente. (2004). *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública con fundamento en la inconstitucionalidad de una ley*. Revista Ius Et Praxis, Año 10, N° 1.
- Coalición Para La Promoción De La Industria Colombiana (2012). *El régimen impositivo colombiano: una mirada a su estructura jurídica y económica*. Directora: Marta Lucía Ramírez. Investigadores: Michelle Aguilar – Diego Zambrano (Págs. 17-20)
- Constitución de España (1978). Disponible En: [Http://Noticias.Juridicas.Com](http://Noticias.Juridicas.Com)
- Gandour Pordominsky, Miguel (2008). *Constitución Fiscal y equilibrio de las finanzas públicas. Efectos de la Constitución de 1991 sobre la economía política del financiamiento del gasto público en Colombia*. Revista. Colombia internacional 68 julio-agosto 2008. Pp. 68-97. Universidad de los Andes. Bogotá D.C.
- García de Enterría, Eduardo (2005). *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el derecho español*. Thomson Civitas, Editorial Aranzadi. Navarra.
- García De Enterría, Eduardo (2005). *La responsabilidad patrimonial del estado legislador en el Derecho Español*. Navarra: Thomson Civitas, Editorial Aranzadi.
- García Novoa, Cesar (2000). *El principio de seguridad jurídica en materia tributaria*. Madrid: Marcial Ponds, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.
- Garrido Mayol, Vicente (2004). *La responsabilidad patrimonial del Estado: especial referencia a la responsabilidad del Estado legislador*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- Gil Botero, Enrique (2010). *Responsabilidad extracontractual del Estado*. Bogotá D.C.: Editorial Ibáñez.
- Gómez Cardona, Efraín, (1995). *Nuevo derecho administrativo colombiano general y especial*. Editor: Biblioteca Jurídica DIKÉ. Bogotá D.C.
- González García, Eusebio. (2000). Prólogo del libro *El Principio de Seguridad Jurídica* de C. García Novoa, Marcial Pons. Madrid.
- González Pérez, Jesús. (2004). *Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*. Thomson – Civitas. Madrid.
- Henoa, Juan Carlos (1998). *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Insignares Gómez, Roberto. Sánchez Peña, Mary Claudia. (2010). *Los principios constitucionales del sistema tributario y El poder tributario: organización y estructura en el Estado Colombiano*. En *Curso de Derecho Tributario, procedimiento y régimen sancionatorio*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C.
- León Díaz, Narciso (1998) “Principios Constitucionales del Derecho Tributario” artículo publicado en el diario El Tiempo, el 24 de agosto de 1998. <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-829665>
- Long, Marceau; Weil, Prosper; Braibant, Guy; Delvolvé, P.; Genevois B. *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa*. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá D.C., 2000.
- Marcial Pons (2000). *El Principio de Seguridad Jurídica en Materia Tributaria*. Madrid.
- Martínez Moya, José Antonio (2012). *El principio de confianza legítima en la actuación de la Administración. Su origen y tratamiento jurisprudencial*. Editorial DM Diego Marín Librero. Merced- Murcia.
- Moreno Fernández, Juan Ignacio (2009). *La Responsabilidad Patrimonial Del Estado Legislador en Materia Tributaria y Vías Para Reclamarla*. Navarra, Editorial Aranzadi.

- Núñez Leiva, José Ignacio (2010). *La Responsabilidad patrimonial del estado legislador: un análisis a propósito de las garantías del contribuyente en el sistema Chileno*. Revista Centro De Estudios Constitucionales De Chile Universidad De Talca, Año 8, No 1, 2010, Pp. 169 - 200. ISSN 0718-0195.
- Núñez Leiva, José Ignacio (2011). Responsabilidad patrimonial del Estado Legislador: Distinguiendo. *Revista de Derecho Universidad del Norte* N ° 35, 264-289.
- Núñez Leiva, José Ignacio (2011). *Responsabilidad patrimonial del Estado legislador: distinguiendo*. Revista De Derecho Universidad Del Norte N ° 35, 264- 289.
- Planiol, Marcel Et Ripert, Georges (1930). *Traité Pratique De Droit Civil Français*. T. VI, Obligations. LGDJ, Paris.
- Ramírez Cardona, Alejandro. (1998). *Hacienda Pública*. (4ª ed.). Editorial TEMIS S.A., Capítulo V, Sección III. Santa Fe de Bogotá, Colombia.
- Ramos Huertas, Rocío (2010). *La responsabilidad patrimonial del legislador en Colombia por vulneración del principio de confianza legítima en el tratamiento de exenciones tributarias*. Tesis de Grado Maestría en Derecho Administrativo, Universidad del Rosario, Bogotá.
- Real Academia de la Lengua española (2001). *Diccionario de la Real Academia*, 22ª Edición.
- Reiriz, María Graciela (1969). *Responsabilidad del Estado*. Editorial Universitaria de Buenos Aires – Eudeba-. Buenos Aires, Argentina.
- Restrepo Londoño, Paulina. (2002). *La responsabilidad patrimonial del legislador en Colombia*. Tesis (Abogado) - Universidad de los Andes. Bogotá, D.C.
- Ruiz Orejuela, Wilson (2005). *Responsabilidad del Estado Legislador*. Revista electrónica de difusión científica Civilizar, Universidad Sergio Arboleda Bogotá, Diciembre, 1-22.
- Ruiz Orejuela, Wilson (2007). Responsabilidad del Estado. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Consejo Superior de la Judicatura. Extraído de <http://www.ejrlb.net/biblioteca2011/content/pdf/a3/7.pdf>.

- Ruiz Orejuela, Wilson (2010). *Responsabilidad del Estado y sus regímenes*. Bogotá D.C.: ECOE Ediciones.
- Ruiz Orejuela, Wilson (2011). *Responsabilidad del Estado Legislador*. Universidad Libre. Bogotá D.C.
- Santamaría Pastor, Juan Alfonso (1972). *La Teoría de la responsabilidad del Estado legislador*. Revista De Administración Pública, 68. Mayo-Agosto.
- Santisteban Rojas, Diego Fernando (2008). *Colombia frente al posible tratado de libre comercio con Estados Unidos (análisis por sectores)*. Universitaria de Investigación y Desarrollo. Extraído de <http://www.udi.edu.co/paginas/investigacion/isbn/paloseco/14/tlc.pdf>
- Sarmiento Erazo, Juan Pablo (2008). *La vulneración a la confianza legítima ¿una situación jurídica generadora de responsabilidad del estado legislador?* Revista Vniversitas, Pontificia Universidad Javeriana Colombia. Núm. 116, Pp. 85-117.
- Sarmiento Erazo, Juan Pablo (2009). *La restricción al derecho de indemnización del daño antijurídico, entre la legitimidad legislativa y el control judicial a la administración*. Revista Prolegómenos – Derechos y Valores, Universidad Militar Nueva Granada. Vol. XII N ° 23, 123-142.
- Suárez García, Javier (1999). *Responsabilidad del Estado Legislador. la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*. Colección Jornadas y Seminarios N° 22. Xunta De Galicia.
- Tamayo Jaramillo, Javier. (2000). *La responsabilidad del Estado el daño antijurídico (Cons. Pol., Art. 90), el riesgo excepcional y las actividades peligrosas*. Bogotá: Editorial Temis, p.45.
- Ternera Barrios, Luís Fernando y Ternera Barrios, Francisco (2008). Breves comentarios sobre el daño y su indemnización. *Revista Opinión Jurídica, Universidad de Medellín*. Enero-Junio Vol. 7, No. 13, p. 99 – 112.
- Torregroza Sánchez, Javier Enrique (2007). *Responsabilidad extracontractual del Estado por el hecho del legislador*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Torres Romero, Urías (2009). *Perspectiva Constitucional del Procedimiento Tributario en Colombia*. Tesis de Grado Maestría en Derecho Administrativo. Universidad del Rosario. Bogotá D.C.

Upegui Mejia, Juan Carlos (2009) *Principios Constitucionales del Derecho Tributario en Colombia y México*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México D.F.

Vélez, Fernando (2013), “Responsabilidad del Estado Legislador” artículo del 3 de mayo de 2013, publicado en la página web Prezi.com <http://prezi.com/tz5-8aas600n/copy-of-responsabilidaddel-estado-legislador/>

Zambrano Torres, Alex R. (2008). *Los Principios del Derecho Tributario*. <http://alexzambrano.webnode.es/products/principios-del-derecho-tributario/>

Resúmenes Analíticos de Investigación (RAI)

Elaborados por: Erika Armenta Cruz, Abogada y Liliana Astrid Mejía Paz, Abogada.

RAI 1

Tema: La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador: un análisis a propósito de las garantías del contribuyente en el sistema chileno.

Investigador: José Ignacio Núñez Leiva.

Institución donde se llevó a cabo la investigación: Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado de Chile.

Año de realización: 2010

Tipo de trabajo. Trabajo elaborado con el respaldo del Sistema de Fondos Concursables de Investigación para académicos de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado.

RAI 2

Tema: La responsabilidad del Estado por el hecho del legislador

Investigadores: María Consuelo Alonso y Eric Leiva-Ramírez

Institución donde se llevó a cabo la investigación: Facultad de Derecho de la Universidad Gran Colombia

Año de realización: 2011

Tipo de trabajo. Artículo de *Revista Estudios Socio-Jurídicos, Universidad del Rosario*, Vol. 13 N ° 2, 77- 106.

RAI 3

Tema: El reconocimiento jurisprudencial de la responsabilidad patrimonial del legislador en Colombia.

Investigador: Daniel Arango Perfetti

Institución donde se llevó a cabo la investigación: Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado.

Año de realización: 2009

Tipo de trabajo. Artículo publicado en la revista “Responsabilidad Civil y del Estado” No. 26 del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado.

RAI 4

Tema: La Vulneración a La Confianza Legítima ¿Una Situación Jurídica Generadora de Responsabilidad Del Estado Legislador?

Investigador: Sarmiento-Erazo, Juan Pablo

Institución donde se llevó a cabo la investigación: Pontificia Universidad Javeriana de Colombia.

Año de realización: 2008

Tipo de trabajo. Trabajo realizado como parte de la investigación de Maestría en Derecho que consiste en la responsabilidad del Estado Legislador en Colombia por falla del servicio legislativo, sea por la omisión legislativa absoluta o relativa y la declaración de inconstitucionalidad de la ley.

JURISPRUDENCIA

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 28 de octubre de 1976. Expediente 1482, Actor, Banco Ganadero del Magdalena Vs. Nación.

Sentencia Sección Tercera No. 6453, septiembre trece (13) de mil novecientos noventa y uno (1991)

C.P. Daniel Suarez Hernández

Sentencia Sección Cuarta No. 7608, cinco (5) de julio de mil novecientos noventa y seis (1996) C.P. Consuelo Sarria Olcos

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 22 de noviembre de 1991, expediente 6454, C.P. Julio Cesar Uribe Acosta.

Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 8 de septiembre de 1998, Expediente IJ-002, C.P. Daniel Suárez Hernández.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 26 de septiembre de 2002, Expediente 4458, C.P. Alier Hernández Enríquez.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia 11 de febrero de 2009. Exp. 16980 C.P. Mauricio Fajardo Gómez

Corte Constitucional

Sentencia C-149 del 2010. M.P. Jorge Iván Palacio P.

Sentencia C-270 del 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Sentencia C-333 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentencia C-335 de 1994 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

Sentencia C-478 de 1998 M.P. Alejandro Martínez Caballero

Sentencia C-523 de 1995, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Sentencia C-597 del 2000 M.P. Álvaro Tafur Galvis. S.V. Ms. Alfredo Beltrán Sierra, José Gregorio Hernández Galindo y Carlos Gaviria Díaz.

Sentencia C-637 del 2000 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Sentencia C-711 del 2001. M.P. Jaime Araújo Rentería.

Sentencia C-734 del 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Sentencia de la C-815 del 2009, expediente D-7734 M.P. Nilson Pinilla.

Sentencia C-949 del 2001. M.P. Clara Inés Vargas Hernández

Sentencia C-981 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández

Sitios Web Consultados

<http://alexzambrano.webnode.es/products/principios-del-derecho-tributario/>

<http://www.secretariassenado.gov.co>

<http://scholar.google.es/>

<http://www.buenastareas.com>

<http://www.gerencie.com>

<http://prezi.com>