

LA VULNERACIÓN A LA CONFIANZA LEGÍTIMA ¿UNA SITUACIÓN JURÍDICA GENERADORA DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR?

*Juan Pablo Sarmiento-Eraza**

RESUMEN

En este documento, presentamos un estudio realizado como parte de la investigación de Maestría en Derecho, que consiste en la responsabilidad del Estado legislador en Colombia por la falla del servicio legislativo, sea por la omisión legislativa absoluta o relativa y la declaración de inconstitucionalidad de la ley. Este artículo tratará 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. Con el objeto de desarrollar lo anteriormente planteado, se explorará la experiencia española y nacional en un escenario de integración económica y de inestabilidad tributaria, junto con la línea jurisprudencial que rodea los cambios impositivos y el derecho a la igualdad entre quienes ya tienen un derecho adquirido y quienes están frente a una expectativa. Por último, se analizarán los contratos de estabilidad jurídica como una reacción del mismo legislador a modificaciones tributarias persistentes. El presente escrito surge dentro de la línea de

*Fecha de recepción: 8 de mayo de 2008
Fecha de aceptación: 11 de noviembre de 2008*

* Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana, magíster en Derecho de la Universidad de los Andes y cursa actualmente doctorado en la misma universidad. Profesor del Departamento de Historia y Filosofía del Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana, coordinador de proyectos de investigación y profesor en Derecho Administrativo en la Universidad de los Andes.

investigación en justicia constitucional y sociedad, del grupo Estudios de Derecho Público de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana.

Palabras clave: Confianza legítima, omisión legislativa, contratos de estabilidad jurídica, responsabilidad del Estado legislador, principios de derecho tributario, derecho adquirido, expectativas protegidas, protección a la inversión extranjera.

THE INFRINGEMENT TO THE LEGITIMATE CONFIDENCE, A LEGAL SITUATION OF STATE LEGISLATIVE POWER'S LIABILITY

ABSTRACT

The present document portrays a research study made by the author for the investigation assignment required to obtain his degree of Masters in Law, which consists on an approach to the State legislative power's liability due to legislative service failures, accountability regime that comprehends both the absolute or relative omissions of the Legislator and the declared unconstitutionality of the law. This article treats subjects related to the normative instability derived from the continuous —and, perhaps, also utterly unexpected— changes of the legal ordering in Colombia. The author believes that the aforementioned situation, without a doubt, can unleash the administration's liability, especially when, from such events, unlawful modifications to profitable legal situations occur, or when because of those events some economic activities encouraged by the Legislator become, without good cause, more costly to accomplish. With the desire of developing the issue at hand, we will explore the Spanish experience, as well as the national experience, within a peculiar economic integration scenario characterized by taxation volatility, alongside a jurisprudential decision line that showcases tributary changes, and also, taking into account the right to equality for those who bear acquired rights and have legitimate expectations. Finally, we will analyze legal stability contracts as a reaction of the Legislator to persistent shifts in taxation. This writings arise from the same research line in constitutional justice and society issues, developed by the Public Law Study Group of the Faculty of Legal Sciences of the Pontificia Universidad Javeriana.

Key words: *Legitimate confidence, legal security, legislative omission, legal stability contracts, liability of the Legislating State, taxation law principles, acquired rights, protected expectations, protection of the foreign investment.*

INTRODUCCIÓN

La confianza legítima es un concepto que reviste una especial importancia en el contexto político y económico en que se desenvuelve un país. En efecto, de la intensidad en que se proteja a la confianza legítima, podríamos revelar el modelo económico que despliega una Constitución Política, sea capitalista, de libertad de competencia y empresa, de protección a la inversión privada, nacional o extranjera, y quizá, la neutralidad o no del sistema tributario en la economía¹.

Para el desarrollo de este artículo recurriremos a la práctica española, país que se ha visto beneficiado ampliamente por el acceso al mercado común europeo, el cual, en su sistema jurídico, hace explícita la protección a la confianza legítima, que, como modelo de integración regional, implicaría un escenario de mercado común que exige del legislador, reglas claras y constantes en espacios de libre cambio de bienes y servicios. Es por esto que de la experiencia ibérica deduciremos la inspiración y trasplante que se ha presentado en los modelos de integración que siguen de cerca la experiencia europea, y que se relacionan intensamente con nuestras relaciones comerciales, tales como la Comunidad Andina de Naciones² y el Mercado Común del Sur³, donde encontramos también sistemas de integración que exigen mínimos de seguridad jurídica que permiten minimizar riesgos en la inversión transfronteriza.

Para este escrito adoptaremos entonces una definición amplia de confianza legítima que 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 pueden tener origen derechos o situaciones jurídicas concretas⁴. Sin

-
- 1 Ver McCONNEL CAMPBELL R. y BRUE STANLEY L., *Economía, principios, problemas y políticas*, decimotercera ed., McGraw-Hill, 1997, p. 789 y ss.
 - 2 Señala la Comunidad Andina de Naciones que: “Un esfuerzo en este campo [se refiere a la armonización de los regímenes tributarios] será una oportunidad para que los países puedan perfeccionar sus propios regímenes tributarios, conducirá a evitar conflictos que enturbian las relaciones comerciales y los países podrán ofrecer mayor estabilidad y seguridad jurídica”, en: <http://www.comunidadandina.org/prensa/notas/np13-3-03.htm> (consultado el 10 de noviembre de 2006).
 - 3 El Mercado Común del Sur señala como “derecho del Inversionista”: “Derecho del Inversor Extranjero es el conjunto de normas de distinta naturaleza, de fuente convencional o interna, que tienen por objeto regular la protección de tal operador internacional proporcionándole seguridad jurídica, ante los riesgos inherentes a la actividad propia de la inversión transfronteriza”, en: <http://www.eumed.net/libros/2006b/lg/1a.htm> (consultado el 10 de noviembre de 2006).
 - 4 QUINTERO NAVAS, GUSTAVO, La tutela y la revocación de los actos administrativos, *Revista Tutela, Acciones Populares y de Cumplimiento*, n° 29, tomo IV, noviembre 2003. En este artículo se señalan las dificultades provenientes de la revocación directa de los actos administrativos, cuando éstos han generado derechos a particulares o expectativas legítimas. Así, entiende que existe una fuerte tensión

perjuicio de las discusiones que entablaremos sobre los supuestos adoptados por nuestra Corte Constitucional, podríamos aseverar que confianza legítima (*Vertrauensschutz*), 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) similares⁵. El autor citado explica el origen de esta definición en el derecho alemán, exponiendo, esencialmente, aquellos cambios sorpresivos de normas que afectan expectativas legítimamente creadas.

Veamos entonces cómo la experiencia española aporta elementos importantes para nuestra disertación (1) que permiten explicar nuestra práctica nacional en un escenario de integración económica y de inestabilidad tributaria; y así, (2) abordar el tema de los contratos de estabilidad jurídica como una respuesta que se intentó dar a este problema (3).

1. LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA EN LA COMUNIDAD EUROPEA, UN ESCENARIO DE INTEGRACIÓN ECONÓMICA

La razón por la que estudiaremos la práctica española es doble. Primero, porque se trata de un país que, a partir de la integración económica, ha logrado un crecimiento económico prolongado y alto⁶, además de representar una práctica seguida por

respecto de la facultad que el legislador otorga para revocar directamente el acto administrativo cuando existe un silencio administrativo positivo. Cita a VEDEL GEORGES, *Droit administratif*, tome 1, Presses Universitaires de France, 1992, p. 306. “Nadie tiene derecho a que se le mantenga un reglamento, es decir, nadie puede válidamente oponerse a su derogación. Pero éstos pueden conferir derechos hacia el pasado como sería el caso del reglamento que otorgaba una prima a un funcionario”.

- 5 BERMÚDEZ SOTO, JORGE, El principio de confianza legítima en la actuación de la administración como límite a la potestad invalidatoria. *Rev. Derecho* (Valdivia), vol. 18, n° 2, pp. 83-105, en:

http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502005000200004&lng=es&nrm=iso. (Consultado el 27 de abril 2006).

- 6 Se ha encontrado, entre otras cifras, que España ha crecido de la siguiente manera, “la suma de exportaciones e importaciones que en 1986 representaba el 35,9% del PIB ha llegado al 62,2% en el año 2000. Un cambio de porcentajes que representa la transición desde una economía todavía relativamente cerrada hacia un grado de apertura comparable a los de las economías con mayor tradición de integración internacional. Las transformaciones son aún más sorprendentes, por su intensidad, cuando se observan las transacciones financieras y los flujos de inversión internacional. La variación neta de activos y pasivos exteriores en porcentaje del PIB ha pasado del 2,2% y 0,7%, en 1986, al 26,6% y 28,8%, respectivamente, en 2000. A su vez, la inversión extranjera directa en España ha pasado del 1,4% al 6,6% del PIB durante el mismo período de tiempo, mientras que la inversión directa de España en el resto del mundo ha aumentado desde el 0,2% al 9,6% del PIB”. Ver

nuestra jurisprudencia en el tema que se pretende desarrollar en este título. Segundo, porque nuestra experiencia de integración en la Comunidad Andina de Naciones parece seguir de cerca la práctica económica y política de la Comunidad Europea.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español 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 mismos⁷.

En el caso español, 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. En esta providencia, se comprendió que existía una regulación con importantes beneficios fiscales que determinó a varias empresas pesqueras —que luego iniciaron demandas de reparación contra el Estado— a realizar inversiones que buscaban ampliar su actividad económica en orden de aprovechar las condiciones favorables del sistema jurídico español⁸. En estos casos se reconoció la libertad de configuración del legislador para definir el ordenamiento jurídico y dirección de las relaciones internacionales. Sin embargo, se imputó responsabilidad en el Estado legislador, entendiendo que la integración internacional condujo a los particulares a sufrir perjuicios económicos especiales. Con todo, las citadas sentencias no hacen disertación alguna sobre el alcance de derechos adquiridos o meras expectativas. La principal motivación por la que se decidió favorablemente la reparación patrimonial obedeció a la política de fomento que había conducido a los perjudicados a desarrollar la actividad económica de las empresas pesqueras españolas.

MALO DE MOLINA, JOSÉ LUIS, *Los efectos de la entrada de España a la Comunidad Europea*, Banco de España, en:

<http://www.bde.es/prensa/intervenpub/diregen/estudios/estu151001.pdf>, (Consultado el 22 de noviembre de 2006). Ver también Unión Europea, señala que Irlanda, Grecia, Luxemburgo y España alcanzarán un crecimiento económico más alto de toda la Comunidad Europea en el año 2006, en:

<http://www.ucm.es/cgi-bin/show-prensa?mes=06&dia=28&ano=2006&art=20>, (consultado el 24 de noviembre de 2006).

- 7 Sentencia Tribunal Constitucional Español 149 del 4 de julio de 1991. Entendió que las limitaciones introducidas con carácter general en el Capítulo Segundo de la Ley de Costas constituían “meros cambios legislativos, aun cuando impliquen una restricción de los derechos (o simples facultades), que antes de él se tenían” que no comportaban necesariamente una privación de derechos que permitiese “en consecuencia, exigir la indemnización que el artículo 33.3 garantiza”. Citado por FRAGA, JESÚS JORDANO, Medio Ambiente versus Propiedad: «Expropiaciones Legislativas» en el Derecho Ambiental Americano, *Revista Española de Derecho Administrativo*.
- 8 Ver GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*, Ed. Civitas, Madrid: 2000, p. 90 y ss. Cita la Sentencia Tribunal Supremo Español de 5 de marzo de 1993, 27 de junio de 1994 y 16 de septiembre de 1997, las dos últimas siguen una línea de reiteración respecto a la de 1993.

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.

El autor español JIMÉNEZ LECHUGA responderá a la divergencia anterior desde la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español⁹, entendiéndolo que las meras expectativas no son exigibles, y que, en consecuencia, no limitan la libertad de configuración del legislador. Igualmente, objeta precisamente la probabilidad de “petrificación legislativa” debido a las consecuencias fiscales que traería la reparación de daños patrimoniales.

No obstante, la petrificación legislativa debido a los efectos fiscales de la indemnización de los daños obedeció en el caso español a la reparación de daños particulares derivados de la aplicación de la Ley 30 de 1984, norma que redujo la edad de jubilación de funcionarios del Estado de 70 a 65 años. A causa de ésta, los servidores públicos vieron defraudadas expectativas de pensión más provechosas. Ese litigio tuvo como resultado el fallo del 30 de noviembre de 1992, providencia bien cuestionada debido a la cantidad de individuos indemnizados; situación que generó, en parte, un déficit fiscal muy profundo en ese país en 1992¹⁰.

Esta providencia parece presentar una posición judicial inapropiada, pues los efectos indemnizatorios condujeron a un temor persistente en la práctica ibérica, debido a los resultados fiscales de la reparación patrimonial a cargo del Estado por el hecho de las leyes. A pesar de esto, nos permite aún hacer una reflexión al respecto: la petrificación legislativa es un evento del que se debe guardar distancia, por cuanto la libertad de configuración legislativa garantiza la adaptación normativa a cambios sociales importantes que no puede limitarse en razón de cualquier expectativa creada.

Parecería así que sólo aquellas expectativas legítimamente fundadas en disposiciones que fomenten actividades económicas, y que determinen al individuo a desarrollar determinados movimientos de inversión, sean indemnizables; porque,

9 Tribunal Supremo Español, sentencia del 30 de noviembre de 1992, providencia que decide sobre el derecho de reparación derivado de la Ley 30 de 1984, la cual adelanta la edad de retiro forzoso por pensión, evento en el que se discutió si los demandantes tendrían meras expectativas o verdaderos derechos adquiridos. Citado por JIMÉNEZ LECHUGA, FRANCISCO JAVIER, *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en el derecho español*, Marcial Pons, Editorial Jurídica y Social, Madrid: 1999, p. 81.

10 QUINTANA LÓPEZ, TOMÁS, La responsabilidad del Estado legislador, *Revista de Administración Pública*, n° 135, septiembre-diciembre 1994, p. 106. Se considera que por lo menos unos 200.000 funcionarios debieron ser indemnizados.

precisamente, el legislador ha dirigido la conducta del individuo hacia ciertas actividades que se pueden considerar de interés general. En otras palabras, la indemnización es la compensación hecha al asociado por la extinción del fomento creado por el legislador en el ejercicio de la dirección económica del país.

De especial trascendencia resulta la Ley del Parlamento autonómico 5 de 1986 que aplicaba un impuesto sobre combustibles derivados del petróleo, la cual condujo a los comercializadores de dichos productos a vender sus existencias a precios inferiores a los adquiridos. De este hecho, dada la intempestiva decisión legislativa, 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”¹¹.

En esta interpretación encontramos, desde la responsabilidad del Estado legislador, 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 referida “petrificación” del ordenamiento jurídico, debido a que rechazaríamos cambios legislativos que conducirían a alguna variación en las ventajas pecuniarias de la actividad económica¹²; 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 indefinidamente¹³.

11 Sentencia del Tribunal Supremo Español del 24 de marzo de 1992, citado por ALONSO GARCÍA, MARÍA CONSUELO, *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador*, Marcial Pons, Ed. Jurídicas y Políticas, Madrid 1999, p. 60.

12 GARRIDO FALLA, FERNANDO, Sobre la responsabilidad del Estado legislador, *Revista de Administración Pública*, n° 118. Enero-abril 1989, p. 47.

13 Sentencia Tribunal Supremo Español, del 13 de febrero de 1997, citado por ALONSO GARCÍA, CONSUELO, *op. cit.*, p. 114.

Sobre este punto, señala GARCÍA DE ENTERRÍA, el principio de confianza legítima no tiene rango constitucional, y en consecuencia, “no podría reprocharse al legislador, como se comprende, si lo ignora o infringe, erigiéndose en título de una inconstitucionalidad y, correlativamente, de una eventual pretensión indemnizatoria”¹⁴. De manera que este principio “informa” el ordenamiento jurídico, y sólo alcanza rango constitucional cuando se ha emitido una norma retroactiva, arbitraria y contraria a la igualdad y libertad¹⁵ que obliga al particular a resistir una incertidumbre “razonable” en la perpetuidad del sistema jurídico. El autor citado explica el origen de este principio aplicado por el derecho comunitario en el sistema jurídico alemán. No obstante, este ordenamiento considera exigible los mencionados principios sólo tratándose de irretroactividad de la ley, la cual encuentra sustento a la vez en el derecho español (artículo 9.3 de la Constitución española)¹⁶.

Esta apreciación no parece del todo correcta, porque justamente la dificultad radicará en que la confianza legítima es un principio ambivalente, que no constituye derechos adquiridos; pero que a su vez puede conducir a la afectación de derechos patrimoniales y de la igualdad. Si aceptáramos que la confianza legítima es un derecho en sí mismo, entenderíamos que toda norma que varíe en algún sentido cualquier disposición es inconstitucional o permite la reparación patrimonial del individuo. A su vez, admitiríamos la petrificación absoluta del sistema jurídico, en razón a que cualquier cambio normativo implicaría la expropiación de derechos; argumento éste que nos conduciría al absurdo de indemnizar cualquier modificación normativa.

Esta apreciación, como es de esperarse, acabó siendo rechazada por el Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo Español¹⁷, quienes consideraron que el ordenamiento jurídico, por su misma naturaleza, se “resiste a ser congelado en un momento histórico”, de forma que le es propio reaccionar a realidades sociales de cada momento. 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”¹⁸; y rechaza, por ende, a la

14 GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el derecho español*, Ed. Civitas, Madrid, 2005, p. 26.

15 *Ibidem*, p. 30. Cita sentencia 27 de 1988, 150 de 1990, 142 de 1993 y 212 de 1996 del Tribunal Constitucional español.

16 Ver GARCÍA LUEGO, J. *El principio de la protección a la confianza legítima*, p. 204 y ss, MAURER, H. *Kontinuitätswahrung und Vertrauensschutz* p. 218 y ss, citados por GARCÍA DE ENTERRÍA, FRANCISCO, *op. cit.*, p. 32.

17 Tribunal Constitucional español, sentencia 27 de 1981. Tribunal Supremo español, sentencia de 30 de noviembre de 1992. Citada por GARCÍA DE ENTERRÍA, FRANCISCO, *op. cit.*, p. 34.

18 *Ibidem*.

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 legislatadas.

En el mismo sentido parecería dirigirse la experiencia comunitaria europea. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se acerca al reconocimiento de una amplia libertad del legislador para determinar su “opción política económica”. Para imputar responsabilidad en alguno de los Estados miembros, considera insuficiente la simple violación del tratado, de forma que se debe acreditar que esta ilegalidad “raye con la arbitrariedad y que produzca un daño anormal”¹⁹ derivado precisamente de “una ilegalidad suficientemente caracterizada”²⁰. Así, comprendió que el legislador no puede ser limitado por acciones indemnizatorias cuando en consideración al interés general tome medidas que puedan causar daños a particulares.

Para explicar mejor la ilegalidad suficientemente caracterizada, debemos acudir a la Sentencia de 2 de diciembre de 1971, de la cual se ha deducido la “fórmula Shöppenstépt”, concibiendo que, cuando se trate de un acto normativo que implica opciones de política económica, la Comunidad únicamente incurre en responsabilidad por el perjuicio sufrido en virtud del artículo 215 del Tratado de la Comunidad Europea²¹. Este artículo considera, como mínimos de protección al particular, al respeto de los derechos adquiridos, al principio de proporcionalidad de medidas sancionadoras, al principio de no discriminación, al derecho de propiedad, a la libertad de comercio, empresa y circulación, y al principio de no retroactividad, entre otros²².

Entonces, el daño suficientemente caracterizado obedecerá a una violación manifiesta al tratado de la comunidad. Sin embargo, también se acepta que toda decisión legislativa de carácter económico, pese a generar daños particulares, debe ser respetada como ejercicio soberano de los Estados. De este modo, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas infiere que el sistema jurídico interno ha de garantizar, mediante sus órganos constituidos, la reparación de perjuicios especiales.

19 Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia *Bayerische HNL*, del 25 de mayo de 1978, citada por GARCÍA DE ENTERRÍA, FRANCISCO, *op. cit.*, p. 40. Sin embargo, ALONSO GARCÍA, CONSUELO, *op. cit.*, p. 110, considera que el verdadero hito lo constituye la sentencia del 13 de junio de 1965, Tribunal de Justicia Europeo, Asunto *Lemmerz-Werke GmbH*.

20 ALONSO GARCÍA, CONSUELO, *op. cit.*, p. 111.

21 Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia *zuckerfabrik Shöppensted*, del 2 de diciembre de 1971, citado por GEINDER JUSTA, *Responsabilidad de los Estados por violación del convenio europeo de derechos humanos y derecho comunitario*, Universidad Libre de Berlín, en *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el derecho europeo y comparado*, Ed. Tecnos, Madrid: 1996, p. 900.

22 *Ibidem*, p. 905.

Según los antecedentes citados, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas revela cierta inclinación a reconocer a la confianza legítima como un valor cuyo desconocimiento puede conducir a un daño patrimonial del individuo. El profesor GARCÍA MACHO señala sobre este punto que sólo se considerará infringida la confianza legítima cuando la norma sea “hasta tal punto desestabilizadora que rompe los límites razonables entre administración y administrado”²³. En este sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA invita a reconocer al principio de la confianza legítima, como valor que debería perseguir el Tribunal de Justicia Europeo para poder garantizar el “buen funcionamiento del mercado común que orienta en su conjunto la jurisprudencia del tribunal y que reposa a la vez sobre el respeto al libre juego de las fuerzas del mercado”²⁴. No obstante, este autor considera que la primacía del interés general prevalece constantemente sobre intereses particulares. De forma que, contradiciendo la opinión del autor GARCÍA MACHO, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia seguirá reconociendo a la confianza legítima como un principio que cede ante el interés general y ante el mínimo de intervención en la economía interna de cada país²⁵.

En conclusión, la experiencia española y comunitaria europea reflejan un proyecto de unificación económica que necesita garantizar expectativas legítimas²⁶ 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. Con todo, como lo presenciarnos en el desarrollo de este texto, ambos traen experiencias para nada pacíficas, pero que parecerían dirigirse a configurar un sistema de garantías más amplio. Ambas prácticas han reconocido 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.

23 GARCÍA MACHO, R., *Contenido y límite del principio de confianza legítima*, REDA 56 de 1987.

24 GARCÍA DE ENTERRÍA, FRANCISCO, *op. cit.*, p. 45.

25 *Ibidem*.

26 Ver BOTERO A., LUIS FELIPE, *La responsabilidad patrimonial del legislador*, Legis, Bogotá 2007, p. 281, cita a CHRISITINE STIX-HACKL, conclusiones presentadas el 1º de diciembre de 2005, Asuntos C-181/04, C-182/04 y C-183/04.

2. LA EXPERIENCIA NACIONAL EN UN ESCENARIO DE INTEGRACIÓN ECONÓMICA Y DE INESTABILIDAD TRIBUTARIA

Expuestas someramente la experiencia española y la de la Comunidad Europea, iniciaremos la exploración pertinente a nuestra propia jurisprudencia partiendo de un análisis dinámico de las sentencias de la Corte Constitucional²⁷, principalmente, desde las acciones públicas de inconstitucionalidad por la contradicción del legislador al principio de la confianza legítima. Acudiremos igualmente a recientes pronunciamientos del Consejo de Estado en los que 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.

El supuesto normativo común a todas estas decisiones judiciales que analizaremos partirá de reformas tributarias que afectan patrimonialmente a los individuos²⁸. En todos los casos 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, los escenarios normativos comunes a los que nos referiremos son 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 límite²⁹, y en cierto sentido, un mínimo de transitoriedad en disposiciones impositivas de período.

Sin embargo, para los demandantes, la irretroactividad tampoco parece suficiente cuando se trata de exenciones al impuesto de renta, derogaciones de exenciones o variación en su base gravable. Lo anterior supone, por un lado, que las variaciones impositivas a las ventas o al valor agregado, en una economía doméstica en desarrollo como la nuestra, no muten en lo absoluto la elasticidad de la oferta; y por otro, que

27 Ver LÓPEZ MEDINA, DIEGO, *El derecho de los jueces*. Segunda ed. Legis, Bogotá, 2006, p. 139 y ss.

28 Partimos de la afectación patrimonial particular derivada de reformas tributarias siguiendo a McCONNEL CAMPBELL, R. y BRUE STANLEY, L. *Op. cit.*, p. 655 y ss., quienes explican la función y directa afectación a las fuerzas productivas de mercado derivadas de imposición tributaria, de modo que la elasticidad de la oferta es afectada por la variación del impuesto, los que a su vez, bastante claro en impuestos a las ventas y al valor agregado, generan “impuestos ocultos” que consisten en el desplazamiento del tributo al consumidor.

29 Ver BRAVO ARTEAGA, JUAN RAFAEL, *Nociones fundamentales de derecho tributario*, 3ª ed. Legis, 2002, p. 92 y ss.

el interés del empresario se dirija a la utilidad exenta y no al volumen de venta o participación en el mercado, situación que podría explicarse con el desplazamiento del impuesto al consumidor.

Dicho esto, advertiremos desde este momento que ninguna sentencia aceptó los cargos de inexecutable de la norma, de forma que la línea que se expresa gráficamente mostrará el desplazamiento decisional a la izquierda (“La confianza legítima es un principio exigible al legislador”) sólo en los eventos en que la *ratio decidendi* y los fundamentos de la decisión reconocieron ciertos límites a la actividad legislativa por virtud de una afectación del principio de confianza legítima. Asimismo, la sentencia C-1215 de 2001 se ubicará en mayor medida hacia la izquierda debido al condicionamiento de que fue objeto el fallo. En lo tocante a la jurisprudencia del Consejo de Estado, ubicaremos en esta línea las sentencias que han decidido debates referentes a la confianza legítima en temas tributarios, donde el razonamiento resulta similar al seguido por el fallo constitucional señalado, aunque no sigue la regla del precedente, por dos motivos: primero, porque no lo ha identificado³⁰; y segundo, porque realiza un aporte argumentativo propio desde lo contencioso-administrativo.

¿La confianza legítima es un principio exigible al legislador?

<p>La confianza legítima es un principio exigible al legislador</p>	<ul style="list-style-type: none"> • C-364 de 1993 • C-419 de 1995 • C-445 de 1995 • C-188 de 1998 • C-478 de 1998 • C- 926 de 2000 • C- 1215 de 2001 • C-007 de 2002 • C-910 de 2004 • Consejo de Estado, sentencia del 28 de abril de 2005 • Consejo de Estado, sentencia del 13 de septiembre de 2007 	<p>La confianza legítima no es un principio exigible al legislador</p>
--	---	---

30 Para separarse de un precedente, el juez debe satisfacer dos requisitos, primero, hacer referencia expresa al precedente anterior, es decir, no puede omitirlo como si no hubiese existido y, segundo, ofrecer una razón suficiente para abandonarlo, con una carga argumentativa rigurosa. Ver Corte Constitucional, sentencia T- 049 de 2007. mp Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, sentencia T- 698 de 2004. mp Dr. RODRIGO UPRIMNY YEPES y sentencia T- 086 de 2007 mp Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Citadas por GARCÍA GÓMEZ, LUIS ALFREDO, *Responsabilidad del Estado por los cambios de Jurisprudencia*, tesis para optar al título de Abogado, Universidad de los Andes: 2007. Ver también LÓPEZ MEDINA, DIEGO, *op. cit.*, p. 260.

Lo primero que ha de anotarse es que la jurisprudencia en relación con este tema es escasa, y segundo, nos encontramos ante una línea, en términos del profesor LÓPEZ MEDINA, caótica o polémica³¹. Asimismo, 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.

En este sentido, agruparemos los argumentos de todas las sentencias reseñadas así: Argumentos de la sentencia que exigen algún nivel de técnica y equidad tributaria (2.1); 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 (2.2); y finalmente, Argumentos de las providencias que reconocen la amplia libertad de configuración del legislador (2.3).

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 contraría 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 impositivo³².

31 LÓPEZ MEDINA, DIEGO, *El derecho de los jueces*, op. cit., p. 142.

32 Corte Constitucional colombiana, sentencia C-364 de 1993, MP DR. CARLOS GAVIRIA DIAZ, declara la constitucionalidad del artículo 118 de la Ley 6ª de 1992, Considerando “(1) la tarifa del impuesto del 100% se aplica a la base gravable consistente en la diferencia en cambio de un crédito denominado en moneda extranjera entre la fecha de su constitución y su pago, más los intereses corrientes y moratorios aplicables a esa diferencia y cualquier emolumento adicional relacionado con su cobro; (2) el gravamen corresponde a la necesidad fiscal de proveer al erario de recursos suficientes para atender el pago de ese tipo de créditos denominados en moneda extranjera cuando ellos se hagan efectivos contra una institución financiera nacionalizada y se den los presupuestos previstos en el Decreto Legislativo 2920 de 1982 para que sea la Nación la que deba responder por su pago”.

La sentencia C-364 de 1993, quizá la providencia más relevante para este estudio, reconoce que la técnica tributaria encuentra asidero principalmente en los principios de equidad, progresividad e irretroactividad contemplados en el artículo 363 de la Carta Política. En consecuencia, a la luz de estas primeras providencias, fundaremos la restricción a la labor del legislador. Con todo, desde los valores señalados no podemos encontrar alguno que proteja el principio de confianza legítima.

Entonces, dicha norma entraña el deber de contribuir tributariamente al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado, aunque en el marco de un marco jurídico que consulte la justicia, progresividad y equidad fiscales. Sin embargo, la Corte estableció que tales principios se protegen consultando la capacidad real de pago de los contribuyentes. A pesar de ello, recordemos que aunque los tributos indirectos, en razón a su conformación técnica y a la necesidad de su administración eficiente, no son susceptibles de ser creados y recaudados atendiendo al criterio de la progresividad, no por ello dejan de tener fundamento constitucional y de figurar entre las fuentes de ingresos fiscales³³.

De este pronunciamiento extraemos la imposibilidad de lograr alguna reparación desde la inexequibilidad de una norma que afecta patrimonios particulares mediante tributos indirectos. Así, los impuestos ocultos no se reconocen como lesivos de intereses patrimoniales particulares, no tanto por el traslado del tributo al consumidor o comprador, sino por la imposibilidad de consultar en ellos la capacidad de pago del sujeto pasivo del tributo.

Dentro del mínimo de técnica y equidad tributaria podemos ubicar la exigibilidad de términos de transición de normas tributarias que han generado expectativas legítimas en los particulares. La sentencia C-419 de 1995 señaló que el legislador debe seguir imperativos de técnica tributaria y principio de equidad. En esta providencia la Corte considera que el término de caducidad de 2 años para solicitar reembolsos o compensaciones tributarias es un término razonable.

Ahora bien, la Corte expone que el plazo es razonable cuando la Administración de Impuestos facilita y no obstaculiza a los contribuyentes el ejercicio de las acciones de reclamación y compensación, sin que para ello sea posible definir espacios determinados de tiempo³⁴.

33 Ibidem.

34 Sentencia C-419 de 1995, mp Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL. Declara la constitucionalidad del artículo 24 de la Ley 142 de 1994 que disponía que los departamentos y los municipios no podrán gravar a las empresas de servicios públicos con tasas, contribuciones o impuestos que no sean aplicables a los demás contribuyentes. Asimismo, la disposición eximió por un período de siete años a las empresas de servicios públicos domiciliarios del orden municipal del pago del impuesto de renta y complementarios sobre las utilidades que se capitalicen o que se constituyan en reservas para la rehabilitación, extensión y reposición de los sistemas estas empresas no estarán sometidas a la renta presuntiva.

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 contribuyente³⁵.

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 analizaremos seguidamente 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, encontramos un reproche del juez constitucional respecto de decisiones legislativas arbitrarias, entendidas éstas como cambios normativos que conducen a “[l]a ruptura del equilibrio constitucionalmente previsto que debería partir, para ser suficiente como fundamento de la inexequibilidad, de la absoluta ausencia de un motivo válido, objetivo y razonable basado en circunstancias especiales”³⁶.

35 Ibidem.

36 Corte Constitucional Colombiana, sentencia C-188 de 1998, MP Dr. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ. Declara la constitucionalidad de la Ley 223 de 1995 que en su artículo 97 dispone: “Las rentas provenientes de la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y las de aseo cuando sean obtenidas por entidades oficiales o sociedades de economía mixta, y las actividades complementarias de los anteriores servicios determinadas en la Ley 142 de 1994, están exentas del impuesto sobre la renta y complementarios por un periodo de siete (7) años a partir de la vigencia de esta ley, sobre las utilidades que capitalicen o que apropien como reservas para la rehabilitación, extensión y reposición de los sistemas. (...) Así mismo, las rentas provenientes de la generación de energía eléctrica y las de los servicios públicos domiciliarios de gas y de telefonía local, y su actividad complementaria de telefonía móvil rural, cuando éstas sean obtenidas por entidades oficiales o sociedades de economía mixta, estarán exentas del impuesto sobre la renta y complementarios por un término de ocho (8) años, sobre las utilidades que capitalicen o que apropien como reservas para la rehabilitación, extensión y reposición de los sistemas. [...]”.

Este equilibrio constitucional se afinca en el derecho a la igualdad. El desconocimiento de dicho axioma, que puede ser vulnerado por la supresión o creación de un tributo, permite declarar la inexecutable de la ley. Los conceptos de libertad económica y de libre iniciativa privada no son absolutos y, por el contrario, se encuentran forzosamente enmarcados dentro de postulados constitucionales de superior categoría que los restringen, como el interés general y la necesaria dirección de la economía³⁷.

No obstante, 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 alcanzarlos³⁸.

37 Ibidem.

38 Ibid., cita conceptual de la sentencia C-613 de 1996, MP Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ que declara la constitucionalidad de la derogación de varios beneficios otorgados a los oficiales y suboficiales en subsidio familiar y régimen de salud. La discusión de la providencia citada gira en torno al derecho a la igualdad de quienes tenían una expectativa para alcanzar un derecho y quienes ya lo habían adquirido.

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 económicas³⁹.

El alto Tribunal 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 constitucional⁴⁰. De esta manera, esa Corporación se limita a sí misma en la distribución de recursos escasos, dejando esta tarea al proceso deliberativo del legislador.

Con todo, encuentra la Corte, existen razones “objetivas” para confiar en la durabilidad de la regulación, de manera que su cambio súbito puede alterar

39 Corte Constitucional colombiana, sentencia C-478 de 1998, mp Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO. Declara la constitucionalidad de la Ley 223 de 1995, la cual derogaba el decreto 2272 de 1974, norma que establecía el beneficio tributario a empresas que desarrollaran actividades de turismo, mediante la expedición del Certificado de desarrollo turístico. Ver también sentencia C-445 de 1995. mp Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO. Providencia que declara la constitucionalidad del artículo 816 y 854 del Estatuto Tributario que establecía: “La solicitud de compensación de impuestos deberá presentarse a más tardar dos años después de la fecha de vencimiento del término para declarar. La solicitud de devolución de impuestos deberá presentarse a más tardar dos años después de la fecha de vencimiento del término para declarar”.

40 Ibidem.

sensiblemente situaciones particulares. De este modo, “el principio de confianza legítima se protege pero no configura un límite al legislador”⁴¹.

El principio de igualdad, a juicio de nuestro Tribunal Constitucional, se debilita sustancialmente ante la libertad de configuración del legislador respecto del sistema económico o de la facultad de intervención en el mercado, debido a que la propia Carta Fundamental establece una amplia capacidad de mediación oficial y regulación diferenciada en cabeza del Estado. En efecto, “en tales esferas, un control muy estricto llevaría al juez constitucional a sustituir la función legislativa del Congreso”⁴². Como consecuencia de esta posición, 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.

Por su parte, la sentencia C-926 de 2000⁴³ afirma que el principio de irretroactividad de la ley tributaria no impide ni obstaculiza la facultad del legislador de modificar el ordenamiento positivo para introducir los cambios que considere necesarios al ordenamiento jurídico económico, atendiendo siempre a razones políticas, económicas, sociales o de conveniencia. De no admitirse esta abierta potestad legislativa, entendió la Corte, “el ordenamiento jurídico correría el riesgo de petrificarse, si al regular las relaciones de coexistencia social y adaptarse a las realidades de cada momento, debiera inhibirse de afectar de una u otra manera las relaciones jurídicas preexistentes”. Como se puede apreciar, la “petrificación” del ordenamiento jurídico es rechazada completamente, de manera que la libertad de configuración legislativa permite cambios normativos constantes, siempre que se consulte el interés económico, social y político, y se respete el principio de irretroactividad de la ley.

Tratándose de plazos para la exigibilidad de beneficios fiscales, la Corte expuso que a pesar de que la reforma tributaria que varíe el plazo fijado con anterioridad por el legislador para exigir beneficios fiscales no se enfrenta en principio a una situación jurídica consolidada, sí está obligada a respetar la confianza legítima que

41 Sentencia C-478 de 1998.

42 Ibidem.

43 Sentencia C-926 de 2000. MP DR. CARLOS GAVIRIA DÍAZ, Providencia que declara la constitucionalidad del artículo 18 de la Ley 488 de 1998, que dispone: “los contribuyentes personas jurídicas que de conformidad con el inciso primero del artículo 104 de la Ley 223 de 1995, tuvieren a la fecha de vigencia de la presente ley, saldos pendientes para solicitar como descuento tributario, correspondientes a impuestos sobre las ventas pagados en la adquisición o nacionalización de activos fijos, conservarán su derecho a solicitarlo en los periodos siguientes hasta agotarlo, sin que en ningún caso exceda de cinco (5) períodos gravables”.

se ha generado entre los beneficiarios, confianza que reside en una razonabilidad del plazo en función de su suficiencia, es decir, con miras a que el beneficio pueda hacerse efectivo en ese término⁴⁴.

En resumen, para la Corte resulta evidente que asumir alguna otra interpretación conduce a considerar que los beneficios concedidos para una determinada actividad o grupo de personas se tornan en irreversibles y por tanto, inaceptables, debido a que petrifica el ordenamiento jurídico y le impide adaptarse a las distintas coyunturas económicas y sociales.

En la sentencia C-007 de 2002⁴⁵, los argumentos se tornan más intensos a favor de la libertad de configuración del legislador. Para la Corte “la potestad impositiva del Estado ha sido confiada a los órganos plurales de representación política, y en especial, al Congreso de la República. Éste ejerce su potestad según la política tributaria que estime más adecuada para alcanzar los fines del Estado”. Por eso, dicha potestad ha sido calificada por la Corte como “poder suficiente”, ya que es “bastante amplia y discrecional”. Incluso se la definió como “la más amplia discrecionalidad”.

Con esta providencia, la Corte afirma que la reforma tributaria no vulnera la confianza legítima si los particulares adoptan decisiones económicas derivadas de las normas derogadas o reformadas. De modo que la carga argumentativa del demandante para desvirtuar la presunción de constitucionalidad es más alta debido a que la potestad impositiva es “amplia y discrecional”⁴⁶. En este sentido, la discrecionalidad del legislador se hace demasiado extensa y restringe por completo la reparación patrimonial por la defraudación de la confianza legítima. Así, la potestad tributaria amplia y discrecional, aún cuando se trate de normas tributarias de fomento, obstaculiza el reconocimiento de la indemnización cuando el particular se vea perjudicado por cambios normativos intempestivos.

No obstante, la Corte modera esta restricción levemente, considerando que la voluntad del legislador debe respetar la igualdad en relación con aquellos que ya

44 Ibidem.

45 Sentencia C-007 de 2002, mp Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Providencia que declara la constitucionalidad de la Ley 633 de 2000, la cual limitaba las exenciones del impuesto sobre la renta y complementarios de las empresas asociativas de trabajo a que hayan obtenido ingresos brutos inferiores a determinadas cuantías.

46 Ibidem, cita sentencia C-419 de 1998 y C-364 de 1993 ambas providencias en el sentido de excluir el ejercicio arbitrario de la potestad impositiva. Asimismo, cita sentencia C-188 de 1998, y agrega que los tributos no son económicamente neutros, la Constitución señala políticas de intervención e incentivos explícitos que deben ser seguidos por el sistema tributario. Es esta la garantía de un orden social y económico justo.

tienen una situación consolidada, de forma que es posible proteger situaciones que se podrían consolidar como expectativas. Empero, esta moderación encuentra una restricción adicional, pues la Corte se autolimita al señalar que “no analiza la conveniencia u oportunidad de la norma tributaria”⁴⁷.

Para desarrollar esta libertad de configuración, el legislador tiene facultad discrecional y amplia para la creación, modificación o derogación normativa en materia tributaria. Colige el Tribunal que, en estos casos, el demandante corre con una carga argumentativa mayor, en virtud de esa “potestad suficientemente amplia, no es necesario que el Congreso justifique que la opción escogida es la mejor manera de alcanzar los fines del Estado. Por el contrario, se presume que su decisión es constitucional y que la carga de demostrar lo contrario recae sobre quien controvierta el ejercicio de su facultad impositiva ‘bastante amplia y discrecional’”⁴⁸.

En todo caso, el límite constante que encontrará el legislador será la Constitución Política. El proceso argumentativo que realiza la Corte no sigue al principio de buena fe y confianza legítima en la Administración, sino que parte del principio de la equidad tributaria. Entonces, el cambio de las normas tributarias “sin que se adelanten los estudios necesarios para determinar la conveniencia de tal cambio, vulnera tanto el principio de equidad plasmado en el artículo 363 como el artículo 334”, en la medida en que, señala el Tribunal, no se ejerce de manera adecuada la facultad del Estado de intervenir en la economía. Evidentemente, este argumento parece volver a la exigencia que hace el juez constitucional del adecuado desarrollo normativo respetando la técnica tributaria, la cual, a su vez, revela la obligación del legislador de intervenir en la economía y hacerlo acertadamente. Esto muestra además que en nuestro ordenamiento constitucional económico no se acepta la neutralidad del sistema tributario; por el contrario, en él se admite la tributación como un medio idóneo para alcanzar resultados económicos.

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. La misma sentencia intenta dar una definición de la acepción “razones objetivas” para admitir la creación de la confianza legítima, y asegura que: “[e]l principio de la confianza legítima protege, en lo que hace referencia a las normas tributarias, las «razones objetivas para confiar en la durabilidad de la regulación» y las alteraciones que se generarían con «el cambio súbito de la misma». Se podría predicar la existencia de dichas «razones objetivas» cuando, por ejemplo, la norma en cuestión (i) ha estado

47 Ibid.

48 Ibid.

vigente por un muy largo período; (ii) no ha estado sujeta a modificaciones ni hay propuestas sólidas de reforma; (iii) su existencia es obligatoria, es decir, no es discrecional para las autoridades responsables suprimir el beneficio; y además, (iv) ha generado efectos previsibles significativos, es decir, ha conducido a que los particulares acomoden de buena fe sus comportamientos a lo que ella prescribe”.

En esta construcción del argumento es donde se hace presente la posible exigencia de regímenes de transición que guarden las expectativas de los particulares “por razones objetivas”; de modo que las normas tributarias pueden ser derogadas o modificadas, pero cuando lo sean, el legislador está obligado a proporcionar al afectado tiempo y medios que le permitan adaptarse a la nueva situación. Sin embargo, 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.

La Corte enervó lo señalado respecto de la exigibilidad de períodos de transición en la sentencia C-1215 de 2001, ésta última bastante enfática en afirmar que el plazo de transición entre una norma y otra no es exigible de ninguna manera al legislador, lo que parece, requiere un término mínimo de transición que permita al beneficiario de la medida legislativa, solicitar el otorgamiento de ese derecho. En caso contrario, podría pretenderse la inconstitucionalidad por tratarse de una medida contraria a la confianza legítima⁴⁹. En este evento, la confianza legítima se erige esencialmente de los plazos de transitoriedad que existían en la norma.

49 Corte Constitucional colombiana, sentencia C-1215 de 2001. MP Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL, Decide la constitucionalidad del artículo 54 de la Ley 633 de 2000, la cual impone un límite de tiempo para las deducciones del impuesto de renta así: Los contribuyentes personas jurídicas que tuvieren a la fecha de vigencia de la presente Ley saldos pendientes para solicitar como deducción, en los términos del artículo 18 de la Ley 488 de 1998, o como descuento, en los términos del artículo 104 de la Ley 223 de 1995, el impuesto sobre las ventas pagado en la adquisición o nacionalización de activos fijos, conservarán su derecho a solicitarlo en el período gravable siguiente». Podríamos señalar esta providencia como sentencia de reiteración, que en otras palabras dice: En función del principio de confianza legítima, que encuentra sustento constitucional en la buena fe, tal y como esta Corte lo ha señalado, lo único constitucionalmente se puede exigir del legislador es que la normatividad establezca un período razonable de transición, que permita a quienes venían ejerciendo esa actividad, ajustarse a las nuevas regulaciones. Y lo cierto es que la ley impugnada, así como regulaciones posteriores, han establecido un plazo prudente de varios años para que las personas adquieran la correspondiente formación, o demuestren la experiencia suficiente, para acceder al certificado de idoneidad, por lo cual, la disposiciones acusadas no desconocen el principio de confianza legítima. Este fallo hace una inadecuada cita de la sentencia C-964 de 1999 MP Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, pues esta sentencia debate la constitucionalidad del deber de obtener el certificado de técnico constructor, expedido por el

La sentencia referenciada permitió al autor LUIS FELIPE BOTERO aseverar que dicha providencia “acogió una forma de reparación, como es la restitución del beneficio tributario derogado, es decir, aceptó definitivamente que la confianza legítima puede ser título jurídico de imputación para que se declare la responsabilidad del legislador”⁵⁰. El autor citado señala además que el fallo de la inconstitucionalidad de la ley por defraudar la confianza legítima sería necesario para la declaratoria de responsabilidad del Estado en el caso concreto. A pesar de lo anterior, la afirmación realizada por el autor citado supondría un examen concreto, contrario a la revisión abstracta que realiza la Corte Constitucional; el cual obvia, por supuesto, la inclinación que ha tenido la jurisprudencia constitucional hacia el respeto de la libertad de configuración legislativa.

Del mismo modo, si articulamos esta providencia con las sentencias C-476 de 1998 y C-926 de 2000, citadas y estudiadas anteriormente, podemos deducir 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”. De este modo, no basta con invocar la existencia de una confianza legítima en relación con determinada regulación para que se logre la inconstitucionalidad frente a las normas que modifican esa disposición; es necesario, además, alegar las razones por las cuales, en cada caso concreto, esa modificación es contraria a la Constitución Política⁵¹.

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

Consejo Profesional Nacional de Ingeniería, Arquitectura y afines, para el desarrollo de actividades de la construcción, exigido por la Ley 14 de 1975. La cita es conceptual y se justifica para la exigibilidad al legislador de un período razonable de transición, que permita a quienes venían ejerciendo esa actividad, ajustarse a las nuevas regulaciones. Sin embargo, en ninguna de las dos sentencias el punto resulta relevante.

50 BOTERO ARISTIZÁBAL, LUIS FERNANDO, *op. cit.* pp. 291-293.

51 Corte Constitucional colombiana, sentencia C-910 de 2004, MP Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL, Providencia que decide la exequibilidad del artículo 5° de la Ley 863 de 2003, la cual deroga las exenciones concedidas a las empresas comunitarias (Art. 209 del Estatuto Tributario), a las empresas generadoras de energía (Art. 211 parágrafo 4 del Estatuto Tributario) y a los exportadores mineros, considerando que en todos los casos la Ley es exequible. En esta providencia se hace cita conceptual de la sentencia C-478 de 1998 citada en este título.

las regulaciones sobre un determinado asunto. De esta forma, no basta con demostrar la existencia de la confianza legítima en relación con determinada regulación para exponer su inconstitucionalidad. Para que se tenga como estructurado este cargo frente a las normas que modifican esa norma, deben probarse las razones por las cuales, en cada caso concreto, esa modificación contraviene la ‘Norma de normas’.

El descubrimiento de los intereses particulares especialmente afectados por la medida tributaria resulta insuficiente para acercarse a la verdadera configuración de daños derivados de la confianza legítima, pues en todos los casos, los demandantes son particulares que no revelan el interés que pretenden defender mediante la inconstitucionalidad de la norma. De esta manera, no se descubren los intereses particulares que intervienen y los daños exigibles al legislador, haciendo que no surja la construcción de estos principios como hechos generadores de responsabilidad administrativa.

Igualmente, podremos observar 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. Así, en un comienzo, ha proferido decisiones, basándose en las sentencias C-478 de 1998 y C-007 de 2002, en las que distingue entre derecho adquirido y mera expectativa⁵², para luego decidir el caso “Celcaribe S.A.” alejándose del precedente, sin acudir a éste, hecho que nos permite dudar sobre su permanencia.

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 2007⁵³ se adoptó una decisión completamente diferente.

52 C.E., Sentencia del 28 de abril de 2005, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección IV, Consejo Ponente: MARÍA INÉS ORTIZ BARBOSA, Rad.: 11001-03-27-000-2003-00080-01(14130), Actor: Martín Acero Salazar, Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN. Sentencia que decide la nulidad del decreto 1989 de 2002 expedido por el Gobierno Nacional, el cual se fijó en cero el nivel porcentual a que se deben liquidar los CERT, lo que tiene por resultado hacer desaparecer el beneficio tributario. Considera entonces “Como se observa, las normas transcritas hacen distinción entre las exportaciones realizadas antes y después de la entrada en vigencia del decreto, al precisar que para las primeras se mantiene el derecho a que se reconozcan los niveles porcentuales vigentes a la fecha de embarque, en la liquidación del valor del CERT; mientras para que las segundas, esto es las que se realicen después de la vigencia del decreto, se advierte que tendrán cero como nivel porcentual del CERT. Lo cual evidencia que se respetan las condiciones del incentivo que regían para la fecha de la exportación definitiva, que es precisamente sobre el cual recae el derecho del exportador”.

53 Ver C.E., sentencia del 13 de septiembre de 2007, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección IV, Consejera ponente: LIGIA LÓPEZ DÍAZ, Radicado número: 08001233100020000210201 (15503), Actor: CELCARIBE S.A., Demandado: Secretaría de Hacienda Distrital de Barranquilla.

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. La empresa accionante, Celcaribe S.A., demandó al Distrito, debido a que tal término sería contado a partir del 12 de enero de 1994, fecha en la cual la sociedad es constituida, hasta el 12 de enero de 2004, pero el 10 de febrero de 1999, el Concejo Distrital de Barranquilla expidió el Acuerdo 004 que contiene el Estatuto Tributario del Distrito de Barranquilla, acto administrativo general, abstracto e impersonal, que derogó todas las exenciones vigentes en esa circunscripción territorial.

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”⁵⁴. 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. Luego, sostiene el alto Tribunal, la ley nueva no puede desconocer los efectos que la norma derogada o modificada produjo⁵⁵, de forma que, en el caso concreto, se declara la ilegalidad de las Resoluciones 014 de 4 de febrero de 2000 y 013 de 25 de mayo de 2000, como actos administrativos que liquidaban oficialmente el impuesto de Celcaribe S.A.

Aunque la ilegalidad del Acuerdo 004 de 1999, que derogaba el beneficio tributario, podía haber sido declarada, el valor central de la sentencia emana de reconocer la confianza legítima como un espacio que puede dar lugar a situaciones jurídicas consolidadas, y de esta manera, permitir la reparación o el restablecimiento del derecho patrimonial afectado. En el mismo sentido, la argumentación central adquiere un valor adicional al destacar que el individuo opta por seguir una actividad económica que es incentivada por la norma tributaria⁵⁶.

54 *Ibidem*.

55 *Ibid*, cita la sentencia del 3 de agosto de 2006, exp. 14897 CP Dra. MARÍA INÉS ORTIZ BARBOSA y la sentencia de la Corte Suprema de Justicia que analizó lo dispuesto en el artículo 108 de la Ley 75 de 1986 por medio de la cual se derogó el artículo 1º de la Ley 2ª de 1981 que establecía un descuento por 10 años del 100% del impuesto sobre la renta para las empresas colombianas de transporte aéreo.

56 *Ibid*, para fortalecer este punto, cita la sentencia del 3 de agosto de 2006, exp. 14897 CP Dra. MARÍA INÉS ORTIZ BARBOSA.

Esta última idea llama particularmente nuestra atención, en la medida en que reconoce que la libertad de configuración legislativa es un valor que merece bastante amplitud, pero al mismo tiempo entiende que dichos cambios normativos deben respetar la decisión privada que estimula; precisamente porque el interés general, representado por el acto normativo, requiere que esa actividad sea desplegada, de modo que el particular inicia una acción que le conviene a él mismo, así como al interés general. Por tanto, si se deroga una norma que generó una actividad privada, la reparación de expectativas concretas, derivadas de la confianza legítima, merecen ser reconocidas.

Siguiendo la línea expuesta en el análisis de la práctica ibérica y comunitaria europea, y habiendo hecho un recorrido jurisprudencial nacional, pasaremos 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. Así: “[e]n principio, y con el fin de garantizar el respeto a las exigencias de confianza legítima, la norma comunitaria de carácter sustancial no surte efectos retroactivos; por tanto, las situaciones jurídicas disciplinadas en ella se encuentran sometidas, en sí y en sus efectos, a la norma vigente al tiempo de su constitución. Y si bien la nueva norma comunitaria no es aplicable, salvo previsión expresa, a las situaciones jurídicas nacidas con anterioridad a su entrada en vigencia, procede su aplicación inmediata a los efectos futuros de la situación nacida bajo el imperio de la norma anterior”⁵⁷.

De esta manera, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina parece dirigirse a la protección de expectativas justificadas, enmarcada dentro de la irretroactividad de la norma. No obstante, como lo advertimos anteriormente en este título, la irretroactividad como garantía se acerca más al derecho de propiedad, a los derechos

57 Consejo de Estado, sentencia del 3 de noviembre de 2005, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección III, Consejo Ponente: MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO, Rad.: 11001-03-24-000-2002-00349-01(8351), Actor: Mitsubishi Empitsu Kaisha (Mitsubishi Pencil Co. Ltda.), Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia que decide la nulidad de la resolución 11578 de 30 de marzo de 2001, la cual negó la inscripción de algunos nombres comerciales cuyo nombre iniciaba con UNI, debido a que la Ciudadela Comercial Unicentro ya los tenía registrados. Este fallo acude al Tribunal de Justicia de la CAN para obtener concepto previo de este caso, respondiendo concretamente: El régimen común en materia de propiedad industrial se ha apoyado en la irretroactividad de la norma sustancial, pues desde la vigencia de la Decisión 85 (artículo 85) y a través de las Decisiones 311 (Disposición Transitoria Cuarta), 313 (Disposición Transitoria Cuarta) y 344 (Disposición Transitoria Primera), estableció que todo derecho de propiedad industrial, válidamente otorgado de conformidad con la normativa anterior, subsistiría por el tiempo en que fue concedido. La Disposición Transitoria Primera de la Decisión 486 se apoya asimismo en el respeto de los derechos válidamente concedidos conforme a ‘las disposiciones aplicables en la fecha de su otorgamiento’, cuales son las vigentes para la fecha de presentación de la solicitud de registro, pero añade, a título de excepción, que los plazos de vigencia de los derechos preexistentes deberán adecuarse a lo previsto en la Decisión”.

adquiridos y a los tributos de período que a la protección de expectativas creadas justificadamente, de modo que la protección se desdibuja parcialmente.

La explicación a la posición señalada puede fundarse en el escaso tiempo de vigencia y el lento proceso de integración comunitaria que ha experimentado nuestro país, sin mencionar los tropiezos que ha sufrido (retiro de Venezuela, negociaciones individuales de los países que la integran de tratados de libre comercio, la gran pobreza de los países que la componen, etc.) lo que acarrea además la escasa formulación de un mínimo de protección a la confianza legítima y a la seguridad jurídica, esenciales para el desarrollo de la integración económica regional e internacional. La intangibilidad de disposiciones tributarias en países pobres e inestables políticamente hace difícil concebir que en el futuro próximo la Comunidad Andina promueva, con mayor intensidad, la protección al movimiento de bienes y servicios mediante sistemas tributarios internos homogéneos y estables.

El análisis jurisprudencial realizado sería incompleto sin el examen de los contratos de estabilidad jurídica. Como se verá a continuación, es posible que la permisión legislativa de estos contratos obedezca precisamente a dar el paso que no dio la Corte Constitucional, y así, alcanzar algún nivel de intangibilidad de disposiciones que hayan determinado al inversionista para el desarrollo de una actividad económica, quizá, de interés general.

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 vez⁵⁸, 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 inversión⁵⁹

58 Mediante la Ley 223 de 1994, se consagró en Colombia el Contrato de Estabilidad tributaria. En el artículo 169 se estableció un “régimen especial de estabilidad tributaria aplicable a los contribuyentes personas jurídicas que opten por acogerse a él”. La contraprestación que exigía la norma era del 2% sobre el porcentaje del Impuesto a la Renta al momento de suscribir el contrato, el cual no podría tener una duración superior a diez años. El objeto del contrato versaba exclusivamente en cualquier impuesto o incremento a las tarifas del impuesto de renta y complementarios, por encima de las tarifas pactadas. No obstante, debido a la amplitud y especialidad de los contratos de estabilidad jurídica, concentraremos el presente estudio a la norma más reciente que regula la materia de forma mucho más extensa y que tiene un marco de aplicación superior, debido a que la Ley 963 de 2005 se puede aplicar de cualquier norma que determine una inversión.

59 Las normas que determinan la inversión deben ser definidas y trascritas en el Contrato de estabilidad jurídica. Dispone el artículo 3° de la Ley 963 de 2005 “En los contratos de estabilidad jurídica deberán indicarse de manera expresa y taxativa las normas y sus interpretaciones vinculantes realizadas por vía administrativa, que sean consideradas determinantes de la 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.

La primera condición que podríamos llamar “de materia” consiste en la exclusión de los contratos de estabilidad jurídica del régimen de seguridad social, de la obligación de declarar y pagar los tributos o inversiones forzosas que el Gobierno Nacional decreta bajo estados de excepción, de los impuestos indirectos, de la regulación prudencial del sector financiero y del régimen tarifario de los servicios públicos. La estabilidad tampoco puede recaer sobre las normas declaradas inconstitucionales o ilegales por los tribunales judiciales colombianos durante el término de duración del contrato.

La primera restricción parece tener un sentido teleológico plausible, por lo menos desde nuestro punto de vista, en la medida en que normas de seguridad social no deben dirigir la inversión privada como mecanismo de intervención del mercado. Con relación a las demás, decimos que el régimen tributario excepcional es quizá muy variable y precisamente de emergencia, de manera que el Estado no podría privarse de la posibilidad de gravar o variar tributos a capitales importantes, en estados de excepción, en el marco de un contrato de inversión extranjera.

El régimen tarifario de los servicios públicos y las regulaciones del sector financiero hacen parte de aquel mínimo de intervención en actividades económicas de interés general, de manera que la aprobación de estabilidad sobre tales disposiciones implicaría la intangibilidad de normas que intervienen en el mercado por razones de interés público y que además, se desarrollan en situaciones fácticas variables.

Finalmente, sobre el límite a las materias sobre las que puede versar el contrato de estabilidad jurídica, resulta pertinente restringir la estabilidad jurídica, excluyendo normas que se declaren inconstitucionales o ilegales. Lo anterior, considerando que la violación de disposiciones superiores no hace posible garantizar la estabilidad jurídica como lo que podríamos llamar “objeto ilícito”, debido a que reconocer lo contrario conduciría a la paradójica situación de encontrar normas contrarias a la Constitución o la Ley que sean vigentes, efectivas y eficaces.

La segunda condición que se encuentra en la ley, que llamaremos de “monto”, consiste en restringir la cuantía de la inversión a 7.500 salarios mínimos legales mensuales vigentes, suma muy alta que confina en buena medida el número de

inversionistas beneficiados por el contrato⁶⁰. Así, el volumen de inversionistas beneficiados por este negocio será bajo y quizá, proyecta un interés de gremios nacionales que dio respuesta a la reiterada negación de la Corte Constitucional de proteger la inversión de capitales de variaciones del impuesto a la renta o eliminación de exenciones tributarias.

La demostración empírica de este punto resulta muy difícil, pues como se mencionó anteriormente, los demandantes en las acciones de inconstitucionalidad que dieron lugar a las sentencias aquí analizadas no hacen parte de grupos gremiales, o por lo menos, no manifiestan su militancia en ellos. Sin embargo, resulta un indicio fuerte la cadena de eventos institucionales en los que la Corte Constitucional se niega a aceptar la intangibilidad de beneficios fiscales y exenciones, de manera que el legislador termina dando ese paso, pero de manera limitada, respecto de intereses económicos importantes y circunscrito a materias normativas restringidas.

Incluso, se hace explícita la exclusión de impuestos indirectos de los acuerdos de estabilidad.

Asimismo, el legislador, en materia de mercado, reconoce a éstos como impuestos ocultos que finalmente asume el consumidor y que en nada perjudica al capital, es decir, se acepta el desplazamiento del tributo al mercado, de modo que en nada afecta a la oferta.

La tercera condición se refiere a la actividad económica desarrollada por el inversionista contratante, la cual se restringe a turismo, industria, agrícola, exportación agroforestales, mineras, zonas procesadoras de exportación; zonas libres comerciales y de petróleo, telecomunicaciones, construcciones, desarrollos portuarios y férreos, de generación de energía eléctrica, proyectos de irrigación y uso eficiente de recursos hídricos y toda actividad que apruebe el Comité⁶¹. Se excluyeron de allí las inversiones

60 Este punto fue debatido por la Corte Constitucional en sentencia C-242 de 2006, en el marco de la violación al derecho a la igualdad, concluyendo la Corte que los objetivos de la ley, en cuanto alcanzar niveles de desarrollo económico, se traducen en mejor calidad de vida para los colombianos y en consecuencia constituyen un asunto de interés general que amerita medidas como las de la Ley 963 de 2005. Asimismo, en sentencia C-320 de 2006 estableció la Corte que el derecho a la igualdad “no se opone a que el legislador pueda otorgarle un tratamiento diferente, y más favorable, a un determinado grupo de inversionistas, quienes (i) asumen elevados riesgos físicos y económicos; (ii) deben suscribir una prima a favor de la Nación Art. 5 de la Ley 963 de 2005, (iii) aceptan someter sus controversias a la justicia colombiana; y (iv) sobre todo, con la inversión de sus capitales en el país están impulsando el desarrollo económico y social del conjunto de la población, incluyendo, por supuesto, la más desfavorecida”.

61 Este comité se compone por el ministro de Hacienda y Crédito Público, o su delegado, el ministro de Comercio, Industria y Turismo, o su delegado, el ministro del ramo en el que se efectúe la inversión, o su delegado, el Director del Departamento Nacional de Planeación, o su delegado y el Director de la entidad autónoma, o su delegado, cuando se trate de normas expedidas por dichas entidades.

extranjeras de portafolio. Esta condición revela una serie de actividades económicas variadas, pero particularmente costosas, lo que justifica el contrato de estabilidad jurídica, que incluso, podría señalarse que el bien jurídico tutelado por el legislador corresponde a inversiones iniciales muy altas que merecen algún nivel de protección.

La última restricción para la protección de la estabilidad jurídica consiste en la política monetaria, cambiaria y crediticia, pues no pueden ser objeto de los contratos de estabilidad jurídica los artículos, incisos, ordinales, numerales, literales y párrafos de las normas y de las interpretaciones administrativas vinculantes del Banco de la República.

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. Recordemos no sólo los requisitos establecidos en la Ley 963 de 2005, sino los motivos por los cuales la Corte, en la sentencia C-320 de 2006, estableció que el derecho a la igualdad “no se opone a que el legislador pueda otorgarle un tratamiento diferente, y más favorable, a un determinado grupo de inversionistas”, legitimando la norma excepcional en que los mencionados inversionistas asumen riesgos físicos y económicos, suscriben una prima a favor de la nación, aceptan someter sus controversias a la justicia colombiana⁶², y, en que con la inversión de sus capitales en el país están impulsando el desarrollo económico y social del conjunto de la población, incluyendo, por supuesto, la más desfavorecida. Esta consideración permite dilucidar, salvo algún giro argumentativo fundamental, la respuesta judicial negativa a la reparación de

patrimonios o intereses particulares afectados por el desconocimiento a la confianza legítima, cediendo éstos al interés general desarrollado mediante la libertad de configuración legislativa.

CONCLUSIÓN

De la experiencia española y de la experiencia de la Comunidad Europea constatamos 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 constituye 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 exiguo apreciar al principio de irretroactividad tributaria como una restricción que dirige el desarrollo del sistema tributario y que protege expectativas legítimas, pues como lo mencionamos anteriormente, este principio parecería aplicable sólo a tributos de período e incluso, en los supuestos normativos de los que hemos sido testigos.

En este entendido, la neutralidad del sistema tributario se considera distante del ordenamiento constitucional, estableciéndose como medio idóneo para intervenir en la economía nacional. No obstante, pese a la plausibilidad de este argumento, 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, entendemos 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.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO GARCÍA, MARÍA CONSUELO, *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador*, Marcial Pons, Ed. Jurídicas y políticas, Madrid, 1999.
- BERMÚDEZ SOTO, JORGE. *El principio de confianza legítima en la actuación de la administración como límite a la potestad invalidatoria*. Rev. Derecho (Valdivia), vol. 18, n° 2.
- BOTERO A., LUIS FELIPE, *La responsabilidad patrimonial del legislador*, Legis, Bogotá, 2007.
- BRAVO ARTEAGA, JUAN RAFAEL, *Nociones fundamentales de derecho tributario*, 3ª ed. Legis, 2002.
- FRAGA, JESÚS JORDANO, Medio Ambiente versus Propiedad: «Expropiaciones Legislativas» en el Derecho Ambiental Americano, *Revista Española de Derecho Administrativo*.
- GARCÍA GÓMEZ, LUIS ALFREDO, *Responsabilidad del Estado por los cambios de jurisprudencia*. Tesis para optar al título de abogado, Universidad de los Andes, 2007.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el derecho español*, Ed. Civitas, Madrid, 2005.
- GARCÍA MACHO, R., *Contenido y límite del principio de confianza legítima*, REDA 56 de 1987.
- GARRIDO FALLA, FERNANDO, Sobre la responsabilidad del Estado legislador, *Revista de Administración Pública*, n° 118. Enero-abril, 1989.
- GEINDER, JUSTA, *Responsabilidad de los Estados por violación del convenio europeo de derechos humanos y derecho comunitario*, Universidad Libre de Berlín, en *Propiedad, expropiación y responsabilidad, La garantía indemnizatoria en el derecho europeo y comparado*, Ed. Tecnos, Madrid, 1996.
- GONZÁLEZ PÉRES, JESÚS, *La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*, Ed. Civitas, Madrid, 2000
- JIMÉNEZ LECHUGA, FRANCISCO JAVIER, *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en el derecho español*, Marcial Pons, Ed. Jurídica y Social, Madrid, 1999.
- LÓPEZ MEDINA, DIEGO, *El derecho de los jueces*, segunda ed., Legis Bogotá, 2006.
- MALO DE MOLINA, JOSÉ LUIS, *Los efectos de la entrada de España a la Comunidad Europea*, Banco de España, en:
<http://www.bde.es/prensa/intervenpub/diregen/estudios/estu151001.pdf>.
- MC CONNELL CAMPBELL, R. y BRUE STANLEY, L., *Economía, principios, problemas y políticas*, decimotercera ed., McGraw-Hill, 1997.
- QUINTANA LÓPEZ, TOMÁS, La responsabilidad del Estado legislador, *Revista de Administración Pública*, n° 135, septiembre-diciembre 1994.
- QUINTERO NAVAS, GUSTAVO, La tutela y la revocación de los actos administrativos, *Revista Tutela, Acciones Populares y de Cumplimiento*, n° 29, tomo IV, noviembre 2003.
- VEDEL, GEORGES, *Droit administratif*, tome 1, Presses Universitaires de France, 1992.

