

**RASTREO NORMATIVO Y ANÁLISIS CRÍTICO DEL CONTRATO DE
ESTABILIDAD JURÍDICA**

MARÍA ALEJANDRA CÁRDENAS GUTIÉRREZ

ANDRÉS JOSÉ RINCÓN RETAT

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLÍN
2009**

**RASTREO NORMATIVO Y ANÁLISIS CRÍTICO DEL CONTRATO DE
ESTABILIDAD JURÍDICA**

**MARÍA ALEJANDRA CÁRDENAS GUTIÉRREZ
CÓDIGO 200310030084**

**ANDRÉS JOSÉ RINCÓN RETAT
CÓDIGO 200310072084**

Trabajo de grado como requisito parcial para optar al título de Abogado

**ANA CAROLINA VELÁSQUEZ ZAPATA
Abogada
Almacenes Exito S.A.**

**MEDELLÍN
UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
JUNIO DE 2009**

Nota de aceptación

Firma del presidente del jurado

Firma del jurado

Firma del jurado

Medellín, 10 de Junio de 2009.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	6
1. REGLAMENTACIÓN DEL CONTRATO DE ESTABILIDAD JURÍDICA.....	9
1.1 ANTECEDENTES.....	9
1.2 LEY 963 DE 2005.....	15
1.2.1 Conpes 3366 de 2005.....	16
1.2.2 Decreto 2950 de 2005.....	18
1.2.3 Conpes 3406 de 2005.....	19
1.2.4 Decreto 1474 de 2008.....	21
1.3 JURISPRUDENCIA.....	22
1.3. 1 Sentencia Constitucional 242 De 2006.....	22
1.3.2 Sentencia Constitucional 320 de 2006.....	24
1.3.3 Sentencia Constitucional 961 de 2006.....	31
1.3.4 Sentencia Constitucional 155 de 2007.....	32
2. NATURALEZA DEL CONTRATO DE ESTABILIDAD JURÍDICA.....	36
2.1 EL CONTRATO DE ESTABILIDAD JURÍDICA Y SUS CARACTERÍSTICAS.....	36
2.1.1 Concepto.....	36
2.1.2 Objeto.....	39
2.1.3 Finalidad de la figura y causa del contrato de estabilidad jurídica.....	42
2.1.4 Tipo de inversión que puede obtener estabilidad jurídica.....	43
2.1.5 Naturaleza jurídica del contrato.....	45
2.1.6 Cláusula compromisoria.....	46
2.1.7 Terminación anticipada.....	47
2.2 PROCEDIMIENTO PARA LA SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO.....	49
2.2.1 Solicitud del contrato.....	49

2.2.2 Evaluación y aprobación de la solicitud.....	51
2.2.3 Suscripción del contrato.....	54
3. PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS DERIVADOS DEL RÉGIMEN DE ESTABILIDAD JURÍDICA.....	56
CONCLUSIONES.....	66
BIBLIOGRAFÍA.....	68
ANEXOS.....	72

INTRODUCCIÓN

Mediante la ley 963 del 2005, se promulgó el régimen de estabilidad jurídica para los inversionistas, cuyos objetivos principales consistieron en fortalecer las inversiones ya existentes en Colombia, así como incentivar nuevas inversiones, ya sea de origen nacional o extranjeras.

La importancia de la estabilidad jurídica radica en que tanto estudios efectuados¹, como la realidad misma, han evidenciado que uno de los mayores obstáculos para la inversión extranjera en Colombia es la falta de estabilidad normativa. Esto es, los empresarios o las grandes multinacionales no están en disposición de hacer inversiones importantes en Colombia, si corren el riesgo de que se modifiquen las reglas de juego que en un momento dado les fueron definidas para realizar su inversión.

Como solución frente al anterior problema, el Gobierno Nacional mediante la expedición de la Ley 963 de 2005, pretendió promover nuevas inversiones, así como la ampliación de las preexistentes, garantizando a los inversores extranjeros, lo mismo que a los nacionales, la aplicabilidad futura de las normas actualmente vigentes, y definidas como determinantes de su inversión, ante la modificación que de las mismas pudiera realizarse de manera adversa para dichos inversionistas.

Es por ello, que el presente trabajo tiene como propósito brindar a la sociedad, especialmente a aquellos inversionistas nacionales o extranjeros que deseen

¹ REPÚBLICA DE COLOMBIA, Banco de la República. Impuestos a las utilidades e inversión extranjera directa en Colombia, 2005.

efectuar una inversión en el país, una herramienta que les permita entender de manera general y plena, la figura del contrato de estabilidad jurídica. Ello se logrará dando a conocer los principales aspectos contenidos en la ley y demás normas que regulan el contrato de estabilidad jurídica, así como algunas de las implicaciones que tiene dicho contrato y sus características más relevantes al momento de una decisión de inversión.

En dicho sentido, este trabajo describe en qué consiste el estímulo que pueden llegar a obtener los inversionistas al celebrar los denominados Contratos de Estabilidad Jurídica con el Estado Colombiano, e identifica la normatividad que reguló y regula actualmente estos Contratos, su marco jurídico, sus generalidades, su naturaleza jurídica, sus elementos esenciales, y finalmente, da cuenta de los aspectos jurídicos más relevantes de los mismos, desde el punto de vista jurisprudencial y legal.

Precisamente, en el primer capítulo se exponen brevemente los antecedentes de la ley 963 de 2005, que creó los Contratos de Estabilidad Jurídica, y posteriormente se realiza un recorrido por los aportes más importantes que a la figura le hicieron cada una de las normas que la regularon, así como de las decisiones jurisprudenciales que se generaron respecto de la misma y sus efectos en la interpretación de la ley 963 de 2005.

Seguidamente, en el segundo capítulo se enuncian las características del Contrato de Estabilidad Jurídica que a partir de la normatividad descrita se deducen, sus requisitos, finalidades y el procedimiento para la solicitud y su suscripción.

Finalmente en el tercer capítulo se efectuará un estudio crítico sobre la normatividad que regula la materia objeto de análisis, para enunciar los principales problemas jurídicos con los que se puede encontrar un inversionista durante el

período de suscripción del contrato y posterior a éste, es decir durante su ejecución.

A partir de la exposición realizada en el presente texto se facilitará la identificación del estado actual de la discusión acerca de las implicaciones jurídicas que trajo consigo la creación de los Contratos de Estabilidad Jurídica, como herramienta para incentivar la inversión. Para ello, se llevará a cabo un estudio de la normatividad vigente al respecto, comprendiendo la ley que los introduce, los decretos reglamentarios, documentos CONPES expedidos por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, y aquella jurisprudencia de la Corte Constitucional en la cual se analizó la constitucionalidad de algunos preceptos de la ley 963 de 2005.

Se justifica el presente trabajo, por cuanto con él se propone un panorama de los Contratos de Estabilidad Jurídica, y se da cuenta de las implicaciones y los alcances que éste régimen conlleva.

1. REGLAMENTACIÓN DEL CONTRATO DE ESTABILIDAD JURÍDICA

1.1. ANTECEDENTES

Aproximadamente en la década de los años setenta, a nivel mundial los nuevos desarrollos en ciencia y tecnología posibilitaron la interconexión ultrarrápida del mundo, favoreciendo y acelerando la transnacionalización de las grandes empresas capitalistas que traspasan fronteras nacionales, conformándose así una nueva etapa del capitalismo, la de la globalización, la cual llevó a que las naciones se vieran obligadas a abrir sus fronteras y a supeditar muchas esferas de su soberanía a los condicionamientos de los capitales internacionales, es por tanto que se observa que los desarrollos empresariales ya no se supeditan a las fronteras de una nación.

Para tales efectos, se comienzan a formular diferentes propuestas, de corte claramente neoliberal, que tendrían como objetivo promover la expansión del mercado como fórmula para salir de la crisis de estancamiento en el desarrollo capitalista, planteándose así la reducción del Estado de bienestar. Y es así como a comienzos de los años setenta en Colombia se comienzan a dar los primeros pasos hacia la apertura, toda vez que el modelo proteccionista comienza a presentar síntomas de agotamiento durante la presidencia de Alfonso López Michelsen, quien hace notar la necesidad de cambiar el modelo de desarrollo para dar paso a una mayor participación de las fuerzas del mercado en la economía, ello mediante el desarrollo de sectores productivos de punta en función de las exportaciones. Sin embargo este primer intento de apertura falló debido a la

revaluación del peso colombiano, debilitándose por tanto la competitividad de las exportaciones en los mercados mundiales.

Posteriormente, en la presidencia de Virgilio Barco Vargas (1986-1990), se observó la necesidad de disminuir considerablemente la intervención del Estado en la economía y estimular el desarrollo hacia afuera, además de que se evidencia en el país la presión del Banco Mundial para efectos de que se adoptara un programa de liberalización de importaciones y de reestructuración industrial. Por lo que tal situación generó que en el año 1990 se creara un documento CONPES por medio del cual se aprobara el programa de modernización de la economía colombiana.

Al mismo tiempo entonces que se desarrollaba el proceso de apertura, ya bajo la presidencia de Cesar Gaviria Trujillo, se adelantaron una serie de reformas de flexibilización y modernización fundamentales para el avance de la apertura. Se efectúa entonces una reforma tributaria y cambiaria, que posibilitó el mercado paralelo de divisas y la posesión de activos en el exterior, así como la flexibilización de la inversión extranjera; se dio también paso a una reforma laboral que flexibilizara el régimen laboral mediante la eliminación de mecanismos como la retroactividad de las cesantías, creación de la pensión sanción, entre otras; se presenta una reforma en el sector público que implementa la carrera administrativa y la reducción de la burocracia; entre otras reformas.

Las políticas de gobierno se ven encaminadas a promover y atraer la inversión de capitales extranjeros, debido principalmente a la necesidad de los países en desarrollo de contar con capitales nuevos., Sin embargo, el Gobierno Nacional vio sus esfuerzos constantemente desestimulados por los frecuentes cambios normativos y de criterio de los entes de control que obstaculizaban al inversionista la recuperación de sus inversiones y rendimientos en el término proyectado.

Por ello, surgió la necesidad de hacer frente a la situación, y con la expedición de la ley 223 de 1995, que en su artículo 169 establecía el régimen de estabilidad tributaria, se pretendió darle una solución. Dicho artículo consagraba:

“Adicionase el Estatuto Tributario con el siguiente artículo: Artículo 240-1. Régimen especial de estabilidad tributario. Créase el régimen especial de estabilidad tributaria aplicable a los contribuyentes personas jurídicas que opten por acogerse a él. La tarifa del impuesto sobre la renta y complementarios del régimen especial de estabilidad, será superior en dos puntos porcentuales (2%), a la tarifa del impuesto de renta y complementarios general vigente al momento de la suscripción del contrato individual respectivo.

La estabilidad tributaria se otorgará en cada caso mediante la suscripción de un contrato con el Estado y durará hasta por el término de diez (10) años. Cualquier tributo o contribución del orden nacional que se estableciere con posterioridad a la suscripción del contrato y durante la vigencia del mismo, o cualquier incremento a las tarifas del impuesto de renta y complementarios, por encima de las tarifas pactadas, que se decretare durante tal lapso, no le será aplicable a los contribuyentes sometidos a este régimen especial.

Cuando en el lapso de duración del contrato se reduzca la tarifa del impuesto de renta y complementarios, la tarifa aplicable al contribuyente sometido al régimen de estabilidad tributaria, será igual a la nueva tarifa aumentada en los dos puntos porcentuales.

Los contribuyentes podrán renunciar por una vez al régimen especial de estabilidad antes señalado y acogerse al régimen general, perdiendo la posibilidad de someterse nuevamente al régimen especial.

Las solicitudes que formulen los contribuyentes para acogerse al régimen especial de estabilidad tributaria, deberán presentarse ante el Director de Impuestos y Aduanas Nacionales o su delegado, quien suscribirá el contrato respectivo, dentro de los 2 meses siguientes a la formulación de la solicitud. Si el contrato no se suscribiere en este lapso, la solicitud se entenderá resuelta a favor del contribuyente, el cual quedará cobijado por el régimen especial de estabilidad tributaria.

Los contratos que se celebren en virtud del presente artículo deben referirse a ejercicios gravables completos."

Se trataba, entonces, de un régimen de estabilidad en la aplicación de normas tributarias, que excluía de la aplicación al contribuyente de cualquier tributo o contribución del orden nacional que se creara con posterioridad a su ingreso al régimen. Para acceder, debía suscribir un contrato con la Nación, cuya duración podía ser de hasta 10 años, asumiendo como contraprestación una tarifa superior en dos puntos porcentuales en el impuesto sobre la renta.

En tal sentido, de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado², dicho régimen de estabilidad tributaria se caracterizaba por: aplicarse exclusivamente a contribuyentes personas jurídicas que manifestaran acogerse al mismo; una vez el interesado ingresaba al régimen, la tarifa del impuesto de renta y complementarios se aumentaba en el 2% de la general vigente al momento de suscribirse el contrato o de operar el silencio administrativo positivo; la duración era hasta por 10 años; no se le aplicaba al contribuyente cualquier tributo o contribución del orden nacional que se estableciera con posterioridad al momento de ingresar al régimen o durante su vigencia, ni las tarifas superiores en el impuesto de renta y complementarios diferentes de las pactadas que fuesen decretadas durante el mismo plazo; si se disminuía la tarifa del impuesto de renta y complementarios, la aplicable era la nueva tarifa aumentada en el 2%; y se permitía la renuncia al régimen.

Una vez derogado el artículo 169 de la ley 223 de 1995, mediante la ley 633 de 2000, se observó que persistían, y cada vez eran más constantes, las reformas tributarias que generaban temor en los inversionistas extranjeros principalmente para decidir asentarse en Colombia.

Transcurridos tres años de la derogatoria del régimen, el Gobierno Nacional por intermedio del Ministro de Industria y Comercio, el Dr. Jorge Botero, en el año

² Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 24 de agosto de 2001, M.P. Germán Ayala Mantilla, y Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 9 de agosto de 2002, M.P. María Inés Ortiz Barbosa.

2003, decide consultar al sector privado solicitando asesoría acerca del desarrollo del mecanismo de estabilidad jurídica en otras legislaciones, y para ello presentaron borradores de lo que podría ser una ley de esta naturaleza para Colombia.

De esta manera se hizo un proyecto de ley que proponía los contratos de confianza inversionista y así se empezó el debate de la ley 963 de 2005. Durante el trámite se hicieron modificaciones sustanciales al proyecto presentado, que inicialmente proponía una indemnización a quienes se vieran afectados por las modificaciones de las normas que se identificaban como determinantes de la inversión.

El proyecto de ley fue asignado a la Comisión Tercera del Senado, el cual soportó modificaciones provenientes tanto de la Corporación, como del sector privado, quedando finalmente aprobado, y quedando luego a disposición de la Comisión Tercera de la Cámara de representantes la cual decide archivar el proyecto, frente a lo cual el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo decidió apelar la decisión de archivo ante la plenaria de la Cámara de Representantes argumentando al respecto lo siguiente³:

- Frente al cargo referido a con la ley lo que se trata de conceder son nuevas ventajas tributarias a los empresarios ignorando la severa crisis fiscal, es rechazado de plano por el Ministro, por cuanto el Gobierno considera que el incentivo a la inversión generaría un mayor crecimiento económico que permitiría la creación de nuevas fuentes de trabajo y reducción de la pobreza, con lo cual se reduciría la crisis aludida. Así mismo advierte al respecto que: *“Algo ha de modificar la legislación para conceder nuevos beneficios tributarios, a permitir que se pueda garantizar, mediante contrato,*

³ MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO. BOTERO H, Jorge. Contrato de Estabilidad Jurídica. Octubre de 2004.

la estabilidad transitoria de precisas reglas tributarias con el fin de favorecer proyectos de inversión de conveniencia nacional". Sin embargo, consciente el Gobierno de la gravedad de la situación presupuestaria, propuso postergar por varios años la posibilidad de contratos de estabilidad en el campo impositivo, pero permitiendo que la ley entrara a regir de inmediato en otras áreas en que sería útil: régimen de regalías petroleras, cargo por capacidad en el sector energético, reglas de contabilidad aplicables a sociedades, acceso al espectro electromagnético, etc."

- Frente al cargo de que no se presentaron los estudios de impacto fiscal que ordena la ley, manifiesta el Ministro que esos cálculos son de imposible realización porque en principio el contrato de estabilidad no genera en si un costo fiscal, no concede beneficios tributarios y no es posible determinar el impacto presupuestal ya que el costo fiscal es contingente en la medida en que existiría ante el evento futuro e imprevisto de un cambio normativo.
- Frente al cargo que advierte que aprobar la ley sería equivalente a que el Congreso renuncie a su capacidad de legislar, advierte el Ministro que dicha capacidad no se limita, las normas pueden modificarse, pero su aplicación se suspende para los beneficiarios del contrato de estabilidad, señalando entonces que: *"La crítica tendría validez si la estabilidad jurídica se concediera de modo automático sobre bloques completos del sistema jurídico. El mecanismo propuesto deja intactos los poderes normativos de las autoridades; si la norma cambia el suscriptor del contrato goza de inmunidad transitoria"*.
- Respecto del cargo que precisa que el Gobierno pretende entregar gratis lo que debe ser objeto del TLC con los Estados Unidos, opina el Ministro Jorge Botero que la ley se aplicaría para inversionistas nacionales y

extranjeros de cualquier nacionalidad y que el Estado no puede frenar los esfuerzos en atraer inversión extranjera esperando la vigencia del acuerdo.

- Acerca del cargo que asevera que el Gobierno quiere eliminar riesgos que son inherentes a la actividad empresarial, argumento el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo que no se trata de intervenir la tasa de retorno de la inversión sino de reducir los riesgos de inversión para aminorar los costos como lo es la inestabilidad jurídica que no puede ser medida y que origina la abstención de efectuar la inversión, esto se reflejaría en la disminución de los costos de producción y por lo tanto los precios de oferta al consumidor.

Gracias a esta exposición, la Cámara de Representantes decidió ordenar a la Comisión Segunda (Orden público y asuntos internacionales) darle nuevo debate a la iniciativa, de lo cual resultó que el 8 de julio de 2005 se publicara en el diario oficial 45.963 la ley 963, por medio de la cual se instauró el régimen de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia de acuerdo a las políticas del gobierno nacional, con el cual se busca estimular la inversión extranjera y nacional.

1.2. LEY 963 DE 2005

Con la ley 963 del 8 de Julio de 2005, se pone en vigencia el régimen de estabilidad jurídica. Con este régimen se pretendió, mediante la celebración de un contrato entre el inversionista y el Gobierno Nacional, mantener las normas que motivaron la inversión vigentes hasta su terminación, en caso de que éstas sean modificadas de forma adversa al inversionista.

Se entiende por modificación, según los términos de la ley, cualquier cambio en el texto de la norma, llevado a cabo por la autoridad competente para hacerlo, ya sea

el legislador, el ejecutivo o la entidad autónoma respectiva cuando se trata de un acto administrativo del orden nacional, o en la interpretación vinculante de la norma que realiza la autoridad administrativa encargada de definir su interpretación.

Para acceder al régimen, además de cumplir con los requisitos determinados en la misma ley, el inversionista debe dirigir una solicitud al Comité de Estabilidad Jurídica, creado para efectos de la aplicación de la figura misma, quien decidirá sobre su aprobación.

1.2.1 CONPES 3366 DE 2005

Considerándose la estabilidad jurídica como uno de los factores de mayor incidencia en las decisiones de inversión privada, y que la suscripción de los contratos de estabilidad jurídica tendría como único objetivo el estímulo del crecimiento económico y del bienestar social nacional mediante la promoción de nuevas inversiones y la ampliación de las existentes; el Consejo Nacional de Política Económica y Social⁴ (CONPES) expidió el 1 de Agosto de 2005, el documento número 3366, mediante el cual se establecieron los criterios para el estudio de las solicitudes de celebración del contrato de estabilidad jurídica. Los criterios definidos son:

⁴ Es la máxima autoridad nacional de planeación y se desempeña como organismo asesor del Gobierno en todos los aspectos relacionados con el desarrollo económico y social del país. Para lograrlo, coordina y orienta a los organismos encargados de la dirección económica y social en el Gobierno, a través del estudio y aprobación de documentos sobre el desarrollo de políticas generales que son presentados en sesión. Los documentos emitidos por este organismo son lineamientos y directrices que deben tenerse en cuenta para la aplicación de las políticas en materia económica y sociales.

- Flexibilidad en la financiación del pago de la prima, con el límite de fraccionarlo en un número no mayor al número de años que dure el contrato.
- Restricción del contrato a un objeto específico de inversión.
- Auditoría y Control, cuando el objeto de la solicitud sea un proyecto específico de ampliación de una inversión existente y la solicitud de estabilidad jurídica recaiga sobre normas que afectan sólo la inversión marginal.
- Determinación de la estabilidad de las normas respecto de la inversión.
- Rentabilidad económica y social. La inversión a realizar debe producir efectos sobre la creación de empleo, el desarrollo regional, la transferencia de tecnología, la generación de divisas y aumento del PIB, a tal punto que dichos efectos formarán parte de los compromisos y responsabilidades adquiridos por el Inversionista en el Contrato.

Adicionalmente, el Documento introduce algunos elementos a la figura, los cuales no habían sido desarrollados expresamente en la ley, tales como:

- La ampliación de las actividades económicas sobre las cuales recaería la inversión.
- Exclusión de ciertas normas de aplicación general. Además de las excluidas por la Ley 963 de 2005, aquellas que impidan el ejercicio de las facultades legislativa, reglamentaria y regulatoria del Estado.
- Normas de vigencia limitada. La estabilidad sólo se concederá hasta el momento que dure su vigencia. La norma regirá hasta su vigencia y en aquél momento cesará también la protección.
- Negociación del contrato. Con el objetivo de incentivar la realización de la inversión, el Comité podrá negociar con el solicitante los términos específicos del contrato.

- Para fines estadísticos el Departamento Nacional de Planeación informará al congreso acerca de los contratos celebrados.

Por último, el documento recomienda expedir un decreto reglamentario de la ley 963 de 2005 siguiendo los lineamientos en él establecidos, y que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público establezca la cuenta en el Banco de la República para recibir los pagos de la prima.

1.2.2 DECRETO 2950 DE 2005

Este decreto, expedido el veintinueve de agosto de 2005, reglamenta parcialmente la ley 963 de 2005 y recoge, en parte, los lineamientos propuestos por del documento CONPES 3366 de 2005. Empero, reproduce en gran medida lo establecido en la ley 963 de 2005 y agrega algunos elementos al trámite que se debe seguir para la aprobación de la solicitud de contrato presentada por el inversionista.

Introduce al régimen este Decreto, en el párrafo primero del artículo 11, que en el evento en que sean declaradas nulas o inexequibles las normas a estabilizar, se extinguirán inmediatamente las obligaciones adquiridas respecto de tales normas desde la fecha de ejecutoria judicial correspondiente; y, en el párrafo segundo, se establece que cuando el inversionista decida realizar un retiro parcial de la inversión o incumplimientos menores del contrato, para efectos de evitar la terminación anticipada del contrato, deberá someter a consideración del Comité las razones de su actuar.

Respecto al efecto de la declaración de nulidad o inexequibilidad de las normas a estabilizar, parece acertada la intención del Gobierno Nacional al disponerlo de la manera mencionada, puesto que, si bien el efecto que persigue el inversionista con la suscripción del contrato es buscar la permanencia de la aplicación de las

normas objeto del mismo, continuar aplicándolas, luego de haber sido consideradas por la Corte Constitucional como contrarias a la Constitución, sería contrario a todos los principios del ordenamiento, especialmente al principio de supremacía de la Constitución como fuente de derecho, y al de prevalencia del interés general sobre el particular.

Igualmente acertada parece la inclusión de la posibilidad de revisar y renegociar los términos del contrato, en caso de retiros menores de la inversión, ya que las circunstancias que inicialmente motivaron la inversión y la suscripción del contrato mismo pueden cambiar en cualquier momento y para cualquier inversionista, como puede estar ocurriendo con algunos inversionistas en la actualidad, y la actitud del Gobierno debe estar encaminada a apoyar al Inversionista para evitar, a toda costa, la suspensión o parálisis total de la inversión.

1.2.3 CONPES 3406 de 2005

Este documento, expedido el 19 de diciembre de 2005, modifica el sentido que le había dado el anterior CONPES a dos características del régimen:

Da flexibilidad a los compromisos del inversionista: En cuanto a los impactos económicos y sociales positivos que debe generar la inversión y que según el Conpes anterior debían hacer parte de los compromisos adquiridos por el Inversionista, este Conpes define que los mismos podrán ser considerados como relativos y no de manera absoluta, dentro de los márgenes de flexibilidad y variabilidad intrínsecos a toda inversión, pudiendo el Comité de Estabilidad, si así lo determina, incluir los argumentos dados por el inversionista como obligaciones del contrato.

La ventaja que incorpora tal modificación se ve reflejada en que los compromisos contractuales adquiridos no estarán constituidos por las proyecciones, cálculos o estimaciones, expuestos como argumentos para motivar la solicitud de estabilidad jurídica, y en caso de que dichos resultados no se consigan, no se derivarán para el inversionista consecuencias negativas o adversas que conlleven finalmente el incumplimiento del contrato; lo cual resulta ser más que lógico, considerando que apenas lo que el inversionista tiene previsto en dicha etapa precontractual son valoraciones, proyecciones, planes, que no necesariamente son exactos, ya que por las circunstancias en que se desarrolle la inversión podrían cambiar en alguna medida.

En cumplimiento de esta política, se expide el Decreto 133 de 2006, mediante el cual se deroga el literal h) del Art. 8º del Decreto 2950 de 2005, que establecía la obligación del inversionista de cumplir con los compromisos particulares relativos a los beneficios económicos y sociales del proyecto.

Establece beneficios en la aplicación de normas de vigencia limitada: Dice el texto:

“Las normas de vigencia limitada que estén amparadas por un contrato de estabilidad jurídica gozarán de protección sólo por el término de vigencia de la norma, cuando dichas normas reconozcan un beneficio o una exoneración. Cuando las normas de vigencia limitada establezcan un gravamen o una carga, éstos sólo serán imponibles durante la vigencia de la norma, y no más allá, dentro del término de vigencia del contrato”⁵.

En dicho sentido, si se estabiliza una norma cuya duración sea de vigencia limitada y que implica la imposición de un gravamen, cumplido su término de vigencia y aunque se llegare a prorrogar, no se podrá imponer dicho gravamen al Inversionista, por el término restante de duración del Contrato de Estabilidad.

⁵ REPÚBLICA DE COLOMBIA, Ministerio de Comercio, Industria Y Turismo, Ministerio De Hacienda y Crédito Público, Documento CONPES 3406 del 19 de noviembre de 2005.

Esta disposición tiene clara aplicación en relación con el artículo 25 de la ley 1111 de 2006, que consagra el actual impuesto al patrimonio, el cual corresponde a un gravamen de vigencia limitada (su vigencia termina en el año 2010); pues precisamente, en caso que llegara a prorrogarse la vigencia de este impuesto, aquellos Inversionistas que gozaran de estabilidad jurídica respecto del mismo, solo estarían obligados a asumir el gravamen hasta el año 2010, quedando liberados del mismo a partir de dicho año y hasta que termine la vigencia del Contrato de Estabilidad que hubieren suscrito.

1.2.4 DECRETO 1474 DE 2008

Mediante este decreto se modifica el artículo 8 del Decreto 2950 de 2005, excluyendo el contrato de estabilidad jurídica de la aplicación del Estatuto General de la Contratación Pública (Ley 80 de 1993), lo cual implica que esos contratos no quedarán sometidos a las reglas y principios que contiene dicho estatuto.

Aunque continúa siendo un contrato estatal, pues una de sus partes es la Nación, y la jurisdicción que conocerá los conflictos surgidos en virtud o con ocasión de éste será la jurisdicción contencioso administrativa⁶, no tendrá cláusulas exorbitantes, como la sanción de caducidad al incumplimiento, lo cual pone en situación de igualdad o equilibrio contractual al Estado y al particular.

De otra parte, se adiciona un párrafo en el cual se establece que en los contratos de estabilidad jurídica no se exigirá la garantía única de cumplimiento, que constituía uno de los elementos esenciales consagrados en la Ley 80 de 1993. Dicha exclusión, disminuye los costos de celebrar el contrato de estabilidad

⁶ REPÚBLICA DE COLOMBIA, Congreso de la República, Ley 1107 de 2006 de diciembre 27, artículo 1, Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

jurídica, ya que el inversionista no tiene que contratar la garantía antes exigida por la citada ley.

Se introduce nuevamente el literal h) del artículo 8 del decreto 2950 de 2005, el cual había sido derogado por el decreto 133 de 2006, estableciendo la obligación del inversionista de cumplir con los compromisos particulares relativos a los beneficios económicos y sociales del proyecto expuestos en su solicitud, ampliándose por tanto así las prestaciones a cargo del inversionista.

1.3 JURISPRUDENCIA

1.3.1 SENTENCIA CONSTITUCIONAL 242 DE 2006

Con ocasión de la demanda de inconstitucionalidad presentada contra los artículos 1, 2, 3, 4 y 11 de la Ley de Estabilidad, cuyo argumento principal radicaba en la vulneración del artículo 13 de la Constitución Política, y transcurridos casi 8 meses de la aparición en el ordenamiento jurídico del Régimen de Estabilidad, le correspondió a la Corte Constitucional pronunciarse al respecto mediante esta Sentencia.

A criterio del demandante, se transgredió el principio y derecho a la igualdad con el Régimen de Estabilidad Jurídica, en tanto que sólo algunas personas podrían celebrar los contratos de estabilidad jurídica, dependiendo de su condición de inversionistas, del monto de capital que fueran a invertir, y de los sectores económicos en los que se realizara la inversión. Afirma, además, que no se justifica, desde el punto de vista del principio constitucional en cita, que el término de duración tenga un máximo y un mínimo. Manifestó entonces el accionante:

“No puede hablarse de igualdad ante la ley, cuando esa misma ley, en forma irracional e injustificada, determina cómo un grupo de personas (inversionistas conforme al art. 2º) que tiene un monto determinado de capital (7.500 smlmv de acuerdo al art. 2º), por acuerdo de voluntades se sustraen a la aplicación de normas sobrevivientes y son objeto de que, aun derogadas, se les aplique las normas objeto de la estabilidad jurídica. Por otro lado, tampoco hay igualdad cuando, como lo expresan los artículos (6 y 11 de la norma demandada, los contratos deben tener una duración que la norma delimita y exclusión de materias en las cuales no se puede pactar”.

Al examinar la supuesta vulneración del artículo 13 de la Constitución Política, una vez analizada la argumentación presentada por el demandante, manifiesta La Corporación que por sí sólo el establecimiento de una normatividad que implique diferenciación no entraña la violación del principio de igualdad, ello sí y sólo si la diversidad de trato tiene un fundamento objetivo y razonable de acuerdo con la finalidad buscada por el legislador.

Por ello, el Tribunal Constitucional en esta sentencia advierte que, en tanto las normas de la ley 963 de 2005 buscan atraer la inversión nacional o extranjera hacia sectores sensibles para el desarrollo productivo, ello explica porque el legislador entró a diferenciar a los destinatarios de la ley, fijando un monto mínimo de capital a invertir. Además, manifiesta la Corte, que desde la perspectiva de la finalidad misma del Contrato de Estabilidad Jurídica, se convertiría en inútil la figura si por cualquier tipo de inversión se pudiera acceder a ella, incluso cuando no trascienda eficazmente la economía. Concluye, de esta manera, que la distinción realizada por la norma es proporcional y adecuada para el fin que se persigue con esta, y no constituye un trato discriminatorio, como lo manifestó el demandante.

La Corte Constitucional construye, a partir de un test de igualdad y atendiendo exclusivamente a los cargos formulados, la argumentación que fundamenta la constitucionalidad de las normas impugnadas, afirmando al respecto:

- a) La legitimidad del fin buscado por el legislador. Para la Corte en tanto lo que se busca con estas normas es incitar nuevas formas de inversión, resulta ser legítimo el propósito de la diferenciación, pues se compadece con varias normas de la Constitución, específicamente con las que establecen el derecho al trabajo, a la propiedad y a la libertad de empresa, y es afín con los principios que inspiran el Estado social de derecho. También, resulta legítimo a juicio de la Corporación, porque la prevalencia del interés general se observa en las normas impugnadas, así como el estímulo del desarrollo empresarial.

- b) La legitimidad de las medidas adoptadas. En vista que está a cargo del Estado la dirección general de la economía, el legislador puede válidamente escoger los destinatarios de las normas, a pesar del carácter general de las mismas, y por ello establecer un criterio para la selección de dichos destinatarios, por la vía de definir el monto así como los sectores económicos en los que se realice la inversión, se justifica en el propósito de lograr el bienestar general. Por ello mismo, es legítimo definir un término mínimo y máximo de duración.

- c) La adecuación de las medidas al fin propuesto. Para el Tribunal Constitucional, la cuantía definida como el monto mínimo de inversión para acceder al Régimen de Estabilidad resulta proporcional al esfuerzo y al riesgo económico al que se someten las instituciones públicas y los particulares en éste.

1.3.2 SENTENCIA CONSTITUCIONAL 320 DE 2006

La sentencia C-320 del 2006 es una providencia de vital importancia para el análisis de la ley 963 de 2005, dado que en ella se estudian las verdaderas

connotaciones que tiene la suscripción de los Contratos de Estabilidad Jurídica a la luz de la Constitución de 1991.

Los cargos formulados por el demandante fueron: i). Los artículos 1, 2, 3, 4 y 6 de la Ley 963 de 2005, relativas al monto de la inversión, las normas e interpretaciones objeto de los contratos de estabilidad jurídica, el contenido de la solicitud de suscripción de los mismos, la conformación del comité competente para darle curso a las mismas y la duración de los mencionados contratos, vulneran los artículos 1, 3, 13, 95, 132, 150.1, 180 numeral 11 y 190 de la Constitución. Ello, porque se desconocen las facultades del Congreso para interpretar, reformar y derogar las leyes, al igual que la potestad reglamentaria del presidente de la República, vulnerándose el principio de soberanía popular y el principio democrático; así como se contradice lo dispuesto en el artículo 95 del texto constitucional, según el cual *“toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes”*.

Se plantea nuevamente un cargo relacionado con la violación al principio de igualdad, respecto del cual la Corte determinó que ha operado la cosa juzgada constitucional, pues en la sentencia C-242 de 2006 se examinó la misma acusación.

Haciendo un recuento de la utilización de este tipo de figuras en Latinoamérica, en países como Perú, Chile, Ecuador y Panamá, la Corte concluye que este fenómeno tiene sus principales orígenes en la constante búsqueda que hacen los países (especialmente los países denominados tercermundistas) de formas que permitan la atracción de capitales extranjeros hacia sectores claves de la economía, y que su principal enfoque radica especialmente en aspectos tributarios (a pesar de que en países como Panamá se puedan incluir como normas determinantes de la inversión las normas laborales), descripción que, a nuestro juicio, encaja perfectamente con el Régimen de Estabilidad Jurídica en Colombia.

En relación con la vulneración del principio de soberanía popular y del principio democrático, la Corte considera que esta norma (artículo 1° la Ley 963), en lugar de interpretarse en el sentido expresado por el Demandante, debe entenderse en el sentido en que los órganos del Estado conservan sus competencias normativas, incluso sobre las normas identificadas como determinantes de la inversión, sin perjuicio de las acciones judiciales a que tengan derecho los inversionistas.

Refuerza la interpretación sugerida por la Corporación, según su exposición, el que en un Estado Social de Derecho, como el colombiano, organizado democráticamente, el pueblo ejerce su soberanía a través de sus representantes, y estos deben tomar sus decisiones de acuerdo a la voluntad de la mayoría, respetando la Constitución y las Leyes. En esta medida, puede el congreso mediante una ley ordinaria regular cualquier aspecto del ordenamiento jurídico en cuanto no verse sobre temas expresamente reservados por la Constitución a un determinado tipo de ley, como es el caso de las leyes orgánicas y estatutarias, más no puede impedir que los órganos del Estado encargados de ejercer la potestad regulatoria lo hagan.

Por ello, con el Contrato de Estabilidad Jurídica no es que se les garantice la inmodificabilidad de la Ley a quienes lo suscriban, sino que se les asegura la permanencia, dentro del acuerdo celebrado con el Estado, de las mismas condiciones legales existentes al momento de la suscripción del mismo; de manera que en caso de modificarse dicha normatividad y de surgir alguna controversia respecto a la aplicación de esta, se tiene la posibilidad de acudir a mecanismos resarcitorios dirigidos a evitar que se afecte el equilibrio económico pactado. Luego, es posible que el régimen determinante de la inversión sea eventualmente modificado, de manera adversa al Inversionista, y que las modificaciones introducidas sean aplicadas a éste, quedándole la posibilidad de acudir a las acciones judiciales que estime conveniente.

La Corte recurre al principio de confianza legítima para, en términos similares, justificar la constitucionalidad de la Ley de estabilidad. Expresa entonces que, al inversionista, así como a cualquier ciudadano, se le deben proteger sus expectativas frente a cualquier cambio intempestivo en el comportamiento de las autoridades públicas, incluido el Legislador, y en mayor medida cuando ha celebrado un contrato con el Gobierno, puesto que *“(...) La garantía de la confianza legítima de forma alguna no se opone a que el Congreso de la República modifique las leyes existentes, lo cual iría en contra del principio democrático. No se trata, por lo tanto de petrificar el sistema jurídico”*⁷.

Luego de que la Corte Constitucional resuelve sobre la constitucionalidad de las normas demandadas, el Magistrado Alfredo Beltrán Sierra formula un salvamento de voto, pues para este magistrado, dichas normas demandadas así como todo el cuerpo normativo de la Ley violan de manera palmaria y grave la Constitución Política por varias razones:

Primero, no se le puede imponer al legislador en el futuro una limitación al ejercicio de la potestad legislativa pues el Estado no puede realizar con los particulares un pacto según el cual se abstiene el Congreso de la República de ejercer la función pública de interpretar, reformar y derogar las leyes, facultad que le es atribuida desde la Constitución en el artículo 150.

Menciona que la soberanía como atributo del Estado según las enseñanzas clásicas de Bodino, de Jhon Locke, de Rousseau y de Montesquieu, es inalienable, no está en el comercio, y no puede ser objeto de negociación con los particulares, como se autoriza según lo establecido en la ley 963 de 2005. Dicho de otra manera, para el magistrado con esta ley se le autoriza al Congreso de la

⁷ REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia del 24 de abril de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Pag. 21.

República la función de hacer las leyes pero solo cuando les sea favorable a los inversionistas que suscribieron el contrato de estabilidad jurídica con el Estado, lo cual es una claudicación inaudita de un Estado soberano frente al capital extranjero, lesiva no solo de la Constitución sino de la dignidad nacional.

Segundo, luego de exponer varios ejemplos de las posibles regulaciones que puede expedir el congreso o cualquier autoridad estatal y que el inversionista puede considerar como desfavorable para sus actividades, evidencia que la norma defiende los intereses privados por encima no sólo del interés general, sino también de las normas de orden público y de la soberanía nacional.

El magistrado Alfredo Beltrán considera que la Corte resuelve que la norma es exequible de manera condicionada en cuanto esta debe interpretarse no como si mediante ella se le impide al Congreso de la República ejercer su potestad de expedir, reformar y derogar leyes que le sean favorables a los inversionistas privados sino que, en caso de que esto ocurra, los inversionistas podrían ejercer las acciones judiciales que consideren convenientes contra el Estado colombiano. Para concluir, dice que la interpretación condicionada de la Corte se descorre el velo protector no de los derechos de Colombia sino de los acuciosos contratistas en desmedro de los superiores intereses de la República.

Debido a que la Corte Constitucional, en la parte resolutive de la sentencia objeto del presente análisis, se pronuncia frente al cargo de la supuesta vulneración de la Ley 963 de 2005 contra el principio de igualdad diciendo que se debe estar a lo resuelto en la sentencia C-242 de 2006, procede a aclarar su voto frente a la decisión de la Corte aduciendo nuevamente que el artículo segundo de la ley 963 de 2005 es inconstitucional por violación al principio de igualdad que debe regir la libre competencia.

Según este magistrado la norma consagra una desigualdad de trato a favor de un sector que interactúa dentro de la economía de mercado, mediante la instauración de un régimen especial de estabilidad jurídica que le reporta beneficios económicos. Estos beneficios económicos que se derivan de este especialísimo régimen jurídico se concentran en un privilegiado grupo conformado por los grandes inversionistas. Los criterios cuantitativos que establece la norma y las limitaciones que paralelamente introduce a determinados sectores de la economía, excluye renglones de inversión sin que se demuestre una razón suficiente que justifique ese trato diferenciado.

No se acomoda esta norma a la Constitución en cuanto no plantea un trato diferente para sujetos que se encuentren en situaciones análogas y por el contrario, contempla un trato discriminatorio a favor de sujetos que se encuentran en una situación privilegiada como lo son los grandes inversionistas. Además de lo anterior, considera el magistrado que tras contemplar dicho trato discriminatorio, la Corte no demuestra que la exclusión de algunos sectores menos favorecidos de la economía del beneficio de la estabilidad jurídica obedezca a razones que la hicieren admisible frente a la Constitución, es decir, el trato inequitativo que surge del trato desigual planteado por la norma no fue desvirtuado por la sentencia, lo cual confirma el quebrantamiento del principio de igualdad.

Como argumento adicional para sostener la inconstitucionalidad de la norma, plantea la arbitrariedad con la que se establece el régimen de estabilidad jurídica y la violación del artículo 334 de la Constitución que establece criterios de “racionalización de la economía” y “distribución equitativa de las oportunidades” los cuales vinculan al legislador en su función de expedir las leyes.

Por último y para concluir la aclaración del voto, el magistrado considera que la intervención unilateral que hace el Estado mediante una norma que excluye del trato privilegiado otras actividades igualmente productivas sin existir un sustento

racional o razonable, puede calificarse objetivamente como arbitraria, inaceptable, o no soportable frente al principio de igualdad el cual debe dirigir la libre competencia, y se genera así una ventaja competitiva a favor de unos operadores específicos en el mercado, introduciendo una grave e ilegítima distorsión del ejercicio de la libre competencia.

Ahora bien, respecto a lo mencionado, se puede establecer que la coherencia de la ley 963 de 2005 con el ordenamiento jurídico, solo es posible al entender que el Contrato de Estabilidad Jurídica no es un contrato que impida que a los sujetos que lo suscriben se les garantice que no se les va a modificar las normas que existían al momento de suscribirse y que fueron determinantes de la inversión, sino que debe entenderse como perfectamente posible que los órganos del Estado realicen modifiquen las normas y que los inversionistas las tengan que cumplir. Este hecho, será entonces un incumplimiento del contrato por parte del Gobierno Nacional, y podrá el inversionista ejercer las acciones judiciales pertinentes, ya sea ante un tribunal de arbitramento en caso de existir cláusula compromisoria o ante un Juez de la República.

Acorde con esta interpretación, es posible aducir que en estricto sentido no existe realmente una garantía de estabilidad en materia jurídica para aquellos que suscriban el contrato de estabilidad debido a la influencia que tienen los pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre la interpretación de la ley y en consecuencia, dentro de las decisiones de los demás jueces de la República.

Por lo anterior, resulta problemática la interpretación que hace la Corte acerca de las connotaciones reales del contrato de estabilidad jurídica debido a la fuerza vinculante que se le da a las decisiones de esta Corte dentro de las fuentes de derecho en el ordenamiento jurídico colombiano, pues dichas decisiones configuran un precedente jurisprudencial que ata y limita los contenidos de las decisiones de los demás Jueces y de la Corte Constitucional misma.

A pesar de que un eventual proceso judicial o arbitral contra el Estado por el incumplimiento de la obligación de garantía puede llegar a lograr el resarcimiento de los perjuicios causados, demostrando daño emergente y lucro cesante conforme las reglas de la responsabilidad civil contractual, llegar a dicha situación es lo último que pretendería un inversionista al momento de suscribir el contrato, y debe ser algo que debe considerarse luego de conocer los efectos de esta decisión.

1.3.3 SENTENCIA 961 DE 2006

En esta ocasión, la Corte entra a analizar la constitucionalidad del artículo 7 de la ley 963 de 2005, el cual establece que: *“Los contratos de estabilidad jurídica podrán incluir una cláusula compromisoria para dirimir las controversias derivadas de los mismos. En este caso, se establecerá un tribunal de arbitramento nacional regido exclusivamente por leyes colombianas”*; por cuanto el ciudadano que demandó considera que al establecerse el carácter obligatorio de este tribunal se vulnera el principio de voluntariedad previsto en el artículo 116 de la Constitución, así como el principio del debido acceso a la administración de justicia consagrado en el artículo 229 de la misma.

Analizando la constitucionalidad de la disposición demandada, el Tribunal Constitucional empieza por establecer que si bien es cierto tratándose del arbitramento, el legislador no podría, en principio, conferirle carácter obligatorio, porque a ello se opone precisamente el principio de voluntariedad, para luego manifestar que del principio de voluntariedad no cabe derivar un impedimento del legislador para regular el régimen procedimental del arbitramento, pues, de conformidad con lo señalado por la Corte, del artículo 116 de la Carta se desprende que “si bien el acceso a la justicia arbitral es voluntario, la función de administración de justicia por árbitros deberá desarrollarse en los términos que

determine la ley”. Es por tanto que la cláusula compromisoria válidamente podrá incluirse en los contratos de estabilidad jurídica.

De otra parte, manifiesta esta Corporación que debido a que estos contratos son estatales, resultan involucrar una finalidad de interés público que en términos generales justifica el establecimiento de límites a la autonomía de la voluntad; así mismo que en virtud de la intervención del Estado en la economía, el legislador ostenta un amplio margen de configuración normativa en materia de inversión en Colombia, lo cual propicia que el legislador pueda ampliamente prever este tipo de cláusulas en los mencionados contratos.

Posteriormente, la Corte resalta que a su juicio resulta razonable y proporcionado que el tribunal de arbitramento que se llegara a convocar fuese gobernado por las leyes colombianas y que fuese nacional, toda vez que si la normatividad nacional es el objeto de los contratos de estabilidad jurídica, resulta previsible que las eventuales controversias que pudieran surgir entre las partes versen sobre los elementos del derecho colombiano que corresponden a dicho objeto.

Finalmente la Corte entra a concluir que si bien la amplia potestad de configuración legislativa no es absoluta, “...por cuanto las medidas adoptadas, deben respetar el núcleo esencial de los derechos constitucionales”⁸, resulta ser necesario que el sometimiento a las leyes colombianas del tribunal de arbitramento y su carácter nacional de ninguna manera comprometan el acceso a la administración de justicia, puesto que si las partes deciden no habilitar árbitros, ello significa que para el conocimiento de sus diferencias no desplazan a la administración de justicia estatal, a la jurisdicción contencioso administrativa.

⁸ REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia del 22 de noviembre de 2006, M.P. Jorge Hernán Gil Echeverry. Pag. 19.

Es por tanto que con base en los anteriores argumentos, la Corte procede a declarar la exequibilidad del artículo impugnado.

1.3.4 SENTENCIA C-155 DE 2007

En esta oportunidad, la Corte entra a analizar de nuevo la constitucionalidad del artículo 7 de la ley 963 de 2005, debido a que los ciudadanos que ejercieron la acción pública de inconstitucionalidad consideraron en términos generales que la obligatoriedad de sujetarse a un arbitramento nacional y a la normatividad colombiana viola la Constitución por cuanto, a su sentir:

(i) “Desconoce el carácter voluntario del arbitramento y el principio de libertad conflictual (artículos 116 y 333 C.P.), pues el contenido de la cláusula compromisoria no puede ser impuesto por el legislador, sino que debe ser de libre estipulación por las partes del contrato; en consecuencia, la norma acusada restringe también el acceso a la administración de justicia (arts. 228 y 229 C.P.);

(ii) Vulnera el principio de igualdad de oportunidades (Art.13 C.P.), pues favorece al Estado y limita la posibilidad de los inversionistas extranjeros de discutir y pactar una cláusula de arbitramento internacional.

(iii) Desconoce los mandatos constitucionales que ordenan la integración internacional del Estado, especialmente en el ámbito Latinoamericano y del Caribe (preámbulo y artículos 9º, 226 y 227 C.P.), pues se desincentiva la inversión y se retrocede frente a tratados internacionales ya incorporados a la legislación nacional, en los que el Estado se ha obligado a aceptar el arbitramento internacional (especialmente la Convención de Washington de 1965 -Ley 267 de 1996-);

*(iv) Vulnera los derechos adquiridos (art.58 C.P.), en la medida que la Ley 315 de 1996 y el Decreto 1818 de 1998 ya permitían pactar arbitramento internacional y escoger la ley aplicable al conflicto, mientras que la disposición acusada elimina esa posibilidad”.*⁹

En primer término, la Corte estableció que frente a la norma demandada existe cosa juzgada relativa, por cuanto en la sentencia C-961 de 2006 se pronunció en relación con cargos distintos a los que se esgrimieron en esta oportunidad.

Igualmente, resaltó la Corte que el ámbito de la Ley 963 de 2005 de la cual hace parte el precepto legal demandado, se limita exclusivamente a la regulación del contrato de estabilidad jurídica que se celebra conforme a las leyes colombianas, con el objeto de fijar los presupuestos jurídicos internos de la inversión, que el Estado se obliga a respetar frente a posibles cambios adversos de normatividad.

En tal contexto, manifiesta la Corte que el principio de voluntariedad se predica de la suscripción misma del contrato, que es una opción para el inversionista, la cual le reporta innegables beneficios. Así mismo, la voluntariedad se predica de la cláusula arbitral, cuyo pacto tampoco es obligatorio. En esa medida, es claro que el legislador no puede imponer o hacer obligatorio el uso de dicho mecanismo de solución de conflictos,

Así mismo, argumenta la Corte que del texto del artículo 7º de la Ley 963 de 2005 se deduce claramente que ese pacto no es obligatorio, sino potestativo de las partes contratantes. Cosa distinta es que, como lo dispone la norma demandada, en el caso de que voluntariamente se pacte la cláusula compromisoria en los contratos de estabilidad jurídica, necesariamente el tribunal de arbitramento debe ser nacional y estar regido exclusivamente por leyes colombianas, y por tanto, en esa medida, advierte la Corporación, es claro que la expresión acusada establece

⁹ REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia del 7 de marzo de 2007, M.P. Álvaro Tafur Gálvis.

una consecuencia en materia de solución de conflictos que sólo se produce por la aceptación voluntaria de la cláusula compromisoria por parte del inversionista.

Posteriormente, la Corte afirma que no se enfrenta a la cláusula general de competencia del Congreso para la regulación de las relaciones jurídicas que se desarrollan en el territorio nacional, el tratamiento de las relaciones internacionales a través de tratados y convenios suscritos con otros Estados, toda vez que ello es expresión de la soberanía y autodeterminación del Estado colombiano, competencia que, en materia de intervención del Estado en la economía, conlleva un amplio margen de configuración normativa, de conformidad con lo consagrado en los artículos 333 y 334 de la Constitución Política.

Así las cosas, de conformidad con los argumentos anteriormente expuestos por la Corte en la sentencia, esta resuelve declarar exequible la norma demandada.

Luego de haber expuesto en las anteriores líneas un panorama que comprende desde los antecedentes del Contrato de Estabilidad Jurídica hasta la reglamentación existente sobre el mismo, se procederá ahora en el siguiente capítulo a estudiar a fondo los aspectos más relevantes que componen la naturaleza jurídica del Contrato.

2. NATURALEZA DEL CONTRATO DE ESTABILIDAD JURÍDICA

2.1 EL CONTRATO DE ESTABILIDAD JURÍDICA Y SUS CARACTERÍSTICAS

2.1.1 Concepto

Antes de entrar a conceptualizar esta figura jurídica, es preciso hacer mención acerca de la diferencia existente entre los conceptos de estabilidad jurídica y seguridad jurídica, ya que estos conceptos tienden a ser equiparados, e incluso para muchos tienen una connotación casi idéntica.

La seguridad jurídica es uno de los aspectos potencialmente incluidos como factor decisivo en la generación de desarrollo y crecimiento económico, y por ende tomado como referente para la decisión de inversión, por cuanto un inversionista sea nacional o extranjero observa el nivel en la estabilidad de las reglas de juego como un factor determinante para realizarla, puesto que cuando las condiciones normativas varían con frecuencia los inversionistas prefieren no invertir.

Es por tal situación que algunos países para evitar que los capitales se desvíen para otros lugares diferentes de su país, han tomado medidas para corregir tal contingencia al efectuar por ejemplo regulaciones normativas con la finalidad de atraer a sus países dichos capitales o inversiones.

El Estado colombiano con la expedición de la ley 963 de 2005, como se mencionó en el capítulo anterior, demuestra ser un país interesado en contar con un sistema jurídico que brinde seguridad a sus inversionistas. Dicha ley entonces se constituyó como un medio para otorgar estabilidad jurídica a los potenciales inversionistas en Colombia, estabilidad ésta que se refiere, según se puede

verificar de los objetivos y finalidades de la ley, a una garantía que tiene por finalidad salvaguardar la estabilidad de algunas normas jurídicas y por ende en alguna medida salvaguardar también, en los términos de esta investigación, el valor de la seguridad jurídica en el ordenamiento jurídico colombiano.

No obstante lo anterior, debe tenerse en cuenta que en todo caso resulta importante, conveniente y en muchas ocasiones necesaria, la modificación del ordenamiento jurídico, teniendo presente que dichas modificaciones han de efectuarse previo un análisis de la seguridad jurídica como fin del Estado colombiano, y además deben corresponder a la necesidad de actualizar el derecho a los cambios que se presentan en la sociedad y la implementación de políticas públicas que concreten las necesidades, los intereses y los valores perseguidos por éste. Por ende, no resulta pues lógico que, se realicen aquellas modificaciones que se introducen en un principio para promocionar e incentivar un sector de la economía y luego, en un período corto de tiempo y sin verificar que las mismas hayan cumplido su objetivo, se eliminen o se limiten afectando la seguridad en el orden jurídico colombiano y por ende la confianza que se tiene en las condiciones previstas.

En Colombia la Seguridad Jurídica es un bien jurídico protegido constitucionalmente, con el alcance y contenido que se deriva de las normas de la Constitución Política. En este mismo sentido lo ha venido señalando reiteradamente la honorable Corte Constitucional, que tiene a su cargo la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución.

El nivel de Seguridad Jurídica se puede concluir de aspectos comunes, como de la certeza de las normas que conforman una determinada institución jurídica y las que son aplicables a cada relación jurídica; la estabilidad de las normas; la claridad en la tipificación o definición de los hechos jurídicos y las consecuencias

jurídicas reguladas en las normas; el respeto de los jueces por la normatividad jurídica y sus efectos, tales como los derechos y obligaciones; entre otros.

En cuanto a lo que respecta a la Estabilidad, debe observarse que ésta no se garantiza de manera absoluta en la normatividad que rige las actividades en las que participan distintos agentes. Tampoco se entiende la estabilidad en términos absolutos que impidan al Estado el ejercicio de sus funciones. En general, se entiende que lo que se brinda es una Estabilidad de manera relativa, que trata de conciliar ciertas situaciones jurídicas consolidadas en cabeza de los particulares, con la necesidad de ejercer la facultad interventora del Estado para adecuar la normatividad a las condiciones cambiantes del comercio, de los mercados y en general de las actividades económicas y sociales.

Respecto de la potestad de cambiar la normatividad vigente en el ordenamiento jurídico colombiano, ha expresado la Corte Constitucional que en un Estado Social de Derecho como Colombia:

*“...la seguridad jurídica no impide cambios en las reglas de juego pero si exige que estos no se hagan arbitraria y súbitamente sin consideración alguna por la estabilidad de los marcos jurídicos que rigen la acción de las personas y en desmedro de la previsibilidad de las consecuencias que se derivan para los particulares de ajustar su comportamiento a dichas reglas”.*¹⁰

Así pues, se evidencia la estrecha relación que existe entre los conceptos de Seguridad y Estabilidad Jurídica, entendiendo a la primera como un principio constitucional y a la segunda como expresión de la primera, ya que la seguridad jurídica incorpora las ideas de seguridad, certeza y estabilidad de las normas. Y así mismo, es posible entonces entender que la actividad del legislador estatal

¹⁰ REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional, sentencia del 23 de enero de 2002. Magistrado Ponente, Manuel José Cepeda Espinosa, Expediente 3593.

tiene como una de sus finalidades primordiales la seguridad y la tranquilidad de los ciudadanos, resaltando que si no hay una estabilidad en cuanto a la consecuencia jurídica, obviamente no pueden los destinatarios de las normas estar gozando del derecho a la seguridad.

Ahora bien, en cuanto al concepto mismo del Contrato de Estabilidad Jurídica, de conformidad con el artículo 1 de la ley 963 de 2005, éste es entendido como un acuerdo de voluntades entre un inversionista y el Gobierno Nacional, por medio del cual éste último se obliga a mantener vigentes, por el término de duración del contrato, las normas que motivaron la inversión, en caso de que éstas sean modificadas en contravía de los intereses del inversionista.

De acuerdo con el artículo en cita, como se expresó, se debe entender por modificación, cualquier cambio en el texto de la norma efectuado por el legislador si se trata de una ley, por el ejecutivo o la entidad autónoma respectiva si se trata de un acto administrativo del orden nacional, o un cambio en la interpretación vinculante de la misma realizada por autoridad administrativa competente.

2.1.2 Objeto

De conformidad con la teoría general del contrato, el objeto de un contrato “...*está constituido por el contenido específico de cada acto, determinado por las regulaciones voluntarias de los agentes, o en su defecto, por las normas a complementar o a suplir la voluntad deficiente o faltante, según la naturaleza del mencionado acto*”.¹¹

En ese sentido, el objeto de un contrato se identifica con el contenido jurídico específico del mismo, es decir, con los efectos que está llamado a producir, derivados tanto de la voluntad de los sujetos del contrato como los establecidos

¹¹ OSPINA FERNÁNDEZ, OSPINA ACOSTA. Guillermo, Eduardo. Teoría General del Contrato y del Negocio jurídico. Editorial Temis, Bogotá 2000. Pag. 237

por ministerio de la ley, que se materializan en las prestaciones que deben cumplir dichos sujetos.

Así pues, en los contratos de estabilidad jurídica las principales prestaciones a cargo del inversionista, consistirán en: i) Realizar una inversión dentro del Estado colombiano; ii) Pagar la prima que se establece en el artículo 5 de la ley 963 de 2005; y iii) Cumplir con los compromisos particulares relativos a los beneficios económicos y sociales el proyecto.

De otra parte, a cargo del Estado se establece la obligación de garantizar a los inversionistas, si durante la vigencia del contrato se modifica en forma adversa a estos algunas de las normas identificadas en los contratos como determinantes de la inversión, tendrán derecho a que se les continúen aplicando dichas normas durante el término de duración del contrato.

Sin embargo, luego de la decisión de la Corte Constitucional proferida mediante sentencia 320 de 2006, esta obligación adquiere otro significado. En efecto, en caso de modificación adversa de las normas determinantes de la inversión, sería perfectamente posible que las autoridades estatales apliquen las nuevas normas a quienes tienen estabilidad jurídica, dejando exclusivamente al Inversionista la posibilidad de ejercer las acciones judiciales que considere pertinentes en contra del Estado para obtener una indemnización de los perjuicios que le fueron ocasionados por dichos cambios.

No obstante, el artículo 3 de la ley 963 de 2005 establece que el objeto del Contrato de Estabilidad Jurídica está constituido por las normas que motivaron la decisión de inversión o sus interpretaciones, las cuales deberán mencionarse de manera expresa y taxativa. Dichas normas, más que ser el objeto del Contrato, constituyen el núcleo central de la obligación a cargo del Gobierno Colombiano, puesto que será respecto de dichas normas que se garantizará la estabilidad.

Es por ello que las normas que podrán ser objeto de estabilidad mediante los Contratos de Estabilidad Jurídica serán aquellos artículos, incisos, ordinales, numerales, literales y párrafos específicos de leyes, decretos o actos administrativos de carácter general concretamente determinados, así como las interpretaciones administrativas vinculantes efectuadas por los organismos y entidades de los sectores central y descentralizados por servicios que integran la rama ejecutiva del poder público y del orden nacional a los que se refiere el artículo 38 de la ley 489 de 1998, las comisiones de regulación y los organismos estatales sujetos a regímenes especiales contemplados en el artículo 40 de la misma ley, exceptuando al Banco de la República.

No obstante, no todas las leyes, actos e interpretaciones de la administración pública pueden ser objeto de estabilidad jurídica, ya que por disposición de la ley no se podrá conceder estabilidad sobre:

- 1) Normas relativas al régimen de seguridad social (es decir, las disposiciones sobre pensiones y salud de los trabajadores);
- 2) La obligación de declarar y pagar los tributos o inversiones forzosas que el Gobierno Nacional decreta bajo estados de excepción (porque tienen carácter temporal hasta que quede solucionada la emergencia que dio lugar a la declaración de estado de excepción);
- 3) Los impuestos indirectos.
- 4) La regulación prudencial del sector financiero (para proteger la confianza de los depositantes en el sistema financiero);
- 5) El régimen tarifario de los servicios públicos.
- 6) Tampoco habrá estabilidad sobre los actos de carácter general del Banco de la República ni tampoco sobre normas declaradas inconstitucionales o ilegales por tribunales judiciales colombianos, durante el término de duración de los respectivos contratos.

Ejemplos de las normas más comunes cuya estabilidad ha sido solicitada por los Inversionistas son la deducción especial del 40% en el impuesto de renta por adquisición de activos fijos reales productivos, la tarifa del impuesto de renta, el desmonte del impuesto de timbre a partir del año 2010, el impuesto al patrimonio, la permanencia de deducciones por inversiones en medio ambiente, entre otros.

2.1.3 Finalidad de la figura y causa del contrato de estabilidad jurídica

El Gobierno Nacional, por intermedio de los Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Comercio, Industria y Turismo, al presentar ante el Senado de la República el proyecto de ley número 15: “Por la cual se instaura la ley de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia”, determinó que la finalidad de dicho proyecto consistía en crear confianza entre los Inversionistas, mediante la expedición de una normatividad encaminada a garantizarles que, durante un determinado tiempo y mediando la suscripción de un contrato, se les mantendrían las condiciones jurídicas que los motivaron a llevar a cabo su Inversión.

Desde un punto de vista macroeconómico, se fundamentaba la finalidad perseguida por cuanto se conseguiría el propósito nacional de atraer más inversión al país, en cuanto ésta es una forma efectiva de gestar el crecimiento económico a largo plazo, reducir el desempleo y aumentar el bienestar de la población nacional.

En cuanto a la causa del contrato de estabilidad jurídica, entendiendo por ésta el fin perseguido por las partes al contraer su obligación, consistirá, para el inversionista, en su intención de disminuir los riesgos de cambio de las condiciones que lo llevaron a realizar la inversión, y para el Gobierno Nacional, en la realización de inversión de la cual ha de derivarse un beneficio para el interés general.

2.1.4 Tipo de inversión que puede obtener estabilidad jurídica

Como se ha mencionado, para celebrar el Contrato de Estabilidad Jurídica es necesario realizar una Inversión en Colombia. No obstante, dicha Inversión deberá reunir unas características y requisitos para que se considere apta para ser objeto de estabilidad.

De un lado, puede ser inversión nacional o extranjera. Se entiende por inversión extranjera aquella que se realiza en el territorio colombiano, incluidas las denominadas zonas francas, por personas naturales o jurídicas no residentes en Colombia. Pero no es admisible cualquier tipo de inversión extranjera, pues ésta debe ser calificada como inversión extranjera directa, de conformidad con lo establecido en el artículo 2 de la ley 963 de 2005. En dicho sentido, se entiende por inversión directa:

“Aquella que se efectúa sin necesidad de utilizar intermediarios, ya sea a través de la adquisición de capital social de personas jurídicas, o mediante la adquisición de derechos en patrimonios autónomos constituidos por contratos de fiducia mercantil, o por la adquisición de inmuebles o participaciones derivadas de procesos de titularización inmobiliaria, o cuando el inversionista realiza aporte por medio de actos o contratos de colaboración empresarial (concesión, licencia o transferencia de tecnología), y finalmente en inversiones suplementarias al capital asignado de las sucursales de las sociedades extranjeras”.¹²

En contraposición, la inversión extranjera indirecta, entendida como aquella cuyo objeto es la realización de transacciones en el mercado público de valores, en

¹² GALAN BARRERA, Diego Ricardo, Los contratos de estabilidad jurídica: un estímulo a la inversión extranjera en Colombia, de:
http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S012359232006000400006&script=sci_arttext#8

títulos o valores inscritos en el registro nacional de valores, a través de un fondo de inversión de capital extranjero (artículo 26 Decreto 2080 de 2000), no puede ser objeto de estabilidad.

Estos fondos de inversión de capital extranjero, son patrimonios constituidos con aportes de personas naturales o jurídicas extranjeras, que pueden organizarse tanto en Colombia como en el exterior como fondos institucionales o individuales, donde los primeros tiene el propósito central de realizar operaciones en mercados de capitales y los segundos, son los que, sin ser ese su objeto principal, acaban canalizando sus excedentes de tesorería en tales mercados en virtud de un esquema de planificación financiera.

De conformidad con el artículo 5 del Decreto 2080 del 2000, las modalidades de inversión provenientes del exterior son:

- *Importación de divisas libremente convertibles para inversiones en moneda nacional.*

- *Importación de bienes tangibles (maquinaria, equipos, y otros bienes físicos) que, bajo la forma de importaciones no reembolsables se aportan al capital de empresas. De la misma manera los bienes que se internan a una zona franca, por el hecho de aportarse al capital de una empresa allí localizada.*

- *Aportes en especie de bienes intangibles (contribuciones tecnológicas, marcas y patentes) al capital de una empresa.*

- *Recursos en moneda nacional con derecho a ser remitidos al exterior, tales como intereses de créditos externos, sumas debidas por concepto de importaciones reembolsables, utilidades con derecho a giro y regalías*

derivadas de contratos debidamente registrados que se destinen a inversiones directas o de portafolio.

- *Recursos en moneda nacional provenientes de operaciones locales de crédito celebradas con establecimientos de crédito destinadas a la adquisición de acciones y realizadas a través del mercado público de valores.*

Ahora, bien cuanto al monto de la inversión, ya sea nueva o una ampliación de la existente, deberá ser igual o superior a la suma de siete mil quinientos salarios mínimos legales mensuales vigentes (7.500smlmv), equivalentes para el 2009 a la suma de \$3.726.750.000.

Finalmente, las actividades o sectores económicos en los que debe realizarse la inversión serán, al tenor del artículo 2º de la ley 963, que tiene carácter enunciativo y no limitativo o restringido: actividades turísticas, industriales, agrícolas, de exportación agroforestales, mineras, de 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 hídrico, y, en general, toda actividad que apruebe el Comité de Estabilidad Jurídica, con la salvedad de las actividades a que se refiere el artículo 6º del Decreto 2080 de 2000 (actividades de defensa y seguridad nacional y procesamiento, disposición y desecho de basuras tóxicas, peligrosas o radiactivas no producidas en el país).

2.1.5 Naturaleza jurídica del contrato

Los Contratos de Estabilidad Jurídica son contratos o negocios jurídicos bilaterales, sinalagmáticos, onerosos, de tracto sucesivo, sometidos a la Ley 963

de 2005 y demás normas que la reglamentan, celebrados de una parte por el Estado colombiano, y de otra parte, celebrados por personas naturales o jurídicas que detenten la calidad de inversionistas y que cumplan los requisitos exigidos por la ley.

A pesar de ser regulados como contratos estatales, por ser una de sus partes el Gobierno Nacional, también hacen parte de los mismos instituciones propias de su naturaleza no presentes en otros contratos, como la solicitud de celebración y su correspondiente aprobación por parte del Gobierno; y del derecho privado como la cláusula compromisoria, con la que se genera una sustracción del derecho público en materia de solución de conflictos, y la posibilidad de cesión del contrato, constituyéndose de esta manera en una figura atípica en el ordenamiento jurídico colombiano.

2.1.6 Cláusula Compromisoria

En el artículo 7 de la ley 963, se establece que los contratos podrán incluir una cláusula compromisoria que permita solucionar los conflictos que se presenten durante la ejecución del Contrato, por un tribunal de arbitramento nacional, el cual estará sometido a las leyes colombianas.

De conformidad con lo advertido por la Corte Constitucional al estudiar la adecuación a la Constitución Política Nacional de la disposición mencionada, en la sentencia C-155 de 2007, como se mencionó anteriormente, la inclusión de la cláusula compromisoria en el contrato de estabilidad jurídica es opcional para las partes pues pueden optar por pactarla o no en el contrato, empero cuando se pacta la consecuencia necesaria es el traslado de la competencia jurisdiccional para conocer el conflicto a un tribunal de arbitramento nacional, con sujeción a la legislación colombiana.

2.1. 7 Terminación anticipada

La duración de los Contratos de Estabilidad Jurídica estará determinada por la fecha de su firma y permanecerán vigentes durante el término de duración establecido en el contrato, el cual no podrá ser inferior a tres (3) años, ni superior a veinte (20) años.

Ahora bien, su vigencia podrá terminar de manera anticipada, de conformidad con lo establecido en el artículo 8 de la ley 963 de 2005 y en el literal b) del artículo 11 del decreto 2950 de 2005, a saber: i) Cuando no se realice oportunamente o se retire la totalidad o parte de la inversión; ii) No se realice el pago oportuno de toda o una parte de la prima; iii) El inversionista se encuentre incurso en la causal del artículo 9° de la misma ley, es decir, cuando el inversionista o inversionistas hayan sido condenados mediante sentencia ejecutoriada o sancionados mediante acto administrativo definitivo, ya sea en el territorio nacional o en el extranjero, en cualquier época, por conductas de corrupción que sean consideradas punibles por la legislación colombiana.

En ese orden de ideas, la terminación anticipada del Contrato, como en los contratos de tracto o ejecución sucesiva, implicará que el inversionista, no obstante haberse beneficiado de los efectos del contrato antes de darse la causal de terminación, no continuará beneficiándose del mismo. Pero también implicará dicha terminación, en nuestro sentir, la devolución de la porción de la prima proporcional al tiempo que faltare para el vencimiento del plazo inicial de vigencia del contrato, pero en todo caso, estará obligado el Inversionista al pago de los eventuales perjuicios que a favor de la nación llegaren a causarse, y llegaren a probarse.

Es difícil entonces establecer cuáles son los posibles perjuicios que le podría significar al Estado el incumplimiento del contrato, pero se podría pensar en los

costos en los que tuvo que incurrir por el análisis en la suscripción y de los recursos empleados para ello. Más no sería coherente que se imputaran como perjuicios las sumas que se dejaron de recibir por la devolución del valor de la prima que no se causó; tendrían entonces que cuantificarse los perjuicios por la no obtención de los impactos macroeconómicos y sociales esperados del proyecto de inversión, si es que fuera posible hacerlo.

Sin embargo, existe para el Inversionista la posibilidad de evitar la terminación anticipada del Contrato, cuando se le presente algún o algunos inconvenientes al realizar la inversión. Precisamente, el parágrafo 2º del artículo 11 del Decreto 2950 de 2006, prevé la posibilidad de que éste solicite al Gobierno la suspensión de los efectos de estabilidad jurídica derivados del contrato mientras es superado el inconveniente.

Esta disposición aparece como un gran beneficio para el inversionista, pues consulta aquellas variables económicas, sociales y/o financieras a las que la inversión está condicionada, y que pueden afectarla o por lo menos modificar los términos en los cuales se asumió el compromiso de realizarla.

Por otro lado, como consecuencia de que el régimen establecido en la Ley 80 de 1993 no será aplicable, la cláusula de caducidad que se introduce en los contratos estatales no deberá incluirse en los Contratos de Estabilidad, lo cual además de proporcionar una igualdad contractual entre el Gobierno y el Inversionista, permite que este último no se vea avocado en caso de incumplimiento a la inhabilidad que conlleva la misma sanción de caducidad.

2.2 PROCEDIMIENTO PARA LA SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO

Los pasos o etapas que deben seguirse para la celebración del Contrato de Estabilidad, han sido desarrollados por el artículo 4 de la ley 963 de 2005, el artículo 8 del decreto 2950 del 2005, el documento Conpes 3366 de 2005 y el documento Conpes 3406 de 2005. Dichos pasos son:

2.2.1 Solicitud del contrato

El artículo 4 de la ley 963 de 2005 y su decreto reglamentario 2950 del 2005 en su artículo 3, establecen que la solicitud de Contrato de Estabilidad Jurídica debe contener expresamente la siguiente información:

- “a) Identificación plena del inversionista y su capacidad para actuar;
- b) Descripción detallada del proyecto de inversión, que incluya las modalidades de inversión y estudios de factibilidad técnica, financiera y económica, planos u otra documentación que sustente la adecuación del proyecto a lo establecido en el Documento Conpes previsto en la Ley 963 de 2005;
- c) Determinación de la cuantía de la inversión y descripción detallada del plazo para efectuarla. Si esta ha de realizarse de manera fraccionada, se deberá establecer un cronograma que determine cuándo se efectuará cada parte de la inversión;
- d) Transcripción de los artículos, incisos, ordinales, numerales, literales y párrafos de las normas y de las interpretaciones administrativas vinculantes sobre las cuales se solicita la estabilidad;
- e) Exposición de las razones que demuestren la importancia y el carácter determinante sobre la decisión de inversión de las normas e interpretaciones administrativas vinculantes objeto de la solicitud, de acuerdo con el Documento Conpes respectivo;

- f) Determinación justificada del término propuesto de duración del contrato;
- g) Forma de pago de la prima propuesta por el inversionista y justificación de la existencia de períodos improductivos de la inversión y de su duración, si los hubiere. Se considerarán períodos improductivos únicamente los que sean definidos de esta manera por la normatividad vigente;
- h) Número de empleos que el inversionista proyecta generar durante la vigencia del contrato y otros efectos económicos y sociales esperados del proyecto, de conformidad con lo establecido en el Documento Conpes respectivo;
- i) Manifestación del inversionista de no haber sido condenado mediante sentencia ejecutoriada o sancionado mediante acto administrativo definitivo, en el territorio nacional o en el extranjero, en cualquier época, por conductas de corrupción que sean consideradas punibles por la legislación nacional, la cual se entenderá prestada bajo la gravedad del juramento;
- j) Manifestación del inversionista sobre el origen lícito de los recursos con los cuales se realizarán las inversiones nuevas o la ampliación de las existentes, la cual se entenderá prestada bajo la gravedad del juramento”.

Una vez se presenta la solicitud, ésta será evaluada por un comité conformado por el Ministro de Hacienda y Crédito Público, el Ministro de Comercio, Industria y Turismo, el Ministro del ramo o sector económico en el que se efectúe la inversión, el Director del Departamento Nacional de Planeación y el Director de la entidad autónoma, cuando se trate de normas expedidas por dichas entidades.

Luego de presentada la solicitud ante el Comité, la Secretaría técnica, creada por el Decreto 133 de 2006 como el órgano encargado del estudio de la solicitud, verificará que contenga la información requerida, y en caso de que ésta no esté completa, la devolverá al petitionario indicando la información necesaria para completarla. Una vez se encuentra completa la solicitud, la Secretaría la admitirá, comunicándoselo al petitionario, y a partir de tal admisión comenzará a correr el

término de cuatro (4) meses para suscribir el contrato o señalar las razones por las cuales se rechaza la solicitud.

2.2.2 Evaluación y aprobación de la solicitud: Una vez admitida la solicitud, será evaluada por el Comité de Estabilidad Jurídica, con fundamento en los lineamientos establecidos en el documento CONPES 3366 de 2005, de conformidad con el siguiente procedimiento:

- Admitida la solicitud, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes, la Secretaría Técnica solicitará los conceptos técnicos que considere necesarios para la evaluación de la misma, al Departamento Nacional de Planeación, al Ministerio del ramo en el que se realizará la inversión, o a cualquier otra entidad pública, quienes tendrán quince (15) días hábiles para enviarlo a la Secretaría Técnica, y una vez hayan transcurrido los quince (15) para tal efecto, la Secretaría Técnica elaborará el correspondiente informe técnico de evaluación, que incluirá recomendaciones al Comité, y lo enviará a sus miembros, con una antelación mínima de cinco (5) días hábiles a la fecha de reunión del Comité en que se discuta la aprobación de la solicitud.

- Una vez recibido el informe, el Comité decidirá sobre la aprobación o no de la celebración del contrato, aunque puede suceder que el Comité considere necesario contar con conceptos adicionales de otras entidades y proceda a solicitarlos a través de la Secretaría Técnica, otorgando a la respectiva entidad un plazo máximo de diez (10) días hábiles para responder, o bien puede suceder igualmente que el Comité requiera información adicional del peticionario para tomar la decisión, o también que a la solicitud deba hacerse una modificación en cualesquiera o todos sus elementos para cumplir con las finalidades y objetivos de generar inversión nueva, así lo indicará a la Secretaría, la cual devolverá la solicitud al peticionario indicando la información adicional requerida, o las modificaciones propuestas por el Comité, según sea el caso, y debido a ello el

término de los 4 meses que se tiene previstos para suscribir el contrato se suspenderá hasta que el peticionario allegue la información adicional o la modificación solicitada por el Comité.

- La decisión final del Comité se notificará al peticionario, a través del Ministro del ramo en el que se efectúe la inversión, y contra ella sólo se permite interponer recurso de reposición.

Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto en el documento Conpes 3366 de 2005, el Comité de estabilidad jurídica al momento de analizar o evaluar la solicitud debe tener en cuenta que, si el objeto de la solicitud es un proyecto específico de ampliación de una inversión existente y dicha solicitud recae sobre normas que afectan sólo la inversión marginal, se establezca en el contrato un mecanismo de control o auditoria que verifique la extensión de la estabilidad jurídica únicamente a la inversión marginal. Si, por el contrario, la solicitud de estabilidad jurídica pretende el amparo de toda la actividad económica del inversionista, éste demostrará al Comité las externalidades positivas esperadas de la inversión, su magnitud y el carácter indiferenciable de éstas respecto de las generadas por la inversión original y que su balance arroje rentabilidad social y económica positiva.

Así mismo, el Comité al momento de evaluar la solicitud deberá considerar que los impactos generados por la inversión que el inversionista solicitante presente para demostrar la rentabilidad económica y social positiva que genera la suscripción del contrato, sean de suficiente entidad como para justificar la celebración del mismo.

Finalmente, en el documento Conpes 3366 de 2005 aparecen enunciados ciertos criterios específicos que deberá tener en cuenta el Comité al momento de evaluar la solicitud presentada por el peticionario. Así pues, El Comité al evaluar la solicitud del inversionista para suscribir el contrato puede aprobar que la inversión

recaiga sobre cualquier sector o actividad económica fuera de los que se establecieron en el artículo 2 de la ley 963 de 2005, sin favorecer unas actividades sobre otras salvo cuando se trate de razones de discriminación positiva de acuerdo al plan nacional de desarrollo vigente, y observar que nunca la inversión vaya a recaer sobre aquellos sectores o actividades restringidos por el artículo 6 del Decreto 2080 del 2000¹³ (régimen general de inversiones), el cual se refiere a los sectores de la economía en los cuales no puede realizarse inversiones de capital del exterior, y así mismo velar porque no recaiga sobre las inversiones extranjeras de portafolio.

Deberá también el Comité, verificar que realmente la norma objeto de la solicitud de estabilidad jurídica sea de tal importancia y carácter que sea determinante para la decisión de inversión para efectos de aprobarla o improbarla, deberá estudiar que la nueva inversión o la ampliación de la existente tenga efectos sobre diferentes aspectos como la creación de empleo, el desarrollo regional, la transferencia de tecnología, la generación de divisas, las demandas en la producción nacional y el aumento del producto interno bruto.

Además de las normas que pueden ser objeto del contrato y que están expresamente excluidas por la ley 963 de 2005 y el decreto 2080 de 2000, el Comité deberá verificar que dentro de la solicitud del inversionista no se encuentren normas de carácter general que impidan el ejercicio de facultades legislativas, reglamentarias y regulatorias del Estado, como aquellas que actúen sobre las condiciones del mercado y cuya estabilidad no se puede garantizar al inversionista sin que su estabilización beneficie a un conjunto de sujetos concurrentes a ese mercado.

¹³ Sobre actividades de defensa y seguridad nacional, y sobre el procesamiento, disposición y desecho de basuras tóxicas, peligrosas o radiactivas no producidas en el país.

Una potestad de gran importancia que tiene el Comité dentro del proceso de evaluación y aprobación de la solicitud, consiste en la posibilidad de negociación con el inversionista solicitante de los términos específicos del contrato, pues además de poder acordar la forma del pago de la prima y las normas que se incluirán en él, se pueden acordar la duración del contrato y los compromisos de impacto económico y social que serán adquiridos por el inversionistas. Todo esto con el objetivo de facilitar la suscripción del contrato y la estimulación de la inversión.

2.2.3 Suscripción del contrato: El contrato será suscrito por el Ministro del ramo en el que se efectúe la inversión, quien no podrá delegar la atribución, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la minuta del respectivo contrato firmada por el peticionario, la cual fue elaborada por la Secretaría Técnica. Previamente, el peticionario debió suscribirla y devolverla a la Secretaría Técnica dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a su recibo.

No obstante, el peticionario tiene la facultad de renunciar a la solicitud de contrato en este estado del proceso de manera expresa. Incluso, si el peticionario no ha renunciado expresamente a la solicitud de celebración del contrato y se abstiene de suscribirlo dentro de los cinco (5) días hábiles señalados en el inciso anterior, se entenderá que ha renunciado a su solicitud, y no podrá presentar otra que verse sobre el mismo proyecto de inversión.

Finalmente, una vez se encuentre suscrito el contrato, éste deberá ser registrado ante de Departamento Nacional de Planeación.

A continuación y de acuerdo a los planteado y analizado en los dos capítulos anteriores, se procederá a dar cuenta de algunos de los problemas de carácter eminentemente jurídico que se evidencian a partir del estudio de la reglamentación legal y de las disposiciones jurisprudenciales que se han proferido, con el objetivo

de cumplir con las finalidades del presente trabajo de investigación como herramienta de análisis para aquel potencial inversionista que pretenda implementar dicha figura jurídica.

3. PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS DERIVADOS DEL RÉGIMEN DE ESTABILIDAD JURÍDICA

Es necesario recordar que la Ley 963 de 2005 autorizó al Gobierno a firmar estos contratos de estabilidad jurídica, con el fin de garantizar a los inversionistas que los suscriban que si durante su vigencia se modifica en forma adversa a éstos alguna de las normas que haya sido identificada en los contratos como determinantes de la inversión, los inversionistas tendrán derecho a que se les continúe aplicando dichas normas por el término de duración del contrato respectivo.

Luego de haber efectuado todo el análisis anteriormente expuesto sobre el contrato de estabilidad jurídica y toda la normatividad regulatoria existente acerca de éste, es pertinente formular algunas críticas a los contratos de estabilidad jurídica, y así mismo dar cuenta de algunas carencias de la normatividad existente sobre este instrumento que deja algunos vacíos legislativos toda vez que la normatividad actual no resulta ser suficiente para regular por completo la figura, todo ello tal y como a continuación nos permitimos exponer.

En primer lugar, es necesario referirse a los efectos que podrían derivarse de la derogatoria expresa o tácita de la ley de estabilidad jurídica para un inversionista que ya celebró el contrato, es decir a los efectos derivados o consecuencias que se generan para ese inversionista en el evento en que la norma que creó la estabilidad jurídica, la ley 963 de 2005, sea abolida y por tanto salga del ordenamiento jurídico por efecto de una norma posterior, ello porque consideramos que en tanto el presente trabajo lo que intenta es otorgar una buena herramienta a los futuros inversionistas, se considera que sería prudente que ellos pudieran analizar la probabilidad y los efectos de esta situación.

Para comenzar debe tenerse en cuenta que en principio, por regla general de conformidad con preceptos constitucionales, el fenómeno de la derogatoria de una norma sólo produce efectos hacia el futuro respetándose por tanto los derechos adquiridos bajo la vigencia de una norma derogada, y afirmamos que en principio por cuanto el artículo 58 Constitucional autoriza expresamente la retroactividad cuando las leyes comprometan el interés social o público. Por lo que en el evento de que sea derogada la ley 963 de 2005 por una nueva ley, ésta no podrá ser retroactiva en principio y deberá respetar la situación jurídica ya consolidada por la ley 963.

De manera que, cuando se presente la anterior situación podría darse lugar a que se generen dos escenarios:

- Que la nueva ley sólo ordene que se deroga la ley 963 de 2005.
- Que la nueva ley ordene que se deroga la ley 963 de 2005, que en adelante no producirá efecto alguno los contratos de estabilidad que hayan sido suscritos.

En el primer efecto, se observa que con tal disposición la nueva ley no tiene efectos retroactivos, respeta entonces todos los derechos adquiridos durante la vigencia de la ley 963 de 2005, y por tal hecho entonces se verifica que los contratos de estabilidad jurídica que hubiesen sido suscritos continuarán vigentes por el término de duración estipulado en cada uno de los contratos. Efecto éste que sería el ideal que sucediera en el evento de derogatoria de la mencionada ley porque no se afectaría ninguno de los intereses de los inversionistas que se vieron motivados a intervenir por esta ley que les brindaba una estabilidad jurídica por el término de tiempo pactado.

El segundo efecto bajo análisis sí llegaría a perjudicar gravemente al inversionista por cuanto el contrato de estabilidad jurídica que suscribió dejaría de producir efectos en lo que se refiere a su proyección futura, con lo cual no se respetarían los derechos que había adquirido durante el término de vigencia de la ley 963 de 2005. Por lo cual entonces el Estado no le cumpliría con el objeto que motivó al inversionista a efectuar la inversión en el país, es decir que el Estado no le otorgó con esta situación la estabilidad jurídica a la cual se había obligado otorgar, ello por disposición del legislador que decidió dejar sin efecto tal ley.

Ocurrida tal situación, el inversionista deberá por tanto acudir a la jurisdicción aplicable o al tribunal de arbitramento, si se pactó en el contrato suscrito una cláusula compromisoria, para que busque ser indemnizado por los perjuicios que le fueron ocasionados con la decisión de dejar sin efectos el contrato suscrito que se encontraba perfectamente vigente hasta que la nueva ley decidió derogar y cesar los efectos hacia el futuro.

Al respecto de este último efecto que se viene analizando, consideramos que sólo podría darse en el supuesto de que, cómo se explicó en un principio, el legislador considere vulnerar los derechos adquiridos por conveniencia del interés público que prevalece sobre el interés individual. Con ello queremos entonces mencionar que le sería muy sencillo al legislador invocar tal autorización para dejar sin efectos la ley 963 de 2005 hacia el futuro, por cuanto tal criterio de interés social resulta ser demasiado amplio, aún más en materia tributaria, ya que las normas fiscales se orientan principalmente a asegurar al Estado los recursos necesarios que le permitan cumplir sus funciones, lo cual le otorgaría al legislador una gran facultad de decidir llevar a cabo la derogatoria mencionada causando con ello graves consecuencias a los intereses de los inversionistas que confiados fueron motivados por la estabilidad jurídica prometida por el Gobierno Nacional, y que simplemente ahora tendrían la única alternativa de iniciar un proceso tendiente a que le reparen los perjuicios que les fueron ocasionados con tal actuación, en

concordancia con lo mencionado acerca de los efectos de la terminación anticipada en el capítulo anterior.

En segundo lugar, de la redacción del artículo 1 de la ley 963 de 2005 que proporciona la definición de estabilidad jurídica, no resulta posible inferir los presupuestos para entrar a establecer cuando hay un cambio legislativo que es adverso a los intereses de los inversionistas. Es decir, de la lectura del mencionado artículo no se establece en manos de quien se deja el raciocinio necesario para entrar a determinar tal situación, está en manos del inversionista mismo que debe manifestarle al Gobierno aquella situación que lo afecta para que éste entre a brindarle la estabilidad prometida, o bien está en manos del Gobierno que tiene que ejercer una actividad tendiente a establecer la posibilidad o no de la afectación al inversionista derivada de la modificación de la normatividad determinante de la inversión.

Se observa que la ley simplemente se limita a establecer que *“... si durante su vigencia se modifica en forma adversa a estos alguna de las normas que haya sido identificada en los contratos como determinante de la inversión, los inversionistas tendrán derecho a que se les continúen aplicando dichas normas por el término de duración del contrato respectivo”*. Y prosigue: *“Para todos los efectos, por modificación se entiende cualquier cambio en el texto de la norma efectuado por el Legislador si se trata de una ley, por el Ejecutivo o la entidad autónoma respectiva si se trata de un acto administrativo del orden nacional, o un cambio en la interpretación vinculante de la misma realizada por autoridad administrativa competente”*. De manera que la norma no es clara en el aspecto mencionado, lo cual exige un mejor pronunciamiento al respecto por vía de reglamentación, toda vez que la norma no resulta ser suficiente para dejar definida tal situación que resulta ser necesaria para efectos de saber cómo proceder en el evento del cambio o modificación de la normatividad.

En tercer lugar, respecto de la obligación consagrada en el artículo 5 de la ley 963 de 2005, el cual establece que: *“El inversionista que suscriba un contrato de estabilidad jurídica pagará a favor de la Nación -Ministerio de Hacienda y Crédito Público- una prima igual al uno por ciento (1%) del valor de la inversión que se realice en cada año”*. Obligación ésta a cargo del inversionista de pagar una prima, como contraprestación de la estabilidad jurídica o normativa que se le brindará por parte de la nación una vez se suscriba el contrato de estabilidad, surgen inquietudes debido a que ni en la ley, ni en los decretos reglamentarios o documentos CONPES se estableció cuál sería la destinación de la misma.

No resulta posible entonces saber a partir de tal regulación a dónde van a parar dichas sumas de dinero, en qué se invierten, así como no se tiene conocimiento de cuál es la naturaleza que tiene la mencionada prima. Por tanto al respecto, se afirma que sería conveniente que el Gobierno definiera o aclarara en qué y cómo se invierten estos recaudos, pues deja una gran incertidumbre e inquietud el no saber a ciencia cierta el manejo otorgado a dichos recursos, y ello como una garantía sobre todo al inversionista mismo que es el obligado a pagar dicha prima.

Ahora, en cuanto al término utilizado por el artículo 2 de la ley 963 de 2005, cuando se refiere a la ampliación de las inversiones existentes, se considera que el mencionado término requiere una profunda explicación, por lo que resulta necesario que una vez más se reglamente la ley para dejar clara esta situación, para que de tal manera se desarrolle una metodología que permita considerar, debido a la naturaleza de las inversiones, desde qué momento puede ser considerada la ampliación de una inversión ya que ello da lugar a múltiples interpretaciones, quizá en detrimento de los intereses del país y a beneficio del inversionista que se beneficiará de las ventajas brindadas por dicha ley una vez celebre el contrato con cualquier iniciativa de ampliación de inversión que tuviese en mente.

Por otra parte, respecto a lo consagrado en el artículo 7 de la ley 963 de 2005, el cual establece que: *“Los contratos de estabilidad jurídica podrán incluir una cláusula compromisoria para dirimir las controversias derivadas de los mismos. En este caso, se establecerá un tribunal de arbitramento nacional regido exclusivamente por leyes colombianas”*. Debido a que allí se prevé la posibilidad de incluirla en el contrato, más no se impone la obligación de suscribirla, es importante saber cuál será el procedimiento de resolución de controversias en caso de que ésta no sea pactada.

Otro problema que se deriva del texto de la ley 963 de 2005, es que en ésta se encuentran muchos apartes que resultan ambiguos e imprecisos y que pueden generar inexactitudes y zozobra al momento de ser interpretados.

Tal es el caso del artículo 2° de la Ley 963, el cual menciona que: *“Podrán ser parte en los contratos de estabilidad jurídica los inversionistas nacionales y extranjeros, sean ellos personas naturales o jurídicas, así como los consorcios, que realicen inversiones nuevas o amplíen las existentes en el territorio nacional...”*. A partir de una lectura literal del mencionado artículo se observa que se enumera taxativamente los inversionistas que pueden ser parte en el Contrato de Estabilidad Jurídica, lo cual genera una duda respecto de si las uniones temporales, que no aparecen allí consagradas, pueden ser parte del contrato.

Así mismo, de la lectura de la ley 963 de 2005 y demás normas que regulan el Contrato de Estabilidad Jurídica, no se hace mención a las consecuencias que devienen, o a lo que sucede con los efectos del contrato de estabilidad jurídica cuando procede una fusión o una escisión con la empresa que lo suscribió, hay un vacío normativo por parte del legislador que no advirtió cual era el tratamiento que se debe dar a estas situaciones, o será que es posible dar aplicación al decreto 852 de 2006 que reglamenta cuales son los requisitos para que los contratos de

estabilidad tributaria surtan efectos ante la fusión, escisión, cesión de activos, pasivos y contratos?

Sin perjuicio de lo expuesto y analizado en los dos capítulos anteriores, respecto de algunos de los interrogantes planteados en el presente capítulo, como resultan ser los mencionados a partir del segundo problema aludido, no es posible hacer una aproximación exacta a cual ha de ser su solución, pues dentro del ordenamiento jurídico colombiano no hay una respuesta que permita solucionar claramente estos problemas. En estos casos mencionados, habrá que acudir a criterios de interpretación como la analogía y los principios generales del derecho, teniendo en cuenta el ordenamiento en su totalidad y deduciendo lógicamente algunas respuestas pues, en nuestro criterio, una interpretación antiformalista que acuda a la intención del legislador solo tendría en cuenta argumentos políticos que favorezcan en todo momento la defensa de la protección de la inversión extranjera, como motor para el desarrollo, y no se mirará con detenimiento cuales son las consecuencias que esto acarrea para la coherencia, lógica, sistematicidad y hermetismo del sistema jurídico colombiano, y podrían vulnerarse así muchos de los pilares fundamentales del Estado constitucional y de Derecho como el Colombiano.

Además de estos problemas de ambigüedad, falta de desarrollo normativo, imprecisión en el planteamiento de los términos, entre otros problemas, se considera que la Ley de estabilidad jurídica tiene algunos aspectos negativos puntuales adicionales, especialmente de tipo procedimental como lo son:

- Demasiados los requisitos exigidos para presentar la solicitud.
- Demasiada la discrecionalidad del Comité.
- No hay que olvidar la gran problemática que se plantea para la aplicación y para el correcto entendimiento de ésta ley, el pronunciamiento que hace la Corte Constitucional en la sentencia C-320 de 2006 como se expuso anteriormente, pues esta sentencia replantea totalmente el objeto y la

utilización de estos contratos y desnaturaliza su creación, de tal manera que su suscripción puede conllevar a efectos adversos a los que buscan los inversionistas por no darse realmente la eficacia buscada por los mismos.

A raíz de lo anterior, es importante que el inversionista que considere suscribir el contrato de estabilidad, piense bien cuál es la trascendencia que se le dará al contrato de estabilidad jurídica para direccionar sus actuaciones y al momento de tomar decisiones de inversión, pues sería peligroso e impreciso tomar decisiones económicas y comerciales teniendo la idea de que sus actos están garantizados por una inmodificabilidad que el gobierno les ha otorgado a las normas que rigen los actos, pues siempre queda abierta la posibilidad de que el Estado obligue al inversionista a cumplir una normatividad adversa y más gravosa que la que fue objeto del contrato, simplemente dándole la posibilidad de acudir a la vía jurisdiccional o arbitral para el cumplimiento del contrato y un eventual resarcimiento de los perjuicios, pues esto tendría grandes sacrificios y costos para el inversionista no solo de tipo económico sino de tiempo, celeridad, eficacia, oportunidad, entre otros.

Por otro lado, luego de analizar algunos de los contratos de estabilidad jurídica suscritos (véase anexos), desde la entrada en vigencia de la Ley de estabilidad jurídica promulgada en 2005, se pueden encontrar varias inexactitudes en la redacción de compromisos del inversionista y resaltar algunos aspectos a considerar al momento de la redacción de sus cláusulas, a saber:

- Cuando el inversionista se obliga a generar “aproximadamente” un número determinado de empleos indirectos, ¿Que representa y cuáles son las connotaciones de una obligación en un contrato cuando se establece que la cifra es aproximada?

- En los contratos no existe ninguna cláusula de permanencia de empleo generado durante el tiempo de vida del contrato de estabilidad jurídica. No es de descartar que la inversión, por ejemplo si se trata de construcción de nuevas plantas que reemplacen a las anteriores, o de inversiones asociadas a la adopción de nuevas tecnologías, pueda arrojar un resultado neto negativo en el número de trabajadores vinculados a la empresa.

Es importante destacar ahora que, resulta ser muy temprano efectuar un pronóstico de las posibles consecuencias que implica el aumento en la suscripción de un considerable número de contratos de estabilidad jurídica en nuestro país, no solo para el mejoramiento de las condiciones económicas sino para la estabilidad del ordenamiento jurídico y especialmente para los diferentes sectores que no se han visto favorecidos por estos contratos. Lo único que podemos hacer es esperar que mediante esta herramienta podamos afrontar la crisis financiera actual y realmente se incentive de manera considerable la inversión extranjera y disminuya el desempleo, esto con el mínimo sacrificio de la potestad reglamentaria del Estado.

Sin embargo, una situación que podría evidenciarse desde ya, resulta ser que a pesar de que la utilización de los contratos de estabilidad jurídica buscan incentivar la inversión extranjera directa en nuestro país como camino para una mayor inversión en lo social, en la búsqueda de estos fines es posible que se perjudique a muchos de los agentes a los que se pretende beneficiar, pues al buscar beneficiarse en mayor medida a aquellos inversionistas con grandes capitales se pueden perjudicar aquellos que no cuentan con dicho beneficio pues serán estos a quienes les corresponda asumir los costos de una eventual modificación de la legislación, aumentando así de manera considerable la repartición de la riqueza, lo que se transmite a una mayor desigualdad social y en

una mayor demarcación de las clases sociales, afectando la libre competencia económica.

CONCLUSIONES

1. A pesar de todos los inconvenientes que pueden derivarse de la normatividad de los contratos de estabilidad jurídica y teniendo en cuenta que existen aun muchos caminos por recorrer en esta materia, hay que reconocer que estos contratos son de gran importancia para incentivar la atracción de capitales extranjeros al país y aumentar las inversiones ya existentes, de manera que estos serán una herramienta que permita aumentar la confianza internacional en nuestro país y lograr que se nos otorgue un estatus de Estado Protector de las inversiones en el cual se pueden realizar de manera segura actividades que permiten obtener altas rentabilidades.
2. Es necesario que se tenga en cuenta la posición de la Corte Constitucional, planteada en la sentencia C-320 de 2006, para tener claro cuál es el real sentido que debe darse dentro del ordenamiento jurídico colombiano a este tipo de contratos, pues las consideraciones expresadas por dicha Corporación influirán no sólo la aplicación de las normas estabilizadas y modificadas por la autoridades públicas, sino también la solución que se de a los conflictos surgidos con ocasión del Contrato, ya sea que se resuelva por un tribunal de arbitramento o por un juez de la República. Igualmente, hay que considerar como este pronunciamiento de la Corte puede desvirtuar el significado real de lo que ha de entenderse por estabilidad y por inmodificabilidad del ordenamiento, al cual se están acogiendo quienes suscriben estos contratos pues, en ultimas, para la Corte con dichos

contratos no se está renunciando a la posibilidad de que se les aplique una normatividad diferente a la que sea determinante de la inversión, sino que lo que realmente se otorga es la posibilidad de demandar al Estado ante una eventual modificación del mismo.

3. No obstante que con los contratos de estabilidad jurídica se ha pretendido la estabilización de aquellas normas que regulan materias o ámbitos del derecho propensos al cambio permanente y que puedan implicar consecuencias adversas al momento de una decisión de inversión, como pueden serlo las normas sobre trámites aduaneros o las normas sobre trámites de autorizaciones o permisos, han sido principalmente las normas de carácter tributario las más incluidas para ser objeto de estos contratos y por ende las que más incentivan su suscripción

4. Es de vital importancia no dejar de lado que los contratos de estabilidad jurídica son solo un medio para poder lograr los fines de crecimiento económico y bienestar social. En especial, en este momento de crisis económica internacional, donde Colombia conserva una estabilidad moderada en relación con otras economías, y el Contrato de Estabilidad Jurídica se perfila como el un mecanismo más de atracción de capital extranjero para aumentar la producción, aumentar el consumo y disminuir el desempleo.

BIBLIOGRAFÍA

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-320 de abril 24 de 2006. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. En: [http:// www.ramajudicial.gov.co](http://www.ramajudicial.gov.co)

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-961 de noviembre 22 de 2006. M.P. Rodrigo Escobar Gil. En: [http:// www.ramajudicial.gov.co](http://www.ramajudicial.gov.co)

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-242 de marzo 29 de 2006. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. En: [http:// www.ramajudicial.gov.co](http://www.ramajudicial.gov.co)

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 24 de agosto de 2001. Sección Cuarta. M.P. Germán Ayala Mantilla. En [http:// www.ramajudicial.gov.co](http://www.ramajudicial.gov.co)

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 9 de agosto de 2002. Sección Cuarta. M.P. María Inés Ortiz Barbosa. En [http:// www.ramajudicial.gov.co](http://www.ramajudicial.gov.co)

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-155 de marzo 7 de 2007. M.P. Álvaro Tafur Gálvis. En: [http:// www.ramajudicial.gov.co](http://www.ramajudicial.gov.co)

NORMATIVIDAD

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Bogotá: Legis. 1991.

COLOMBIA. CONGRESO. Ley 9 de 1991. Enero 17. Por la cual se dictan normas generales a las que deberá sujetarse el Gobierno Nacional para regular los cambios internacionales y se adoptan medidas complementarias. Bogotá: El Congreso. 1991.

COLOMBIA. CONGRESO. Ley 80 de 1993. Octubre 28. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Bogotá: El Congreso. 1993.

COLOMBIA. CONGRESO. Ley 963 de 2005. Julio 8. Mediante la cual se instaura una ley de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia. Bogotá: El Congreso. 2005.

COLOMBIA. PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Decreto 624 de 1989. Marzo 30. Por el cual se expide el Estatuto Tributario de los Impuestos Administrados por la Dirección Nacional de Impuestos Nacionales. Bogotá: El Presidente de la República. 1989.

COLOMBIA. PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Decreto 1295 de 1996. Julio 24. Por el cual se dictan normas relacionadas con el régimen de inversión extranjera. Bogotá: El Presidente de la República. 1996.

COLOMBIA. PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Decreto 2080 de 2000. Octubre 18. Por el cual se expide el régimen general de inversiones de capital del exterior

en Colombia y de capital colombiano en el exterior. Bogotá: El Presidente de la República. 2000.

COLOMBIA. PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Decreto 1844 de 2003. Julio 2. Por el cual se modifica el régimen general de inversiones de capital del exterior en Colombia y de capital colombiano en el exterior. Bogotá: El Presidente de la República. 2003.

COLOMBIA. PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Decreto 2950 de 2005. Agosto 29. Por el cual se reglamenta parcialmente la ley 963 de 2005 por la cual se instaura una ley de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia. Bogotá: El Presidente de la República. 2005.

COLOMBIA. PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Decreto 133 de 2006. Enero 23. Por el cual se deroga el literal h.) del artículo 8 del Decreto 2959 de 2005. Bogotá: El Presidente de la República. 2006.

COLOMBIA. PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Decreto 1474 de 2008. Mayo 6. Por medio del cual se modifica el Decreto 2959 de agosto 29 de 2005. Bogotá: El Presidente de la República. 2008.

COLOMBIA. MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO. Resolución 2233 de 2005. Octubre 5. Por la cual se determina la Secretaría Técnica del Comité de Estabilidad Jurídica. Bogotá: El Ministro de Comercio Industria y Turismo. 2005.

COLOMBIA. MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO. Resolución 1 de 2005. Diciembre 16. Por la cual se expide el reglamento de funcionamiento del Comité de Estabilidad Jurídica. Bogotá: El Ministro de Comercio Industria y Turismo. 2005.

COLOMBIA. MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO. CONPES 3366 de 2005. Agosto 1. Consideraciones técnicas para la evaluación de solicitudes de celebración de contratos de estabilidad jurídica. Bogotá: El Ministro de Comercio Industria y Turismo. 2005.

COLOMBIA. MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO. CONPES 3406 de 2005. Diciembre 19. Modificación aclaratoria del documento CONPES 3366 de 2005. Bogotá: El Ministro de Comercio Industria y Turismo. 2005.

DOCUMENTOS E INFORMES

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. ABC de Ley de Estabilidad Jurídica. www.presidencia.gov.co/sne/2005/septiembre/21/03212005.htm

BANCO DE LA REPÚBLICA. Impuestos a las utilidades e inversión extranjera directa en Colombia. <http://www.banrep.gov.co/docum/ftp/borra348.pdf>

MINISTERIO DE INDUSTRIA, COMERCIO Y TURISMO. Estabilidad Jurídica. <http://www.mincomercio.gov.co/eContent/NewsDetail.asp?ID=3378&IDCompany=>

1

ANEXOS