

Implicaciones de los contratos de estabilidad jurídica en la legislación colombiana

Implications of the Contracts of Juridical Stability in the Colombian Legislation

Daniel Bernal Gómez*

Resumen

El presente artículo trata del contrato de estabilidad jurídica, que consiste en la posibilidad de establecer dentro de nuestro ordenamiento jurídico condiciones de contrato distintas a personas que en virtud de la suscripción de este contrato vean riesgos de seguridad jurídica por los cambios legislativos, y que abren el espacio al desconocimiento de la soberanía legislativa del Estado con el propósito de así atraer la inversión extranjera.

Palabras clave:

Derecho administrativo, contratación estatal, inversión extranjera, seguridad jurídica.

Abstract

This article treats of the contract of juridical stability, which consists in the possibility to establish within our legal system different contract conditions to persons who notice risks of juridical security because of the legislative changes, but, at the same time, these conditions open the space to disown the legislative sovereignty of the State to draw the foreign inversion.

Key words:

Administrative law, State contracting, foreign inversion, juridical security.

* Docente, Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia.

1. ANTECEDENTES JURÍDICOS

El 8 de julio de 2005 se publicó en el Diario Oficial la Ley 963 por la cual se instaura una ley de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia. La ley fue reglamentada mediante decreto 2950 del 29 de agosto de 2005, modificado por la resolución 01 de Diciembre 16 de 2005 del Comité de Estabilidad Jurídica y la Resolución 02 de junio 20 de 2008 del mismo, y modificado por el Decreto 1474 de mayo 16 de 2008.

Esta norma fue demandada por inconstitucionalidad por la ciudadanía en dos ocasiones, la primera de estas demandas tuvo sentencia que la declara exequible en el día 29 de marzo de 2006, en donde el demandante y en el punto 4.1 de las consideraciones resumió de la siguiente forma:

“4.1 La argumentación presentada por el demandante está encaminada a demostrar que el legislador desconoció el derecho a la igualdad, por las siguientes razones:

1. Sólo algunas personas pueden acudir a los contratos de estabilidad jurídica;
2. Estos contratos no pueden versar sobre determinadas materias;
3. Los contratos tienen un mínimo y máximo de duración;
4. La ley delimita las condiciones del contrato y prevé quienes son sus destinatarios.”

La Corte en su momento se inhibió de pronunciarse porque “las razones expresadas por el actor carecen de la

claridad y la suficiencia necesarias para que la Corte pueda emitir un pronunciamiento de fondo” y “no existe un hilo conductor que permita comprender la contradicción entre las expresiones atacadas y lo dispuesto en la norma superior” (sent. C-242 de 2006). Y legitimó las medidas adoptadas por el ejecutivo partiendo del análisis del artículo 334 superior, y destacó del mismo que en la dirección de la economía la Carta autoriza que “**para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo**” dado que la ley delimitó quiénes y por cuánto tiempo además de considerarla como medida para mejorar la inversión, razón por la cual permanece en el ordenamiento jurídico, pero insuficientes para la unanimidad de la decisión pues en el salvamento de voto, según el magistrado Córdoba Triviño “La sentencia no cumple con la carga de desvirtuar ese indicio de arbitrariedad que la norma incorpora, lo que ratifica la vulneración del principio de igualdad”.

Posteriormente, la sentencia C-320 de 2006, entra de nuevo a analizar la constitucionalidad de la misma ley acusándola esta vez de ser inconstitucional por cuanto “conlleva a vulnerar las facultades del Congreso de la República para interpretar, reformar y derogar las leyes, al igual que la potestad reglamentaria del Presidente de la República, vulnerándose además de esta forma los principios democrático y de

soberanía popular”. La Corte mantuvo la constitucionalidad de la ley con el argumento que no se violaba la Constitución y que había que distinguir el ámbito de la ley, en donde prima el preservar el orden público, y el ámbito contractual, sujeto a las obligaciones y derechos derivados de los contratos de estabilidad entre los inversionistas y el Estado.

2. CONCEPTO DEL CONTRATO DE ESTABILIDAD JURÍDICA

Como lo define la ley colombiana, son contratos de estabilidad jurídica aquellos que garantizan a los inversionistas que

los suscriban, 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 tienen derecho a que se les continúen aplicando dichas normas por el término de duración del contrato respectivo.

Establece que en su contenido, dicha figura debe tener como mínimo el siguiente clausulado, aclarando que por virtud del decreto 1474 de 2008, este contrato no hace parte del régimen de contratación estatal modificando el artículo 8 del decreto 2950 de 2005, quedando así:

DECRETO 2950 DE 2005	DECRETO 1474 DE 2008
<p>Artículo 8°. <i>El contrato de estabilidad jurídica.</i> El contrato de estabilidad jurídica se registrará en lo pertinente por la Ley 80 de 1993 y deberá contener, al menos, las siguientes cláusulas:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Identificación plena de las partes; b) Descripción del proyecto de inversión y determinación de su cuantía; c) Plazo máximo y cronograma para realizar la inversión, incluyendo la determinación de los períodos improductivos, si los hubiere; d) Término de duración del contrato; e) Monto, plazo y forma de pago de la prima a cargo del inversionista; f) Transcripción de los artículos, incisos, ordinales, numerales, literales y párrafos de las normas o interpretaciones administrativas vinculantes sobre las cuales se brindará estabilidad; g) La obligación del inversionista de realizar la inversión nueva o la ampliación de la inversión existente, en los términos precisos en los que esta fue aprobada por el Comité de Estabilidad Jurídica; h) La obligación del inversionista de cumplir con los compromisos particulares relativos a los beneficios económicos y sociales del proyecto; i) La obligación del inversionista de cumplir de manera estricta las disposiciones legales y reglamentarias que regulen la actividad donde efectuará la inversión; 	<p>Artículo. 1° Modifícase el artículo 8° del Decreto 2950 de agosto 29 de 2005, el cual quedará así:</p> <p>«El contrato de estabilidad jurídica. El contrato de estabilidad jurídica deberá contener, al menos, las siguientes cláusulas:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Identificación plena de las partes; b) Descripción del proyecto de inversión y determinación de su cuantía; c) Plazo máximo y cronograma para realizar la inversión, incluyendo la determinación de los periodos improductivos, si los hubiere; d) Término de duración del contrato; e) Monto, plazo y forma de pago de la prima a cargo del inversionista; f) Transcripción de los artículos, incisos, ordinales, numerales, literales y párrafos de las normas o interpretaciones administrativas vinculantes sobre las cuales se brindará estabilidad; g) La obligación del inversionista de realizar la inversión nueva o la ampliación de la existente, en los términos precisos en los que esta fue aprobada por el Comité de Estabilidad Jurídica; h) La obligación del inversionista de cumplir con los compromisos particulares relativos a los beneficios económicos y sociales del proyecto; i) La obligación del inversionista de cumplir de

DECRETO 2950 DE 2005	DECRETO 1474 DE 2008
<p>j) La obligación del inversionista de pagar puntualmente los impuestos, tasas y contribuciones y demás cargos sociales y laborales a que se vea sujeto por la ejecución de la inversión;</p> <p>k) La obligación de cumplir fielmente con el conjunto de normas establecidas o que establezca el Estado para orientar, condicionar y determinar la conservación, uso, manejo y aprovechamiento del medio ambiente y los recursos naturales;</p> <p>l) La estipulación de que la no realización oportuna o retiro de la totalidad o parte de la inversión, el no pago oportuno de la totalidad o parte de la prima, el estar incurso en la causal del artículo 9° de la Ley 963 de 2005, o el incumplimiento no justificado de las obligaciones previstas en el contrato, podrá dar lugar a la terminación anticipada del mismo;</p> <p>m) La estipulación de que la estabilidad jurídica determinada en el contrato sólo se aplicará, en el caso de la subrogación o cesión de la titularidad de la inversión, previa autorización del Comité de Estabilidad Jurídica;</p> <p>n) Las demás cláusulas contractuales que sean pertinentes.</p>	<p>manera estricta las disposiciones legales y reglamentarias que regulen la actividad donde se efectuará la inversión;</p> <p>j) La obligación del inversionista de pagar puntualmente los impuestos, tasas y contribuciones y demás cargos sociales y laborales a que se vea sujeto por la ejecución de la inversión;</p> <p>k) La obligación de cumplir fielmente con el conjunto de normas establecidas o que establezca el Estado para orientar, condicionar y determinar la conservación, uso, manejo y aprovechamiento del medio ambiente y los recursos naturales;</p> <p>l) La estipulación de que la no realización oportuna o retiro de la totalidad o parte de la inversión, el no pago oportuno de la totalidad o parte de la prima, el estar incurso en la causal del artículo 9° de la Ley 963 de 2005, o el incumplimiento no justificado de las obligaciones previstas en el contrato, podrá dar lugar a la terminación anticipada del mismo;</p> <p>m) La estipulación de que la estabilidad jurídica determinada en el contrato sólo se aplicará, en el caso de la subrogación o cesión de la titularidad de la inversión, previa autorización del Comité de Estabilidad Jurídica;</p> <p>n) Las demás cláusulas contractuales que sean pertinentes.</p> <p>Parágrafo. En los contratos de estabilidad jurídica no se exigirá la garantía única de cumplimiento.</p>

La modificación incluida en el decreto determina que el contrato de estabilidad jurídica tiene en sí un régimen especial, y que la administración quiere darle ese trato, por cuanto el Estado incluso renuncia a la garantía única de cumplimiento, de forma expresa, única herramienta que le permite al Estado resarcir los daños ante el incumplimiento del inversionista en estos contratos.

Entonces, y partiendo de lo anteriormente expuesto, es necesario entrar a ver el tipo de responsabilidad estatal derivada

de este acto de la administración por los perjuicios que pudiese ocasionar este contrato de estabilidad jurídica.

FINALIDAD DEL CONTRATO DE ESTABILIDAD JURÍDICA

Tal y como lo dejó planteado en la Gaceta del Congreso de fecha 24 de julio de 2003, el ejecutivo pretende que con este contrato “el inversionista tenga la confianza y seguridad de que aquellos incisos, ordinales, literales, párrafos o artículos específicos de leyes o actos

administrativos, que sean trascendentales para conformar su decisión de invertir, no le sean modificados en su detrimento”; según este supuesto, en Colombia existe un riesgo normativo dado por la potestad que tiene el legislativo de expedir leyes y reformas a las mismas, y que esto disminuye la calificación de confianza para la inversión del país.

El propósito de la ley 963 de 2005, es entonces brindar un herramienta jurídica que no permita afectar patrimonialmente a los inversionistas que el ejecutivo considere protegibles, y bajo los rangos preestablecidos en la misma norma.

Dada la importancia que tiene este tipo de contrato, la administración se ha arrogado el decidir quiénes pueden ser beneficiarios de este, creando para ello el Comité de Estabilidad Jurídica (artículo 4°, literal b) de la Ley 963 de 2005), el cual tiene su propio reglamento, en donde establece quiénes son sus integrantes, como funcionan.

EL COMITÉ DE ESTABILIDAD JURÍDICA

El Comité está conformado por cinco personas, de las cuales tres son fijas y dos varían de acuerdo con la clase de inversión que pretende suscribir un contrato de estabilidad jurídica, y ellos son:

1. El Ministro de Comercio, Industria y Turismo o su delegado.
2. El Ministro de Hacienda y Crédito Público o su delegado.
3. El Director del Departamento Nacio-

nal de Planeación o su delegado.

4. El Ministro del ramo en el que se efectúe la inversión o su delegado.
5. El Director de la entidad autónoma o su delegado, cuando se trate de normas expedidas por dichas entidades.

La Presidencia del Comité de Estabilidad Jurídica será ejercida por el Ministro de Comercio, Industria y Turismo o su delegado, quien a su turno tiene el manejo de la Secretaría Técnica del Comité de Estabilidad Jurídica (STCEJ), organismo que es dirigido por la Dirección de Productividad y Competitividad del mismo y cuyo director es el Secretario Técnico del Comité.

La STCEJ tiene como funciones las siguientes:

- a) Convocar a los miembros del Comité de Estabilidad Jurídica para las respectivas sesiones;
- b) Recibir las solicitudes y demás documentos relacionados con los contratos de estabilidad jurídica;
- c) Admitir o devolver las solicitudes de suscripción de contratos de estabilidad jurídica, previa verificación formal de las mismas;
- d) Solicitar los conceptos técnicos que considere necesarios para la evaluación de las solicitudes;
- e) Elaborar el informe técnico de evaluación de las solicitudes de suscripción de contratos de estabilidad jurídica y enviarlo a los miembros del Comité con una antelación no inferior a cinco (5) días hábiles a la fecha en que deba evaluarse la solicitud;
- f) Recomendar al Comité la aprobación

- o improbación de las solicitudes de contratos de estabilidad jurídica;
- g) Elaborar la minuta de los contratos de estabilidad jurídica de conformidad con los términos y condiciones aprobados por el Comité y enviarla al solicitante y al Ministro del ramo en el que se efectuará la inversión;
 - h) Rendir un informe trimestral al Comité sobre el estado de las solicitudes y contratos de estabilidad jurídica existentes y sobre el funcionamiento del mecanismo¹;
 - i) Llevar el control de los documentos y asuntos sometidos a consideración del Comité;
 - j) Elaborar y suscribir las actas del Comité.

El CEJ sesiona ordinariamente una vez al mes para cumplir con las funciones a su cargo y de manera extraordinaria en cualquier momento y también a solicitud de alguno de sus miembros permanentes cuando la naturaleza de los asuntos a tratar así lo amerite.

En las reuniones ordinarias, el CEJ podrá deliberar con dos (2) de los siguientes miembros: Ministro de Comercio, Industria y Turismo, Ministro de Hacienda y Crédito Público y el Director del Departamento Nacional de Planeación o sus delegados. Cuando sea del caso, el quórum deliberatorio se adicionará con el Ministro del ramo en el que se efectúe la inversión o su

delegado y con el Director de la entidad autónoma o su delegado cuando se trate de normas expedidas por dichas entidades. Las decisiones se adoptarán con la mayoría absoluta de los miembros asistentes a las mismas.

La solicitud de celebración de un contrato de estabilidad jurídica deberá contener 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

¹ Anteriormente el informe se rendía el 31 de marzo de cada año, pero la reforma de 2008 lo reduce a un informe trimestral.

- 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.

ADMISIÓN DE LA SOLICITUD DE CONTRATO

Una vez presentada la solicitud de contrato, la Secretaría Técnica verificará que esta contenga la información requerida.

En caso de que la información no esté completa, la Secretaría Técnica devolverá la solicitud al peticionario indicando la información que sea necesaria para completarla.

Si la solicitud se encuentra completa, la Secretaría la admitirá y comunicará sobre la admisión al peticionario.

Conceptos Técnicos

Dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la admisión de la solicitud, 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. Las entidades a las que se les hubiere solicitado concepto tendrán quince (15) días hábiles para enviarlo a la Secretaría Técnica.

Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la fecha de entrega de los conceptos de las entidades requeridas, 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.

EVALUACIÓN Y APROBACIÓN DE LA SOLICITUD

El Comité decidirá sobre la aprobación o improbación de la celebración del contrato. A dicha reunión podrá invitarse al peticionario para que amplíe los detalles de su solicitud.

Si el Comité considera necesario contar con conceptos adicionales de otras entidades, los solicita a la Secretaría Técnica, otorgando a la respectiva entidad un plazo máximo de diez (10) días para la respuesta.

Si el Comité requiere información adicional del peticionario para tomar la decisión, o si considera que para la realización efectiva de las finalidades de generar inversión nueva y aumentar el crecimiento, desarrollo y bienestar social, la solicitud requiere de una modificación en cualesquiera o todos sus elementos, 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.

La decisión final del Comité se notifica al peticionario, a través del Ministro del ramo en el que se efectúe la inversión.

SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO DE ESTABILIDAD JURÍDICA

Dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la decisión que apruebe la suscripción de un contrato de estabilidad jurídica, se elabora la minuta del respectivo contrato, de conformidad con los términos de aprobación del contrato establecidos por el Comité y la envía al peticionario y al Ministro del ramo en el que se efectuará la inversión.

El peticionario tiene 2 opciones:

1. Suscribir y devolver a la Secretaría Técnica la minuta dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a su recibo.
2. Renunciar a la solicitud de celebración de contrato.

El Ministro del ramo en el que se efectuará la inversión suscribirá el contrato dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la minuta firmada por el peticionario.

Si no renuncia a la solicitud de celebración del contrato y se abstiene de suscribirlo dentro de los cinco (5) días hábiles al envío se entenderá que ha renunciado a su solicitud y no podrá presentar otra que verse sobre el mismo proyecto de inversión.

DURACIÓN Y TERMINACIÓN DEL CONTRATO

Para determinar el término de duración del contrato, el Comité tomará en cuenta

la solicitud del peticionario y los criterios establecidos en el Documento Conpes respectivo.

Los contratos de estabilidad jurídica empezarán a regir desde 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.

Los contratos de estabilidad jurídica terminarán:

- a) Por el vencimiento del término del contrato;
- b) Anticipadamente y de manera unilateral por parte de la Nación:
 1. por la no realización oportuna o retiro total o parcial de la inversión;
 2. el no pago oportuno de la totalidad o parte de la prima;
 3. estar incurso en la inhabilidad consistente en corrupción (art.9° de la Ley 963 de 2005)
 4. incumplimiento injustificado de las obligaciones previstas en el contrato.
- c) Por el mutuo acuerdo entre las partes.
- d) Por la cesación de pleno derecho de las obligaciones del contrato debida a la declaración de nulidad y/o inexecutable de la totalidad de las normas e interpretaciones contempladas en el contrato.

Los contratos de estabilidad jurídica deberán registrarse ante el Departamento Nacional de Planeación, entidad que informará anualmente al Congreso de la República sobre los contratos

celebrados, las normas por estos amparadas, los montos de la inversión protegida y el efecto fiscal anual derivado de estos contratos.

LIMITACIONES A LOS CONTRATOS DE ESTABILIDAD

Por regla general, los contratos de estabilidad jurídica, en virtud de la ley 963, deben estar en armonía con la Constitución Política y los tratados internacionales ratificados por Colombia, y estableciendo de forma taxativa las excepciones a esta estabilidad en:

1. El régimen de seguridad social.
2. Obligaciones tributarias o inversiones forzosas decretadas en estados de excepción;
3. Impuestos indirectos.
4. Regulación prudencial del sector financiero.
5. Régimen tarifario de los servicios públicos.

Además, la norma establece que la estabilidad tampoco podrá recaer sobre las normas declaradas inconstitucionales o ilegales por los tribunales judiciales colombianos durante el término de duración de los contratos de estabilidad jurídica.

CONCLUSIONES

1. La finalidad de la ley es aumentar la inversión de capital extranjero, con el propósito de crear riqueza, y, a

partir de la estabilidad jurídica, asegurar la permanencia del inversionista en el país. Sin embargo, el costo que debe asumir el Estado colombiano es alto, porque limita su actuar normativo, privilegiando al particular que suscribe los contratos de estabilidad jurídica.

2. El cumplimiento de los contratos de estabilidad jurídica obliga al Estado colombiano a tener que soportar que los inversionistas estén al margen de las reformas políticas sociales y económicas necesarias para el mejoramiento de las condiciones de vida de los ciudadanos y aceptar las excepciones del contrato debiendo indemnizar a aquellos particulares

que se vean afectados por estar en evidente desigualdad, por el privilegio dado por ley.

3. La reforma que saca del régimen de contratación estatal a estos contratos de estabilidad jurídica y exime del pago de seguros de cumplimiento al inversionista, baja al Estado colombiano a una condición de igualdad de partes, en donde el Estado no puede usar la prerrogativa de terminación unilateral con la facilidad dada por este régimen de contratación administrativa, y convirtiendo al contrato de estabilidad jurídica en una inmodificable herramienta jurídica protectora del inversionista.

Bibliografía

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 242 de 2006.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 320 de 2006.

Decreto 2950 de 2006 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».

Decreto 1474 de 2008 que modifica el decreto 2950 de 2006.

RESOLUCIÓN 01 DE 2005 por la cual se expide el reglamento de funcionamiento del Comité de Estabilidad Jurídica.

RESOLUCIÓN 02 DE 2008 por la cual se modifica la Resolución número 01 de 2005 expedida por el Comité de Estabilidad Jurídica.