

Hacia la promoción eficaz de la inversión: los contratos de estabilidad jurídica

GEMMA BORDAMALO, ALEKSAN OUNDJIAN B.,*
CLARA INÉS RAMÍREZ Y GUSTAVO PARDO A*

I. Introducción

El Gobierno Nacional ha reconocido que la incertidumbre en sus instituciones jurídicas ha afectado la solidaridad social y ha deteriorado el compromiso de los ciudadanos en defensa del interés público, al punto de que los estudios de capital social muestran que los colombianos no confían en sus conciudadanos, ni en sus instituciones públicas. De esta manera, convencido de que la confianza y la claridad en las reglas de juego son factores esenciales para generar el desarrollo necesario del país y contribuir así a la solución de los problemas sociales, el gobierno consideró necesario sentar las bases para reestablecer la confianza perdida.

La posibilidad de que se produzcan cambios constantes en las Leyes y regulaciones de un país es una preocupación constante de los inversionistas, que afecta su decisión de invertir, por ende, la estabilidad jurídica se erige en un pilar esencial para devolver y acrecentar la confianza de los inversionistas al reducir el riesgo en un país para la inversión.

Con estas premisas, el legislador se propuso brindar una mayor seguridad a los inversionistas, creando un clima más propicio para la inversión, así, el 8 de julio del año 2005, se expidió la Ley 963 de 2005 “*Por la cual se instaura una ley de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia*”. En ella se estructuraron los Contratos de Estabilidad Jurídica, dirigidos a garantizar a los inversionistas que los suscriban, que durante el término de su vigencia, las normas o interpretaciones específicas que fueron determinantes en su decisión de invertir en Colombia les seguirán aplicando; incluso, cuando aquellas sufran modificaciones que les sean adversas al inversionista.

Haciendo remembranza, hasta el año 2006 sólo se había suscrito un contrato de estabilidad jurídica, pues existían ciertas dudas acerca de los beneficios reales del régimen de Estabilidad Jurídica, y la experiencia en relación con los contratos de estabilidad tributaria¹ no había sido la más exitosa en término del volumen de contribuyentes que accedieron a ella. Fue necesario exponer las virtudes de estos contratos en foros y escena-

* Gemma Bordamalo (Asesora Comité de Estabilidad Jurídica), Aleksan Oundjian Barros (Gerente Departamento de impuestos Ernst & Young),

* Clara Inés Ramírez (Gerente Departamento de impuestos Ernst & Young) y Gustavo Pardo A. (Socio Director Departamento de impuestos Ernst & Young).

¹ Creados por la Ley 223 de 1995.

rios académicos, en reuniones con inversionistas, tanto por parte de la Nación, como por parte de asesores de empresarios. Durante dos años, se trabajó a fondo en la negociación y suscripción de varios de los primeros contratos que evidenciaron las bondades del régimen, a la vez que dotaron de experiencia a todos los actores, en especial al Gobierno, sobre el proceso de formación, discusión y firma de este tipo de instrumentos.

En el presente artículo buscamos comparar algunos de los aspectos más importantes o que mayor discusión han suscitado entorno a la estabilidad jurídica, que si bien requieren del análisis particular en cada caso, pues no existen para ellos fórmulas sacramentales, sí pueden facilitar a nuestros colegas y a los empresarios algunas herramientas de utilidad para los análisis que están adelantando para acceder al régimen.

II. Administración y desempeño del instrumento

Desde la publicación de la Ley 963 de 2005, los contratos de estabilidad jurídica han tenido un óptimo desempeño, si se observa que han sido aprobadas 43 solicitudes, de las cuales 38 han culminado con la suscripción del respectivo contrato, cuyas inversiones superarán los USD \$5.000 millones y generarán aproximadamente 14.000 empleos directos, además de otros beneficios de diversa índole. Estas inversiones han impulsado diversos sectores de la economía, tales como la industria manufacturera que representa el 43% de las solicitudes aprobadas e incluye, entre otras actividades, la elaboración de bebidas y alimentos, plásticos, textiles y confecciones; el sector servicios, con un 26%; los sectores de comercio, construcción, electricidad y gas (9% cada uno) y, por últi-

mo, los sectores de explotación de minas y de comunicaciones con, 2% cada uno.

Los contratos de Estabilidad Jurídica se han convertido en un instrumento de promoción y protección de la inversión en Colombia, muy apropiados para estos tiempos de turbulencia económica global.

Si se compara el desarrollo de estos contratos con su precedente, los contratos de Estabilidad Tributaria de la Ley 223 de 1995, su aceptación por parte de los empresarios y las Autoridades mismas es evidente: entre los años 1996 y 2000 se suscribieron siete (7) contratos de *Estabilidad Tributaria* (más algunos otros que posteriormente han sido reconocidos luego de sendos litigios que culminaron en sentencias del honorable Consejo de estado), frente a 38 contratos de *Estabilidad Jurídica* ya suscritos y más de 20 en proceso de negociación, en menos de cuatro (4) años de existencia del régimen.

Empresas líderes del país ya han accedido al régimen de Estabilidad Jurídica, a través de algunas o varias de sus entidades, o para algunas de sus líneas de negocio, tales como Bavaria S.A., Cervalle S.A., Alpina S.A., Argos, Empresas Públicas de Medellín ESP., Avianca / Sam, Almacenes Éxito S.A., Sofasa S.A., ISA, Cine Colombia S.A., entre otras. Otras empresas están en lo mismo.

La instancia superior a cargo de administrar el instrumento es el Comité de Estabilidad Jurídica, del cual son miembros permanentes los Ministros de Comercio, Industria y Turismo y de Hacienda y Crédito Público y la Directora del Departamento Nacional de Planeación (o sus respectivos delegados). Además, según el sector económico al que se refiera la inversión, interviene también el ministro del ramo, trátese del de Minas y Energía, Transporte, Comunicaciones, Cultura, etc., intervención que resulta

necesaria e indispensable, no sólo por la natural capacidad técnica para evaluar los proyectos, sino porque es el ministro del ramo el que, a nombre de la Nación, debe suscribir el contrato de estabilidad resultante.

El Comité de Estabilidad Jurídica es asesorado por una Secretaría Técnica, órgano de singular importancia que corre con la carga técnica del día a día, y que presenta al Comité la recomendación de fondo en cada caso particular. La Secretaría Técnica, que está en cabeza de la Dirección de Productividad y Competitividad del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, ha venido liderando los contratos de estabilidad jurídica, pues coordina y desarrolla la actuación administrativa para acopiar y emitir pronunciamientos sobre el alcance de la normatividad reguladora y su divulgación, y, bajo la perspectiva de su aplicación, evaluar los desempeños y logros. Además, adelanta el estudio y análisis de las solicitudes de contratos de estabilidad jurídica y la formulación de propuestas al Comité, al que compete definir criterios que permitan la toma de decisiones sobre aquellas y faciliten el ejercicio de la facultad discrecional de que éste se encuentra revestido.

Para facilitar que el Comité cumpla con una mayor eficiencia y ecuanimidad su labor de evaluación de las solicitudes y de autorización de los contratos, han sido fijadas una serie de pautas y directrices. Entre los criterios del comité, destacamos, en primer lugar, el criterio de no estabilizar normas cuya modificación sea previsible. Un segundo criterio es considerado cuando se solicita el beneficio de estabilidad para toda la actividad económica del inversionista y no sólo para un proyecto puntual de inversión, y es que debe verificarse, por ejemplo, que la inversión sea de una magnitud importante frente a su patrimonio o que el proyecto sea indife-

renciable frente a la actividad que desarrolla la compañía. En tercer lugar, cuando se trate de inversiones ya ejecutadas, será necesario precisar la fecha en que el proyecto entró en operación y los beneficios puntuales y medibles para el país. En cuarto lugar, se debe analizar el empleo a generar, que debe ser de carácter formal y directo si se desea plantear como compromiso para el inversionista y, en todo caso, los demás impactos económicos y sociales asociados a la inversión del contrato deben estar cuantificados. Por último, debemos destacar que los conceptos emitidos por otras entidades sobre la admisibilidad de normas para la estabilidad jurídica son acogidos por el Comité, salvo que los mismos sean revaluados por las mismas entidades, fruto de un cambio de criterio.

III. Aspectos concretos del régimen de estabilidad jurídica

Pasamos ahora a mencionar algunos aspectos puntuales relativos a temáticas relevantes para los inversionistas en relación con los contratos de estabilidad jurídica, de acuerdo a la experiencia acumulada hasta la fecha.

A. Estabilidad Jurídica sólo frente a cambios desfavorables

Tal vez la primera inquietud que surge es que si se trata de *estabilidad jurídica*, la estabilidad debería implicar congelamiento de las normas estabilizadas frente a cambios desfavorables, pero también frente a cambios favorables. Sin embargo, en un giro estratégico frente a lo que ocurre en otros países, el legislador previó la estabilidad frente a modificaciones “adversas” al inversionista, y así lo plasmó, expresamente, en el inciso segundo del Artículo 1 de la Ley 963 de 2005:

“Mediante estos contratos, el Estado garantiza 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 determinante de la inversión, los inversionistas tendrán derecho a que se les continúen aplicando dichas, normas por el término de duración del contrato respectivo”. (Lo subrayado es nuestro).

Además, esta misma filosofía es adoptada en la redacción de los contratos, como un fiel reconocimiento de lo que quiso el legislador.

Lo anterior quiere decir que, por ejemplo, si se estabiliza la tarifa del impuesto sobre la renta del 33% y la misma se incrementa al 34%, la compañía que goza de la estabilidad podrá seguir aplicando la tarifa del 33%, amparada en el contrato de estabilidad jurídica, frente a esa modificación adversa.

Pero si el cambio se diera en forma inversa, esto es, se reduce la tarifa del impuesto sobre la renta al 32%, dicha compañía podrá aplicar la tarifa del 32%, amparada no sólo en la Ley vigente, sino también en las cláusulas del contrato de estabilidad jurídica que suscribió.

En síntesis, durante el término del contrato, entre 3 y 20 años, el beneficiario de Estabilidad Jurídica podrá comparar la legislación vigente y la legislación estabilizada para aplicar las normas que le sean más favorables, con lo cual, a diferencia de otros contratos de estabilidad jurídica que existen en el derecho comparado, la estabilidad jurídica que rige actualmente en Colombia consagra además un verdadero régimen de favorabilidad.

B. ¿Qué se entiende por inversiones nuevas?

Tratándose de un instrumento de promoción y atracción de inversiones, se pensaría

que sólo constituyen inversiones nuevas aquellas inversiones futuras de un empresario. No obstante, el parágrafo del Artículo 3 de la Ley 963 de 2005 expresamente señala como inversiones nuevas a “aquellas que se hagan en proyectos que entren en operación con posterioridad a la vigencia” de la citada Ley (agosto de 2005).

Esto quiere decir que, en principio, el hecho de que las inversiones ya se hayan iniciado o incluso se hayan completado no sería un obstáculo para acceder al régimen de Estabilidad Jurídica, siempre que las mismas se hayan ejecutado con posterioridad a la vigencia de la Ley 963.

Éste es un tema que ha generado varias discusiones y críticas, sin embargo, se debe tener en cuenta que, en primer lugar, así lo señaló expresamente el legislador y, en segundo lugar y más importante aún, la Estabilidad Jurídica busca promover esas inversiones ya realizadas y motivar la realización de otras a lo largo del término del contrato (hasta por 20 años); hecho que conlleva un impacto económico inmediato en la arcas de la Nación: el cual es el pago de la prima del 1% sobre dichas inversiones.

Con todo, no se descarta que mediante ley se produzca un cambio que pudiera modificar esta situación para restringir la aplicación del régimen sólo para inversiones futuras, pero por el momento, bajo el tenor actual de la ley, la conclusión acogida por el Comité de Estabilidad Jurídica es la antes anotada.

C. La estabilidad jurídica puede amparar a empresas ya existentes

Los Artículos 1, 3 y 4 (literal c) de la Ley 963 de 2005 señalan que la finalidad de los contratos de estabilidad jurídica es promover inversiones nuevas, como también promover

la ampliación de las existentes. Precisamente, son esas normas las que contienen la autorización legal de otorgar estabilidad jurídica para empresas ya existentes. Ahora bien, no se trata que por derecho propio exista esa posibilidad pues, al tratarse de un proceso de negociación, factores como el monto total de la inversión, su proporción frente al patrimonio actual de la empresa, la transferencia de tecnología y otros beneficios asociados para el país sean tenidos en cuenta por el Comité de Estabilidad Jurídica para otorgar o no estabilidad jurídica a una empresa ya existente.

Lo cierto es que las empresas en Colombia hacen inversiones importantes en el país, con beneficios tangibles y medibles. La realidad es contundente al respecto, de los 38 varios de los contratos suscritos hasta la fecha se han suscrito con empresas ya existentes, cobijando el proyecto puntual de inversión y toda la operación de la empresa.

D. El monto de las inversiones y el tiempo de ejecución

Uno de los grandes dilemas a que se enfrenta un inversionista, que se ha vuelto más relevante en el contexto actual de desaceleración económica y escasez de recursos en el sistema financiero global, se refiere a cuáles son las inversiones que debe plantear para solicitar la suscripción de un contrato de estabilidad jurídica.

Acá los intereses del mismo inversionista se contraponen. De una parte, entre menor sea el monto de las inversiones y el término durante el cual se ejecutarán, menor será el importe de la prima de estabilidad jurídica y mayor la facilidad para demostrar el cumplimiento de los compromisos de inversión adquiridos. Pero, de otra parte, el término del contrato o la posibilidad de que otorguen

estabilidad jurídica a toda la actividad económica también son factores que se evalúan en función del monto de las inversiones y su término de ejecución.

Un exceso en el monto de las inversiones planteadas o un término extenso para su ejecución puede llevar a dificultades en su cumplimiento. De otra parte, un monto reducido de inversiones o un término corto de inversión en la empresa, pueden llevar a que el término o alcance de la estabilidad jurídica a ser acordada sean menores.

En estos temas, la propuesta de inversiones y el término deberían buscar un balance justo entre los intereses de la Nación y los del particular, esto es, se debe procurar un acuerdo con un claro equilibrio económico contractual.

En la práctica, la proyección de inversiones por un término superior a cinco (5) años puede no ser conveniente, por la imprevisibilidad de lo que puede ocurrir en un término superior dada la multiplicidad de factores y facetas que se ven involucrados en el estudio de factibilidad técnica, económica y financiera de la inversión propuesta y que le sirve de sustento.

E. Las inversiones eventuales y el pago de la prima de estabilidad jurídica

Existen sectores y actividades económicas en las cuales parte de las inversiones dependen de hechos futuros e inciertos que escapan del control del inversionista. Pueden ser regulatorios, como por ejemplo, la obtención de una licencia, permiso o autorización oficial; pueden ser connaturales a la operación como ocurre en la explotación de recursos naturales, donde los resultados de la etapa de exploración deben ser positivos para que sea comercialmente viable proceder con la etapa

de explotación, incluso pueden ser estratégicos, como por ejemplo el abrir “n” número de tiendas en lugares comercialmente apropiados o tender redes o cableado en función del crecimiento o expansión de la infraestructura física de una ciudad o región.

En casos como los citados, el inversionista sólo puede comprometer la inversión hasta el punto inmediatamente anterior al hecho futuro e incierto.

En qué casos como los antes anotados, pareciera que existen dos soluciones posibles: (1) Que el inversionista plantee como inversiones sólo aquellas que no dependen del hecho futuro incierto o, (2) que planteando las inversiones inciertas en su solicitud, las mismas sólo sean base de liquidación de la prima de estabilidad jurídica cuando se verifique el hecho futuro e incierto y, por lo mismo, en ese momento sean base de la prima.

La discusión sobre este punto es compleja, pues la misma Ley exige el reconocimiento de una financiación cuando la prima no se paga al momento de la suscripción del contrato. Sin embargo, es posible afirmar que en este tipo de casos donde la inversión realmente está supeditada a hechos que escapan del dominio del inversionista, ese hecho futuro e incierto se constituye en una condición que enerva el nacimiento de la obligación de pago de la prima y, por lo mismo, la inexistencia de una financiación por parte del Estado de dicha inversión. En estos supuestos la inversión puede o no realizarse, lo que justificaría el que la prima se pague sólo al momento en que la inversión se concreta y, de la misma manera, en ese momento se puede hablar de financiación, por lo que no se deberían reconocer intereses en relación con esa porción de la inversión.

Este hecho deberá ser evaluado por el Comité de Estabilidad Jurídica, pues de optar

por la primera opción el monto de la prima para la Nación sería menor, en tanto que si opta por la segunda solución, podría llegar a una fórmula más equitativa para las partes y con un efecto económico positivo para la Nación.

La Ley 963 de 2005, como toda Ley, reguló el tema en abstracto y en forma general, razón por la cual la solución a adoptar podría ser que la prima debe pagarse a la firma de contrato, considerando tanto las inversiones ciertas como las inciertas. Pero, esa solución podría desestimular el acceso al instrumento pues en el actual contexto global, puesto que son pocas las empresas que estarían dispuestas a pagar una prima de estabilidad jurídica sobre inversiones inciertas.

Pareciera que el Artículo 5 de la Ley da un espacio para adoptar por la segunda solución enunciada; pues, señala que la prima se debe liquidar sobre el “valor de la inversión que se realice en cada año”. Lo anterior abre el espacio para encontrar una solución de acuerdo, con la cual no haya lugar a prima, desde la firma del contrato para aquellas inversiones para las cuales existe incertidumbre. Incertidumbre de acuerdo con su naturaleza o las características del negocio, de que se vayan a realizar, todos estos aspectos debidamente expuestos y demostrados en la solicitud, para ser objeto de análisis, discusión y negociación caso por caso.

F. Las normas de orden público y los contratos de estabilidad jurídica

La Ley 963 de 2005 establece diversas restricciones al ámbito de aplicación de la estabilidad jurídica. Entre ellas destacamos las normas que impiden el ejercicio de las facultades legislativa, reglamentaria y regulatoria del Estado. El Documento CONPES

3366 cita como ejemplo las normas sobre condiciones de mercado y que generan una distorsión en la competencia, el régimen tarifario de los servicios públicos y otras disposiciones.

Uno de los criterios que el Comité de Estabilidad Jurídica ha utilizado para excluir de la estabilidad normas ambientales y procedimentales solicitadas por un inversionista ha sido el carácter de orden público de dichas disposiciones. Esta característica de ciertas normas legales tiene, en el Derecho, efectos específicos, como su indisponibilidad por las partes, su carácter obligatorio, etc. Las normas ambientales y las normas procesales ambas son de orden público, y así lo establece la Constitución Política y la Ley. Sin embargo, el criterio en cuestión no necesariamente es, *per se*, excluyente de la estabilidad.

Las normas tributarias, que representan más del 50% de las normas que son objeto de estabilización en la mayor parte de los contratos suscritos, son normas de orden público que, además, tienen un impacto directo en la determinación de los ingresos ordinarios del Estado, y aún con estas connotaciones y otras que no es del caso abordar aquí, son normas cuya estabilización está reconocida por la misma Ley.

Las normas ambientales y las normas procedimentales no fueron excluidas del ámbito de aplicación de la Ley 963 por el Legislador y, por lo mismo, su carácter de orden público no debería ser el único criterio para negar su estabilización. Ahora bien, el que sea posible estabilizar las normas y que las mismas se establezcan, depende de la demostración fehaciente del carácter determinante de dichas normas para el proyecto de inversión objeto de la solicitud, por lo cual el inversionista debe demostrar este vínculo entre la norma

y su impacto o relevancia para la inversión que ofrece.

G. La estabilidad jurídica frente a los impuestos nacionales y subnacionales, directos e indirectos

La interpretación de la Ley 963 ha llevado a aceptar el criterio según el cual las normas departamentales y municipales no pueden ser objeto de estabilización, lo cual es consecuente con las normas constitucionales sobre competencia normativa y el principio de autonomía de las entidades territoriales.

Ahora bien, al tenor de lo dispuesto en los Artículos 287, 300, 313 y 338 de la Carta, los lineamientos generales de un impuesto se deben fijar en la Ley que crea este tributo, por lo cual el Comité ha admitido la estabilización de las leyes que regulan a nivel nacional algunos impuestos territoriales. Es el caso del impuesto predial y de algunos impuestos de estampillas departamentales, ya que al tratarse de impuestos directos, pueden ser objeto de estabilización y dado que es el Legislador quien guarda la facultad para modificar estos cuerpos normativos, las limitaciones constitucionales señaladas no son óbice para negar la estabilidad del marco nacional.

La Ley de estabilidad jurídica estableció una limitación en cuanto a las normas en materia de tributos que pueden ser objeto de estabilización al señalar en su Artículo 11 que no podrán serlo aquellas referidas a impuestos indirectos. Surge entonces un interrogante de difícil respuesta: ¿qué son impuestos indirectos? La doctrina tributaria ha discutido arduamente la materia, pero lo cierto es que hay un claro consenso en afirmar que el IVA y los tributos aduaneros son impuestos indirectos y, por ello, no serían

objeto de estabilidad jurídica. En criterio de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, el Gravamen a los Movimientos Financieros y el Impuesto de Timbre se califican como impuestos indirectos, mientras que el Impuesto Sobre la Renta, el Impuesto al Patrimonio y el Impuesto Predial se reconocen como impuestos directos, que pueden ser objeto de estabilización.

El análisis es más controversial en relación con el Impuesto de Industria y Comercio. Hasta la fecha, el Comité de Estabilidad Jurídica ha negado la estabilización de las leyes que regulan a nivel nacional este tributo². Las razones para esto han sido dadas, principalmente, en razón a dos elementos: primero, que al haber consultado a la DIAN sobre la posibilidad de estabilizar la Ley 14 de 1983, esta entidad respondió el no ser competente para pronunciarse sobre este tributo, al ser un tributo del orden municipal³; en segundo lugar, se ha señalado, con base en un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del honorable Consejo de Estado de 1996, que el impuesto de industria y comercio es un impuesto indirecto.

Al respecto, vale la pena destacar que la doctrina actual mayoritaria tributaria ha entendido que el Impuesto de Industria y Comercio es un impuesto directo, atendiendo a criterios respecto del sujeto incidido con el impuesto, el deudor jurídico y la consulta de capacidad contributiva. Este mismo criterio ha sido acogido desde el año 2000 por la Corte Constitucional⁴.

IV. Jurisprudencia y opinión

Cabe señalar que el instrumento ha sido objeto de diversos cuestionamientos por vía jurisdiccional, por presunto quebrantamiento de normas superiores, no obstante todos se han decidido favorablemente por la Corte Constitucional. Además, por parte de columnistas de opinión especializada y académicos, también se han hecho enjuiciamientos críticos que advierten la reducción del recaudo fiscal del país. Es relevante, por tanto, referirnos a algunos de estos temas.

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en Sentencia C-242/06 (Expediente 5932), declaró ajustada a la normatividad Constitucional varios de sus artículos que habían sido demandados por presunto quebrantamiento al derecho constitucional de la igualdad, con fundamento en preceptos constitucionales que estatuyen el denominado tríptico económico: derecho al trabajo, derecho a la propiedad y libertad de empresa.

Dicho fallo consideró que: la legitimidad de las medidas adoptadas por esta Ley encuentra fundamento en los fines de la intervención del Estado. Es el Estado quien tiene a su cargo la dirección general de la economía y, en la búsqueda de la racionalización para mejorar la calidad de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo, puede, válidamente, escoger a los destinatarios de tales medidas.

2 Principalmente la Ley 14 de 1983, aunque también se encuentra la Ley 56 de 1981 y la Ley 363 de 1997.

3 Sobre el particular debemos precisar que el Impuesto de Industria y Comercio es un impuesto nacional cedido, esto es, un impuesto respecto del cual el Congreso guarda la facultad de regular los elementos esenciales del mismo, aunque en este caso, sin perjuicio de la protección patrimonial de que goza la renta municipales en relación con las rentas que percibe por el recaudo de este tributo.

De otra parte, conforme al Artículo 2 de la Ley 963 de 2005, podrán ser parte de los contratos de estabilidad jurídica los inversionistas nacionales y extranjeros, ya se trate de personas nacionales o jurídicas, así como los consorcios que realicen inversiones o amplíen las existentes en el territorio nacional, por un monto igual o superior a 7.500 salarios mínimos mensuales vigentes. En tal sentido, no hay una discriminación, ya que quienes no cuenten con los recursos previstos en la ley, pueden llegar a unir sus capitales, integrar un consorcio y solicitar este beneficio.

Ahora bien, en la Sentencia C- 320/06, la Corte consideró que el artículo demandado [el 1º de la Ley 963] debe ser entendido en el sentido de que mediante los contratos de estabilidad jurídica no se les garantiza a los inversionistas la inmodificabilidad de la ley, sino que se les asegura la permanencia, dentro de los términos del acuerdo celebrado con el Estado, de las mismas condiciones legales existentes al momento de la celebración del contrato⁵.

De esta manera, en caso de modificación de dicha normatividad y el surgimiento de alguna controversia sobre este aspecto que conlleve el desconocimiento de esta garantía para el inversionista, se prevé la posibilidad de acudir a mecanismos resarcitorios dirigidos a impedir que se afecte el equilibrio económico que originalmente se pactó o, en últimas, a una decisión judicial. Es decir, es posible que se presente la eventual modificación del régimen de inversiones tenido en cuenta en un contrato de estabilidad jurídica. Si la modificación se aplica por una autoridad administrativa al inversionista, éste po-

dría discutir la decisión y si eventualmente no pueden enervar su eficacia, La Ley y la Corte Constitucional reconoce el derecho del inversionista afectado para acudir a las acciones judiciales que estimen convenientes.

Ahora bien, si se revisa como precedente la situación frente a la aplicación de la estabilidad tributaria prevista en la Ley 223 de 1995, se encuentra que en los contratos suscritos oportunamente, la estabilidad tributaria ha sido respetada plenamente por las Autoridades, sin que haya sido necesario para los empresarios acudir a mecanismos resarcitorios o a instancias judiciales.

El fallo en mención (Sentencia C-320/06) establece que la verdadera fuente de la garantía de estabilidad jurídica del inversionista no surge directa e inmediatamente de la ley acusada de inconstitucionalidad, sino del contrato de estabilidad jurídica. Luego, en el fondo, de acuerdo con el Artículo 58 constitucional, no se garantizan de esta manera meras expectativas, sino el derecho de los inversionistas, que se adquiere por este contrato de estabilidad jurídica, que muestran cómo los derechos que surjan de las inversiones se han de regir por las normas vigentes al momento de la celebración del contrato de estabilidad jurídica y no por las leyes posteriores que eventualmente las modifiquen, es decir, el derecho a la ultraactividad de las normas estabilizadas.

En tal sentido, a diferencia del principio de la *lex contractus*, la esencia del contrato de estabilidad jurídica es la de identificar “*normas determinantes*” que se aplicarán a un inversionista (sea respecto de la totalidad de su actividad económica o de un proyecto de inversión específico), pero el proyecto es

5 Este fenómeno no es ajeno al derecho, por el contrario, se prevé en materia penal, civil y pro-

un acto privado claramente diferenciable del contrato estatal de estabilidad jurídica.

Por su parte, algunos editorialistas y académicos han considerado que este instrumento reduce el recaudo fiscal del país. Al efecto, conviene señalar que este argumento no sería válido en la medida en que para suscribir un contrato de estabilidad jurídica se necesita como condición esencial que se realicen nuevas inversiones o se amplíen las existentes lo que no da lugar a una reducción en el recaudo. Ello quiere decir que: si una empresa solicita en este año la estabilización de alguna norma tributaria no debe haber razón alguna para el desmedro del recaudo, ya que la empresa pagará el 33% sobre una inversión nueva. Lo anterior acontecerá a menos que el Estado, yendo en contra de la tendencia mundial, decidiera subir la tarifa del impuesto de renta, caso en el cual el inversionista podría invocar el contrato o, por otra parte, el Estado podría desconocerle su derecho y pagarle las indemnizaciones que sean del caso.

La realidad es que siendo la última reforma tributaria la Ley 1111 de 2006, si se tiene en cuenta que a esa fecha sólo se había suscrito un contrato de estabilidad jurídica, sólo en ese caso pudo haberse generado algún efecto en materia de recaudo, por virtud de la estabilidad jurídica. En los demás 37 contratos firmados, el Estado ha recibido la prima de estabilidad jurídica del 1,0% ó 0,5% (en algunos casos con financiación en el tiempo), sin que hasta la fecha esos 37 casos hayan obtenido beneficio alguno frente a la estabilidad jurídica. Ahora bien, es claro que frente a posteriores cambios normativos los podrán obtener, pero ya desde antes el país se ha beneficiado con los compromisos de inversión y sus efectos en todos los frentes y, eventualmente, con mayores inversiones en el término de duración del contrato.

Por otra parte, en el evento de que una empresa solicite la estabilidad jurídica para una norma relativa a una exención tributaria, es evidente que el Estado, mediante el contrato, deberá sostener la aplicación de la norma amparada por el mismo durante la vigencia de la exención. Sin embargo, de ello no se desprende que exista una disminución en el recaudo, ya que es de suponer que el contribuyente se acogerá a dicho beneficio o a la protección de su derecho mediante la figura de “*la situación jurídica consolidada tributaria*”, reconocida por los tribunales.

De la misma manera, las afirmaciones sobre la disminución del recaudo fiscal no toman en consideración que muchas de las disposiciones que consagran un beneficio tributario o una minoración estructural, reemplaza actividades que de otra manera requieren de inversión por parte del Gobierno Nacional. Piénsese por ejemplo en la estabilización de exenciones reconocidas a favor de sectores salud, turismo, seguridad. Estos sectores demandan, constitucionalmente, el cuidado y promoción por parte del Estado, por lo que el eliminar las exenciones o tratos preferenciales que buscan impulsar estos sectores, conllevaría la necesidad del Gobierno Nacional de utilizar recursos nacionales para cubrir un gasto público necesario para los asociados.

Así pues, en ninguna eventualidad se evidencia una disminución en el recaudo del impuesto de renta como efecto directo de los contratos de Estabilidad Jurídica, ya que se trata de inversiones nuevas que no existían en el país y que por tanto deben generar mayores tributos del orden nacional y territorial.

En consecuencia, para cada caso particular, y según sus propias características y condiciones, el Comité de Estabilidad Jurídica

dica efectuará el respectivo análisis sobre la importancia y el carácter determinante de las normas identificadas, por el inversionista, como indispensables en la decisión de invertir.

Adicionalmente, ha de tomarse en cuenta que dicho Comité ejercerá sus atribuciones en concordancia con la competencia discrecional que caracteriza al Estado para adelantar la negociación sobre los términos específicos del contrato, incluida la normatividad que se pretende garantizar; dado que uno de los propósitos de la negociación es estimular la inversión mediante la adopción del contrato.

Cabe destacar que no es posible hablar de un “trato diferencial” basado en el monto de la inversión o en el plazo de duración del contrato, al menos en lo que respecta al valor de la prima pues éste es el mismo para todo inversionista. Sin embargo, en aras de incentivar inversiones con un alto potencial económico y social, el documento CONPES 3366 de 2005 introdujo el concepto de “negociación del contrato”, negociación que puede abarcar la forma de pago de la prima o los compromisos de impacto, entre otros (p. 4). Cada caso debe ser juzgado en función de sus propias características pero en principio no habría razón para desestimar condiciones más flexibles para aquellas inversiones de especial trascendencia e impacto, siempre y cuando el inversionista lo solicite, el Comité de Estabilidad Jurídica así lo apruebe, y, claro está, se dé cumplimiento estricto a las normas imperativas que contempla la ley.

Aclarado o, cuando menos, avanzado el debate frente a los temas de mayor controversia, nuestra invitación a los inversionistas es para usar el contrato de estabilidad jurídica, el cual, en nuestro sentir, constituye un elemento diferenciador, relevante, no sólo

para las decisiones de inversión actuales, sino especialmente futuras, habida consideración que tener cierta previsibilidad frente a cambios desfavorables sobre normas relevantes para la inversión, hasta por 20 años, es un elemento que sólo Colombia reconoce en el contexto de la región.

