

**COMPORTAMIENTO DE LA APLICACIÓN DE LA LEY 963 DE 2005 FRENTE
AL PRINCIPIO DE EQUIDAD TRIBUTARIA PARA LOS CONTRIBUYENTES
COLOMBIANOS**

**DAYRA ALEJANDRA CABAL MAYA
EDUAR ALEJANDRO BAENA USUGA**

**UNIVERSIDAD DEL VALLE
FACULTAD DE CIENCIAS DE LA ADMINISTRACIÓN
CONTADURÍA PÚBLICA
PALMIRA
2009**

**COMPORTAMIENTO DE LA APLICACIÓN DE LA LEY 963 DE 2005 FRENTE
AL PRINCIPIO DE EQUIDAD TRIBUTARIA PARA LOS CONTRIBUYENTES
COLOMBIANOS**

**DAYRA ALEJANDRA CABAL MAYA
EDUAR ALEJANDRO BAENA USUGA**

**Trabajo de Grado Presentado como Requisito Parcial para Optar al Título
de Contador Público**

**Director
OSCAR EDUARDO MORENO CASTRO
Contador Público**

**UNIVERSIDAD DEL VALLE
FACULTAD DE CIENCIAS DE LA ADMINISTRACIÓN
CONTADURÍA PÚBLICA
PALMIRA
2009**

DEDICATORIA

Mi trabajo de grado solo debo y quiero dedicárselo a las personas más importantes en mi vida y con las que siempre voy a estar agradecida; a mi Padre Hoover Cabal y a mi madre Amanda Maya, quienes con gran esfuerzo y dedicación han logrado que este no solo mi sueño sino el de ellos, hoy se convierta en una realidad ser una profesional y como fue mi decisión ser una Contadora Publica.

Todos y cada una de las experiencias tanto alegres como tristes, solo sirven para que cada día seamos mejores personas y aprendamos a ser sencillos para aceptar tanto los triunfos como las adversidades que tiene preparado el destino para nosotros.

Mis padres son aquellos de los que cualquier hija se sentirá orgullosa, porque con mucho sacrificio y tenacidad lograron sembrar en su hija una mujer luchadora que junto con ellos puede hoy alcanzar tan anhelado sueño.

Cada día descubrían y me ayudaban a descubrir ese mundo de posibilidades y alternativas que muchas veces nos negamos a encontrar pero que se encuentran ahí y son los que permiten que después de mucha lucha alcancemos lo que en algún momento de nuestra vida nos propusimos obtener.

Dayra Alejandra Cabal Maya.

DEDICATORIA

Dedico este logro tan importante a Dios, por ser nuestro creador y permitirme durante todos estos años tener sabiduría, comprensión, capacidad para aprender y la fuerza suficiente para sobreponerme a las adversidades. Así mismo por prestarme la vida y estar junto a mis seres queridos para compartir esta felicidad.

A mi familia, por estar siempre a mi lado brindando apoyo, comprensión y amor, compartiendo conmigo no solo esta alegría, sino también el deseo de que cada día alcance muchos más logros.

Dedico este trabajo a las personas más importantes en mí vida, mi padre Eduardo de Jesús Baena y mi madre Leovigilda Usuga, que con su esfuerzo, apoyo y dedicación han hecho que tenga la sabiduría suficientes para alcanzar esa meta tan anhelada y que se fue labrando poco a poco desde hace muchos años para recoger sus frutos.

Eduar Alejandro Baena Usuga.

AGRADECIMIENTOS

En este momento de mi vida son tantos los sentimientos encontrados y tantos los agradecimientos que dedico manifestar, por que son muchas las personas que de una otra manera aportaron su granito de arena para que en este año 2010, pudiera culminar mi carrera profesional.

Mis primeros agradecimientos son para Dios quien siempre ha estado conmigo en los momentos más difíciles de mi carrera y en el que siempre he encontrado un apoyo incondicional.

También a mis padres por su amor, comprensión, cuidados y por que soy bendecida al contar con unos padres como los que he tenido en privilegio de tener.

A mis Hermanitos Juan Sebastián Cabal y Miyerladi Cabal, por contribuir a conseguir este gran logro.

A mis compañeras de universidad y grandes amigas Yolima Perea, Heidaly Cuaces, Luisa Rengifo, Fransuri Andrade, y a mi compañero de tesis Eduar Baena por compartir conmigo tantos momentos felices y por estar tanto en mis alegrías como en las tristezas.

A mis profesores por entregar su conocimiento y por compartir con nosotros sus experiencias, buscando que cada día seamos mejores profesionales ayudando al progreso de la profesión contable.

Y, a mi universidad La Mejor para los Mejores.

Dayra Alejandra Cabal Maya.

AGRADECIMIENTOS

A mi madre, Leovigilda Usuga por su sacrificio, amor y confianza que ha hecho que tenga los valores suficientes para alcanzar ese logro no solo profesional sino también personal.

A mi padre, por brindarme las herramientas necesarias para seguir adelante en todo momento sin abandonarme en ningún momento.

Mi familia, mi hermana, tías, tíos, primas por su apoyo y colaboración.

A la Universidad del Valle, por brindarme las herramientas necesarias para adquirir los conocimientos suficientes para ser un profesional de la contaduría y por acogerme durante estos años.

A los docentes, por tener la paciencia suficiente para transmitir sus conocimientos y hacer que crezca profesional y personalmente para ser una persona de bien buscando mejorar cada día mas.

A mis compañeros y amigos de estudio, por los buenos y difíciles momentos, por los sacrificios y esfuerzos compartidos, y por el empeño que siempre nos transmitimos para salir adelante con la realización de nuestro sueño.

Y a todas las personas que directa o indirectamente me ayudaron en la realización de este proyecto.

Eduar Alejandro Baena Usuga.

RESUMEN

Este proyecto se plantea como una exposición sobre el comportamiento de la aplicación de la ley estabilidad jurídica frente al principio de equidad tributaria para los contribuyentes colombianos, analizando los contratos que han firmado las empresas en Colombia desde la creación de la ley hasta abril de 2009 buscando establecer que tan equitativa ha sido la conducta de esta ley en sus años de aplicación.

DESCRIPTORES

Ley 963 de 2005, Principios de Equidad Tributaria, Sector económico Colombiano, Empresas que han firmado contratos de Estabilidad Jurídica, Demandas y Sentencias, Normas que se han emitido y se relacionan directa o indirectamente con la Ley 963 de 2005, Reformas Tributarias.

INTRODUCCION

1.	ANTEPROYECTO	15
1.1	APROXIMACION AL PROBLEMA	15
1.1.1	Antecedentes	16
1.1.2	Formulación del problema	18
1.1.3	Sistematización del problema	18
1.2	OBJETIVOS DEL PROYECTO	19
1.2.1	Objetivo General	19
1.2.2	Objetivos Específicos	19
1.3	JUSTIFICACIÓN	20
1.4	MARCO DE REFERENCIA	21
1.4.1	Marco Teórico	21
1.4.2	Marco Conceptual	27
1.4.3	Marco contextual	30
1.4.4	Marco Legal	31
1.4.5	Marco Histórico	33
1.5	ASPECTOS METODOLÓGICOS	38
1.5.1	Método de investigación	39
1.5.2	Fuentes de investigación	39
1.5.3	Fuentes secundarias	39
1.5.4	Técnicas de investigación	40
2.	MOTIVACIÓN DEL ESTADO COLOMBIANO AL PROMOVER LA LEY 963 DE 2005	41

2.1	PROYECTO DE LEY POR EL CUAL SE PROMUEVE LA CONFIANZA DEL INVERSIONISTA EN COLOMBIA	41
2.1.1	Exposición de motivos	41
2.1.2	Estabilidad jurídica en América latina	43
2.1.3	Beneficios sociales de los contratos de confianza Inversionista	45
2.2	PROYECTO DE LEY	47
3.	REQUISITOS DE INVERSIÓN Y/O CAPITAL CONTRATO DE PARA ACCEDER A UN CONTRATO DE ESTABILIDAD JURÍDICA	50
4.	EMPRESAS COLOMBIANAS QUE HAN SUSCRITO CONTRATOS DE ESTABILIDAD JURÍDICA DESDE 2005 Y HASTA ABRIL DE 2009.	54
4.1	CONTRATOS PUBLICADOS	
5.	DEMANDAS Y SENTENCIAS DE LA LEY 963 DE 2005 FRENTE AL PRINCIPIO DE EQUIDAD	75
5.1	CORTE CONSTITUCIONAL	75
5.2	PROCURADOR GENERAL	76
5.3	SENTENCIA C-242 DE 2006	77
5.4	SENTENCIA C-320 DE 2006	78
6.	FACTORES QUE HACEN QUE UNA NORMA TRIBUTARIA CUMPLA CON EL PRINCIPIO DE EQUIDAD.	80

6.1	PRINCIPIO DE EQUIDAD TRIBUTARIA.	80
6.2	EQUIDAD TRIBUTARIA Y SUS ELEMENTOS.	83
7.	CONCLUSIONES	85
	BIBLIOGRAFIA	89
	ANEXOS	92

INTRODUCCIÓN

El Estado colombiano con el propósito de incentivar la inversión tanto nacional como extranjera, creo la figura denominada Contrato de Estabilidad Jurídica el pasado 8 de Julio 2005, donde se expidió la Ley 963 de 2005, que consagra la figura y fue el resultado de un trámite legislativo muy particular, debido a que se originó una intensa participación del sector privado y académico en cuanto a su análisis y debate, porque durante el trámite se hizo uso del recurso de apelación, evento poco utilizado, cuando el proyecto de ley fue archivado.

Dada la novedad de la figura, se origino gran polémica donde tanto los opositores como los que defienden la ley plantearon sus opiniones y se pronunciaron las sentencias respectivas, Sin embargo; ante la controversia en el año 2005 se firmo el primer contrato de estabilidad jurídica por la empresa Alpina S.A., y hasta abril de 2009 se han publicado 28 contratos de Estabilidad Jurídica siendo su requisito primordial realizar una inversión de 7500 SMLMV, que equivale a \$3.726.750.000 para el 2009, de este monto depende gran parte de la continuidad del proceso y además ser merecedor a estos beneficios que propone la ley.

Bajo el Gobierno del presidente Álvaro Uribe Vélez, se consagro esta ley, siguiendo con la continuidad de su política ya que ha tenido entre sus centros de atención el fomento a la inversión como instrumento de desarrollo macroeconómico.

Esta norma se ha considerado necesaria por los constantes cambios en los conceptos, liquidación de los impuestos y la falta de coordinación entre los entes de regulación y control que pronuncian normas discordantes, situación que aumenta la desconfianza en el sistema legal colombiano.

Dentro de este escenario surgen los contratos de estabilidad en donde se plantea “Su finalidad de promover inversiones nuevas y de ampliar las existentes en el territorio nacional”¹, al garantizar la permanencia de las reglas de juego para los inversionistas que suscriban esta ley, de manera que la inestabilidad del sistema no las perjudique y por ende generar confianza inversionista para el país, asegurando una permanencia de las condiciones pactadas en el contrato de estabilidad que se firma.

De acuerdo con el ministro de Comercio, Industria y Turismo, Jorge Humberto Botero, “Esta ley es una herramienta que forma parte de la estrategia del Gobierno para mejorar el clima de la inversión en Colombia, dado que la inversión es el único factor que genera crecimiento sostenible en el largo plazo”.

¹ SENTENCIA C-242 DE 2006, artículo 1º, ley 963 de 2005. p.2.

Situación que podemos ver reflejada en un estudio de Competitividad para la inversión realizado por la Agencia de Desarrollo del Gobierno de los Estados Unidos (USAID), siendo una de sus primeras conclusiones la siguiente:

“Los inversionistas internacionales no perciben a Colombia como un país estable en materia económica y por ende no aparece en la lista de territorios más atractivos para crear empresa. Por encima del conflicto interno, preocupan los problemas macroeconómicos y la inestabilidad jurídica y tributaria”.¹

La preocupación del gobierno por crear un ambiente de seguridad para los inversionistas que cumplan unas condiciones específicas puede generar equidad o desigualdad en la tributación de los contribuyentes, si unos pocos son los que pueden firmar contratos de esta dimensión; ¿Que sucede con los demás inversionistas que también necesitan una Estabilidad Tributaria, pero no cumplen con los requisitos mínimos para firmar estos contratos?; entonces la equidad que se pronuncia en la constitución, ¿En esta ley procede o se exonera?; en consecuencia a lo planteado anteriormente en esta investigación se establecerá cual es el comportamiento de la aplicación de la ley 963 de 2005 frente al principio de equidad tributaria para los contribuyentes colombianos.

¹VERDUGO. GERMÁN R. “ Investigaciones Económicas”, edición electrónica, en La República, Bogotá, 24 de junio de 2005,

1. ANTEPROYECTO

1.1 Aproximación al problema

Colombia un país en el que los numerosos cambios en materia de reformas tributarias, han ocasionado una gran inestabilidad jurídica que se ve reflejada en el tratamiento mismo de su norma de normas, la Constitución Política, que con una vida jurídica que apenas supera los quince años, ya ha sufrido varias reformas y se presumen más. Si esto ocurre con la Constitución Política nada de diferente puede esperarse del ordenamiento jurídico en general, afectando continuamente la estabilidad nacional.

Con tal abundancia de reformas uno de los principales implicados es el contribuyente que ve como le cambian las reglas de juego en forma permanente, atentando contra cualquier planeación de tipo financiero y tributario; quedando a merced de los nuevos estamentos que se dispongan para llevar a cabo las obligaciones que deben asumir los colombianos. Otro aspecto a tener en cuenta es que las reformas no sólo tienen carácter pecuniario directo, sino aspectos formales que se traducen en mayores costos: información para la administración tributaria con cambio de requisitos en forma permanente y un sinnúmero de procedimientos que generan el retraso en el cumplimiento de las obligaciones. Al ver esta situación en el año 2005 bajo la presidencia de Álvaro Uribe Vélez, se creó la ley 963 de 2005 “Contratos de Estabilidad Jurídica” con la cual se pretende mantener constante las reglas de juego en materia Jurídica, con el objetivo de generar confianza en la inversión nacional que se ha perdido gracias a la variabilidad en la legislación.

En el transcurrir de la carrera hemos sido testigos del cambiante mundo de normas jurídicas al cual nos enfrentamos y mas ahora que nos encontramos a puertas de ser profesionales de la Contaduría Publica y que nuestro campo de acción se encuentra demarcado por estos parámetros; saber que se ha creado una ley con la intención de garantizar una estabilidad jurídica nos motivo a realizar nuestro trabajo de investigación en esta ley, con el Objetivo General de determinar cómo se comporta la aplicación de la ley 963 de 2005 frente al principio de equidad tributaria para los contribuyentes colombianos ya que para ser beneficiarios de estos contratos las empresas deben cumplir una serie de requisitos indispensables en los cuales se busca establecer si en la aplicación de esta ley existe ó no la igualdad al momento de que cualquier empresa colombiana desee firmar un contrato de esta magnitud.²

³ ... Artículo 1º Mediante este contrato el Estado garantiza 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 determinantes de la inversión, los inversionistas tendrán derecho a que se les continúe aplicando dichas normas por el término de duración del contrato respectivo.

1.1.1 Antecedentes

La ley de Estabilidad jurídica tiene por objeto permitirles a los inversionistas nacionales y extranjeros mantener las reglas de juego que los motivaron a realizar su inversión. El objetivo se consigue por conducto de la celebración de un contrato entre el inversionista y el Gobierno Nacional. Esta novedosa ley ha generado gran interés entre los diferentes sectores lo que ha ocasionando que se realicen diversos estudios buscando llegar a conclusiones sobre el tema.

En el año 2006 las abogadas María Carolina Vélez Gaitán y Viviana Rocha Valenzuela realizaron un estudio minucioso sobre la ley a la que llamaron “Inversión, confianza, mecanismos de promoción y protección a la inversión – contratos de estabilidad jurídica – ley 963 de 2005”, estos ven en ella una alternativa para que el país tenga un crecimiento importante, por lo tanto concluyen que “La inversión constituye un factor vital dentro del marco de cualquier economía, ésta genera desarrollo y aumento en la productividad del Estado, por que genera nuevas fuentes de empleo, da ingresos adicionales para el fisco, fomenta procesos de integración, impulsa el intercambio y desarrollo de tecnología, exige capacitación y demanda una infraestructura adecuada.

Todos estos efectos son reflejados en el crecimiento económico del Estado, pues le permite ofrecer bienes y servicios competitivos. Para aumentar el nivel de confianza en un país, es necesario garantizar la estabilidad o seguridad jurídica, económica y política. Debido a las condiciones actuales que vive Colombia, el riesgo político, que si bien ha disminuido, es altísimo, es indispensable ofrecer garantías jurídicas y económicas para lograr confianza”³

En este contexto de alto riesgo político, las garantías jurídicas resultan útiles dado que ellas permiten contrarrestar en alguna medida los efectos de la situación política adversa. En las democracias, son justamente las salidas jurídicas las que permiten enfrentar las situaciones de crisis políticas y sociales, son también los mecanismos jurídicos los que permiten que aún cuando exista un clima de inestabilidad política la economía pueda seguir creciendo, por lo cual para ellos esta ley es importante y positiva para Colombia.

Por otro lado, el docente Francisco Azuero⁴ realiza diversos estudios aplicados a los Contratos de Estabilidad jurídica de aquellas empresas que han firmado este tipo de convenios en los cuales busca analizar la racionalidad del Gobierno en ofrecer, y la de las empresas en aceptar, estos contratos, mediante los cuales se estabiliza la normatividad tributaria para las empresas que los firmen. Concluye Azuero que en algunos casos, lejos de estimular la

³ VELEZ GAITAN, María Carolina. ROCHA VALENZUELA, Viviana. Inversión, confianza, mecanismos de promoción y protección a la inversión – contratos de estabilidad. Bogotá. D.C, 2006, p. 69. Trabajo de grado (Derecho). Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de ciencias jurídicas.

⁴ AZUERO. Fernando es Economista. Profesor de Economía y de Finanzas, Facultad de Administración, Universidad de los Andes.

inversión adicional, estos contratos están protegiendo una inversión que de todas maneras se iba a realizar, es decir, lo que hacen las grandes empresas es aprovechar la ley, mas no se sienten motivados por ella para invertir. Otro punto interesante que menciona el docente es: “En algunos contratos la garantía de estabilidad jurídica se amplía a la totalidad de la actividad económica del inversionista. Pensemos en una posible consecuencia: todas las empresas que adquiera esta empresa de ahora en adelante gozarán por contagio de la protección jurídica, sin que ello se traduzca en un aumento de las obligaciones del inversionista. Esto estimulará adquisiciones motivadas exclusivamente por fines tributarios. Lo lógico es que aumente la concentración del poder económico y de la riqueza”.

Esto marca una clara diversidad de conceptos y apreciaciones sobre la ley de estabilidad jurídica puesto que mientras algunos ven en ella una solución, otros no ven en esta ley un mecanismo que pueda hacer aportes importantes para el crecimiento del país y confianza para las empresas.

En la mayoría de los países en desarrollo, como es el caso de Colombia, existe un alto nivel de incertidumbre frente a los cambios de la legislación y en especial el de las normas tributarias. Entre 1990 y 2003 en Colombia se llevaron a cabo once reformas tributarias, cuyo propósito fue el de obtener mayores recursos para financiar el gasto del gobierno. Si el resultado acumulado de estas reformas se hubiera orientado a construir una estructura tributaria progresiva, neutral, eficiente y equitativa, este activismo tributario estaría justificado.⁵

Esta inestabilidad jurídica es uno de los elementos que, sin duda, son tenidos en cuenta por los inversionistas nacionales y extranjeros a la hora de realizar inversiones en una jurisdicción determinada, siguiendo con los lineamientos de la política de inversión en el año 2005 se creó la ley de estabilidad jurídica con el objetivo de brindarle a éstos garantías de permanencia de normas durante un período determinado.

⁵ Evaluación del proyecto de ley de reforma tributaria (Proyecto de ley 166- cámara 2004), p.5.

1.1.2 Formulación del problema

¿Cual es el comportamiento de la aplicación de la ley 963 de 2005 frente al principio de equidad tributaria para los contribuyentes colombianos?

1.1.3 Sistematización del problema

¿Que factores incidieron para que el Estado expidiera esta ley?

¿Cuales requisitos de inversión y/o capital debe cumplir un inversionista para acceder a un contrato de estabilidad jurídica?

¿Que empresas colombianas han suscrito contratos de estabilidad jurídica desde 2005 y hasta abril de 2009?

¿Que demandas y sentencias se han generado en torno a la ley 963 del 2005?

¿Cuales factores hacen que una norma tributaria cumpla con el principio de equidad?

1.2 OBJETIVOS DEL PROYECTO

1.2.1 Objetivo General

Establecer el comportamiento de la aplicación de la ley 963 de 2005 frente a la equidad tributaria para los contribuyentes colombianos.

1.2.2 Objetivos Específicos

- Identificar los factores que motivaron al Estado a expedir la Ley 963 de 2005.
- Identificar los requisitos de inversión y/o capital que debe cumplir un inversionista para acceder a un contrato de estabilidad jurídica.
- Identificar las empresas colombianas que han suscrito contratos de estabilidad jurídica desde 2005 y hasta abril de 2009.
- Ubicar las demandas y sentencias que se han generado en torno a la ley 963 del 2005.
- Describir los factores que hacen que una norma tributaria cumpla con el principio de equidad.

1.3 JUSTIFICACIÓN

Es de vital importancia para los estudiantes de Contaduría Pública mantenerse actualizados, con el fin de que la información tributaria que se emana con frecuencia en Colombia no ocasione perjuicios como multas o sanciones por no tener conocimientos sobre ellas ya que el desconocimiento de la misma no exime el pago del tributo, por el contrario debe hacer frente a la política que este nuevo pronunciamiento impone y ocasiona el cambio de la planeación y de las proyecciones futuras que se habían elaborado, cambiando su resultado ocasionando aumento o disminución por que se deben incluir las nuevas políticas que han sido pronunciadas.

La Universidad del Valle tiene como misión educar en el nivel superior mediante la generación y difusión del conocimiento, por lo cual para la institución es indispensable que los estudiantes realicen investigaciones rigurosas que aumenten el conocimiento permitiendo generar nuevos aportes que sirvan para las siguientes generaciones de estudiantes de Contaduría Pública, buscando cumplir con su visión “Ser una de las mas importantes instituciones públicas de educación superior del país en cobertura, calidad y diversidad de sus servicios, aspira a consolidarse como una universidad de excelencia, pertinente, innovadora, eficiente, competitiva, con proyección internacional y de investigación científica”⁷

Como profesionales de la contaduría es importante saber que existen unas reglas de juego que rigen la contabilidad y por lo tanto se debe velar por el cumplimiento de ellas, pero dichas reglas constantemente están siendo modificadas por el gobierno nacional creando tanto para personas naturales y jurídicas ciertas confusiones que se deben aclarar rápidamente para poder adaptarse a ellas, de allí el interés por conocer el comportamiento de la ley de Estabilidad Jurídica con la cual se pretende disminuir esta incertidumbre y generar para los inversionista un ambiente de confianza y permanencia en las leyes que son desde el momento de la firma del contrato una constante; la cual se mantendrá hasta que no se incumpla con ninguno de los acuerdos estipulados en dicho contrato.

Pero además es de gran importancia resaltar el impacto social que podría generar esta ley para los pequeños y grandes inversionistas que ven en los contratos de estabilidad jurídica una herramienta útil para mantener una permanencia en las normas y por lo tanto sentirse motivados a invertir en Colombia.

⁷ “Misión Universidad del Valle” en <http://www.univallepalmira.edu.com>, (VÍ: 24 de febrero de 2009)

1.4 MARCO DE REFERENCIA

1.4.1 Marco Teórico

La constitución política en su artículo 1 menciona:

“Colombia un Estado, social de derecho, organizado en forma de República unitaria; descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y el prevalencia del interés general.”⁸

Además, la estructura del Estado colombiano se encuentra dividida por tres grandes ramas del poder público, legislativo, ejecutivo y judicial; la teoría política de la división entre el ejecutivo y los demás poderes del Estado ya era conocida en las antiguas civilizaciones clásicas de Grecia y Roma, y fue aplicada con un alcance limitado en algunos gobiernos medievales. El principio de la división de poderes, sin embargo, fue formulado por primera vez en el siglo XVIII por Charles-Louis de Montesquieu “(1689- 1755) Filósofo y escritor francés. Estudio en la escuela de oratoria de Juilly, y cursó la carrera de derecho primero en Burdeos y más tarde en París. Desde un punto de vista más moderno, lo más importante de sus obras es la defensa que en ella realiza del liberalismo y la tolerancia, la crítica al racismo y al despotismo y, muy especialmente su propuesta de establecer una división de poderes en el Estado, para impedir que ninguno de ellos exceda en sus funciones”⁹

De dos maneras considera Montesquieu al poder: como una facultad constitutiva del ser y como una facultad constitutiva de la sociedad. Sus analogías y diferencias son sustanciales, empezando porque resulta decisivo que el impulso del poder provenga del individuo o de la sociedad.

Montesquieu vincula estas dos formas de poder y las examina en cada situación determinada, en su unidad y en su multiplicidad.

“Refiriéndose al poder individual, tanto Hobbes como Montesquieu llegan a conclusiones semejantes. En su Discurso sobre el Estado, como llama también al Leviatán, Hobbes afirma: De manera que doy como primera inclinación natural de toda la humanidad un perpetuo e incansable deseo de conseguir poder tras poder, que solo cesa con la muerte”.¹⁰

Y Montesquieu, confirmando esta previsión de Hobbes, sostiene: Pero es una experiencia eterna, que todo hombre que tiene poder siente la inclinación de abusar de él, yendo hasta donde encuentre un límite.

Existe acuerdo en el sentido de que el contrato social -con sus variantes- tiene su origen en el acuerdo de la comunidad. Así lo expresaron en la antigüedad los sofistas, los estoicos y el propio Epicuro.

⁸ VALENCIA VALLEJO, José. Constitución política de Colombia de 1991., Editorial El Pensador, Segunda Edición. Bogotá. 2004, p. 7.

⁹ Enciclopedia Círculo de lectores. Editorial Printer Latinoamérica Ltda., Bogotá, Tomo dos, 2002, p. 487.

¹⁰ Ibíd., p. 488.

Al hablar de Estado colombiano, se necesita hablar de tributación, aquí se hace referencia a los impuestos que las personas, empresas u organizaciones deben pagar por distintos aspectos. Por ejemplo: tener una propiedad, utilizar un servicio o comprar un producto, llevar a cabo una actividad, etc. Estos pagos constituyen la mayoría de los ingresos del Estado; con éstos, éste realiza inversión social y de infraestructura, etc.

Uno de los pioneros en hablar de los principios de tributación fue Adam Smith quien en su Obra "De la Naturaleza y Causa de la Riqueza de las Naciones", en el libro V de esta obra, capítulo II parte II, se refiere a "De los Tributos", mencionando que existen tres "fondos": la renta, la ganancia y los salarios y que todo "tributo" debe pagarse por alguno de estos tres "fondos" o de todos a la vez, menciona a estos "fondos" como "fuentes de rentas privadas", posteriormente se refiere a las cuatro máximas que deben comprender a todos los "tributos" en general, enunciando lo siguiente :¹¹

Justicia:

"I.- Los vasallos de cualquier Estado deben contribuir al sostenimiento del Gobierno a proporción de sus respectivas facultades, en cuanto sea posible esta regulación, esto es, a proporción de las rentas o haberes de que goza bajo la protección de aquel Estado. En la observancia o en la omisión de esta máxima consiste lo que llamamos igualdad o desigualdad de imposición. Es necesario tener presente, para todo género de contribución, que cualquier tributo que viene finalmente a pagarse por una sola de aquellas tres fuentes originarias de toda renta, de que hemos hablado antes, es esencialmente desigual en toda aquella parte que deja de obrar sobre las otras dos."

Certidumbre:

"II.- El tributo que cada individuo está obligado a pagar debe ser cierto y determinado, y en modo alguno arbitrario. El tiempo de su cobro, la forma de pago, la cantidad que deba satisfacerse, todo ha de ser claro, llano e inteligible para el contribuyente y para cualquier otra persona. Porque donde se verifique lo contrario estará cada vasallo, que contribuya más o menos, bajo el poder no del Gobierno, sino del recaudador de tributos, quien puede muy bien, con esta libertad, agravar el impuesto sobre cualquier contribuyente que no se atreva a reclamar, o sacar, a impulsos del terror de semejantes gravámenes, regalos, presentes o gratificaciones inicuas para él.

La incertidumbre de la contribución es ocasión para la insolencia, favoreciendo las astucias de algunos de los empleados en aquellos destinos, quienes suelen ser cuando menos desatentos e intratables."

¹¹ SMITH, Adam. Riqueza de las naciones. Argentina. Longseller, 2004. p. 216

"La certeza de lo que cada individuo debe pagar es materia de tanta importancia, que una desigualdad considerable en el modo de contribuir no acarrea, según han experimentado todas las naciones, un mal tan grande como la más leve incertidumbre en la cuantía del tributo."

Comodidad:

"III.- Todo tributo o impuesto debe exigirse en el tiempo y modo que sea más cómodo y conveniente a las circunstancias del contribuyente. Un impuesto sobre la renta de la tierra o de las casas, pagadero al mismo tiempo en que el dueño las devenga, es exigido con oportunidad, ya que regularmente debe creerse que tiene entonces de dónde pagar. "

"Los derechos cargados sobre los géneros de consumo, siendo artículos de mero lujo, vienen por último a pagarse por el consumidor, y generalmente del modo menos gravoso que puede ser para él. Los paga, en efecto, poco a poco, a medida que va necesitando de aquellos géneros, y como tiene también la libertad de comprarlos o no, según le parezca, será culpa suya si al tiempo de pagarlos sufre alguna incomodidad."

Economía:

"IV.- Toda contribución debe disponerse de tal suerte que del poder de los particulares se saque lo menos posible sobre aquello, o más de aquello, que entra efectivamente en el Tesoro público del Estado. Un impuesto puede sacar, de hecho, del caudal de los particulares, mucha mayor cantidad que la que llega a entrar en el Tesoro público, de las cuatro maneras siguientes:

La primera, si la exacción o cobranza de él requiere un gran número de oficiales o dependientes, cuyos salarios absorben la mayor parte del producto total del impuesto, y cuyos provechos o percances impongan una adicional contribución sobre el pueblo."¹²

"La segunda, si el impuesto es de tal naturaleza que oprime o coarta la industria, desanimando al pueblo para aplicarse a ciertos ramos de negociación que proporcionan trabajo y mantendrían a mayor número de gentes, de tal manera que, al obligar a pagar semejante contribución, puede disminuirse y acaso arruinarse enteramente alguno de los fondos con que podría traficar del modo dicho."

"La tercera, se reduce a las confiscaciones y decomisos en que justamente incurren los desgraciados que pretendieron evadirse de pagar el impuesto, porque estas penas arruinan el caudal que pudiera en beneficio del público girarse en un modo lícito, y la pérdida de estos capitales, aunque justamente impuesta al contraventor, viene ocasionada por lo excesivo de la contribución, pues no hay mayor incentivo para el contrabando que los altos derechos que al ser eludidos prometen altas ganancias al defraudador, por lo cual se requiere evitar toda ley que ofrezca primero la tentación de infringirla y que imponga el castigo al que se deja vencer por ella."

¹² Ibíd. p.250.

"En cuarto y último lugar, se sujeta a los pueblos a frecuentes visitas y odiosas fiscalizaciones de los recaudadores o administradores de rentas, porque esto les expone a una incomodidad, vejación u opresión, y aunque la vejación en un sentido riguroso no constituye gasto, es ciertamente equivalente a lo que el hombre daría por libertarse de tan importuna molestia, cuando no es indispensablemente necesaria."

"De uno o de otro de estos cuatro modos es como los tributos suelen sacar mucho más de los vasallos, con gravamen de los contribuyentes, que lo que entra en realidad en el Erario y sin beneficio para la Real Hacienda."

"Las cuatro máximas citadas, por su justicia clara y evidente a la vez que por su manifiesta utilidad, han sido siempre recomendadas y han merecido la mayor atención en todas las naciones. Todas han procurado que sus tributos fuesen los más iguales que ha sido posible, tan fijos y ciertos en cantidad, y tan cómodos al contribuyente en el tiempo y en el modo de la exacción o cobranza, como proporcionados a la renta que efectivamente rinden para el príncipe. Igualmente, han procurado que sean las menos gravosas al pueblo según las circunstancias del Estado.

Pero las cosas, al fin, se han de manejar siempre por hombres. Sus talentos, por grandes que sean, están sujetos a la flaqueza humana que por fatal herencia nos legaron nuestros primeros padres y las siguientes reflexiones, sobre algunos de los principales impuestos que se conocen, harán ver cómo en diferentes siglos y países los bien intencionados esfuerzos de todas las naciones no han sido igualmente felices en este respecto."

Los tributos son los que permiten al Estado contribuir al financiamiento de los gastos públicos, inversión social e infraestructura. En este escenario existen dos partes implicadas; el Estado y las personas ya sean naturales o jurídicos. Para hablar de esta relación hay que apoyarse en las ideas del filósofo-teórico Juan Jacobo Rousseau quien plantea en su Obra El Contrato Social:

"Un cuerpo político puede medirse de dos maneras: a saber, por la extensión de su territorio y por el número de sus habitantes; y entre una y otra de estas medidas hay una relación muy a propósito para dar al Estado su verdadera grandeza. Los hombres son los que componen el Estado, y el terreno el que alimenta a los hombres: luego dicha relación consiste en que la tierra pueda mantener a sus habitantes y en que haya tantos habitantes cuantos la tierra pueda mantener. En esta proporción se encuentra el maximum de fuerza de un determinado número de pueblo; porque si hay terreno de sobras, su defensa es onerosa, su cultivo insuficiente, su producto superfluo; y esta es la causa próxima de las guerras defensivas: si no hay bastante terreno, el estado se encuentra por lo que le falta expuesto al arbitrio de sus vecinos; y esta es la causa próxima de las guerras ofensivas. Cualquier pueblo que por su posición no tenga otra alternativa que el comercio o la guerra, es débil en sí mismo; depende de sus vecinos y de los acontecimientos, y solo disfruta de una existencia incierta y corta. Sujeta a los demás, y muda de situación; o es

sujetado, y perece. Solo puede conservarse libre a fuerza de pequeñez o de grandeza”.¹³

“La constitución de un Estado podrá decirse verdaderamente sólida y durable cuando las conveniencias de las cosas estén tan estrictamente observadas que las relaciones naturales y la leyes se hallen siempre de acuerdo sobre los mismos puntos, y que estas no hagan, por decirlo así, mas que asegurar, acompañar y rectificar las otras. Pero si el legislador, engañándose en su objeto, elige un principio diverso del que nace de la naturaleza de las cosas, de modo que el uno se incline a la esclavitud y el otro a la libertad; el uno a las riquezas y el otro a la población, el uno a la paz, y el otro a las conquistas, sucederá que las leyes se debilitaran insensiblemente, se alterará la constitución, y el Estado no dejará de estar en agitación continua hasta que quede destruido o admita variación y que la invencible naturaleza haya recobrado su imperio”.¹⁴

El Estado colombiano se rige por La democracia que según Rousseau “Es el gobierno más proclive a los conflictos internos, es el que exige mayor vigilancia y valor para sostenerse. Si hubiera un pueblo de dioses estaría gobernado democráticamente. Un gobierno tan perfecto no conviene a los hombres.

El que hace la ley sabe mejor que nadie de que manera se ha de ejecutar e interpretar. Parece pues que no se puede encontrar una constitución mejor que aquella, en que el poder ejecutivo está unido al legislativo: pero esto mismo hace que este gobierno sea insuficiente bajo ciertos respectos, porque las cosas que han de estar separadas no lo están, y el príncipe y el soberano, siendo una sola persona, no forman, por decirlo así, mas que un gobierno sin gobierno”.

No conviene que el que hace las leyes, las ejecute, ni que el cuerpo del pueblo separe su atención de las miras generales para fijarla en objetos particulares. Nada más peligroso que la influencia de los intereses particulares en los negocios públicos; y el abuso que el gobierno puede hacer de las leyes, es un mal menor que la corrupción del legislador, consecuencia indispensable de las miras particulares. Alterándose entonces el Estado en su sustancia, toda reforma llega a ser imposible. Un pueblo tan perfecto que no abusase jamás del gobierno, tampoco abusaría de la independencia; un pueblo que siempre gobernase bien, no tendría necesidad de ser gobernado”.¹⁵

A diferencia de Smith el economista británico Jhon Maynard Keynes (1883-1946); plantea un Estado Interventor cuyas herramientas son la política fiscal y las obras públicas.

Al plan económico se lo ha calificado de neokeynesiano. Pero la doctrina de Keynes, que se basa en un Estado interventor, pleno empleo y altos salarios.

¹³ ROUSSEAU, Juan Jacobo. Contrato social. Bogotá. D.C: Editorial Cometa de papel. 1998. p.55

¹⁴ Ibíd. p.60.

¹⁵ Ibídem

Keynes pensaba que la economía no tendía de manera automática hacia el pleno empleo y que no se podía esperar que las fuerzas del mercado fueran suficientes para salir de la recesión. Supóngase, por ejemplo, que se parte de una situación de pleno empleo pero que, por alguna razón, las empresas deciden reducir su inversión en nueva maquinaria. Los trabajadores que fabrican máquinas perderían su puesto de trabajo, por lo que tendrían menos dinero para comprar bienes de consumo, de tal manera que algunos trabajadores que fabrican bienes de consumo terminarían, a su vez, perdiendo su puesto de trabajo. De esta forma existe un efecto 'multiplicador' que lleva a que la economía tienda hacia un equilibrio con menor empleo, producción e ingresos que el anterior. Según Keynes, no existe ninguna fuerza automática que evite este proceso. La reducción del salario no bastará porque, aunque disminuyan los costos de las empresas, también disminuirá el poder adquisitivo de los trabajadores, de forma que las empresas venderán menos. Por lo tanto, la alta tasa de desempleo se debe a que la demanda (y por tanto el gasto) es muy reducida. Sólo la actuación del Gobierno, al reducir los impuestos o aumentar el gasto público, podrá conseguir que la economía vuelva a una posición de pleno empleo. En definitiva, los gobernantes tienen que garantizar una demanda suficiente en la economía para crear y mantener el pleno empleo, pero no debe ser excesiva para evitar que aumente la inflación¹⁶.

¹⁶ Leijonhufvud, A. "Análisis de Keynes y de la economía keynesiana". Barcelona: Vicens-Vives Editorial. 1976.

1.4.2 Marco Conceptual

A continuación; se encuentran los términos más sobresalientes en el desarrollo de la investigación, los cuales facilitarán la comprensión y el análisis de las ideas planteadas en este trabajo, actividad que permitirá establecer un lenguaje común proporcionando mayor claridad en el tema.

-INVERSIÓN: La inversión puede definirse como el gasto o flujo de dinero dedicado a la adquisición de bienes que no son de consumo final, (bienes de capital que sirven para producir otros bienes) o a la realización de proyectos productivos, y que depende del nivel de renta o ingreso. Dentro de este proceso un sujeto decide vincular recursos financieros líquidos a cambio de la expectativa de obtener unos beneficios también líquidos, a lo largo de un plazo de tiempo que se denomina vida útil¹⁷.

- Clasificación

Según origen

Nacional: Las realizadas con activos o recursos, ya sea en bienes tangibles e intangibles, prestación de servicios o financieros en moneda nacional o extranjera de libre convertibilidad, que se destinen a la ejecución de actividades locales de índole económica o a la ampliación o perfeccionamiento de las existentes, para la producción de bienes o servicios y la generación de fuentes de empleo; por personas naturales o jurídicas colombianas con residencia permanente en el país.

Extranjera. Se define como aquella inversión efectuada con activos o recursos, ya sea en bienes tangibles e intangibles, prestación de servicios o financieros en moneda de libre convertibilidad, transferidos del exterior por inversionistas extranjeros siendo personas naturales o jurídicas no residentes en el país¹⁸.

Según su forma.

Directa. Se entiende por ella, la adquisición de participaciones, acciones, cuotas sociales, aportes representativos del capital de una empresa o bonos obligatoriamente convertibles en acciones; la adquisición de derechos en patrimonios autónomos constituidos mediante contrato de fiducia mercantil

¹⁷ CURSO VIRTUAL. MAIL X MAIL OPEN E-LEARNING ISSN: 1699-4914 "Formación Gerencial de la administración". Capítulo 1 "El concepto de inversión de la Empresa" 2005 <http://www.mailxmail.com/curso/empresa/formaciongerencialdelaadministracion/capitulo1.html>

¹⁸ DECRETO 2080 DE 2000 ARTÍCULO 4°. Inversionista de capital del exterior. Se considera inversionista de capital del exterior a toda persona natural o jurídica titular de una inversión extranjera en los términos previstos en el presente decreto. Para el caso de los contratos de estabilidad jurídica están exentas las inversiones de portafolio.

como medio para desarrollar una empresa; adquisición de inmuebles; adquisición de títulos de participación en procesos de titularización de inmuebles o proyectos de construcción por oferta pública o privada; aportes mediante actos o contratos de colaboración, concesión, servicios de administración, licencia o aquellos que impliquen transferencia de tecnología, cuando ello no represente una participación en una sociedad y las rentas que genere la inversión para su titular dependan de las utilidades de la empresa¹⁹.

De Portafolio. Comprende las inversiones en acciones, bonos obligatoriamente convertibles en acciones y otros valores inscritos en el registro nacional de valores, efectuadas a través de fondos de inversión²⁰.

Según Modalidad

En dinero. Importación de divisas que son convertidas en moneda nacional, ya sea para realizar un aporte directo al capital de una empresa o para adquirir de terceros los derechos o acciones que posean es sociedades existentes.

La obligación tributaria esta conformada por los siguientes elementos:

Sujeto activo: Es el acreedor de la obligación tributaria. El estado como acreedor del vínculo jurídico queda facultado para exigir unilateral y obligatoriamente el pago del impuesto, cuando se realiza el hecho generador (está representado por la unidad administrativa especial-Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, que es el sujeto activo de la obligación tributaria).

A nivel departamental será el Departamento (está representado por la Secretaria de Hacienda Departamental) y a nivel municipal el respectivo Municipio (está representado por la Secretaria de Hacienda Municipal).

Sujeto pasivo: Es la persona que adquiere bienes y/o servicios grabados quien soporta y asume el impuesto. El sujeto pasivo económico no es parte de la obligación tributaria sustancial, pero desde el punto de vista económico y de Política fiscal es la persona a quien se traslada el impuesto y es en últimas quien lo asume²¹.

¹⁹ URIBE LARGACHA, Rodrigo. Derecho Económico El Sector Externo de la Economía. Ediciones Uninorte 2001 Pág. 164.

²⁰ Los fondos se definen como patrimonios organizados bajo cualquier modalidad (fiducia, encargos fiduciarios, contratos de custodia y otros análogos), en Colombia o en el extranjero, con recursos aportados por una o más entidades, personas naturales o jurídicas extranjeras, con el objeto exclusivo de realizar inversiones en el mercado público de valores. Su administración está a cargo de un administrador internacional y uno local (sociedades fiduciarias y comisionistas de bolsa) y están regulados por las normas nacionales sobre oferta pública de adquisición. Pueden ser institucionales o individuales. COINVERTIR, Inversión Extranjera Colombia 2005. Publicación Internet. http://www.coinvertir.org/html/i_portals/index.php.

²¹ CUSGUEN OLARTE. Eduardo. Estatuto Tributario. Cali. Séptima Edición. 2008. p.5.

CLASIFICACION DE LOS TRIBUTOS:

Impuestos: Son las prestaciones en dinero o en especie, exigidas por el Estado en virtud del poder de imperio, a quienes se hallen en las situaciones consideradas por la ley como hechos impositivos.

El impuesto, se fundamenta en la soberanía de la nación, justificado por la necesidad de atender requerimientos de interés social y es, sin duda, el más importante de los tributos que percibe el Estado para el desarrollo de sus fines²².

A su vez se puede clasificar los impuestos en directos e indirectos;

- Impuestos Directos: Son aquellos en los cuales coincide el sujeto jurídico responsable de la obligación y el sujeto económico que soporta el tributo. Ejemplo: El impuesto sobre la Renta y Complementarios. El declarante es el mismo contribuyente que paga el impuesto.

- Impuestos Indirectos: Se trata de aquellos donde el sujeto jurídico no es el mismo sujeto económico, quien paga el monto respectivo. Ejemplo: El impuesto sobre las ventas: Quien declara (responsable jurídico) no es el mismo que paga el monto del impuesto (lo hace el comprador).

Contribuciones: Se define la contribución como, una compensación pagada con carácter obligatorio a un ente público, con ocasión de una obra realizada por él con fines de utilidad pública pero que proporciona ventajas especiales a los particulares propietarios de bienes inmuebles²³.

Las contribuciones se pueden clasificar de la siguiente manera;

- Contribuciones sociales: Son los mismos aportes parafiscales, que son percibidos por las entidades designadas para prestar servicios de seguridad social, fomentar la enseñanza de los trabajadores, fortalecer la familia, etc.

- Contribuciones corporativas: Son los aportes pagados a determinadas instituciones, por servicios específicos, que pueden ser gremiales. Algunas son: Pagos a Cámaras de comercio, Superintendencias y Contralorías.

- Contribuciones económicas: Son los pagos obligatorios que hacen los contribuyentes y que tienen destinación más o menos específica. Ej. Contribución por Valorización.

²² RAMIREZ CARDONA "Clasificación de los impuestos", en <http://www.gerencie.com> (vi 5 de febrero del 2009)

²³ Ibídem.

- Otras contribuciones: A pesar de su denominación, son: Impuestos a la Gasolina y el Impuesto de Boca de Mina de Carbón.

Contribuyentes; Son contribuyentes o responsables directos del pago del tributo los sujetos respecto de quienes se realiza el hecho generador de la obligación sustancial.

Tasas: “Se refiere a un tributo con menor grado de obligatoriedad, ya que depende del sometimiento voluntario del particular al decidirse a utilizar un servicio del Estado, que se sabe implica una obligación de pagar y la existencia de un ente público que dará una contraprestación directa a quien paga”²⁴

1.4.3 Marco contextual

Geográficamente la República de Colombia está ubicada en el noroeste de Sudamérica, limita al norte con Panamá y el mar Caribe, al este con Venezuela y Brasil, al sur con Perú y Ecuador, y al oeste con el Océano Pacífico. Colombia es el único país de América del Sur con costas tanto en el Océano Atlántico como en el Océano Pacífico.

En la parte económica pese a que a lo largo de su historia ha tenido dificultades desde todos sus ámbitos, desde los setentas, el PIB colombiano ha mostrado un crecimiento dos puntos por encima del promedio latinoamericano y ha sido el país menos volátil de la región. En el año 2008, el PIB de Colombia registró un crecimiento del 2,5%, un crecimiento positivo durante la recesión mundial.²⁵

Adicionalmente la Inversión Extranjera Directa por su parte también aumentó significativamente en la última década. En el 2002, Colombia recibió un flujo de Inversión Extranjera Directa (IED) de 2.134 millones de dólares mientras que en 2008 el flujo alcanzó los 10.564 millones de dólares, la mayor cifra registrada en la historia de Colombia. Las exportaciones se han triplicado desde 2002, pasando de 12 mil millones a 37 mil millones de dólares.²⁶

El progreso realizado en reformas estructurales, el ajuste fiscal, la estrategia de defensa y seguridad democrática, la credibilidad del gobierno, las tasas de interés competitivas, la reactivación de la demanda, el crecimiento de la inversión, y el crédito externo otorgado por agencias multilaterales; constituyen factores que están fortaleciendo las condiciones para estimular el crecimiento económico colombiano.

²⁴ Ibídem.

²⁵ COLOMBIA ES PASION Editorial: Fiducoldex – Fideicomiso Proexport Colombia Vicepresidencia de Inversión Extranjera Bogotá D.C., Colombia, julio de 2009 Impreso en: Offset Gráfico. p.4.

²⁶ Ibídem.

1.4.4 Marco Legal

Para la realización de la investigación se deben tener como base los pronunciamientos emanados por los legisladores que facilitan el entendimiento del estudio a realizar.

La obligación tributaria tiene su origen en la Constitución Nacional, en su artículo 95 numeral 9, el cual afirma: Son deberes de la persona y del ciudadano:

(...)

Contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del estado dentro de los conceptos de justicia y equidad.

Los artículos 1, 2, 13, 114, 132, 133, 150, 333, 338, 363, constitucionales también serán de gran apoyo para el desarrollo de la investigación.

El Estatuto Tributario en su título preliminar se refiere a la obligación tributaria, en el que define su origen, lo contribuyentes y los responsables.

Artículo 1. Origen de la obligación sustancial. La obligación tributaria sustancial se origina al realizarse el presupuesto o los presupuestos previstos en la ley como generadores del impuesto y ella tiene por objeto el pago del tributo.

Sujetos Pasivos

Artículo 2. Contribuyentes. Son contribuyentes o responsables directos del pago del tributo los sujetos respecto de quienes se realiza el hecho generador de la obligación sustancial.

Artículo 3. Responsables. Son responsables para efectos del impuesto de timbre, las personas que, sin tener el carácter de contribuyentes, deben cumplir obligaciones de éstos por disposición expresa de la ley.

Otros artículos relacionados del E.T 199 al 318, 634 al 640

El Código Civil Colombiano será de gran utilidad en la búsqueda de cumplir con los objetivos de la investigación.

Capítulo 2 Artículo 4: Ley es una declaración de voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la constitución nacional. El carácter general de la ley es mandar, prohibir, permitir o castigar.

Capítulo 2 Artículo 18: La ley es obligatoria tanto a los nacionales como a los extranjeros residentes en Colombia.

Artículo 1602: Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por consentimiento mutuo o por causas legales.

Código de comercio permitirá tener mayor claridad al momento de interpretar las causas, consecuencias y obligaciones entre las partes de un contrato.

Artículo, 98 por el contrato de sociedad dos o mas personas se obligan hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre si las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social.

La sociedad una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados.

Artículo 101: Para que el contrato de sociedad sea válido respecto cada uno de los asociados será necesario que de su parte haya capacidad legal y consentimiento exento de error esencial, fuerza o dolo, y que las obligaciones que contraiga tengan un objeto y una causa lícita. Se entiende por error esencial el que versa sobre los móviles determinantes de lacto o contrato, comunes o conocidos por las partes.

Otras normas relacionadas que han sido emitidas para consolidar la ley 963 del 2005:

LEY 9 de 1991

DECRETO 1735 de 1993 (Reglamentario de la Ley 9 de 1991)

DECRETO 1295 de 1996 (Sobre inversión extranjera)

DECRETO 2080 DE 2000

DECRETO 1844 de 2003

DECRETO 2950 DE 2005 (Reglamentario de la Ley 963 de 2005)

DECRETO 133 DE 2006 (Reglamentario de la Ley 963 de 2005)

RESOLUCIÓN 2233 DE 2005.

CONPES 3666 DEL 2005

1.4.5 Marco Histórico

Colombia es una república unitaria y democrática, en donde la soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público, y la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece. Los miembros del Congreso son elegidos mediante elección directa, representan al pueblo, deben actuar consultando la justicia y el bien común, con el fin de hacer las leyes como una de sus funciones (artículos 1, 2, 114, 132, 133, 150, constitucionales).²⁷

Los contratos de estabilidad tributaria fueron creados en Colombia en 1995 pero no despertaron interés. Los introdujo la Ley 223 de 1995 para protegerse contra aumentos en el impuesto a la renta o contra nuevos impuestos. Las empresas consideraron muy alto el costo: pagar un impuesto a la renta dos puntos por encima de la tarifa vigente.

El Gobierno logró derogar esta norma cuando varios inversionistas se apresuraron a firmar estos contratos sólo para protegerse de la institucionalización del Gravamen a los Movimientos Financieros.

Pasados siete años se instauró el proyecto de ley de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia, fue radicado el 20 de Julio de 2003 por el Gobierno Nacional a través de los Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Comercio, Industria y Turismo.

Este proyecto fue asignado a la Comisión Tercera del Senado y se nombró como ponente al Senador Aurelio Iragorri y sufrió varias modificaciones provenientes de la Corporación y del Sector privado y finalmente fue aprobado.

Luego del trámite ante el Senado, pasó a la Comisión Tercera de la Cámara de Representantes en donde fue archivado en septiembre de 2004 en medio de un ambiente político complejo debido a la aprobación de la reelección presidencial. A continuación, el Ministerio de Comercio, decidió apelar la decisión de archivo (Art. 159 de la C.P.)²⁸ ante la plenaria de la Cámara de Representantes, presentando 32 argumentos, 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.

Después de tanta discusión el día 8 de julio de 2005, se publica en el Diario Oficial 45.963 una ley de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia. La ley fue reglamentada mediante decreto 2950 del 29 de agosto 2005.

Estos complejos procedimientos que se originaron para llegar a publicar la ley 963 se deriva de unos niveles de internacionalización que han experimentado las economías desde comienzos de la década del 90, han sido posibles gracias

²⁷ VALENCIA VALLEJO, José. Constitución política de Colombia de 1991. Op cit. p. 7-37-42-46.

²⁸ Artículo 159 de C.P. "El proyecto de ley que hubiere sido negado en primer debate podrá ser considerado por la respectiva cámara a solicitud de su autor, de un miembro de ella del gobierno o del vocero de los proponentes en los casos de iniciativa popular."

a la reducción de barreras al comercio y a la inversión que han hecho los países. Esta reducción de barreras ha incrementado los flujos de inversión extranjera, así como los impactos que estos flujos generan en las economías. Como parte de su estrategia de crecimiento, los países diseñan programas que les permitan por un lado, atraer mayores flujos de inversión y extranjera, y por otro, retener los actuales. En los últimos años, las políticas en materia de inversión extranjera han evidenciado cambios profundos.

Luego de un largo periodo en el que especialmente los países en desarrollo aplicaron fuertes restricciones y controles a la entrada de capitales extranjeros, se pasó a una etapa de plena liberalización que desató una competencia entre los países por la atracción de este tipo de capitales. Este cambio de paradigma se explica principalmente por la necesidad que tienen los países en desarrollo de encontrar nuevas fuentes de financiación, luego de la crisis de la deuda. En este contexto, la atracción de la inversión extranjera se ha convertido en una prioridad para los gobiernos ya que esta contribuye al desarrollo de los países y de sus economías a través del impacto que genera. La inversión extranjera que ingresa a un determinado país representa nuevos flujos de capital que llegan a dinamizar la demanda agregada, aportando de esta forma al crecimiento económico del país. Adicionalmente, los flujos de capital provenientes de la Inversión extranjera son por lo general estables pues están ligados a la construcción de bienes inmuebles y en general a proyectos de largo plazo.

De igual manera aumenta los niveles de competencia al interior de un país; En algunos casos, los productores nacionales se ven obligados a mejorar su estructura de costos y/o a sacrificar una mayor parte de sus utilidades con el fin de disminuir el precio de los productos para hacer frente a la nueva competencia y poder así mantenerse en el mercado. La consecuencia de lo anterior es el incremento en la productividad de los factores y la aparición de precios más favorables para los consumidores. Por otro lado, el aumento en productividad nos conduce nuevamente al crecimiento económico del país.

El arribo de este tipo de inversión implica también una oportunidad para el mercado receptor de conocer nuevos productos o servicios para ofrecerlos a los consumidores. Estos compradores a su vez pueden ser grandes beneficiados debido a que la competencia no sólo reduce los precios de los productos sino que también presiona a los empresarios nacionales para que se mejore la calidad y el servicio que prestan al cliente.

Desde 1990 Colombia ha venido implementando una estrategia de promoción de la inversión extranjera que contempla una serie de modificaciones normativas, incluida la Constitución misma, y la suscripción de diversos acuerdos que tienen por objeto su promoción y su protección. El resultado de estas acciones ha sido un incremento significativo de los capitales extranjeros en el país.

Mientras que las décadas de los sesenta y setenta se caracterizaron por la tendencia a restringir la entrada de capitales extranjeros, a partir de los ochenta y, particularmente, en los noventa estas políticas han estado encaminadas a promover y a atraer la inversión extranjera. Aunque las inversiones en el sector

primario pueden registrar altas tasas de crecimiento y que la inversión en industrias ya existentes puede generar externalidades positivas (formación de recursos humanos, introducción de una gestión empresarial moderna o fomento de capacidades productivas locales), el verdadero impacto económico sólo se logra en aquellos casos en los que hay creación de nuevas empresas, especialmente cuando éstas se sitúan en sectores innovadores o en aquellos que se caracterizan por su alto valor tecnológico.

De otra parte, es preciso tener en cuenta que los potenciales efectos positivos atribuidos a la inversión extranjera no operan en todos los casos. Estos dependen del tipo de inversión, de los intereses que persigan los inversionistas, del lugar donde se instale la inversión y de los sectores en los cuales se lleve a cabo, así como del entorno político institucional existente en el país receptor. Según la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (Unctad), en la primera mitad de los años noventa, cerca del 95 por ciento de las modificaciones a las legislaciones de los países tenía por objeto facilitar los flujos de inversión extranjera. Además, se firmaron 1.857 tratados bilaterales de inversión durante el 2000, cinco veces más que los registrados en la segunda mitad de la década de los noventa. Durante este periodo, se evidencia también un cambio en la lógica que subyace las decisiones de los inversionistas. De la mirada netamente economicista (análisis de los fenómenos sociales en que priman los factores económicos), que afirmaba que la inversión extranjera era incentivada por las utilidades, por el mercado y por la tasa de interés, se pasa a una mirada institucional, que incluye las normas o la cultura, por ejemplo, como posibles factores determinantes de la inversión extranjera. Como resultado de estas transformaciones, en el 2005 los flujos mundiales de inversión extranjera alcanzaron los 900.000 millones de dólares, luego de haber registrado un promedio anual de 142.000 millones de dólares en el periodo 1985-1990 y cerca de 350.000 millones de dólares en 1996, según las cifras de la Comisión Económica para América Latina.²⁹

En Colombia se ha destacado la importancia de la inversión extranjera como un medio para superar los desajustes estructurales de la balanza de pagos. A esta se le considera como un complemento del ahorro interno en los esfuerzos encaminados a la sustitución de importaciones, la diversificación de exportaciones y la promoción de sectores líderes esfuerzos que aportan significativamente a la creación de empleo, generación de valor agregado en la producción, transferencia de tecnología y contribución de divisas.

²⁹ GARAY. Luís Jorge. "estructura industrial e internacionalización 1967-1996". Publicación digital en la página Web de la Biblioteca Luís Ángel Arango del Banco de la República. <<http://www.lablaa.org/blaavirtual/credencial/enero1990/enero1.htm>> Búsqueda realizada el 16 de enero de 2010

La existencia de la inversión extranjera en Colombia se remonta a la segunda mitad del siglo pasado cuando estuvo asociada a la explotación de la minería de oro, ferrocarriles, siderurgia, cervecería y textiles esta inversión era de tipo pionero y no estaba sometida a regulación alguna. En las primeras décadas de este siglo, la inversión se dirigió principalmente a la minería (oro) y fundición, agricultura (banano y azúcar) y petróleo. Dicha inversión provenía, en gran parte, de los Estados Unidos y se localizó en enclaves con poco impacto directo en el desarrollo económico nacional. Para entonces, la importación de capital, así como su reexportación y giro de utilidades, solo estaba limitada por consideraciones derivadas del libre juego del comercio internacional, las condiciones del mercado interno y las expectativas propias de cada inversionista extranjero frente a las utilidades y el riesgo.

Es en 1931, con la creación de la Oficina de Control de Cambios, que se da inicio al proceso normativo de regulación jurídica al ingreso de capitales extranjeros. Esta oficina concedía el permiso para rembolsar al exterior los capitales que se importaban al país bajo cualquier modalidad, así como los intereses y dividendos correspondientes a los nuevos capitales. En 1947 se establecieron los registros previos del capital extranjero, el cual se definió como los aportes hechos en ingresos de divisas o en maquinaria industrial, agrícola o minera. Hacia 1951, y en un intento por cualificar la magnitud real de la inversión extranjera en Colombia, se estipuló que todo capital importado hasta entonces, sin tener en cuenta la forma como hubiera ingresado al país, quedaba bajo la obligación de ser registrado con el fin de tener el derecho a la repatriación o a giro. En resumen, la legislación sobre la inversión extranjera, expedida entre 1931 y 1965, tuvo un carácter limitado, puesto que solo se concentró en conocer los movimientos de capital y condicionar, a su registro los derechos cambiarios de giro o repatriación.

En 1967, en medio de un ambiente de desequilibrio estructural de la balanza de pagos del país, se promulgó el Decreto-Ley 444, comúnmente denominado "Estatuto Cambiario", vigente hasta 1991. Tuvo por objeto la promoción del desarrollo económico y social y el equilibrio cambiario a través de diferentes medios, incluido el "estimulo a la inversión de capitales extranjeros en armonía con los intereses generales de la economía nacional. Este Estatuto compendia un marco coherente de disposiciones acerca del tipo y calidad de la inversión extranjera los criterios de aprobación y autorización y de su registro. Para la inversión en petróleo y minería se contempló un régimen específico, según el cual las empresas petroleras no tenían la obligación de reintegrar todo el valor exportación del crudo, lo que les permitía la transferencia de utilidades al exterior.

Posteriormente, se integro al marco jurídico nación Decisión 24 de 1970 del Pacto Andino y demás no complementarias, mediante la promulgación del Decreto- Ley 1990 de 1973, que preveía la asociación de capitales extranjeros y nacionales para asegurar una óptima transferencia de tecnología y un mayor grado de independencia económica. Con estas normas, se estructuró el régimen sub-regional de tratamiento a la inversión extranjera, contemplaba como uno de sus propósitos centrales toda inversión debía ser autorizada

previamente y manera discrecional por el organismo nacional competente, que en el caso de Colombia ha sido el Departamento Nacional de Planeación.

Aunque la Decisión 24 daba claridad sobre los derechos y obligaciones del capital extranjero y aseguraba un clima de estabilidad y transparencia para las decisiones de inversión por parte de las empresas, se consideraba, sin embargo, que era mucho más restrictivo que el propio Estatuto Cambiario. La razón radicaba en la prioridad que los países andinos le otorgaban a la disminución de la dependencia económica y tecnológica, a través de exigirles a las empresas extranjeras la incorporación de capital nacional en una proporción mayoritaria, de restringirles su acceso al crédito interno, de reservar unos sectores económicos exclusivamente para nacionales y de regular los pagos por concepto de adquisición de tecnología.

Más adelante, en el tiempo, ante la estrechez del mercado interno, el debilitamiento de la balanza de pagos y el cierre de los mercados internacionales de capitales, los países andinos debieron replantear el papel de la inversión extranjera en sus economías. Surgió, entonces, la Decisión 220 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, reglamentada en Colombia por el Decreto 1265 de 1987 y la Resolución 44 de 1987 del CONPES. En estas disposiciones se consignaban cambios importantes frente al régimen anterior, entre ellos, el aumento del derecho a giro de utilidades, la posibilidad de aceptar inversión extranjera en sectores en que antiguamente estaba prohibida, las restricciones crediticias a las empresas extranjeras, la abolición de la obligación de vender la inversión sólo a inversionistas nacionales y de transformarse en empresa mixta, salvo para quienes deseaban gozar del mercado subregional andino. Lo más importante de esta Decisión fue la característica de flexibilidad que le permitía a cada país miembro diseñar su propio tratamiento específico al capital extranjero.

Como parte del programa de modernización e internacionalización de la economía colombiana, se dictó la de enero 17 de 1991 por la cual se adoptó un régimen cambiario, que en lo concerniente a la inversión extranjera permitió efectuar modificaciones importantes a la normativa que rigió hasta entonces. Algunas que se refieren a la eliminación de la autorización (aprobación de la inversión) del Departamento Nacional de Planeación a la creación de regímenes especiales para sectores financieros, de hidrocarburos y minería y fondos de inversión y, a que la inversión extranjera sea tratada en igualdad de condiciones con la inversión de nacionales colombianos. Cabe resaltar el proceso de apertura y modernización de la economía instrumentada desde 1990, con el que se busca consolidar los avances que en términos de diversificación productiva e incremento en la productividad ha logrado el país. Con una estructura más abierta y moderna la economía colombiana debe enfrentar con éxito las nuevas circunstancias que se presentan en el panorama económico mundial.³⁰

³⁰ Tendencias actuales de la inversión extranjera. Fascículo 11. Universidad ciencia y desarrollo. Programa de divulgación científica. p.p. 1, 3, 4

1.5 ASPECTOS METODOLÓGICOS

De acuerdo, al autor Omar Aktouf el tipo de investigación Exploratorio es el más adecuado a utilizar puesto que, el objetivo es examinar un tema o problema de investigación que poco se ha estudiado y/o no se ha abordado antes.

El estudio que se realizará en la investigación en primera instancia es exploratorio, puesto que primero se debe hacer una indagación sobre los antecedentes directos e indirectos del problema que contribuyan a la investigación, ya que se pretende establecer el comportamiento de la aplicación de la ley 963 de 2005 frente a la equidad tributaria para los contribuyentes colombianos y en segunda instancia será de tipo descriptivo en donde se mostraran las características del problema de investigación, el contenido de la ley, cómo se originó, a cuáles contribuyentes favorece o desfavorece esta ley en cuanto a equidad tributaria se refiere, en este caso poco se ha estudiado sobre el y se pretende por lo tanto, determinar algunos elementos que aporten a la discusión algunas variables para enfrentar dicha dinámica.

Conforme, al autor Guillermo Briones³¹ se proponen cuatro categorías en cuanto a la definición del tipo de investigación, de estas son tres las más apropiadas para el desarrollo del problema planteado:

Teórico, ya que es tratado únicamente con la literatura existente acerca de la problemática en cuestión, no se hace uso de operaciones empíricas, sino de la aplicación de conceptos y esquemas teóricos, por lo tanto, se consulta la bibliografía donde se traten temas relacionados con: La Ley 963 de 2005.

➤ **Básico**, por lo que la investigación se direcciona principalmente por el valor del conocimiento, es por esto que, se concentra específicamente en la Ley 963 DE 2005 y la equidad tributaria para los contribuyentes colombianos, teniendo en cuenta sus antecedentes, debates, creación y aplicación de la ley.

➤ **No experimental**, dado el problema del objeto de estudio y la estrategia utilizada para explicarlo, no se hace uso de experimentos para determinar o dar respuestas a las preguntas planteadas en la formulación, por el contrario, se analiza la aplicación de éste fenómeno tal y como se presenta en el contexto, por ello es tratado como no experimental.

³¹ Briones, Guillermo. La formulación de Problemas de Investigación Social. Universidad Nacional. Bogotá, 1980. p.p. 21-22

1.5.1 Método de investigación

El método que se utilizará en la investigación propuesta para cumplir con los objetivos y dar respuesta concreta al problema que se identificó, será de tipo deductivo ya que en este caso se inicia con la revisión de la teoría general, para extraer conclusiones al caso particular, este tipo de estudio consiste en extraer conclusiones particulares por medio de las observaciones y mediciones en general, que se realizarán partiendo de revisiones bibliográficas como documentos, revistas e investigaciones anteriores para llegar a una conclusión particular y de esta manera cumplir con los objetivos planteados.

1.5.2 Fuentes de investigación

La investigación se realizará por medio de revisiones bibliográficas por lo cual no requiere trabajo de campo para cumplir con los objetivos establecidos en el comienzo del estudio. Por lo anterior sólo serán de ayuda las fuentes secundarias ya que este tipo de investigaciones no requiere de fuentes primarias.

1.5.3 Fuentes secundarias.

- Recursos bibliográficos e investigaciones realizadas anteriormente sobre el tema específico de esta investigación.
- Documentos obtenidos a través de las consultas e Internet.
- Periódicos y revistas por medio de los cuales se obtiene información relevante para desarrollar de manera satisfactoria la investigación.
- Investigaciones y documentos generados por la DIAN.
- DANE e instituciones gubernamentales para obtener datos estadísticos a cerca de los temas relacionados con la investigación.
- Datos, trabajos preliminares y documentación generada por otros autores que nos proporcionen bases para desarrollar la investigación.

1.5.4 Técnicas de investigación

Para determinar cual es el comportamiento de la aplicación de la ley 963 de 2005 frente a la equidad tributaria para los contribuyentes colombianos y cumplir con los objetivos de nuestra investigación, la técnica a utilizar es de tipo documental mediante la cual se realiza una recopilación adecuada de datos que permita redescubrir hechos, sugerir problemas, orientar hacia otras fuentes de investigación, orientar formas para elaborar instrumentos de investigación, elaborar hipótesis, etc. Es decir, permiten la recopilación de información mediante fuentes impresas como documentos impresos, revistas y periódicos, seleccionarla, registrarla para su posterior análisis y por ultimo elaborar conclusiones que le den respuesta al interrogante de investigación.

De igual manera la investigación se apoyará en la elaboración de fichas bibliográficas que permiten localizar rápidamente el material en el momento oportuno con los datos básicos de un documento (nombre de libro, autor, editorial, número de edición, etc.). Los cuales serán resúmenes detallados de la documentación encontrada en el transcurrir del proceso de investigación, lo que ayudara a contar con una información acertada de cada una de las averiguaciones halladas de una forma rápida; situación que facilitara que no se repitan las investigaciones ya estudiadas, es una manera de agilizar el proceso de investigación y tratar de cubrir la mayor cantidad de información importante referente a este tema y que se haya publicado en los últimos años, para disponer de una información completa la que ayudará a llegar a conclusiones mas profunda y detalladas con información precisa; para cumplir con los objetivos y disposiciones generales de la investigación.

2. MOTIVACIÓN DEL ESTADO COLOMBIANO AL PROMOVER LA LEY 963 DE 2005.

2.1 PROYECTO DE LEY POR EL CUAL SE PROMUEVE LA CONFIANZA INVERSIONISTA EN COLOMBIA

El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Presentó a consideración del Senado de la República, el Proyecto de Ley por el cual se Promueve la Confianza Inversionista en Colombia.

2.1.1 EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El Gobierno está convencido de que la confianza y la claridad en las reglas de juego son factores esenciales para generar el desarrollo necesario para resolver los problemas sociales del país. El compromiso del Gobierno con la confianza inversionista no es nuevo:

*“La incertidumbre ha afectado la solidaridad social y deteriorada el compromiso de los ciudadanos en defensa del interés público. Los estudios de capital social muestran que los colombianos no confían en sus conciudadanos ni en sus instituciones públicas. Colombia es hoy más masa que Nación. Para recuperar nuestro capital social y reconstruir nuestra ciudadanía es necesario sentar las bases para generar confianza”.*³²

Para promover la claridad en la reglas de juego, el Gobierno presenta la novedosa figura de los contratos de confianza inversionista, mediante la cual la Nación garantiza a quienes efectúen inversiones nuevas por montos iguales o superiores a cincuenta mil millones de pesos colombianos (\$50.000.000.000), que en caso de que sean modificadas ciertas disposiciones normativas específicas previstas en dichos contratos, cuya estabilidad sea determinante en la decisión de inversión, éstos serán indemnizados.

Lo que pretende el Gobierno es que 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.

Lo anterior no implica que el Estado se vea limitado en su capacidad normativa, puesto que esto no sólo sería altamente inconveniente, sino además contrario a la Constitución. La facultad legislativa del Congreso permanece intacta, al igual que la potestad reglamentaria del Ejecutivo y de las Comisiones Nacionales de Regulación.

³² Plan de gobierno del Dr. Álvaro Uribe Vélez, Periodo 2002-2006

Los contratos son un compromiso que asume libremente la Nación, representada por el Ministro de Hacienda y Crédito Público y el Ministro del Ramo, para mitigar las consecuencias de cambios normativos específicos, en las condiciones y con las limitaciones previstas en el contrato. De esta manera la Nación le apuesta plenamente a la estabilidad en las reglas del juego, a la generación de inversión y al desarrollo económico y social.

En la medida en que las inversiones pueden verse afectadas por la inestabilidad de un gran número de normas, los inversionistas que reúnan las características previstas en el Proyecto de Ley, pueden proponer al Gobierno la celebración de un contrato de confianza inversionista sobre cualquier ley o acto administrativo de carácter nacional que sea primordial en su decisión de invertir.

Esta amplia posibilidad de selección normativa está limitada por los requisitos que el Proyecto de Ley contempla en cuanto a la celebración del contrato y la eventual indemnización. Dichos requisitos están encaminados a lograr un balance entre cuatro elementos:

- La necesidad de contar con un mecanismo que permita dar estabilidad a las reglas del juego en los casos en que dicha estabilidad sea socialmente justificada por la magnitud e importancia social de las inversiones que dependen de ella.
- Impedir que dicha estabilidad se convierta en inamovilidad, al punto de ser una camisa de fuerza para la facultad normativa del Estado.
- Evitar que una normatividad de estas características implique una proliferación de regímenes jurídicos particulares que conlleve la atomización del Estado de Derecho.
- Prevenir situaciones de inequidad, por aplicación diferencial de la Ley a los asociados.

Estos requisitos se establecen de manera clara en los artículos quinto, sexto y octavo del proyecto, que consagran, entre otros:

- La determinación de que las inversiones deben ser nuevas y por montos superiores o iguales a cincuenta mil millones de pesos (\$50.000.000.000);
- La necesidad de que los contratos cuenten con las firmas del representante legal de la entidad contratante, el Ministro de Hacienda y el Ministro del ramo;
- Concepto previo y favorable de la Dirección General de Presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público respecto de su impacto en la estabilidad macroeconómica y la solvencia fiscal de la Nación.
- La identificación precisa de las normas específicas objeto del contrato. No es posible garantizar la estabilidad de regímenes completos, como por ejemplo, el tributario, laboral o cambiario, como ocurre en otros países.
- La estimación anticipada de los daños frente a cada una de las disposiciones objeto del contrato.

- La determinación de un tope máximo para el monto de la indemnización, hasta el valor de la inversión efectivamente realizada.
- El cierre de otras puertas a posibles condenas contra el Estado. En caso de que se indemnice a un inversionista por la modificación de una norma prevista en un contrato de confianza inversionista, dicho inversionista no puede interponer otras acciones en tribunales nacionales o internacionales por la misma causa.

2.1.2 ESTABILIDAD JURÍDICA EN AMERICA LATINA.

El esfuerzo por generar estabilidad jurídica se ha constituido en una tendencia en América Latina. Países como Panamá, Perú, Chile y Ecuador han implementado figuras de estabilidad jurídica para atraer inversión nacional y extranjera.

Estos países están garantizando a sus inversionistas, mediante diferentes mecanismos jurídicos, tales como contratos y registros, estabilidad jurídica en diversas materias a las inversiones que cumplan ciertos requisitos.

a. Panamá.

Panamá otorga registros automáticos a aquellas inversiones nacionales o extranjeras superiores o iguales a US \$ 2.000.000 que se realicen en los siguientes sectores: turismo; industria; agricultura; agroforesta; infraestructura; servicios públicos; minería y petróleo.

El Ministerio de Comercio es la entidad que se encarga de efectuar el registro, mediante el cual al inversionista se le garantiza que gozará de estabilidad jurídica en materia tributaria nacional y municipal, laboral, libre transferencia de capitales, aduanera y exportadora. La estabilidad se concede por 10 años, excepto en cuanto a impuestos municipales que se otorga por 5 años. Sólo puede ser variada en casos de utilidad pública o interés social, de lo contrario el inversionista será indemnizado.

b. Perú.

Perú garantiza estabilidad jurídica en el impuesto a la renta (tasa más 2 puntos porcentuales), en el régimen laboral, en la libre transferencia de capitales y en los regímenes de exportación y de zonas francas, a aquellas inversiones nacionales o extranjeras de al menos US \$ 5.000.000 que se realicen en cualquier sector, o US \$ 10.000.000 en el sector de minería e hidrocarburos. La estabilidad se garantiza por 10 años mediante un convenio.

c. Chile.

A diferencia de los otros países, Chile incentiva, mediante contratos de inversión, solamente inversiones extranjeras que sean efectuadas en cualquier

sector. Los contratos de inversión establecen estabilidad jurídica al impuesto a la renta (tasa fija de 42%), a ciertos impuestos indirectos para maquinaria y equipos relacionados con el proyecto de inversión, al régimen arancelario para la importación de maquinaria y equipos que no sean fabricados en el país, y a la libre transferencia de capitales.

La estabilidad jurídica se otorga por 10 años, o hasta por 20 años cuando la inversión sea en un proyecto extractivo y su monto sea igual o superior a US \$ 50.000.000.

d. Ecuador.

Ecuador promueve la celebración de contratos de inversión para inversiones nacionales o extranjeras de monto igual o superior a US \$ 500.000 que se efectúen en cualquier sector. Mediante los contratos de inversión se garantiza al inversionista estabilidad jurídica en materia de impuesto a la renta, libre transferencia de capital y régimen de exportaciones.

La estabilidad se concede por 10 años cuando la inversión se efectúa en una empresa ya existente, o por 20 años si se constituye una empresa nueva.

e. Colombia.

En la actualidad no existe en el país ninguna figura asimilable a las presentadas anteriormente.³³ El Gobierno, mediante este Proyecto de Ley, al igual que Panamá, Perú, Chile o Ecuador, busca generar confianza inversionista, pero a través de un esquema distinto. El Gobierno considera que los mecanismos de estabilidad jurídica previstos en la legislación de otros países presentan inconvenientes importantes.

En primer lugar, tienen el problema de garantizar la estabilidad de regímenes legales completos, como el régimen tributario, laboral o arancelario. Esto es altamente inconveniente, pues genera inamovilidad legislativa. Países en vías de desarrollo, como Colombia, requieren de un margen de maniobra en materia regulatoria, puesto que día a día deben adaptar sus normas a los cambios del entorno.

Un segundo problema consiste en que estos esquemas no se adaptan a las necesidades del inversionista, puesto que es el Estado quien determina unilateralmente sobre qué normatividad recae la estabilidad. No es conveniente dar soluciones idénticas a problemas distintos. Es necesario contar con un mecanismo versátil que dé soluciones individuales a necesidades individuales, y tenga en cuenta los intereses de sus usuarios.

El tercer problema se deriva del carácter impredecible de las consecuencias de la firma de los contratos. En efecto, al otorgar estabilidad sobre regímenes completos se torna muy difícil para el Estado controlar las modificaciones

³³ Los contratos de Estabilidad Tributaria creados mediante la Ley 223 de 1995, artículo 169, fueron derogados mediante la Ley 633 de 2000, artículo 134

normativas. Incluso, puede ser complicado establecer cuál es la normatividad vigente. Lo anterior eventualmente daría lugar a mayor inestabilidad jurídica, que es precisamente lo que se pretende evitar.

2.1.3 BENEFICIOS SOCIALES DE LOS CONTRATOS DE CONFIANZA INVERSIONISTA.

El mecanismo de los contratos de confianza inversionista previstos en este proyecto de ley es un instrumento para la creación de valor para la sociedad, por medio de la generación de certidumbre. El esquema propuesto es suficientemente amplio como para adaptarse a las necesidades de los usuarios, sin descuidar la protección de los intereses del Estado ni la integridad del Estado de Derecho. Además, la facultad legislativa del Congreso y la potestad reglamentaria del Ejecutivo permanecen intactas.

El mecanismo de confianza inversionista genera los incentivos adecuados tanto para la Nación como para el inversionista. La estabilidad de normas específicas, determinantes de grandes inversiones, reduce el costo de transacción para los actores económicos, lo cual redundaría en una mejor asignación de los recursos de inversión. Igualmente, desde el punto de vista del Estado, el carácter predecible de las consecuencias de los cambios normativos, mediante la estimación anticipada de los perjuicios que dichos cambios pueden ocasionar al aparato productivo, permite al Estado tomar decisiones informadas y le proporciona los estímulos necesarios para adoptar una política consistente en materia normativa.

Desde el punto de vista de los actores económicos, la garantía de estabilidad de las normas determinantes de la inversión reduce el riesgo de la misma. Dado que el riesgo es un componente fundamental de los costos de toda inversión, la reducción del riesgo disminuye los costos para el inversionista, lo cual genera valor y aumenta la propensión a invertir. Además, en un entorno de competencia, la disminución de los costos de producción se puede traducir en una reducción de los precios de los bienes y servicios ofrecidos a la comunidad, o en una mejor destinación de los recursos al interior de las empresas y de la sociedad en su conjunto.

El beneficio social inmediato de estos contratos es la generación de valor, que viene acompañada de empleo y desarrollo. Pero en muchos casos la estabilidad genera incentivos para los actores económicos con consecuencias sociales favorables que superan los beneficios inmediatos.³⁴

Por ejemplo, la decisión de una compañía de trasladar su planta de producción del interior del país a una zona costera, con el fin de exportar sus productos por barco en lugar de hacerlo por avión, puede depender de la estabilidad de ciertas disposiciones sobre el transporte marítimo de mercancías.

³⁴ Ministerio de Industria y Comercio “Proyecto de ley por el cual se promueve la confianza inversionista en Colombia”, en <http://www.mincomercio.gov.co>. (vi. 29 de enero del 2009).

En tal caso, el costo social de conceder la estabilidad puede ser muy inferior al beneficio social de estimular un incremento de competitividad del aparato productivo nacional.

Igualmente, la decisión de una compañía de convertirse en auto-generador de energía puede depender de la estabilidad de una norma específica de la regulación energética. El costo de garantizar la estabilidad puede ser inferior al beneficio social de incrementar la capacidad de generación eléctrica del país.

En su conjunto, los contratos de confianza inversionista son un mecanismo idóneo para aumentar certidumbre, reducir riesgo, y permitir una distribución más elaborada (y por ende más acorde con las necesidades e intereses de las partes) de incentivos entre los actores económicos en transacciones complejas. Pero, lo que es más importante, son un instrumento de generación de empleo y desarrollo para bien del pueblo colombiano.

De los honorables Congresistas,

Alberto Carrasquilla Barrera

Ministro de Hacienda y Crédito Público

Jorge Humberto Botero A.

Ministro de Comercio, Industria y Turismo

2.2 PROYECTO DE LEY

POR EL CUAL SE PROMUEVE LA CONFIANZA INVERSIONISTA EN COLOMBIA

Artículo 1°.- De los contratos de confianza inversionista. Establécense los contratos de confianza inversionista destinados a promover inversiones nuevas en el territorio nacional.

Mediante estos contratos las entidades y organismos estatales enumerados en esta ley, garantizarán a los inversionistas nacionales y extranjeros que suscriban el respectivo contrato que, si las normas específicas previstas en dichos contratos son modificadas durante el tiempo de duración de los mismos, causando un daño cierto a los contratistas, éstos serán indemnizados de conformidad con la presente ley.

Artículo 2°.- Entidades centrales y descentralizadas del orden nacional Las entidades del sector central y descentralizado del orden nacional y los organismos estatales sujetos a régimen especial que pueden ser parte de estos contratos, son aquellos definidos en el artículo 38 de la Ley 489 de 1998 y las Comisiones Nacionales de Regulación, de quienes haya emanado la respectiva norma o acto administrativo del cual se pretende la estabilidad.

Artículo 3°.- Inversionistas nacionales y extranjeros. Los inversionistas nacionales y extranjeros que pueden ser parte en los contratos de confianza inversionista son aquellos que efectúen inversiones nuevas en el territorio nacional en un monto superior o igual a cincuenta mil millones pesos (\$ 50.000.000.000) moneda legal colombiana. Este monto será actualizado anualmente según el Índice de Precios al Consumidor (IPC).

Artículo 4°.- Normas que pueden ser objeto de los contratos de confianza inversionista. En los contratos de confianza inversionista deberá indicarse de manera clara y precisa la norma determinante de la inversión, cuya eventual modificación cause detrimento al inversionista.

Podrán ser objeto de los contratos de confianza inversionista, los incisos, ordinales, literales, parágrafos o artículos específicos de leyes, decretos o actos administrativos de carácter general, del orden nacional, claramente identificados.

Artículo 5°.- Requisitos esenciales de los contratos de confianza inversionista. Los contratos de confianza inversionista tendrán los siguientes requisitos que deberán ser cumplidos en su totalidad:

- a) Los contratos deben ser firmados por el representante legal de la entidad u organismo estatal nacional, determinado en el artículo 2° de la presente ley. Además, deben ser firmados por el Ministro de Hacienda y Crédito Público y el Ministro del ramo. La firma de los contratos no podrá ser delegada.

- b) En los contratos se deberá establecer expresamente el compromiso por parte del inversionista de realizar una inversión nueva de conformidad con en el artículo 3° de la presente ley, el plazo máximo que tiene el inversionista para realizar dicha inversión y el término de duración del contrato.
- c) Dentro del contrato debe transcribirse las normas objeto del mismo, indicando expresamente los incisos, ordinales, literales, párrafos o artículos sobre los cuales se garantizará su estabilidad, y las razones por las cuales la estabilidad de dichas normas determina la decisión de inversión.
- d) Respecto de cada inciso, ordinal, literal, párrafo o artículo, cuya estabilidad se pretenda, se deberá efectuar una estimación anticipada de los daños que se puedan llegar a causar al inversionista por su eventual modificación, o se establecerá la fórmula para calcular los posibles daños.

Artículo 6°.- Indemnización. Si las normas pactadas en el contrato son modificadas causando un daño cierto al inversionista contratista, la Nación indemnizará al contratista por el valor de los daños estimados en el mismo contrato, de acuerdo con el ordinal d) del artículo 5° de la presente ley.

El monto de la indemnización en ningún caso podrá exceder el monto total de la inversión efectivamente realizada a la fecha en que se produjo el cambio normativo. No habrá lugar al reconocimiento de perjuicios adicionales.

Parágrafo.- En caso de que se indemnice a un inversionista en virtud de la presente ley, el inversionista indemnizado no podrá interponer acciones ante tribunales nacionales o internacionales por causa de la misma modificación normativa en contra de las entidades previstas en esta ley. Los procesos en curso se terminarán respecto de la causa originada en la misma modificación normativa.

Artículo 7°.- Duración de los contratos de confianza inversionista. Los contratos de confianza inversionista tendrán una duración mínima de 3 años y máxima de 10 años.

Artículo 8°.- Cláusula compromisoria. En los contratos se incluirá una cláusula compromisoria mediante la cual, cualquier conflicto que surja en virtud del contrato, será sometido a un tribunal de arbitramento nacional o internacional que se regirá por la ley colombiana.

Artículo 9°.- Estabilidad Macroeconómica. Los contratos de confianza inversionista no podrán suscribirse sin el concepto previo y favorable de la

Dirección General de Presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público respecto de su impacto en la estabilidad macroeconómica y la solvencia fiscal de la Nación.

Artículo 10°.Fondo de Confianza Inversionista. Créase el Fondo de Confianza Inversionista, manejado como una cuenta del Fondo de Contingencias de las Entidades Estatales y sujeto a su mismo régimen presupuestal.

En los contratos de confianza Inversionista se incluirá el monto de la prima destinada a este fondo, la cual será pactada libremente entre las partes.

Artículo 11°.- Registro. Los contratos de confianza inversionista celebrados por entidades u organismos estatales del orden nacional, deberán ser registrados ante el Departamento Nacional de Planeación.

Artículo 12°.- Facultad reglamentaria. El Gobierno Nacional reglamentará de manera general las condiciones y requisitos para la celebración y seguimiento de los contratos y el otorgamiento de los beneficios consagrados en la presente ley.

Artículo 13°.- Vigencia. La presente ley rige a partir de su promulgación³⁵.

De los honorables Congresistas,

Alberto Carrasquilla Barrera

Ministro de Hacienda y Crédito Público

Jorge Humberto Botero A.

Ministro de Comercio, Industria y Turismo.

³⁵ Ibídem

3. REQUISITOS DE INVERSIÓN Y/O CAPITAL PARA ACCEDER A UN CONTRATO DE ESTABILIDAD JURÍDICA.

Los requisitos que se deben cumplir en su totalidad se encuentran estipulados en el artículo 4 de la ley de estabilidad tributaria son los siguientes:

1. Presentar una solicitud que debe contener todos los requisitos que se mencionan en los continuos numerales.
 - 1.1 Además debe estar acompañado con un estudio que indique la procedencia de los recursos con los cuales se va a realizar la inversión ya sea una inversión nueva o la ampliación de una ya existente.
 - 1.2 Descripción minuciosa y precisa de la actividad económica a la que se dedica la empresa, acompañada de los estudios de factibilidad, planos y todos los estudios necesarios que la inversión requiera el número de empleados que se proyecte generar.
2. La solicitud del contrato será evaluada por comité que esta conformado por:
 1. El Ministro de Hacienda y Crédito Público o su delegado.
 2. El Ministro de Comercio, Industria y Comercio o su delegado.
 3. El Ministro del ramo en que se efectuó la inversión o su delegado.
 4. El Director Nacional del Departamento o su delegado.
 5. El director de la entidad autónoma, o su delegado cuando de trate de normas expedidas por dichas entidades.

Este comité es el encargado de aprobar o desaprobado la suscripción del contrato, pero se debe tener en cuenta lo estipulado en el Plan Nacional de Desarrollo y al documento CONPES que se emita par tal efecto;

3. En los contratos se establecerá expresamente la obligación del inversionista de realizar una inversión nueva o la ampliación de una ya existente, conforme al artículo 2 de la ley de estabilidad tributaria.
4. En las cláusulas contractuales deberán escribirse los artículos, incisos, ordinales, numerales, literales, y párrafos de las normas emitidas por los organismos determinantes en esta ley, así como las interpretaciones administrativas vinculantes, sobre las cuales se asegurara la estabilidad, y se expondrán las razones por las cuales tales normas son importantes en el momento de realizar una inversión.
5. Establecer el monto de la prima el cual se encuentra explicado en el artículo “El inversionista que suscriba un contrato de estabilidad jurídica pagara a favor de la nación –Ministro de Hacienda y Crédito Publico – una prima igual al (1%) del valor de la inversión que se realice en cada año.

Si por la naturaleza de la inversión, esta contempla u periodo improductivo, el monto de la prima durante dicho periodo será del cero punto cinco por ciento (0.5%) del valor de la inversión que realice en cada año.

6. Los contratos deberán suscribirse por el ministro del ramo en el que se realice la inversión, según lo disponga el comité. Esta firma no podrá ser delgada. El Ministro tendrá cuatro (4) meses, a partir de la solicitud del inversionista, para suscribir el contrato o para señalar las razones por las cuales la solicitud no cumple con los requisitos necesarios que requiere la ley 963 de 2005.
7. En caso de presentarse subrogación o cesión en la titularidad en la inversión, el nuevo titular deberá contar con la aprobación del comité para efectos de mantener los derechos y obligaciones adquiridos en los contratos de estabilidad jurídica.

Además de estos requisitos los inversionistas estarán obligados a:

8. Cumplir de manera estricta de las disposiciones legales y reglamentarias que regulan la actividad vinculada con el tipo de actividad de que se trate y pagar puntualmente los impuestos, tasas, contribuciones y demás cargos sociales y laborales a que esta sujeta la empresa.
9. Cumplir fielmente con el conjunto de normas establecidas o que establezca el estado para orientar, condicionar y determinar la conservación, uso y aprovechamiento del ambiente, y los recursos naturales;
10. Cumplir con todas las obligaciones legales y reglamentarias de orden tributario y laboral adquiridas de conformidad con lo dispuesto en la presente ley.³⁶

³⁶ Ibídem

4. EMPRESAS COLOMBIANAS QUE HAN SUSCRITO CONTRATOS DE ESTABILIDAD JURÍDICA DESDE 2005 Y HASTA ABRIL DE 2009.

Desde cuando entró en vigencia la Ley de estabilidad jurídica, en el 2005, se ha permitido por parte del Gobierno Nacional la aprobación de 42 contratos que amparan las inversiones. Los contratos de estabilidad jurídica, suscritos entre el Gobierno y los empresarios del sector privado, buscan garantizar a los inversionistas las reglas del juego bajo las cuales realizaron las inversiones, hasta por un espacio de 20 años.

La protección a las empresas que han suscrito estos contratos no se limita al ámbito de impuestos, los inversionistas también pueden proteger asuntos relacionados con normas como el código laboral, el estatuto de aduanas y hasta los conceptos jurídicos de la DIAN. Por este seguro normativo, los contratistas pagan el 1% de la inversión sometida a este régimen, pero la garantía de estabilidad jurídica se amplía a todo el ámbito de la operación de la empresa respectiva.

Las empresas que quieran firmar un contrato de estabilidad jurídica con el Estado, además de presentar al Ministerio de Comercio un estudio de factibilidad técnica, económica y financiera y un plan de nuevas inversiones o de ampliación de las existentes superiores a tres mil millones de pesos, adquieren varios compromisos entre ellos generar empleo, aunque el Gobierno no especifica un número mínimo de puestos a generar.

Si bien son 42 empresas las que han firmado contratos de estabilidad, hasta ahora solo han sido publicados los nombres de 28 de ellas, las cuales se dan a conocer; Avianca, Alpina, ARGOS, Divco, Comertex, Sociedad Nova Mar Development S.A, Sofasa, Cervecería del Valle, Bavaria, Sociedad Compounding, Sociedad Avesco, Empresas Públicas de Medellín, Almacenes Éxito, Proficol, Interconexiones Eléctricas, Sociedad Schlumberger Surencó, Propilco, Cine Colombia, Sociedad Inversiones Inmobiliarias de Colombia, Arcelomittal, Sociedad Renting Colombia, Leonisa, Teledatos zona franca, Productora de Confección Proco, Gas Natural, Gyplac S.A, Turismo y Hotelería Internacional S.A., Noventa S.A.

4.1 CONTRATOS PUBLICADOS

Las empresas que firman este tipo de acuerdos deben tener claro que para acceder a los beneficios que brindan los contratos de estabilidad jurídica se deben comprometer con el estado a realizar una inversión, dicha inversión debe ser igual o superior a los 7.500 S.M.M.L.V y además generar empleos ya sea directos o indirectos, a cambio de esto, las empresas están blindadas en caso de que normas posteriores modifiquen algunos de los artículos sometidos a estabilidad de manera negativa para el empresario.

Teniendo en cuenta lo anterior, a continuación se dan a conocer los puntos más importantes de los 28 contratos de estabilidad jurídica que se han publicado.

- Nombre de las empresas.
- Breve descripción de la actividad económica.
- Proyecto a realizar.
- Monto de la inversión.
- Artículos del Estatuto Tributario sometido a estabilidad.
- Plazo para realizar el proyecto.

EMPRESAS QUE SE HAN SUSCRITO CONTRATOS DE ESTABILIDAD JURIDICA

EMPRESA	OBJETO SOCIAL	PROYECTO	MONTO	ARTICULOS SUJETOS	PLAZO
COMERTEX	Su origen ha sido textil y por eso sus líneas de producto más antiguas vienen de ese sector, pero se esta en continua diversificación, con lo que hoy tiene un portafolio de más de 30.000 referencias de sectores como: Calzado, Hogar, Tejido De Punto, Tejido Plano, No - Tejidos, Insumos Textiles, Puntos De Venta De Telas y Vestuario.	Construcción de una bodega para comercialización de productos.	\$ 5.728.957.924	26,178,179, 25,28,36, 36-1,36-3,45,48,49,50,58,59,71,72,105,106,107,108,108-1,109,110,111,112,113,114,177,121,122,124-2 125-1, 125-2,125-3,126-2,129,130,131,135,136,138,139,140,145,146,148, 177-1,177-2,193,260-1,300,311,313,366,366-1,366-2,389,390,391,392,393,395,369,397,397-1,401,406,407,415,	1 año
DIVCO	Sucursal colombiana que comercializa productos comestibles	Construcción y puesta en funcionamiento de una planta de producción de gomas de gelatina o almidón en la Zona franca de la Candelaria	\$ 45.983.773.000	12,13,14,14-1,14-4,20, 2126,27,28,36-3,45,48,49,50,58,56,66,80,89,90,104,105,107,109,110,114,115,117,120,121,122,124,126-1,128,129,130,131,135,135,136,138139,140,142,143,145,146,147,148,158-1,158-2,158-3,178,188,189,191,193,240-1,245.	5 años

ALMACENES ÉXITO	El Grupo Exito es la compañía líder del comercio al detal en Colombia con \$7.124.974 millones en ingresos operacionales en 2008 (US\$3,2 billones) y una plataforma de 264* puntos de venta, entre los que se encuentran hipermercados (con la marca EXITO), supermercados (Carulla y POMONA) y tiendas de descuento (Bodega Surtimax), entre otros (Ley, Home Mart, etc.). En la actualidad, el Grupo Casino es el socio mayoritario, lo cual le da un respaldo de clase mundial.	Expansión y consolidación del éxito, estructurado en la adquisición de lotes, construcción y adquisición de 15 establecimientos de comercio o almacenes de los distintos formatos que maneja la compañía, como son supermercados e hipermercados	\$ 388.535.000.000	14-1, 14-2, 26,178,179, 25,27,28, 35,45,58,59,64,66,68,80,90-2,36- 3,41,48,49,245,247,104,105,107.110.111.112.113.114.115. 117.120,121,122,124,126-1,127- 1,128,129,130,131,134,135,136,138,139,140, 142,143,145,146,147,148,149,157,158,158-1,158-2,158-3,177-1,188,188- 1,189,191,193,240,245,254,300,311,313,50,81,118,120,366,366-1,366- 2,389,390,391,392,393,395,396,397,397- 1,401,406,407,408,415,418	5 Años
PROFICOL	Es una empresa líder en la comercialización de insumos para la protección de cultivos que forman parte fundamental en la producción de alimentos y otros productos. Comercializa productos que, satisfacen las necesidades de los agricultores colombianos y de otros países.	Re-localización y ampliación de la capacidad instalada de plantas de insecticidas y fungicidas	\$ 7.618.930.840	48,49,246,104,105,107,116,117,120,121,122,124,128,129,130,131,134,135,136,138,139,140,142,143,158-3,177-178,407	5 Meses
ALPINA	Empresa dedicada a la producción, comercialización y distribución de leche, derivados lácteos y alimentos procesados en la zona andina.	Plan de expansión industrial de Alpina S.A	\$ 60.880.800.000	26, 178,179, 20, 21, 25, 27, 28, 36- 3,45,48,49,50,58,59,66,80, 104,105,107,109, ,392,393,395,396,397,397- 1,401,406,407,408,415,418110,111,112,113,114,115,117,120,121,122,124,126- 1,128,129,130,131,133,134,135,136,138,139,140,142,143, 145,146,147,148,157,158,158-1,158-2,158-3,177-1,188, 189,191,193,240,260-11,245, 254, 292,295,300,311,313,318,366-366-1,366-2,389,390,391	5 años

AVESCO	Empresa dedicada a la producción y comercialización de alimentos	Plan maestro de ampliación y modernización, de la planta de producción, ampliación de la planta de congelamiento, apertura y remodelación de restaurantes	\$ 19.250.000.000	11 inciso 2, 14-1, 14-2, 25,26,27,36,36-1,36-3,45,48,49,90,,115,117,147, 149,158-2, 158-3, 188,189, 191, 240,245, 292, 293, 294, 295, 296, 299,300, 301,311, 313,316	5 años
BAVARIA	Bavaria es la operación industrial de SABMiller en Colombia, y el más importante conglomerado industrial de bebidas del país.	Plan quincenal de inversiones	\$ 960.351.000.000	5,26, 178,179, 25, 27,28,29,36,36-1,36-2,36-3,45,48,49, 50, 58,59,60,62,64,66,67,68,69,70,71,72,75,80,90, 40,40-1,41-2,81,81-1, 118,120,107,115,117,121,122,125,125-1,125-2,125-3,125-4,126-2,127,127-1,128,129,130,131,134,135,136,137,138,139,140,142,143, 145,146,147,148,158-1,158-2,158-3,188,189, 191,193,240, 245,313,254, 260-1, 260-7, 261,262,263,264,265,266,267, 267-1,268,269,270,271-1,272,275-276,277,278,279,280,281,282,283,285,286,287,292,293,294,295,296,408-1,408-2, 389,390,391,392,393,395,396,397,397-1,401,411,418	5 años
Cervecería del Valle	Ubicada en Yumbo cerca de Cali con el fin de abastecer la demanda del occidente Colombiano. Esta reemplaza las instalaciones del centro de Cali que esta cerca de cumplir 80 años y no puede ampliarse por restricciones del plan de ordenamiento territorial.	Construcción y puesta en funcionamiento de una nueva planta en yumbo valle	\$ 307.387.000.000	25,27,28,29,36,36-1,36-2,36-3,45,48,49,50,58,59,60,62,64, 66,67,68,70,72,71,75,80,89,90, 40,41-1,41-2,81,81-1, 118,120, 107,115, 117,121,122,125,125-1,125-2,125-3,125-4,126-2,127,1271,128,129,130,131, 134,135,136,137,138,139,140,142,143,145,146,147, 148,158-1,158-2, 188,189,191, 193, 240-1,245, 313, 254, 260-1, 2607,261,262,263,264,265,266,267,267-1,268,269,270,271,271-1,272,275,276,277,278,279,280,281,282,283,285,286,287, 293,294,295,296, 408-1,408-2,389,390,391,392,393,395,396,397,397-1,401,411,418	3 años

SOFASA	Empresa dedicada a Ensamblar, importar y comercializar vehículos del Grupo Renault en los mercados latinoamericanos y del Caribe, por medio de distribuidores y concesionarios, con respaldo de posventa	Proceso de inyección de grandes piezas plásticas para los vehículos Renault	\$ 15.771.063.600	14-1,14-2,20,21, 428-2,26,178,179,24,25,27,28,35,36,36-1,36-3,45,48,49,50,91,41,58,59,62,64,66,69,90,104,105,107,109,110,111,112,113,114,115,117,120,121,122,124,125,125-1,125-2,125-3,126-1,127-1,128,129,130,131,134,135,136,138,139,140,142,143,145,146,147,148,158-1,158-2,158-3,188,189,191,193,240,245,246,254,260-1,260-7,273,292,295,300,311,313,366,366-1,366-2,390,392,393,395,396,397,397-1,401,406,407,408,411,412,415,418,	2 años
TELEDATOS ZONA FRANCA	Prestamos un servicio Integral de Outsourcing de contactos de procesos de soporte operativo de manera competitiva.	Instalación en la zona franca de Bogotá un call center con 1114 puestos para la prestación de servicios de contacto telefónico a empresas nacionales y extranjeras	\$ 19.072.647.455	240-1	1 año
GYPLAC S.A	Es una compañía especializada en el sistema de Construcción liviana en seco, perteneciente a Etex Group y Lafarge Gypsum, por medio de un joint venture en Colombia.	Montaje en la Zona Franca ubicada en Mamonal-Cartagena, de una planta de producción de placas de yeso-cartón utilizadas en el sector de la construcción	\$ 100.361.399.000	12,13,14,25,26,27,28,36-2,36-3,40,45,48,49,50,58,59,62,66,68,75,80,89,90,104,105,107,108,108-1,108-3,109,110,114,115,117,120,121,122,123,124,124-1,126-1,127,127-1,128,129,130,131,134,135,136,138,139,140,142,143,145,146,147,148,158-1,158-2,178,188,189,240-1,245,254,260-7,267,267-1,269,270,273,280,281,285,287,292,294,296,300,311,313,366-1,387-1,389,390,391,407,408, 418	10 años

ARCELOMITTAL	Arcelormittal ocupa una posición de liderazgo en todos los principales mercados mundiales del acero, incluyendo el automóvil, la construcción, los electrodomésticos y los envases.	La construcción e instalación de un centro de servicio de acero en la Zona Franca de Barranquilla para la realización de operaciones de transformación de bienes mediante el procesamiento de materias primas o de productos semielaborados	US 3009.100 Equivale a \$ 6.031.710.859	No estableció en el contrato que se le mantuvieran estables normas relacionadas con la parte tributaria.	7 años
ARGOS	Argos es líder en la industria cementera colombiana con 51% de participación en el mercado, es el cuarto productor de cemento en América Latina con inversiones en Panamá, Haití y República Dominicana, es el sexto productor de concreto en los Estados Unidos y además realiza exportaciones de cemento y clínker a 27 países.	“Columbus” consiste en el montaje de una nueva línea de producción de cemento gris en la ciudad de Cartagena, con lo cual se incrementara la capacidad presentada por la sociedad ZONA FRANCA ARGOS S.A	\$ 712.331.000.000	25,36,36- 3,45,,48,49,64,107,108- 3,114,115,117,121,122,126- 1,127-1,128, 129,134,135,136,137,138,139 ,140,142,143,145,146,147,14 8,149,158-1,158- 2,178,188,189,191,193,240- 1,245,246,247,254,280,281,3 91,408,411,414,414-1,415	2 Años
GAZEL	Es una empresa colombiana dedicada a la comercialización del GNV, a través de una red de estaciones dotadas con la mejor tecnología y con óptimos niveles de calidad y seguridad en el servicio que ofrece a sus clientes.	construcción de 90 nuevas estaciones de servicio de gas natural vehicular, que se describe en la solicitud presentada por la sociedad GAS NATURAL COMPRIMIDO S.A o GAZEL S.A.	\$ 118.420.272	26,178,179,20,21,25,27,28,36 -3,45,48,49,50 ,58,59,66,68,80,104,105,107, 109,110,111,112,113,114,115 ,117,120,121,122,124,126- 1,128,129,130,131,134,135,1 36,138,139,140,142,143,145, 146,147,148,157,158,158- 1,158-2,158-3,177- 1,254,280,281,292,293,294,2 95,296,300,311,313,366,366- 1,366- 2,389,390,391,392,393,395,3 96,397,397- 1,401,406,407,408,415,418	3 años

SOCIEDAD COMPOUNDING AND MASTERCAT CHING INDUSTRY LIMITADA- COMAI LTDA	Es una empresa estratégicamente localizada en la Zona Franca del área industrial de Mamonal en la ciudad de Cartagena, Colombia. La planta tiene una capacidad de 24.000 toneladas anuales para fabricar compuestos de Polipropileno y masterbatches para una amplia gama de usos.	Compra de un lote dentro de la zona franca de la candelaria en la ciudad de Cartagena, para el montaje de una torre denominada "splitter" la cual tendrá inicialmente una capacidad de producción de 120.000 toneladas por un año	\$ 9.989.211.020	48,49,104,105,107,115,117,120,121,122,124,128,129,130,131,134,135,136,138,139,140,142,143,177-1 parágrafo, 178.245.407, art. 78 de la ley 1111, 113,319,320,321,321-1,322,328,329,332,333-1 a 336,338 a 343,345 a 348,349,353,408.	1 año
AVIANCA S.A Y SAM S.	Es la primera aerolínea comercial fundada en América y la segunda en el mundo, Actualmente, desde su Centro de Conexiones en Bogotá, Avianca y su filial Sam, operan un promedio de 290 vuelos diarios a 18 destinos dentro del territorio colombiano y 17 en el exterior.	Adquisición de aeronaves Airbus A319, A320 y A330 que se incorporaran a la operación de la empresa durante los años 2008 y 2009, así como los equipos de tierra soporte de la operación de dichas aeronaves, tales como: pay-movers, dollies, dories, conveyor, palancas de remolque y el aprovisionamiento de las aeronaves. Esta adquisición se efectuara a través de "vehículos de inversión" constituidos expresamente para tal efecto, cuya denominación es SPV, es decir "Especial Purpose Vehicle"	\$ 600.000.000.000	26,178,179,20,21,25,27,28,36-1,36-3,45,48,49,50,58,59,66,68,69,70,80,90,102,104,142,143,145,146,147,148,158-1,158-2,158-3,177-1,188,189,193,206-9,240,245,254,256,260-1,292,293,294,295,296,300,311,313,366,366-1,366-2,389,390,391,392,393,395,396,397,397-1,401,406,407,408,415,418,	2 años

CINE COLOMBIA	Es una compañía colombiana exhibidora de cine. Fue la primera creada en el país. Tiene cinemas en las ciudades de Pereira , Barranquilla , Bogotá , Medellín , Bucaramanga , Floridablanca , Cúcuta , Cali , Cartagena , Montería y Armenia. Esta empresa hace parte del portafolio de compañías de Caracol Televisión S.A	Ampliación y modernización cinematográfica de 54 salas de cine entre nuevas y remodeladas	\$ 55.463.000.000	20,21,24,25,26,27,28,35,36,36-1,36-3,45,48,49,50,58,59,64,66,68,69,70,80,90,91,102,104,105,107,109,110,111,112,113,114,115,117,120,121,122,124,126-1,127-1,128,129,130,131,134,135,136,138,139,140,142,143,145,146,147,148,158-1,158-3,177-1,178,179,188,189,193,204,240,245,254,292,293,294,295,296,300,311,313,366,366-1,366-2,389,390,391,392,393,394,395,396,397,397-1,401,406,407,408,410,415,418.	4 años
ISA	Interconexión Eléctrica S.A., matriz del grupo empresarial, es la mayor empresa de transporte de energía eléctrica de Colombia, única con cubrimiento nacional. Su accionista mayoritario es la Nación con una participación del 52.94%.	UPME 01 y 02 y la ampliación de la subestación de caño limón	\$ 701.080.641.875	26,27,28,36-3,41,45,58,59,90,105,107,114,117,121,122,125-1,125-2,125-3,128,129,130,131,134,135,138,139,140,143,148,158-1,158-2,158-3,193,218,178,179,188,189,240,258-2,292,293,294,295,296,	2 años
LEONISA	Leonisa es una marca que desde 1956 ha creado soluciones innovadoras para fortalecer y divulgar la belleza íntima de la mujer mediante la producción y comercialización de ropa interior femenina.	Reconversión tecnológica de la empresa, mediante adquisición de activos fijos de última generación para atender sus procesos productivos	\$ 19.088.061.120	26,178,179,20,21,24,25,27,28,25,36,363,45,48,50,58,59,62,64,66,68,69,70,80,90,102,104,105,107,109,110,111,112,113,114,115,117,120,121,122,124,125,125-1,125-2,125-3,125-4,126-1,127,127-1,128,129,130,131,134,135,136,138,139,140,142,143,145,146,147,148,158-1,158-2,158-3,177-1,188,189,193,240,245,254,292,293,294,295,296,300,311,313,366,366-1,366-2,389,390,391,392,393,395,396,397,397-1,401,406,407,408,415,418,78,260-11,319,320,321,321-1,322,328.	2 años

NOVA MAR	No se encontró datos.	Construcción de un hotel de altas especificaciones	\$ 89.836.862.848	5,14-1,14- 2,20,24,25,26,45,48,49,50,,69 ,75,80,90,107,115,117,125,12 5-1,125-2,125-3,125-4,126- 1,147,149,158-1,158-2,158- 3,178,178,188,189,193,240,2 45,260-1,260-2,260-3,260- 7,261,262,263,264,265,266,2 67,267- 1,268,269,270,271,271- 1,272,275,276,277,278,279,2 80,281,282,283,284285,286,2 87,292,293,294,295,296,299, 300,301,302,303,310,311,313 ,369,389,390,391,408,411,41 2,414,1415,450,452,319,320, 321,321-1,322	3 años
NOVAVENTA	Canal Alternativo de Venta Directa por Catálogo, dedicada a la comercialización de productos, inicialmente en forma de anchetas, de las Compañías Nacional de Chocolates y Noel.	adquisición de maquinas de snack y de café, e inversiones en infraestructura para a venta directa	\$ 28.535.000.000	24 25, 26, 27, 28, 29, 30, 32- 1, 36, 36-1 36-3, 41, 45, 48, 49, 50, 58, 59, 60, 62, 64, 66, 68, 69, 70, 75, 80 , 90 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114,115, 117, 120, 121, 122, 125, 126- 1, 127, 127-1, 128, 129, 130, 131, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 142, 143, 145, 146, 147, 148, 158-1, 178, 179, 188, 189, 191 y 193, 240, 245, 254, 260-11, 319, 320 y 321, 260-1 y 260-7, 273, 280, 281, 292, 293, 294, 295, 296, 390, 408, 411, 415 y 418.	4 años

INVERSION INMOBILIARIA S.A	Es una empresa del sector comercial dedicada a las inversiones de tipo inmobiliario.	Construcción y operación de un complejo de oficinas y locales comerciales de altas especificaciones	79.218.828.109.	5,14-1,14- 2,24,25,26,27,28,29,30,31,32, 32-1,36,36-1,36-2,36- 3,45,48,49,50,58,59,60,62,64, 66,67,68,69,70,71,72,75,80,9 0,95,104,105,107,111,114,11 5,117,120,121,122,125,125- 1,125-2,125-3,125-4,127,127- 1,128,129,130,131,134,135,1 36,137,138,139,140,142,143, 145,146,147,148,149,1458- 1,125-2,158- 3,178,179,188,189,191,193,2 07-2,240,245,254,260-1,260- 2,260-3,260- 7,261,262,263,264,265,266,2 67,2671,268,269,270,271,271 - 1,272,275,276,277,278,279,2 80,281,282,283,284,285,286, 287,292,293,294,295,296,299 ,300,301,302,303,310,311,31 2,313,389,390,391,408,411,4 12,414,415,450,452,260- 11,319,320,321,31-1,322	3 años
PROPILCO	Es una empresa 100% Colombiana, perteneciente al grupo empresarial Ecopetrol, dedicada a la producción y comercialización de resina de polipropileno.	ampliación de la capacidad de producción de la planta de 1 en 50.000 toneladas métricas anuales adicionales con el objeto de atender la creciente demanda en el mercado nacional de polipropileno	\$ 22.028.333.320	48,49,104,105,107,115,117,1 20,121,122,124,128,129,130, 131,134,135,136,138,139,140 ,142,143,158-3,177- 1,178,245,407,133	1 año

EPM	Es una de las compañías de servicios públicos más importantes de América Latina, tiene por objeto la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, energía, distribución de gas combustible y telecomunicaciones. . EPM cuenta con activos que superan los COP\$11 billones de pesos (US\$3.800 millones) y un patrimonio superior a los COP\$8 billones de pesos (US\$2.700 millones)	Para la actividad de generación de energía con base en las inversiones del proyecto hidroeléctrico PORCE III cuya capacidad instalada de 660 megavatios	\$ 1.813.762.280.000	26,178,179,25,27,28,40,45,48,49,58,59,66,68,69,70,80,90,104,105,107,114,115,116,117,120,121,122,125,125-1,125-2,125-3,128,129,130,131,134,135,138,139,140,142,143,147,148,158-1,158-2,158-3,240,267,280,281,292,293,294,295,296	5 años
PROCO	No se encontró datos.	Expansión y modernización de los procesos productivos de la empresa y en partículas a la incorporación del proceso textil al giro ordinario de su negocio de madera que se obtengan sinergias tendientes a hacer mas competitivos sus productos y se mejore el flujo de la cadena de abastecimiento	\$ 6.237.974.247	26,178,179,20,21,24,25,27,28,35,36,36-1,36-3,45,48,49,50,58,59,62,64,66,68,69,70,80,90,102,104,105,107,109,110,111,112,113,114,115,117,120,121,122,124,125,125-1,125-2,125-3,124-4,126-1,127,127-1,128,129-130,131,134,135,136,138,143,145,146,147,148,158-1,158-2,177-1,188,189,193,240,245,254,292,293,294,295,296,300,311,313,366,36-1,366-2,389,390,391,392,393,395,396,397,397-1,401,406,407,408,415,418,260-1,319,320,321,321-1,322,328,407,417	2 años

RENTING DE COLOMBIA	Renting Colombia es miembro de Global Fleet Services, un grupo internacional de empresas que promueven el renting en más de 35 países europeos, asiáticos y americanos, con más de 1.985.000 vehículos en arriendo. Renting Colombia cuenta con oficinas en Bogotá, Medellín, Cali y Barranquilla y con operación a todo lo largo y ancho del país	Ampliación y renovación permanente de la flota de vehículos tanto de carga como livianos, de propiedad de la compañía, cuyo destino será el arrendamiento operativo de los mismos	\$ 1.116.315.000.000	26,178,179,20,21,25,27,28,36 - 3,45,48,49,50,58,59,66,69,70,80,90,102,104,105,109,110,111,112,113,114,115,117,120,121,122,124,126-1,127,127-1,128,129,130,131,134,135,139,140,143,145,146,147,148,158-1,158-2,158-3,177-1,188,189,193,240,245,254,292,293,294,295,296,300,311,313,366,366-1,366-2,389,390,391,392,393,395,396,397,397-1,401,406,407,408,415,418,	14 años
SURENCO	Empresa del sector de Oil & Gas, que desarrolla actividades de exploración y producción de crudo. Además, ofrece servicios administración de proyectos.	Aplicación de desarrollos tecnológicos y practicas en la optimización de las inyecciones de agua requeridas para impulsar la producción de crudo en pozos maduros en el proyecto casabe	\$ 21.484.000.000	20,21,24,25,26,27,28,36-3,48,49,58,59,64,66,67,68,69,70,71,72,104,105,107,109,110,111,112,124,124-1,124-2,125,126-1,127,127-1,128,129,130,131,131-1,134,135,136,137,138,139,140,141,142,143,145,146,147,148,149,158-1,158-2,158-3,159,177-1,188,189,193,240,245,254,260-6,273,277,280,281,292,293,295,296,298,300,311,313,365,366,366-1,366-2,389,390,391,392,393,395,396,397,397-1,401,406,407,408,411,415,418,419	1 año
HOTELERIA INTERNAC.	Presta el servicio de hospedaje en diferentes puntos del país y de todo el continente	Construcción y operación de un hotel de altas especificaciones	\$ 79.368.774.131	5,14-1,14-2,20,24,25,26,45,48,49,50,67,68,69,75,80,90,107,115,117,125,125-1,125-2,125-3,125-4,126-1,147,149,158-1,158-2,158-3,178,179,188,189,191,193,188,189,191,193,240245,260-1,260-2,260-3,260-7,261,262,263,264,265,266,267,267-1,268,269,270,271,271-1,272,275,276,277,278,279,280,281,282,283,284,285,286,287,292,293,294,295,296,299,300,301,302,303,310,311,313,369,389,390,391,408,411,412,414,415,450,452,	3 años

Fuente: Autores

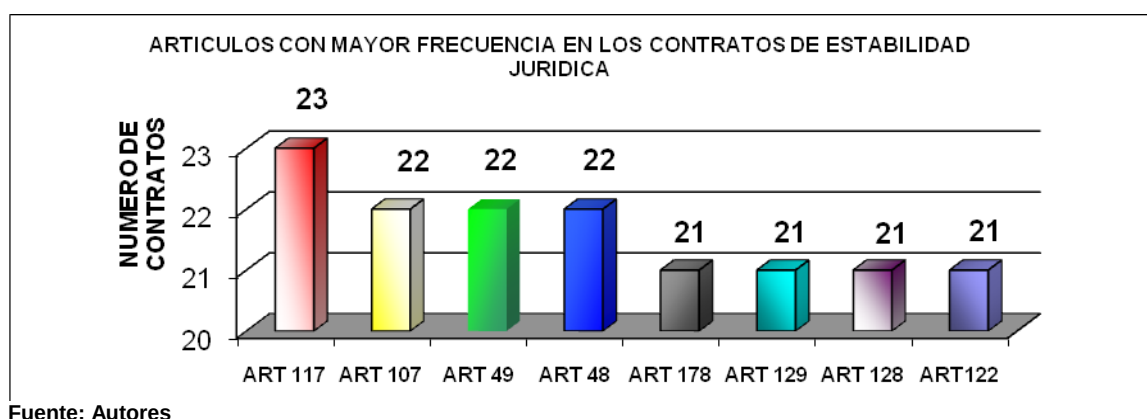
En la tabla anterior se resumen los contratos publicados hasta abril del 2009, en donde se pretende identificar las similitudes o diferencias mas significativas entre cada uno de los inversionistas que han firmado contratos de estabilidad jurídica.

Al estudiar los contratos de estabilidad jurídica, se identificó que son 25 las empresas que sometieron a estabilidad el artículo 117 del Estatuto Tributario el cual reglamenta que “Los intereses que se causen a entidades sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria son deducibles en su totalidad, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente.

Los intereses que se causen a otras personas o entidades, únicamente son deducibles en la parte que no exceda la tasa más alta que se haya autorizado cobrar a los establecimientos bancarios, durante el respectivo año o período gravable, la cual será certificada anualmente por la Superintendencia Bancaria, por vía general”³⁷ Vemos que los intereses que se paguen a prestamistas particulares, son deducibles solo en la parte que no superen la tasa más alta que haya sido certificada por la superintendencia financiera.

Este punto es de especial importancia para las personas naturales que acostumbran hacer créditos a personas no autorizadas por la superintendencia financiera, las cuales suelen cobrar intereses que superan hasta el doble o mas la tasa de usura, intereses que en su mayoría no podrán ser deducidos de la renta.

A consideración de los autores, según su análisis realizado; es de gran preocupación para los empresarios que el artículo 117, más adelante se les modifique ya que es precisamente el artículo del Estatuto tributario que mas se repite en los contratos de estabilidad jurídica; siendo incluido por empresas como Alpina, ARGOS, Avesco, Bavaria, Cervecería del Valle, Cine Colombia, Comertex, Compounding, Divco, El Éxito, EPM, Gazel, Gyplac S.A, Interconexión Eléctrica, Inversiones Inmobiliarias, Leonisa, Novamar, Proco, Proficol, Propilco, Renting, Sofasa, Nova venta y Hotelería Internacional.



³⁷ CUSGUEN. Eduardo. Op. cit. p. 60

Si bien el artículo del Estatuto Tributario que mas preocupo a los empresarios para una eventual modificación fue el 117, no se puede negar que se marca una tendencia de igual importancia en cuanto a los artículos 107,49,48,178,129,128 y 122, los cuales reglamentan lo manera:

ARTICULO 107. “LAS EXPENSAS NECESARIAS SON DEDUCIBLES. Son deducibles las expensas realizadas durante el año o período gravable en el desarrollo de cualquier actividad productora de renta, siempre que tengan relación de causalidad con las actividades productoras de renta y que sean necesarias y proporcionadas de acuerdo con cada actividad.

La necesidad y proporcionalidad de las expensas debe determinarse con criterio comercial, teniendo en cuenta las normalmente acostumbradas en cada actividad y las limitaciones establecidas en los artículos siguientes”.

ARTICULO 49. “DETERMINACIÓN DE LOS DIVIDENDOS Y PARTICIPACIONES NO GRAVADOS. Cuando se trate de utilidades obtenidas a partir del 1o. de enero de 1986, para efectos de determinar el beneficio de que trata el artículo anterior, la sociedad que obtiene las utilidades susceptibles de ser distribuidas a título de ingreso no constitutivo de renta ni de ganancia ocasional, utilizará el siguiente procedimiento:

1. <Numeral modificado por el artículo 6 de la Ley 1004 de 2005. El nuevo texto es el siguiente:> Tomará la Renta Líquida Gravable del respectivo año y le resta el Impuesto Básico de Renta liquidado por el mismo año gravable.
2. El valor así obtenido constituye la utilidad máxima susceptible de ser distribuida a título de ingreso no constitutivo de renta ni de ganancia ocasional, el cual en ningún caso podrá exceder de la utilidad comercial después de impuestos obtenida por la sociedad durante el respectivo año gravable.
3. El valor de que trata el numeral anterior deberá contabilizarse en forma independiente de las demás cuentas que hacen parte del patrimonio de la sociedad.
4. La sociedad informará a sus socios, accionistas, comuneros, asociados, suscriptores y similares, en el momento de la distribución, el valor no gravable de conformidad con los numerales anteriores.

PARAGRAFO 1o. Cuando la sociedad nacional haya recibido dividendos o participaciones de otra sociedad, para efectos de determinar el beneficio de que trata el presente artículo, adicionará al valor obtenido de conformidad con el numeral primero, el monto de su propio ingreso no constitutivo de renta ni de ganancia ocasional por concepto de los dividendos y participaciones que haya percibido durante el respectivo año gravable.

PARAGRAFO 2o. Cuando las utilidades comerciales después de impuestos, obtenidas por la sociedad en el respectivo período gravable, excedan el resultado previsto en el numeral primero o el del párrafo anterior, según el caso, tal exceso constituirá renta gravable en cabeza de los socios, accionistas, asociados, suscriptores, o similares, en el año gravable en el cual se distribuya.

En este evento, la sociedad efectuará retención en la fuente sobre el monto del exceso, en el momento del pago o abono en cuenta, de conformidad con los porcentajes que establezca el Gobierno Nacional para tal efecto”.

ARTICULO 48. “LAS PARTICIPACIONES Y DIVIDENDOS. Los dividendos y participaciones percibidas por los socios, accionistas, comuneros, asociados, suscriptores y similares, que sean personas naturales residentes en el país, sucesiones ilíquidas de causantes que al momento de su muerte eran residentes en el país, o sociedades nacionales, no constituyen renta ni ganancia ocasional.

Para efectos de lo dispuesto en el inciso anterior, tales dividendos y participaciones deben corresponder a utilidades que hayan sido declaradas en cabeza de la sociedad. Si las utilidades hubieren sido obtenidas con anterioridad al primero de enero de 1986, para que los dividendos y participaciones sean un ingreso no constitutivo de renta ni de ganancia ocasional, deberán además, figurar como utilidades retenidas en la declaración de renta de la sociedad correspondiente al año gravable de 1985, la cual deberá haber sido presentada a más tardar el 30 de julio de 1986.

Se asimilan a dividendos las utilidades provenientes de fondos de inversión, de fondos de valores administrados por sociedades anónimas comisionistas de bolsa, de fondos mutuos de inversión, de fondos de pensiones de jubilación e invalidez y de fondos de empleados que obtengan los afiliados, suscriptores, o asociados de los mismos”.

ARTICULO 178. “DETERMINACIÓN DE LA RENTA LIQUIDA. La renta líquida está constituida por la renta bruta menos las deducciones que tengan relación de causalidad con las actividades productoras de renta.

La renta líquida es renta gravable y a ella se aplican las tarifas respectivas, salvo cuando existan rentas exentas, en cuyo caso se restan para determinar la renta gravable”.

ARTICULO 129. “CONCEPTO DE OBSOLESCENCIA. Se entiende por obsolescencia el desuso o falta de adaptación de un bien a su función propia, o la inutilidad que pueda preverse como resultado de un cambio de condiciones o circunstancias físicas o económicas, que determinen clara y evidentemente la necesidad de abandonarlo por inadecuado, en una época anterior al vencimiento de su vida útil probable”.

ARTICULO 128. “DEDUCCIÓN POR DEPRECIACIÓN. Son deducibles cantidades razonables por la depreciación causada por desgaste o deterioro normal o por obsolescencia de bienes usados en negocios o actividades productoras de renta, equivalentes a la alícuota o suma necesaria para amortizar el ciento por ciento (100%) de su costo durante la vida útil de dichos bienes, siempre que éstos hayan prestado servicio en el año o período gravable de que se trate”.

ARTICULO 122. “LIMITACIÓN A LOS COSTOS Y DEDUCCIONES. <Artículo modificado por el artículo 84 de la Ley 223 de 1995. El nuevo texto es el siguiente:> Los costos o deducciones por expensas en el exterior para la obtención de rentas de fuente dentro del país, no pueden exceder del quince por ciento (15%) de la renta líquida del contribuyente, computada antes de descontar tales costos o deducciones, salvo cuando se trate de los siguientes pagos:

- a. Aquellos respecto de los cuales sea obligatoria la retención en la fuente.
- b. Los referidos en los literales a) y b) del artículo anterior.
- c. Los contemplados en el artículo 25.
- d. Los pagos o abonos en cuenta por adquisición de cualquier clase de bienes corporales.
- e. Los costos y gastos que se capitalizan para su amortización posterior de acuerdo con las normas de contabilidad generalmente aceptadas, o los que deban activarse de acuerdo con tales normas.
- f. Aquellos en que se incurra en cumplimiento de una obligación legal, tales como los servicios de certificación aduanera”.

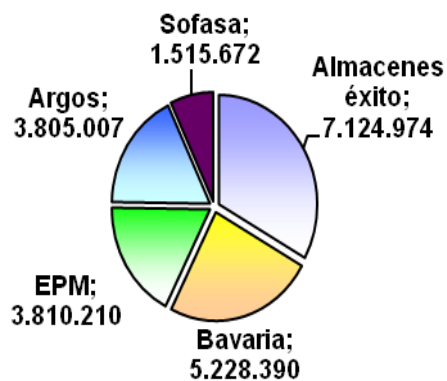
Así las cosas los 8 artículos mas firmados están relacionados con la renta, de allí el debate y algunas opiniones como las del Ex directos de la DIAN Horacio Ayala cuando ha dicho que los contratos son una camisa de fuerza para el Gobierno, porque cuando necesite hacer una reforma tributaria va a tener las manos atadas frente a importantes empresas.

"El Estado resulta víctima de su propio invento, porque para obtener los recursos que requiere se enfrenta a los contratos de estabilidad jurídica suscritos con grandes empresas, que tuvieron el cuidado de blindar los privilegios más significativos",³⁸ dijo Ayala hace pocos días Periódico el tiempo.

Se debe destacar la importancia de estas empresas en Colombia y por ende la contribución en materia tributaria que hacen al país, muestra de ello es que varias de las empresas que firmaron contratos de estabilidad se encuentran dentro de las 100 empresas con mayores ventas en el año 2008 según la revista Semana en su edición N° 1409 en su página 112 - 115.

³⁸ Horacio Ayala “Una estabilidad tributaria cierta”, en Portafolio, Bogotá, 15 de julio de 2009, Económicas.

Empresas con mayores ventas en el 2008 y que han firmado contratos de estabilidad jurídica

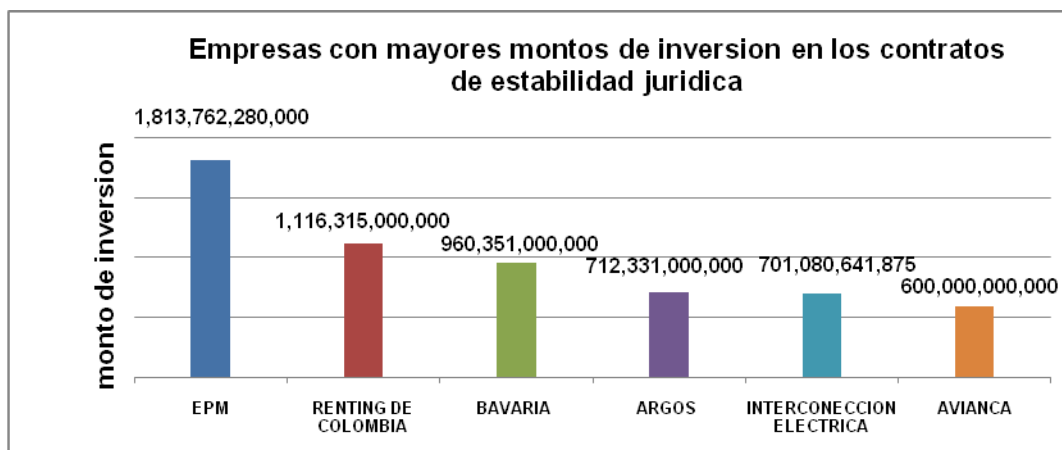


Cifras: En millones de pesos.
Fuente: Autores.

De esta manera se observa que son grandes empresas y en consecuencia tienen los suficientes recursos para realizar una inversión del monto que se requiere para pactar este tipo de convenios. Empresas como EPM, Renting de Colombia, Bavaria, Argos, Interconexión eléctrica y Avianca, encabezan la lista de las empresas con mayor inversión en los contratos de estabilidad jurídica.

**MONTO DE INVERSIÓN QUE REALIZARON LAS EMPRESA QUE SUSCRIBIERON
CONTRATOS DE ESTABILIDAD JURÍDICA HASTA ABRIL 2009.**

EMPRESA	MONTO DE INVERSION (\$)
EPM	1.813.762.280.000
RENTING DE COLOMBIA	1.116.315.000.000
BAVARIA	960.351.000.000
ARGOS	712.331.000.000
INTERCONEXION ELECTRICA	701.080.641.875
AVIANCA	600.000.000.000
EL EXITO	388.535.000.000
CERVECERIA DEL VALLE	307.387.000.000
GAZEL	118.420.272.000
GYPLAC S.A	100.361.399.000
NOVAMAR	89.836.862.848
HOTELERIA INTERNACIONAL	79.368.744.131
INVERSIONES INMOBILIARIAS	79.218.828.109
ALPINA	60.880.800.000
CINECOLOMBIA	55.463.000.000
DIVCO	45.983.773.000
NOVAVENTA	28.535.000.000
PROFILCO	22.028.333.320
SURENCO	21.484.000.000
AVESCO S.A.	19.250.000.000
LEONISA	19.088.061.120
TELEDATOS ZONA FRANCA	19.072.647.455
SOFASA	15.771.063.600
SOCIEDAD COMPOUNDING	9.989.211.020
PROFICOL	7.618.930.840
PROCO	6.237.974.247
ARCELOMITTAL	6.031.710.859
COMERTEX	5.728.957.924



Fuente: Autores
Cifras: En pesos

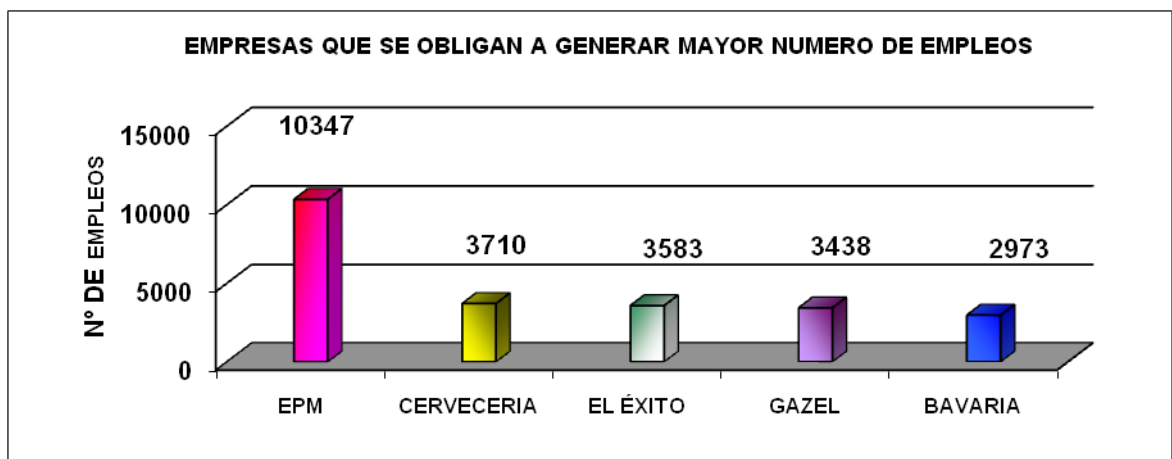
Estas empresas no solo están obligadas a realizar una inversión que supere el monto indicado por la ley, además estas deben generar empleos para así fomentar el crecimiento del país. EPM también encabeza la lista de las empresas que se obligan a generar mayor número de empleos con 335 empleos directos y 10.012 indirectos seguido por Cervecería del Valle, Almacenes Éxito, Gazel y Bavaria.

NUMERO DE EMPLEOS QUE SE OBLIGAN A GENERAR LAS EMPRESAS QUE FIRMARON EL CONTRATO DE ESTABILIDAD JURÍDICA.

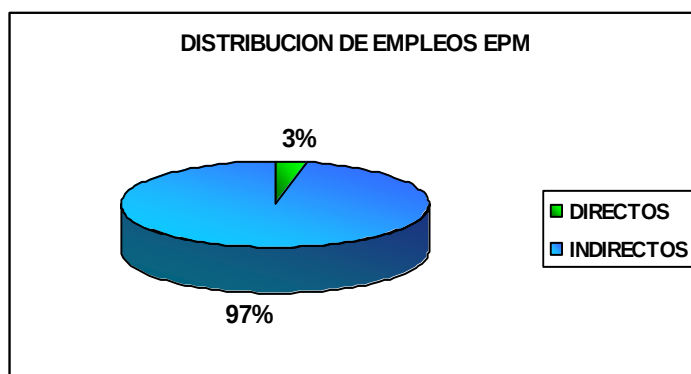
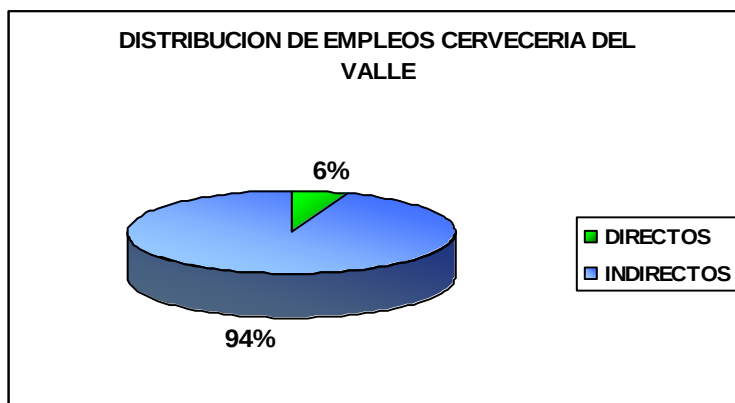
EMPRESA	DIRECTOS	INDIRECTOS	TOTAL
EPM	335	10012	10347
CERVECERIA	211	3499	3710
EL ÉXITO	2231	1352	3583
GAZEL	1188	2250	3438
BAVARIA	0	2973	2973
DIVCO	620	1860	2480
ALPINA	950	950	1900
CINECOLOMBIA	50	1757	1807
ARGOS	355	1263	1618
NOVA MAR	442	1000	1442
HOTELERIA INTERN	321	850	1171
INVER. INMOBILIAR	471	377	848
TELEDATOS Z	180	400	580
AVESCO	219	230	449
AVIANCA-SAM	427	0	427
INTERCONEXION	34	343	377
SOFASA	300	0	300
RENTIG	200	0	200
GYPLAC	150	0	150
PROPILCO	0	138	138
SURENCO	88	12	100
PROFICOL	80	9	89
NOVAVENTA	72	0	72
COMERTEX	30	35	65
LEONISA	60	0	60
PROCO	58	0	58
COMAI	12	30	42
ARCELORMITALL	20	10	30

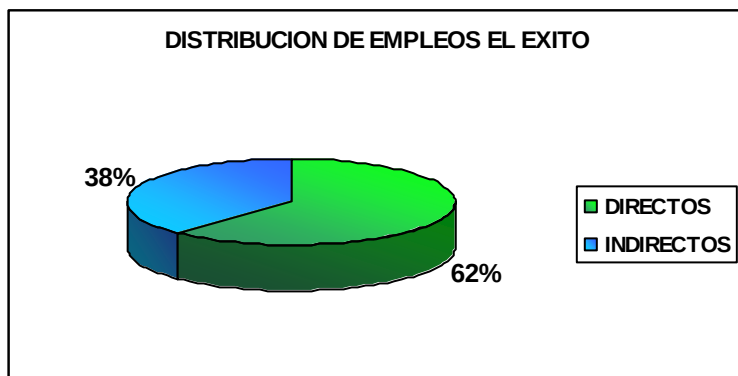
Cifras: En Cantidad.

Fuente: Autores.

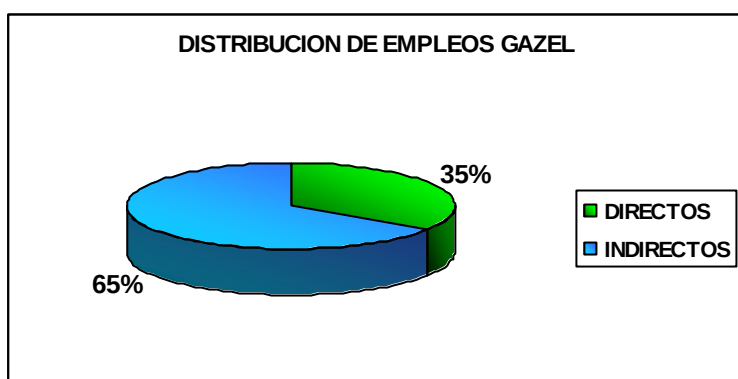


Cifras: En Cantidad.
Fuente: Autores.

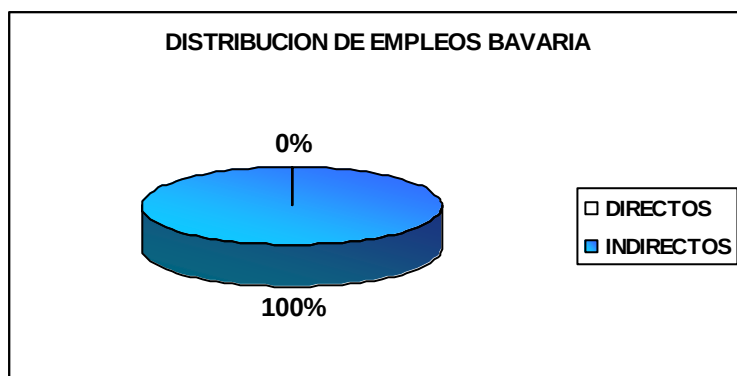




Fuente: Autores.



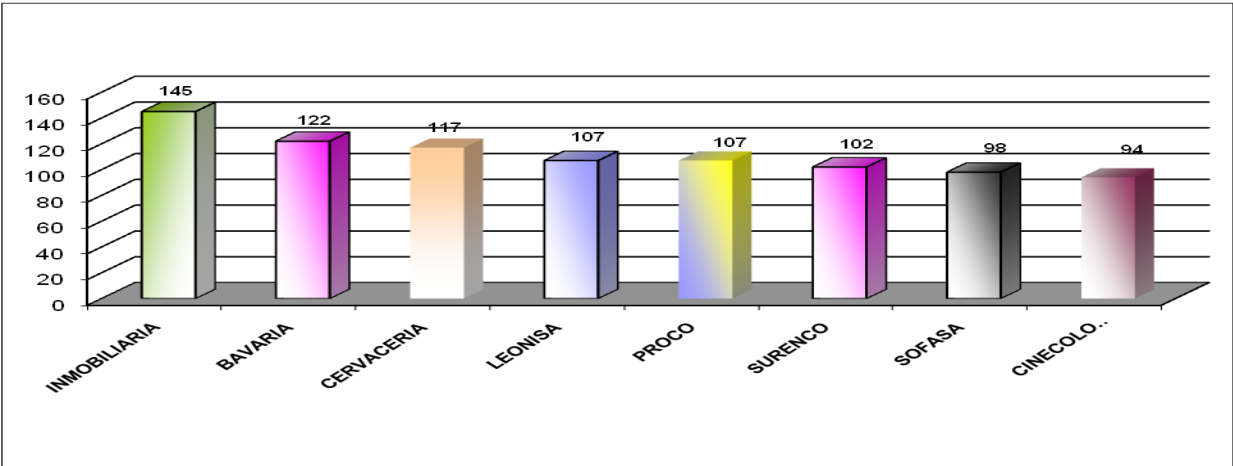
Fuente: Autores.



Fuente: Autores.

A pesar, de que la ley 963 de 2005 es de estabilidad jurídica, la mayor preocupación de los inversionistas se ve reflejado en la parte tributaria, ya que en este cambiante mundo de normas colombianas son las que mas afectan a los empresarios y por ende son las de mayor interes en el momento de firmar un contrato de estabilidad.

EMPRESAS QUE SOMETIERON MAYOR CANTIDAD DE ARTICULOS TRIBUTARIOS A ESTABILIDAD



5 DEMANDAS Y SENTENCIAS DE LA LEY 963 DE 2005 FRENTE AL PRINCIPIO DE EQUITAD.

DEMANDA N° 1.

DEMANDANTE	DEMANDA	FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA	EXAMEN DE LOS CARGOS FORMULADOS	DECISIÓN
HECTOR HERNAN MONDRAGON BAEZ	Contra los artículos 1, 2, 3, 4 y 6 (parciales) de la ley 963 de 2005, sobre estabilidad tributaria.	Las normas demandadas violan el artículo 150 de la Constitución Política, conforme al cual <i>"corresponde al Congreso hacer las leyes"</i> y, por medio de ellas, <i>"interpretar, reformar y derogar las leyes"</i> (numeral 1°). A juicio del demandante, un contrato no puede generar como consecuencia límites al ejercicio de la facultad legislativa.	No viola el artículo 150 de la Constitución Política, relacionado con la <i>potestad legislativa</i> del Congreso de Colombia. Todo lo contrario, la ley 963, acusada, es un acto emanado del Congreso, por medio del cual el legislador señaló los parámetros para garantizar, a los inversionistas interesados, la estabilidad jurídica e impuso condiciones pecuniarias como contrapartida para que no se les apliquen las modificaciones al régimen cuya estabilidad se asegure.	Por las anteriores razones, la Academia considera que la ley 963, en lo que concierne específicamente a las disposiciones acusadas, es constitucional.
		Violan igualmente lo previsto por el artículo 95 de la Constitución Política, conforme al cual <i>"toda persona está obligada a cumplir la constitución de las leyes"</i> . En el sentir del demandante, la circunstancia de la inoponibilidad a quien haya suscrito el contrato de las modificaciones a la normativa que estén cobijadas por la protección del resultado del acuerdo, entraña la violación de esa norma constitucional.	Tampoco se viola el artículo 95 de la Constitución Política, relacionado con el deber de toda persona de <i>"cumplir la constitución y las leyes"</i> . El <i>deber de obediencia al derecho positivo</i> , consagrado expresamente por el artículo 95 de la Carta, constituye una clara proyección en nuestro ordenamiento constitucional, del pensamiento del filósofo alemán IMMANUEL KANT para quien la obediencia al derecho constituye una expresión del <i>imperativo categórico</i> , como máxima fundamental de la moral. Es claro que todas las personas en Colombia están comprometidas, jurídica y moralmente a cumplir el <i>derecho positivo</i> . Pero no encuentra la Academia que la ley 963 entrañe forma alguna de desconocimiento de ese fundamental principio del <i>Estado de derecho</i> .	

		Violan el principio de igualdad contemplado en el artículo 13 de la Constitución Política, porque quien suscriba el contrato queda en situación de privilegio respecto de quienes no lo suscriban.	Tampoco se viola el <i>principio de igualdad</i> porque, para que nos encontremos ante una infracción constitucional de esa naturaleza, es indispensable que las hipótesis o presupuestos de referencia sean idénticos o comparables, independientemente del grado mayor o menor de rigor del <i>test de igualdad</i> que deba atenderse. Lo cierto es que, en este caso, el <i>principio de igualdad</i> se cumple respecto de quienes realicen las inversiones y se sometan al régimen de la <i>estabilidad jurídica</i> mediante la suscripción del contrato con el Estado que implica, para ellos, el reconocimiento de una prestación a favor del ente público.	
--	--	--	--	--

DEMANDA N° 2.

DEMANDANTE	DEMANDA	FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA	EXAMEN DE LOS CARGOS FORMULADOS	DECISIÓN
NELSON IVÁN ZAMUDIO ARENAS	Contra los artículos 1 y 2 de la Ley 963 de 2005, “por la cual se instaure una ley de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia”.	El ciudadano Zamudio Arenas afirma que las normas demandadas vulneran la igualdad de trato legal para los inversionistas, al establecer que el Estado garantiza por contrato y durante su ejecución, la vigencia de normas legales o administrativas generales nacionales o de interpretaciones vinculantes que de las mismas se efectúen, frente a cambios adversos que llegaren a tener, únicamente a quienes las consideraron determinantes para realizar inversiones iguales o superiores a 7.500 salarios mínimos legales mensuales vigentes (s.m.l.m.v.).	El trato legal diferente analizado en relación con <i>el concepto de inversionista que tiene derecho a celebrar contratos de estabilidad jurídica es razonable legal y constitucionalmente, porque obedece a la finalidad de promover inversiones directas</i> de alto grado de confiabilidad técnica, con dineros lícitos, conformes con el plan nacional de desarrollo, y destinadas a generar empleo, lo cual se ajusta a la promoción laboral, el desarrollo del país y la competencia del Estado con el resto de países del mundo por las inversiones (artículos 25, 226, 227, 333, 334, 339 Constitución Política).	Por lo expuesto, el Ministerio Público solicita a la Corte Constitucional declarar EXEQUIBLE los artículos 1 y 2 de la Ley 963 de 2005.

5.3 SENTENCIA: C-242 DE 2006

DEMANDA	DEMANDANTE Y MOTIVO	ENTIDADES PUBLICAS INTERVENTORAS	DECISIÓN
Demanda de inconstitucionalidad : contra la ley 963 de 2005, “por la cual se instaure una ley de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia	El ciudadano Nelson Iván Zamudio Arenas, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en los artículos 40-6, 241-4 y 242-1 de la Constitución Política, solicita a esta corporación que declare la inexistencia de la Ley 963 de 2005, “Por la cual se instaure una ley de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia”.	El jefe de la oficina asesora jurídica del ministerio de Comercio, Industria y Turismo intervino en defensa de la constitucionalidad de la Ley 963 de 2005, exponiendo que el propósito del estatuto demandado es el de incentivar la inversión en cuanto ella es un factor importante para la generación de empleo, el traslado de tecnología y de conocimiento, beneficios que redundan en el crecimiento económico del país, el cual se refleja en el bienestar de las personas, todo lo cual se aviene, a lo dispuesto en los artículos 2° y 333 superiores.	Una vez efectuado el test de igualdad respecto de las normas parcialmente impugnadas y atendiendo en forma exclusiva a los cargos formulados en el presente caso, la Corte Constitucional encuentra que el texto examinado no vulnera lo establecido en el artículo 13 de la Constitución Política.
		El Ministro de Comercio, Industria y Turismo , doctor Jorge Humberto Botero Angulo, intervino en defensa de la constitucionalidad de la ley demandada. Respecto de la violación al derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución, después de recordar la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre los principios de razonabilidad y las formas para determinar los casos en los cuales se viola el derecho a la igualdad, concluyó solicitando a la corporación que declare la exequibilidad de los preceptos atacados.	
		El Ministerio de Hacienda y Crédito Público intervino para solicitar que se declare la exequibilidad de las normas demandadas. En su concepto, la Ley 963 de 2005 no desconoce el principio de igualdad, porque en ella se consagra una diferenciación razonable, teniendo en cuenta que lo prohibido por la Carta es la discriminación.	
		Asociación Nacional de Industriales, ANDI Según el interviniente, promover inversiones nuevas y ampliar las existentes es objetivo válido según la Constitución, si se tiene en cuenta que su artículo 333 señala que el Estado estimulará el desarrollo empresarial. Los contratos de estabilidad jurídica regulados mediante la ley que se impugna, en criterio de la ANDI son proporcionales al objetivo buscado por el legislador. Teniendo en cuenta que la ley es proporcional y razonable, el interviniente solicita que se declare su constitucionalidad.	
		El Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario intervino en defensa de la constitucionalidad de las normas impugnadas, explicando que el contrato de estabilidad jurídica permite salvaguardar el principio de la buena fe del inversionista, por cuanto le confiere consecuencias precisas a este acuerdo cuya utilidad para afianzar procesos de inversión es indudable.	

5.4 SENTENCIA: C-320 DE 2006

DEMANDA	DEMANDANTE Y MOTIVO	ENTIDADES PUBLICAS INTERVENTORAS	RESULTADO
Demanda de inconstitucionalidad : contra la ley 963 de 2005, “por la cual se insta una ley de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia	El ciudadano Héctor Hernán Mondragón Báez sostiene que las disposiciones legales acusadas vulneran los artículos 1, 3, 13, 95, 132, 150.1, 189 numeral 11 y 190 constitucionales. Sostiene que las disposiciones cuya declaratoria de inexequibilidad se solicita, conducen a que mediante un simple contrato se puedan limitar las competencias del Congreso para interpretar, reformar y derogar las leyes, concediéndole tal atribución a un comité que aprueba contratos. Otro tanto sucedería con la potestad reglamentaria del Presidente de la República. De igual manera, las normas acusadas conllevan a una vulneración del principio de igualdad, por cuanto determinadas personas poseedoras de grandes capitales, durante un período que oscila entre tres (3) y veinte (20) años tengan amparadas meras expectativas de lucro, violándose además el artículo 95 Superior, según el cual “Toda persona está	Universidad del Rosario. En relación con el primer artículo de la Ley 963 de 2005, el interviniente sostiene que aquél puede ser interpretado de dos formas posibles: El Congreso de la República se encuentra inhabilitado, en todos los casos para intervenir legislativamente de manera general o especial, a través de la expedición de una ley ordinaria, en las relaciones jurídicas nacidas en procesos de inversión amparados por un contrato de estabilidad jurídica. b. Sin perjuicio de la responsabilidad que sea posible imputarle y del deber de respeto a los derechos adquiridos, el Congreso de la República se encuentra inhabilitado para, a través de la expedición de una ley ordinaria, intervenir legislativamente de manera general o especial, en las relaciones jurídicas nacidas de procesos de inversión amparados por un contrato de estabilidad jurídica. Concluye entonces afirmando que sólo la segunda de dichas interpretaciones es conforme con la Constitución, en la medida en que no desconoce la competencia legislativa intemporal del Congreso de la República y, al mismo tiempo, permite asignarle un efecto concreto a la norma demandada, garantizándose de esta forma la estabilidad jurídica y, al mismo tiempo, el principio democrático.	La Corte Constitucional, mediante sentencia C-320 del 24 de abril de 2006, entre otros artículos, declaró exequible el artículo 1º de la ley 963 de 2005, “<i>en el entendido que los órganos del Estado conservan plenamente sus competencias normativas, incluso sobre las normas identificadas como determinantes de la inversión, sin perjuicio de las acciones judiciales a que tengan derecho los intervencionistas</i>”
		Asociación Nacional de Empresarios de Colombia, ANDI. El representante legal suplente de la Asociación Nacional de Empresarios de Colombia, ANDI, interviene en el proceso de la referencia para solicitar la declaratoria de exequibilidad de las normas legales acusadas. Concluye afirmando que no es cierta la afirmación del demandante, en el sentido de que la Ley 963 de 2005 limite la competencia del Congreso para modificar, derogar o subrogar una ley.	
		Ciudadana Martha Lucía Casas de Montoya. Asegura que las normas acusadas no vulneran los artículos 1, 3, 95, 150.1 y 189.11, por cuanto la facultades del Congreso para expedir leyes y las del Presidente para reglamentarlas, permanecen incólumes frente al acuerdo de voluntades que suscriban el Estado y el inversionista, ya que lo que se pretende con el contrato es que la ley o decreto determinante para la inversión, en caso de sufrir modificaciones que puedan afectar la inversión, no se aplicará a esa inversión concreta, pero sí a las demás que no se encuentren cobijadas por el contrato de estabilidad jurídica.	

	obligada a cumplir la Constitución y las leyes”.	Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Aunado a lo anterior, la Ley 963 de 2005 es un instrumento jurídico incluyente, por cuanto una inversión de 7.500 s.m.l.m.v. “es manejada en el mundo de los negocios por un gran número de inversionistas de todos los tamaños”, no constituyendo una suma arbitraria y caprichosa, sino el resultado de un amplio debate en el Congreso de la República. En últimas, “el grupo de personas al se le aplica la Ley 963 de 2005 es sumamente variado e incluyente, lo que demuestra un esfuerzo para que dentro del grupo particular de los inversionistas, se respete el derecho a la igualdad” Ministerio de Hacienda y Crédito Público. En lo que concierne al derecho a la igualdad, sostiene el interviniente que las normas acusadas no lo vulneran ya que, de conformidad con un test de razonabilidad, es clara la existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual, cual es fomentar la inversión. Academia Colombiana de Jurisprudencia. El ciudadano Mauricio Plazas Vega, en nombre de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, rindió concepto en el proceso de la referencia, solicitándole a la Corte declarar exequibles las normas demandadas. No cree que se viole el artículo 150,95, constitucional por cuanto todas las personas residentes en Colombia tienen el deber de cumplir la Constitución y la ley. En otras palabras, no es que el inversionista quede inhabilitado, en virtud del contrato, para desobedecer el derecho positivo, sino que queda sometido a un ordenamiento jurídico conocido y estable que ha sido determinante para que realice la inversión correspondiente. El Procurador General de la Nación (e) le solicita a la Corte declarar exequibles las normas acusadas. Sobre el particular afirma que, si bien existe un trato diferente, en la medidas en que no todos los inversionistas pueden celebrar contratos de estabilidad jurídica, dicha distinción se justifica debido a que el espíritu de dichos contratos responde a un ánimo competitivo del Estado colombiano por la inversión nacional y extranjera en función del desarrollo y la generación de empleo	
--	--	--	--

6. FACTORES QUE HACEN QUE UNA NORMA TRIBUTARIA CUMPLA CON EL PRINCIPIO DE EQUIDAD.

6.1 Principio de Equidad Tributaria.

La equidad tributaria “es un criterio con base en el cual se pondera la distribución de las cargas y de los beneficios o la imposición de gravámenes entre los contribuyentes para evitar que haya cargas excesivas o beneficios exagerados. Una carga es excesiva o un beneficio es exagerado cuando no consulta la capacidad económica de los sujetos pasivos en razón a la naturaleza y fines del impuesto en cuestión”⁴¹.

Adicionalmente, la Corte ha resaltado la importancia de la equidad vertical y de la equidad horizontal en tanto que criterios “para establecer la carga tributaria teniendo en cuenta la capacidad de pago de los individuos”³⁹. Así pues, se tiene que, en virtud de la equidad horizontal, las personas con capacidad económica igual deben contribuir de igual manera mientras que, de acuerdo con la equidad vertical, las personas con mayor capacidad económica deben contribuir en mayor medida. Esta distinción, que ha sido aceptada de tiempo atrás, guarda relación con el principio de progresividad⁴⁰ (*Corte constitucional, Sentencia C-734/02*)

De esta forma, el principio de equidad exige que se graven, de conformidad con la evaluación efectuada por el legislador, los bienes o servicios cuyos usuarios tienen capacidad de soportar el impuesto, o aquellos que corresponden a sectores de la economía que el Estado pretende estimular, mientras que se exonere del deber tributario a quienes, por sus condiciones económicas, pueden sufrir una carga insoportable y desproporcionada como consecuencia del pago de tal obligación legal⁴². En el mismo sentido, al delimitar el alcance del principio de equidad tributaria, en la sentencia C-261 de 2002 se estableció que “en el proceso de imposición de determinada carga tributaria se debe tener en cuenta de manera específica la situación en que se encuentran quienes están llamados a contribuir y su capacidad de pago, con lo cual adquieren connotación los conceptos de equidad horizontal y equidad vertical”.

Pero el alcance del principio de equidad tributaria no se agota en la consideración efectiva de las diferencias reales que existen entre los potenciales sujetos obligados. En la sentencia C-1060A de 2001, la Corte expresó que la equidad impone el respeto no sólo por las diferencias de ingreso y bienestar de los contribuyentes, sino también los mandatos de la Constitución en su conjunto, especialmente los principios derivados del Estado

⁴¹ Sentencia C-734 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa). En esta sentencia, la Corte adelantó una síntesis de su jurisprudencia en relación con el principio de equidad con ocasión de una demanda contra el Gravamen a los Movimientos Financieros, el cual es, como el IVA, un impuesto indirecto.

³⁹ Sentencia C-804 de 2001; M.P. Rodrigo Escobar.

⁴⁰ MUSGRAVE. Richard. MUSGRAVE, Peggy. Hacienda Pública Teórica y Aplicada. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, 1993

⁴² Cf. Sentencia C-094 de 1993.

Social de Derecho: “los criterios de justicia y equidad como límites al deber de contribuir, han sido objeto de meritorios trabajos científicos que tienden a concretar la justicia hacia la capacidad contributiva de los sujetos pasivos del tributo. Sin embargo, la capacidad contributiva no es el único principio a valorar en el sistema: es necesario proteger otros valores que se encuentran en la Constitución como son la protección de los derechos fundamentales al trabajo, y a la familia, protección a la libertad personal que implica el reconocimiento de un mínimo de recursos para la existencia personal y familiar que constituye la frontera a la presión fiscal individual, todo complementado con los principios del Estado Social, que no deben ser antagónicos a los de las libertades personales y patrimoniales sino moderadores de ellas.” Ante todo, es importante recordar que en la sentencia C-643 de 2002 la Corte estableció que la equidad, eficiencia y progresividad tributarias hacen alusión al sistema en su conjunto y en su contexto, y no a un determinado tributo aisladamente considerado: “Estos principios constituyen los parámetros para determinar la legitimidad del sistema tributario y, como ha tenido oportunidad de precisarlo esta Corporación, se predicen del sistema en su conjunto y no de un impuesto en particular” ⁴³. (Corte constitucional, Sentencia 776 de 2003)

Por otra parte, la Corte ha señalado que el principio constitucional de igualdad debe ser respetado por el legislador al momento de crear nuevas obligaciones tributarias, lo cual conlleva el deber de tomar en consideración las diferencias de hecho existentes en la sociedad para no profundizar, con la medida impositiva, las desigualdades existentes: “de profunda raigambre democrática, el principio de igualdad constituye claro límite formal y material del poder tributario estatal y, por consiguiente, las reglas que en él se inspiran se orientan decididamente a poner coto a la arbitrariedad y a la desmesura” ⁴⁴

La Corte también se ha pronunciado sobre el tema de las disposiciones tributarias en función del derecho a la igualdad, es decir, en atención a si un beneficio tributario de esta naturaleza resulta discriminatorio. Una lectura integrada de la jurisprudencia constitucional, evidencia que el análisis de este asunto, parte del reconocimiento de que “[s]i el Congreso tiene autoridad suficiente para establecer impuestos, tasas y contribuciones, señalando los hechos en que se fundamenta su obligatoriedad, las bases para su cálculo, los sujetos contribuyentes, los sujetos activos y las tarifas aplicables, es natural que goce del poder suficiente para consagrar exenciones y otras modalidades de trato a los contribuyentes, por razones de política económica o para realizar

⁴³ Sobre el sistema tributario en su conjunto y no sobre impuestos particulares como ámbito de referencia de los principios constitucionales tributarios, la Corte ha expuesto: “Es cierto que las limitaciones legales pueden también implicar ciertos sacrificios en términos de equidad tributaria concreta, pues el impuesto cobrado puede no corresponder exactamente a la renta efectiva. Sin embargo, esta Corporación había establecido que tales sacrificios no violan la Carta, siempre que no sean irrazonables y se justifiquen en la persecución de otros objetivos tributarios o económicos constitucionalmente relevantes, pues no sólo el Legislador puede buscar conciliar principios en conflicto, como la eficiencia y la equidad sino que, además, tales principios se predicen del sistema tributario en su conjunto, y no de un impuesto específico. Una regulación tributaria que no utilice criterios potencialmente discriminatorios, ni afecte directamente el goce de un derecho fundamental, no viola el principio de igualdad si la clasificación establecida por la norma es un medio razonablemente adecuado para alcanzar un objetivo constitucionalmente admisible”. Corte Constitucional. Sentencia C-409-96. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

⁴⁴ Sentencia C-183 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

la igualdad real y efectiva, a partir de la iniciativa del Gobierno (art. 154 C.P.). [En el mismo sentido] la decisión de restringir o eliminar una exención equivale a la decisión de gravar algo que no estaba gravado, o que lo estaba de manera diferente, lo que significa que hace parte de la potestad impositiva del Estado, atribuida por la Constitución al Congreso”⁴⁵

Ahora bien, “[l]a igualdad exige el mismo trato para los entes y hechos que se encuentran cobijados bajo una misma hipótesis”⁴⁶], en tanto que garantía de no discriminación. De acuerdo con este criterio, la Corte ha declarado la inconstitucionalidad o la constitucionalidad condicionada de normas tributarias, por ejemplo, las que prevén exenciones que no responden a un criterio objetivo de diferenciación y que por lo tanto resultan discriminatorias. Según esta Corporación, “[s]i el legislador grava con un impuesto un hecho, acto o negocio, por ser precisamente indicativos de riqueza actual o potencial, no puede dejar de hacerlo ante situaciones semejantes o equiparables, salvo que militen razones poderosas de política fiscal o fines extra-fiscales relevantes, siempre que, en este último caso, los mismos estén al servicio de bienes protegidos por la Constitución o de metas ordenadas por ella. || La Corte no excluye que algunas exenciones o beneficios fiscales tengan una justificación atendible y puedan por lo tanto adoptarse. Lo que se quiere significar es que sólo pueden introducirse como instrumentos dirigidos a configurar materialmente la carga tributaria de manera técnica, justa y equitativa. Por el contrario, cuando la exención o beneficio fiscal, no tiene razón de ser distinta de la mera acepción de personas, ella se presenta contraria a la generalidad del tributo y, frente a los obligados que se encuentran en la misma relación con el hecho imponible, como clara afrenta al principio de igualdad en la carga tributaria. || El deber cívico de contribuir con el erario, con arreglo a la capacidad económica y en los mismos términos fijados por la ley, se predica por igual de las personas que se encuentran en la misma situación contemplada por la norma. En este caso, el indicio de inequidad surge de limitar el alcance de una exención a un concepto que también cabe predicar de otro sujeto que, sin embargo, se excluye del beneficio fiscal. La Corte debe precisar si la exclusión del mencionado beneficio tiene una razón de ser que la haga admisible. De lo contrario, será patente la violación del principio de igualdad en la carga tributaria”⁴⁷

A la luz de este criterio, la Corte ha declarado la inexequibilidad de ciertas normas relativas al IVA, por ejemplo, cuando conceden beneficios a un universo de contribuyentes al tiempo que lo niegan a otro universo que se encuentra en igualdad de condiciones como contribuyentes⁴⁸. También ha

⁴⁵ Sentencia C-341 de 1998 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

⁴⁶ Sentencia C-094 de 1993 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

⁴⁷ Sentencia C-183 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. S.V. M. José Gregorio Hernández Galindo).

⁴⁸ Sentencia C-349 de 1995 (M.P. Carlos Gaviria Díaz). En este fallo, la Corte declaró la inexequibilidad de una norma que concedía una exclusión en materia de IVA sobre la venta de un tipo particular de servicio, sin que hubiera razón para que servicios de similar naturaleza no quedaran también cubiertos por dicho beneficio. En la Sentencia C-183 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. S.V. M. José Gregorio Hernández Galindo), la Corte conoció de una situación normativa similar a la analizada en el fallo ya mencionado, aunque decidió declarar la exequibilidad condicionada de la norma, en el sentido de

declarado ajustadas a la Constitución normas del régimen de IVA, como algunas exclusiones de la base del tributo referentes a servicios básicos, como la salud, en razón a que éstas se justificaron en aras de alcanzar la igualdad real y efectiva en un Estado Social de derecho ⁴⁹ Para el caso que ocupa la atención de la Corte en esta oportunidad, el principio de igualdad resulta relevante por cuanto uno de los elementos del problema jurídico constitucional expresado en el acápite... de esta providencia se refiere a la eliminación de una serie de exenciones o exclusiones del IVA cuya finalidad era la promoción de la igualdad real y efectiva en un Estado Social de Derecho. (Corte constitucional, Sentencia C-776 de 2003).

6.2 Equidad Tributaria y sus Elementos.

El principio de equidad no implica la necesidad de que los sujetos se encuentren, en todo momento y ante cualquier circunstancia, en condiciones de absoluta igualdad, sino que, sin perjuicio del deber de los Poderes públicos de procurar la igualdad real, dicho principio se refiere a la igualdad jurídica, es decir, al derecho de todas los gobernados de recibir el mismo trato que quienes se ubican en similar situación de hecho porque la igualdad a que se refiere el artículo 31, fracción IV, constitucional, lo es ante la ley y ante la aplicación de la ley. De 10 anterior derivan los siguientes elementos objetivos, que permiten delimitar al principio de equidad tributaria: a) no toda desigualdad de trato por la ley supone una violación, sino que dicha violación se configura únicamente si aquella desigualdad produce distinción entre situaciones tributarias que pueden considerarse iguales sin que exista para ello una justificación objetiva y razonable; b) a iguales supuestos de hecho deben corresponder idénticas consecuencias jurídicas; c) no se prohíbe al legislador contemplar la Establecer los elementos esenciales de la obligación tributaria a partir de un procedimiento indirecto constituye una práctica que desconoce el principio de legalidad.

Los elementos esenciales de la obligación tributaria no pueden ser el resultado de un razonamiento jurídico complejo estructurado a partir de las analogías.

“Este enunciado que es un axioma en materia tributaria, tendrá que pasar el reto que le plantea las operaciones de derivados financieros. De lo contrario, la pretensión de imputarle cargas tributarias a este tipo de operaciones será un hábito aberrante.

Mas halla de la intención romántica de la ley ideal que contenga todas las hipótesis jurídicas posibles y que además, sea clara, precisa y contundente, deberá buscarse un instrumento que delimite conceptualmente el tema y permita responder por lo menos a tres interrogantes de fondo: la localización de las rentas, la magnitud del ingreso que se pretende gravar y la conveniencia o

extender el beneficio a las personas que no estaban cubiertas por la norma acusada, se encontraban en igualdad fáctica respecto de las sí cubiertas.

⁴⁹ Sentencia C-094 de 1993 (MP. José Gregorio Hernández Galindo).

no de los impuestos indirectos o de los mecanismos de recaudo anticipado (retenciones). El análisis no puede amarrarse a un fin simplemente fiscalizador. Es evidente que por estas se percibe un ingreso (una renta susceptible del tributo), pero la experiencia ha enseñado que imponer retenciones a ciertas operaciones y mas cuando, dentro de los estándares internacionales se busca proteger este tipo de operaciones de manipulaciones del mercado (de mecanismo de retención y de mecanismos indirectos) y de los denominados eventos tributarios”⁵⁰.

Han sido muchas las opiniones que ha generado esta ley entre ellas podemos destacar algunos como el ex director de la DIAN, Horacio Ayala, quien fue el primero en prender las alertas sobre estos contratos fue quien señaló que cualquier intento serio de modificar la estructura tributaria, se va a tropezar con derechos adquiridos por grupos importantes de empresas.

⁵⁰ AMAYA. Vicente, Reformas Tributarias, memoria 23, p.485.

7. CONCLUSIONES

El Estado Colombiano tiene claro de que uno de los elementos que, sin duda, es tenidos en cuenta por los inversionistas nacionales y extranjeros a la hora de realizar inversiones es la estabilidad en la normatividad de un país, siguiendo con los lineamientos de la política de inversión en el año 2005 se creó la ley de estabilidad jurídica con el objetivo de brindarle a éstos garantías de permanencia de normas durante un período determinado.

Para promover la claridad en la reglas de juego, el Gobierno presenta la novedosa figura de los contratos de confianza inversionista, mediante la cual la Nación garantiza a quienes suscriban estos contratos, que en caso de que sean modificadas ciertas disposiciones normativas específicas previstas en dichos contratos, cuya estabilidad sea determinante en la decisión de inversión, éstos serán indemnizados. Lo que pretende el Gobierno es que 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.

La motivación del estado Colombiano al reglamentar esta ley es claro, ya que se pretende la creación de valor para la sociedad, por medio de la generación de certidumbre. Este mecanismo genera incentivos tanto para la Nación como para el inversionista. Por parte del estado la estabilidad en normas específicas, determinantes de grandes inversiones, reduce el costo de transacción para los actores económicos, lo cual redundará en una mejor asignación de los recursos de inversión. Igualmente, el carácter predecible de las consecuencias de los cambios normativos, mediante la estimación anticipada de los perjuicios que dichos cambios pueden ocasionar al aparato productivo, permite al Estado tomar decisiones informadas y le proporciona los estímulos necesarios para adoptar una política consistente en materia normativa.

Desde el punto de vista del inversionista, la garantía de estabilidad de las normas determinantes de la inversión reduce el riesgo de la misma. Dado que el riesgo es un componente fundamental de los costos de toda inversión, la reducción del riesgo disminuye los costos para el inversionista, lo cual genera valor y aumenta la propensión a invertir. Además, en un entorno de competencia, la disminución de los costos de producción se puede traducir en una reducción de los precios de los bienes y servicios ofrecidos a la comunidad, o en una mejor destinación de los recursos al interior de las empresas y de la sociedad en su conjunto.

El Estado plantea estos contratos como un beneficio social inmediato ya que ve en ellos generación de valor, que viene acompañada de empleo y desarrollo, además plantea que en muchos casos la estabilidad genera incentivos para los actores económicos con consecuencias sociales favorables que superan los beneficios inmediatos.

En su conjunto, el Estado Colombiano expide la ley 963 del 2005 ya que se ve motivado porque los contratos estabilidad jurídica se constituyen como un mecanismo apto para aumentar certidumbre, reducir riesgo, y permitir una distribución más elaborada (y por ende más acorde con las necesidades e intereses de las partes) de incentivos entre los actores económicos en transacciones complejas. Pero, lo que es más importante, son un instrumento de generación de empleo y desarrollo para bien del pueblo colombiano según lo planteado en la exposición de motivos para expedir la ley.

Los inversionistas que deseen acceder a los beneficios que brindan los contratos de estabilidad deben cumplir ciertos requisitos que hacen que este grupo sea exclusivo, especialmente por el hecho de que uno de los requisitos fundamentales es que el monto de la inversión nueva o de la ampliación existente debe ser igual o superior a 7.500 s.m.l.m.v., cifra que es alta si tenemos en cuenta la situación económica del país, además, se deberá pagar 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, de acuerdo con el cronograma aprobado elevando el valor de la inversión aun más.

Desde que entró en vigencia la ley hasta abril del 2009, periodo de tiempo del cual es objeto nuestro estudio solo 28 empresas pertenecen a este selecto grupo como es el caso de; Avianca, Alpina, ARGOS, Divco, Comertex, Sociedad Nova Mar Development S.A, Sofasa, Cervecería del Valle, Bavaria, Sociedad Compounding, Sociedad Avesco, Empresas Públicas de Medellín, Almacenes Éxito, Proficol, Interconexiones Eléctricas, Sociedad Schlumberger Surencó, Propilco, Cine Colombia, Sociedad Inversiones Inmobiliarias de Colombia, Arcelomittal, Sociedad Renting Colombia, Leonisa, Teledatos zona franca, Productora de Confección Proco, Gas Natural, Gyplac S.A, Turismo y Hotelería Internacional S.A. y Novaventa S.A, todas con la capacidad económica para realizar una inversión del monto que se requiere para suscribir contratos de estabilidad y de igual manera contribuir a los gastos del Estado ya que son estas empresas las que mas aportan para el sostenimiento de la nación en materia tributaria.

La ley 963 de 2005 ha generado gran polémica por lo cual se han emitido demandas y sentencias en la que se fundamenta aspectos generales como la violación del principio de igualdad contemplado en el artículo 13 de la Constitución Política, porque quien suscriba el contrato queda en situación de privilegio respecto de quienes no lo suscriban. Y frente a esta demanda se emitió la sentencia en donde se planteaba en su jurisprudencia que no se viola el *principio de igualdad* porque, para que nos encontremos ante una infracción constitucional de esa naturaleza, es indispensable que las hipótesis o presupuestos referencia sean idénticos o comparables, independientemente del grado mayor o menor de rigor del *test de igualdad* que deba atenderse. Lo cierto es que, en este caso, el *principio de igualdad* se cumple respecto de quienes realicen las inversiones y se sometan al régimen de la *estabilidad*

jurídica mediante la suscripción del contrato con el Estado que implica, para ellos, el reconocimiento de una prestación a favor del ente público.

Todas las personas potencialmente están en condiciones de garantizar la *seguridad jurídica* mediante la celebración de este tipo de contratos. Y el hecho de que, en la práctica, algunos se encuentren con mayor poder de negociación o decisión en esta materia, respecto de otros, no es suficiente para concluir que nos encontramos ante la violación del *principio de igualdad*.

Siguiendo con las demandas hechas se afirma que en la norma demandada vulnera la igualdad de trato legal para los inversionistas, al establecer que el Estado garantiza por contrato y durante su ejecución, la vigencia de normas legales o administrativas generales nacionales o de interpretaciones vinculantes que de las mismas se efectúen, frente a cambios adversos que llegaren a tener, únicamente a quienes las consideraron determinantes para realizar inversiones iguales o superiores a 7.500 salarios mínimos legales mensuales vigentes (s.m.l.m.v.).

El Estado plantea frente a esta demanda que existe un trato legal diferente entre inversionistas que pueden celebrar con el Estado contratos de estabilidad jurídica para sus inversiones y los que no pueden pactar dicho beneficio porque sus inversiones no alcanzan una cuantía mínima establecida, el cual se justifica objetiva y razonablemente porque el espíritu de dichos contratos responde al ánimo competitivo del Estado colombiano por la inversión nacional y extranjera en función del desarrollo y la generación de empleo.

Por otra parte encontramos que uno de los demandantes de la ley, considera que la norma acusada contraría lo dispuesto en el artículo 13 de la Carta Política, toda vez que "...por mandato de la misma ley objeto de querella, solo algunas personas pueden acudir a los contratos de estabilidad jurídica, dependiendo su calidad de inversionistas y del capital que posean, tales contratos no pueden versar sobre determinadas materias, la duración de los contratos tiene un máximo y un mínimo, y en general, la norma delimita de manera abiertamente injustificada no solo. Sus destinatarios sino, además, las condiciones del contrato.

En este sentido, aun aplicando el test de igualdad, la norma es abiertamente contraria al ordenamiento constitucional.

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 s.m.l.m.v. 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, los contratos deben tener una duración que la norma delimita y exclusión de materias en las cuales no se puede pactar.

Por último, en un Estado de corte capitalista como el nuestro, en el que la libre competencia es esencia misma de su desarrollo económico, no puede entenderse cómo un grupo de personas, con poder económico, puedan ser beneficiarios de una inamovilidad jurídica, frente a otras personas, que pueden ser sus propios competidores, que seguramente no poseen el capital mínimo exigido, pero que sí compiten en el mercado. En este sentido, aceptando que la igualdad predicada por la Constitución es rotacional y no absoluta, encontramos cómo, frente a un mismo grupo de personas destinatarios de la ley, la norma demandada introduce una discriminación completamente injustificada e irracional.

Así las cosas, es tan aberrante la vulneración de la igualdad de las personas ante la ley en que incurre la ley, que en su propio texto la contradice al mostrar la estabilidad como incentivo a la inversión y de otro lado exigir el pago de prima y la no posibilidad de pactar la estabilidad en algunas materias tributarias y financieras.

El Estado Colombiano es consiente de que existe una violación en el principio de igualdad, al referirse en una de las sentencias de que existe un trato legal diferente, pero que es compensado con los beneficios mayoritarios que brinda la aplicación de la ley como son la generación de empleo, desarrollo económico, mayor inversión extranjera dentro del país, además de de los beneficios indirectos que acarrea el comportamiento de la aplicación de la ley 963.

BIBLIOGRAFIA

AKTOUF, Omar. La Metodología de las Ciencias Sociales y el Enfoque Cualitativo de las Organizaciones. Universidad del Valle. Cali, 2001; p. 20-125

AMAYA MANTILLA, Vicente. Reformas tributarias 1998, memoria 23, pag485Memorias jornadas colombianas de derecho tributario 2007 tomo II carátula color piel Pág. 3 en adelante.

BRAVO ARTEAGA, Juan Rafael. La seguridad jurídica en el derecho tributario colombiano. En: www.actualicese.com.

Betancourt, Carlos. A-tributos de una reforma equitativa, UNP No. 80

BRICEÑO, Teresa y VERGARA, Román, Diccionario técnico tributario, Editorial Cijuf, Bogotá, 2002.

CLAVIJO. Sergio. Tributación, equidad y eficiencia en Colombia: Guía para Salir de un Sistema Tributario Amalgamado. Febrero de 2005

CUESGUEN OLARTE, Eduardo. Estatuto Tributario. Editorial Legis, Cali 2008.

DECRETO 1735 de 1993 (Reglamentario de la Ley 9 de 1991)

DECRETO 1295 de 1996 (Sobre inversión extranjera)

DECRETO 2080 DE 2000

DECRETO 1844 de 2003

DECRETO 2950 DE 2005 (Reglamentario de la Ley 963 de 2005)

DECRETO 133 DE 2006 (Reglamentario de la Ley 963 de 2005).

DECRETO 422 DE 1991

ENCICLOPEDIA® MICROSOFT® ENCARTA 2008. © 1993-2000 MICROSOFT CORPORATION. RESERVADOS TODOS LOS DERECHOS.

El Sistema Tributario Colombiano: Impacto sobre la eficiencia y la competitividad Fedesarrollo Preparado para Cámara de Comercio Colombo-Americana - Confecámaras (16/11/2005).

FLECHAS ROMERO, Esperanza, Cartilla Laboral, Editorial Legis, Bogotá, 2008

GONZÁLEZ R, Francisco A. CALDERÓN M. Valentina. Las reformas tributarias en Colombia durante el siglo XX (II).

Jornadas colombianas de derecho tributario memorias 2008, impreso por editorial nomos S.A. Bogotá, D.C. Colombia. Tomo dos Cartagena de Indias 20,21 y 22 de febrero del 2008. Pagina xxviii.

LEY 9 de 1991

LEY 963 de 2005

MÁRQUEZ ESCOBAR, Carlos Pablo. Anotaciones sobre Análisis Económico del Derecho. Volumen I. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Javergraf, 2005.

MENDEZ ALVAREZ, Carlos Alberto, Metodología, Editorial Kimpres Ltda., Bogotá, 1999.

MOLINA GRACIA, Mario. GOMEZ, Ana Paola. ¿Han aumentado el recaudo las reformas tributarias en Colombia?

Principio de equidad tributaria En: www.Gerencie.com.

PRRY, 1986. ¿Diez años de reformas tributarias en Colombia? Fedesarrollo y cid.

PEÑA PEÑA. Rogelio enrique. Código Civil Colombiano. Bogotá. Ecoe ediciones, tomo 1, 1992.

RESOLUCIÓN 2233 DE 2005.

REPUBLICA DE COLOMBIA 2005. “Exposición de motivos” Ley 963 de 2005. En: www.actualicese.com.

ROEMER, Andrés. Introducción al Análisis Económico del Derecho. México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística, Fonda de Cultura Económica, 199.4

REVISTA SEMANA, EDICIONN N° 1409, 2009, p.112.-118.

REVISTAS ESTADOS FINANCIEROS ,, EDICCION 2009, p.31-152.

RESTREPO, Santiago. Ley de estabilidad jurídica. En www.conexioncolombia.com.

SABINO, Carlos, Metodología de la investigación, Editorial el Cid, Bogotá, 2003.

SERRANO VALENZUELA, Juan Camilo, Declaración de Renta, Editorial Legis., Bogotá, 2008.

VALENCIA VALLEJO. José. Constitución política de Colombia, Editorial Cupido, Bogotá, 2004.

VELANDIA FORERO, Nubia, Guía de Legis para la declaración de IVA, Editorial Legis, Bogotá, 2008.

VENEGAS MOLANO, Ivonne. Crece debate por impacto fiscal de contratos de estabilidad entre Gobierno y empresas nacionales y extranjeras En: www.actualicese.com.

ROMERO José Andrés, Colombia un destino privilegiado para la inversión en latino América. En: www.bu.com.co

VASCO. Rubén, Reformas tributarias en los últimos 14 años. En: www.actualicese.com.

ANEXOS

1. DEMANDA

CORTE CONSTITUCIONAL

OFICIO No. 1941 Expediente D-5983. Norma demandada: Ley 963 de 2005. Artículos 1, 2, 3, 4 y 6 (parciales). Actor: Mondragón Báez Héctor Hernán.

RESPUESTA DE LA ACADEMIA

Honorables Magistrados

CORTE CONSTITUCIONAL

Atn. **Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO**

Ciudad.-

Ref. Concepto sobre la demanda presentada por HECTOR HERNAN MONDRAGÓN BAEZ contra la ley 963 de 2005.

Muy apreciado doctor Sierra:

Por encargo del Señor Presidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, atentamente acudo a la Honorable Corte para rendir concepto sobre la demanda interpuesta por el ciudadano HECTOR HERNAN MONDRAGON BAEZ, en ejercicio de la acción cívica popular de constitucionalidad, contra los artículos 1, 2, 3, 4 y 6 (parciales) de la ley 963 de 2005, sobre estabilidad tributaria.

Los planteamientos de la Academia, por medio del suscrito Miembro, son los siguientes:

1. Los fundamentos de la demanda:

En síntesis, los fundamentos de la demanda son los siguientes:

- a. Las normas demandadas violan el artículo 150 de la Constitución Política, conforme al cual *“corresponde al Congreso hacer las leyes”* y, por medio de ellas, *“interpretar, reformar y derogar las leyes”* (numeral 1°). A juicio del demandante, un contrato no puede generar como consecuencia límites al ejercicio de la facultad legislativa.
- b. Violan igualmente lo previsto por el artículo 95 de la Constitución Política, conforme al cual *“toda persona está obligada a cumplir la constitución de las leyes”*. En el sentir del demandante, la circunstancia de la inoponibilidad a quien haya suscrito el contrato de las modificaciones a la normativa que estén cobijadas por la protección resultante del acuerdo, entraña la violación de esa norma constitucional.
- c. Violan el principio de igualdad contemplado en el artículo 13 de la Constitución Política, porque quien suscriba el contrato queda en situación de privilegio respecto de quienes no lo suscriban.

- d. Y violan además, lo previsto por el artículo 3° de la Carta, sobre la *soberanía*, porque desconocen que el pueblo tiene derecho a que la legislación vigente se modifique por medio de sus representantes en el Congreso.

2. Concepto de la Academia Colombiana de Jurisprudencia:

Problema fundamental para los países en vía de desarrollo es, sin la menor duda, el nivel de riesgo que puedan representar para los eventuales inversionistas de capital.

Es conocido, desde hace ya más de dos décadas, que los países del entorno latino americano han asumido una posición abierta al ingreso de capitales del exterior como una estrategia para el desarrollo económico. Sin embargo, tal apertura no resulta suficiente si las condiciones en que las inversiones pueden ser canalizadas no ofrecen seguridad para los ahorradores del exterior o para las empresas internacionales o multinacionales que estén interesadas en promover negocios o actividades dentro de nuestras jurisdicciones y lo propio puede decirse de las inversiones nacionales.

Dos factores suelen incidir, de modo sustancial, en las decisiones que toman los eventuales inversionistas, a saber: En primer lugar, el nivel de riesgo desde el punto de vista de la seguridad nacional y la política de paz y, en segundo lugar, el nivel de riesgo desde el punto de vista de la estabilidad jurídica.

Colombia, en particular, como es de todos sabido, es un país calificado como de alto riesgo en lo que tiene que ver con el primero de los aspectos mencionados. La violencia, extendida a lo largo del territorio nacional por más de cincuenta años, el secuestro y el flagelo al que constantemente se someten los nacionales y extranjeros en medio del delito y de la infamia auspiciados por organizaciones criminales han dejado, lamentablemente, una imagen negativa en el orden internacional contra lo cual nuestros gobiernos han tenido que luchar, de manera decidida y valerosa, en procura de lograr que ingresen al país capitales importantes para el desarrollo económico.

Pero también ha sido un problema, en Colombia como en los demás países en vía de desarrollo y en los de América Latina en particular, la inestabilidad jurídica. Cuando una persona o sociedad decide realizar una inversión en Colombia debe, por supuesto, evaluar todas las implicaciones de la medida que tome y, dentro de ellas, la incidencia que puedan tener los tributos sobre la actividad a desarrollar y sobre los réditos que la misma origine.

Es apenas obvio que dentro de los criterios de referencia para medir la posible rentabilidad y la conveniencia de una inversión, se tengan en cuenta los diferentes aspectos normativos que puedan traducirse en una mayor o menor rentabilidad de la inversión, sean o no de naturaleza tributaria.

De hecho, ya ha ocurrido en Colombia, para citar un ejemplo, que leyes que han establecido exenciones del impuesto sobre la renta para que tengan

vigencia durante varios años, fueron derogadas antes del cumplimiento del término inicialmente previsto y que tales derogatorias no hayan sido consideradas contrarias a la Constitución, con motivo de los juicios de inconstitucionalidad, por diversas razones que no es del caso comentar en este concepto.

En ese orden de ideas, resulta plausible que el legislador se autolimita mediante leyes que él mismo apruebe, por las cuales se garantice a los eventuales inversionistas la *estabilidad jurídica*. Con mayor razón si tal autolimitación se concreta, en cada caso, mediante la celebración de un contrato que implica una prestación pecuniaria a cargo del inversionista interesado y a favor del Tesoro Nacional.

Ya en Colombia rigió el artículo 240-1 del Estatuto Tributario, sobre *estabilidad tributaria*, norma que tuvo aplicación durante varios años y que le permitió a los inversionistas contar con la estabilidad del ordenamiento tributario y, por ende, de la incidencia de los impuestos en las labores y rentas originadas por la inversión.

Adicionalmente, ya en varios países de América Latina se ha acudido a los *contratos o regímenes especiales de estabilidad tributaria*, siempre con el propósito de ofrecer garantías para hacer factible un ingreso de capitales que coadyuven al desarrollo de nuestras economías. Tal es el caso de Chile, Perú, Venezuela o Panamá.

Sentadas esas bases, que tienen que ver con la conveniencia y la oportunidad de los *regímenes de estabilidad jurídica*, corresponde examinar, a continuación, cada uno de los cargos formulados por el demandante, así:

- a. No cree la Academia que se viole el artículo 150 de la Constitución Política, relacionado con la *potestad legislativa* del Congreso de Colombia. Todo lo contrario, la ley 963, acusada, es un acto emanado del Congreso, por medio del cual el legislador señaló los parámetros para garantizar, a los inversionistas interesados, la estabilidad jurídica e impuso condiciones pecuniarias como contrapartida para que no se les apliquen las modificaciones al régimen cuya estabilidad se asegure.
- b. Tampoco se viola el artículo 95 de la Constitución Política, relacionado con el deber de toda persona de “*cumplir la constitución y las leyes*”. El *deber de obediencia al derecho positivo*, consagrado expresamente por el artículo 95 de la Carta, constituye una clara proyección en nuestro ordenamiento constitucional, del pensamiento del filósofo alemán IMMANUEL KANT para quien la obediencia al derecho constituye una expresión del *imperativo categórico*, como máxima fundamental de la moral. Es claro que todas las personas en Colombia están comprometidas, jurídica y moralmente a cumplir el *derecho positivo*. Pero no encuentra la Academia que la ley 963 entrañe forma alguna de desconocimiento de ese fundamental principio del *Estado de derecho*.

Si las disposiciones que modifiquen el régimen cuya estabilidad se asegura, en virtud del contrato que celebre el inversionista con el Estado, no se le aplican al inversionista no es porque se haya dispuesto en la ley la *desobediencia al derecho positivo vigente* sino porque, con base en condiciones establecidas por el propio legislador, el Estado colombiano le garantiza al interesado que las derogatorias, adiciones o modificaciones al régimen cuya continuidad se asegura no le son aplicables.

En otras palabras, no es que el inversionista quede habilitado, en virtud del contrato, para desobedecer el *derecho positivo*, sino que queda sometido a un ordenamiento jurídico conocido y estable que ha sido determinante para que realice la inversión correspondiente.

- c. Tampoco se viola el *principio de igualdad* porque, para que nos encontremos ante una infracción constitucional de esa naturaleza, es indispensable que las hipótesis o presupuestos de referencia sean idénticos o comparables, independientemente del grado mayor o menor de rigor del *test de igualdad* que deba atenderse. Lo cierto es que, en este caso, el *principio de igualdad* se cumple respecto de quienes realicen las inversiones y se sometan al régimen de la *estabilidad jurídica* mediante la suscripción del contrato con el Estado que implica, para ellos, el reconocimiento de una prestación a favor del ente público.

Todas las personas potencialmente están en condiciones de garantizar la *seguridad jurídica* mediante la celebración de este tipo de contratos. Y el hecho de que, en la práctica, algunos se encuentren con mayor poder de negociación o decisión en esta materia, respecto de otros, no es suficiente para concluir que nos encontramos ante la violación del *principio de igualdad*.

Finalmente, para la Academia es claro que la ley 963, en comentario, no viola al principio de la *soberanía popular*, prevista en el artículo 3° de la Constitución Política. Como ya se dejó advertido en este concepto, la ley 963 constituye, precisamente, una de las expresiones del ejercicio de la soberanía en lo que toca con la creación del *derecho positivo legislado*.

El Congreso de Colombia, órgano de representación popular habilitado para crear el derecho positivo legislado, fue quien fijó las reglas y condiciones para que puedan celebrarse los *contratos de estabilidad jurídica* a que se refiere este concepto.

Por las anteriores razones, la Academia considera que la ley 963, en lo que concierne específicamente a las disposiciones acusadas, es constitucional.

Atentamente,

MAURICIO A. PLAZAS VEGA

2. DEMANDA

PROCURADOR GENERAL

Bogotá, D.C., octubre 31 de 2005

Señores

MAGISTRADOS DE LA HONORABLE CORTE CONSTITUCIONAL

E. S. D.

Ref.: Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1 y 2 de la Ley 963 de 2005, *“por la cual se instaure una ley de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia”*.

Demandante: NELSON IVÁN ZAMUDIO ARENAS

Magistrado Sustanciador: Dra. CLARA INÉS VARGAS
HERNÁNDEZ

Expediente No. D-5932

Concepto No. 3970

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 242, numeral 2 y 278, numeral 5, de la Constitución Política se procede a rendir concepto en relación con la demanda que, en ejercicio de la acción pública consagrada en los artículos 40, numeral 6 y 242, numeral 1 de la Carta, instauró el ciudadano **NELSON IVÁN ZAMUDIO ARENAS** contra los artículos 1 y 2 de la Ley 963 de 2005, los cuales se refieren a los contratos de estabilidad jurídica y al concepto de inversionistas para tener derecho a celebrar dichos contratos con el Estado Colombiano.

1. Planteamientos de la demanda

El ciudadano ZAMUDIO ARENAS afirma que las normas demandadas vulneran la igualdad de trato legal para los inversionistas, al establecer que el Estado garantiza por contrato y durante su ejecución, la vigencia de normas legales o administrativas generales nacionales o de interpretaciones vinculantes que de las mismas se efectúen, frente a cambios adversos que llegaren a tener, únicamente a quienes las consideraron determinantes para realizar inversiones iguales o superiores a 7.500 salarios mínimos legales mensuales vigentes (s.m.l.m.v.).

Lo anterior porque se delimita a los destinatarios de los contratos de estabilidad jurídica según la cuantía mínima de inversión establecida por el legislador de 7.500 s.m.l.m.v., lo cual resulta discriminatorio frente a quienes hacen inversiones por debajo de ese monto al no permitirles la competencia económica en igualdad de condiciones.

2. Problema jurídico

Corresponde al Ministerio Público determinar si las normas demandadas vulneran la igualdad de trato legal para los inversionistas, al establecer que el Estado garantiza por contrato y durante su ejecución, la vigencia de normas legales o administrativas generales nacionales o de interpretaciones vinculantes que de las mismas se efectúen, frente a cambios adversos que llegaren a tener, únicamente a quienes las consideraron determinantes para realizar inversiones iguales o superiores a 7.500 salarios mínimos legales mensuales vigentes (s.m.l.m.v.).

Sobre el particular, el Ministerio Público considera lo siguiente:

3. El contexto económico y la finalidad de la ley de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia permite una delimitación de los beneficiarios de los contratos de estabilidad jurídica según un monto mínimo de inversión

3.1 Como el problema a resolver consiste en presuntas violaciones a la igualdad de trato legal para los inversionistas que consideren determinante se les garantice la vigencia normativa nacional para efectuar inversiones pero que no pueden celebrar contratos de estabilidad jurídica debido a que su inversión es inferior a 7.500 s.m.l.m.v., se debe establecer la existencia de un trato legal diferente y sus justificaciones objetivas y razonables entre inversionistas que pueden celebrar con el Estado contratos de estabilidad jurídica para sus inversiones y los que no pueden pactar dicho beneficio porque sus inversiones no alcanzan una cuantía mínima establecida.

3.2. Primero, se debe determinar la existencia de un tratamiento fáctico desigual y la materia sobre la cual recae, es decir, se debe demostrar el trato diferente entre iguales. Luego, se debe establecer si el trato distinto otorgado tiene una finalidad. En tercer lugar, se debe demostrar si la finalidad perseguida resulta razonable, es decir, si es admisible desde la perspectiva de los valores y principios constitucionales.

Posteriormente se determinará la proporcionalidad del trato diferente, observando la adecuación de los medios escogidos para el fin perseguido; su necesidad, en cuanto no existan otros medios para conducir al fin y que sacrifiquen en menor medida los fundamentos constitucionales afectados con el uso de los medios analizados; así como su proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, en donde el principio o fin constitucional satisfecho con el logro del fin legal no sacrifique principios constitucionales más importantes, en los términos de la sentencia C-022 de 1996.

En el presente caso, se tendrá en cuenta además que el test a aplicar se hará en sentido laxo debido a que lo analizado hace alusión a la intervención económica vía contractual.

3.3. Lo primero a resolver es si se configura un trato legal igual entre iguales o diferente entre diferentes. En tales circunstancias, para poderse determinar la aplicación de un juicio de igualdad se debe establecer un patrón o criterio que permita juzgar si dos personas o situaciones son diversas o idénticas desde un punto de vista que sea jurídicamente relevante. En ese sentido, en general el *tertium comparationis* es de carácter teleológico en cuanto a la norma que establece la diferencia de trato, porque a partir del objetivo perseguido por la disposición se puede determinar un criterio para saber si las situaciones son o no iguales, sentencia C-598 de 1997.

Al respecto, ante una objeción presidencial con un proyecto de ley distinto al que dio origen a la ley ahora acusada, por presunto trato desigual, la Corte Constitucional, mediante sentencia C-090 de 2001, consideró que ella era infundada, porque desde la perspectiva jurídica la igualdad se manifiesta no como la mera consideración formal que se traduzca en la constatación de una paridad mecánica y matemática, sino como un derecho relacional, por medio del establecimiento de criterios de distinción, que puede involucrar cargas, bienes o derechos constitucionales o legales.

3.4. Para el caso en estudio, el criterio relevante o *tertium comparationis* lo constituye la condición de inversionista para quien resulta determinante la garantía de la seguridad jurídica de sus inversiones, para lo cual se comparará la situación de los que efectúan inversiones iguales o superiores a 7.500 s.m.l.m.v. y los que las hacen por debajo de dicha cuantía.

3.5 Pueden ser parte de los contratos de estabilidad jurídica los inversionistas nacionales y extranjeros y los consorcios que realicen inversiones nuevas o amplíen las existentes en el territorio nacional, ***por un monto igual o superior a la suma de 7.500 salarios mínimos legales mensuales vigentes.***

Mediante tales 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 pactos como determinante de la inversión, el derecho a que se les continúe aplicando dichas normas por el término de duración del contrato respectivo.

Por modificación se entiende cualquier cambio en el texto de la norma efectuado por el Legislador, por el Ejecutivo o la entidad autónoma respectiva si se trata de acto administrativo del orden nacional, o un cambio en la interpretación vinculante de la misma realizada por autoridad administrativa competente (artículos 1, 2 de la Ley 963 de 2005).

Se considera inversión la destinación de capitales para ser explotados económicamente con el fin de obtener ganancias. La inversión directa alude a los dineros convertidos en factores de producción. En este sentido, es inversionista tanto el que invierta recursos por un monto igual o superior a 7.500 s.m.l.m.v., como el que lo hace por debajo de esa cifra.

Se observa que se presenta una diferencia de trato legal para los inversionistas en relación con la posibilidad de obtener el beneficio de la estabilidad jurídica para sus inversiones, ya que teniendo la misma categoría económica y jurídica, los que pretendan efectuar o hagan inversiones por debajo de 7.500 s.m.l.m.v., no tienen derecho a que se les garantice la estabilidad jurídica de tales, como si ocurre para quienes efectúen inversiones nuevas por un monto igual o superior al valor indicado.

Ese trato diferente, en principio, se percibe discriminatorio porque se constituye en una barrera de entrada que no permite el ejercicio de la competencia económica en igualdad de condiciones, en cuanto que para unos inversionistas se pueden cambiar en forma adversa las normas e interpretaciones vinculantes lo cual incide en su estructura de costos y de ganancias, mientras que a otros se les mantiene tales condiciones normativas iniciales que fueron el estímulo determinante de la inversión efectuada.

3.6 Ante la desigualdad establecida, se procede a determinar su razonabilidad legal y constitucional, al indagar por la existencia de un objetivo con dicho trato que tenga un fin legítimo superior.

El Estado debe promover la internacionalización de las relaciones económicas y la integración con las demás naciones en el mismo campo. En este sentido, al ente moral también le asiste el derecho a la libre competencia, lo cual hace mediante la dirección e intervención en la economía, *por mandato de la ley*, en la explotación de los recursos naturales, uso del suelo, producción, distribución, utilización y consumo de bienes, y en los servicios públicos y privados.

Dicha dirección e intervención se hace 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 beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano, para dar pleno empleo a los recursos humanos, asegurar que todas las personas tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos, promover la productividad y la competitividad y el desarrollo armónico de las regiones (artículos 226, 227, 333, 334, Constitución Política).

El Estado colombiano, en un contexto de globalización económica está en la obligación de competir con el resto del mundo, generando espacios para atraer capitales y evitar que los nacionales se trasladen a otros países de acuerdo con los costos de oportunidad y las seguridades que se ofrecen para las inversiones. Nuestro país posee una serie de recursos que requieren desarrollo intensivo, y poco capital y tecnología disponibles, amén de un recurso humano que reclama mayores oportunidades laborales.

Lo anterior si se tiene en cuenta que la demanda de moneda extranjera de un país para invertir en otro país determinado, depende de una mezcla de factores muy complejos tales como la tasa de rentabilidad del capital en el país receptor de la inversión frente a la tasa de rentabilidad de los demás países del mundo; ***las expectativas de riesgos económicos y políticos, como por ejemplo potenciales nacionalizaciones; las reglamentaciones legales sobre***

impuestos, subsidios y giros de utilidad de la inversión; y las trabas y facilidades políticas y administrativas que tenga establecidas el potencial país receptor frente a la inversión extranjera (CUEVAS, Homero. Introducción a la economía. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1993).

Por tanto, las autoridades deben diseñar mecanismos que respondan al reto y necesidades actuales de la economía nacional que debe integrarse a las propuestas regionales y mundiales.

3.7 Los contratos de estabilidad jurídica se establecen con la finalidad de promover inversiones nuevas y de ampliar las existentes en el territorio nacional, para 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 hídricos y demás actividades de inversión directa que se aprueben.

Dentro de los requisitos esenciales para celebrar los indicados contratos, están los de presentar un estudio con el origen de los recursos para la inversión, una descripción detallada de la actividad, sus estudios de factibilidad, planos y estudios técnicos, y el número de empleos que pretende generar. Las solicitudes contractuales se aprueban o no conforme a lo establecido en el Plan Nacional de Desarrollo y al documento Conpes que para tal efecto se expida (artículos 1, 2, 4, Ley 963 de 2005).

El trato legal diferente analizado en relación con el concepto de inversionista que tiene derecho a celebrar contratos de estabilidad jurídica es razonable legal y constitucionalmente, porque obedece a la finalidad de promover inversiones directas de alto grado de confiabilidad técnica, con dineros lícitos, conformes con el plan nacional de desarrollo, y destinadas a generar empleo, lo cual se ajusta a la promoción laboral, el desarrollo del país y la competencia del Estado con el resto de países del mundo por las inversiones (artículos 25, 226, 227, 333, 334, 339 Constitución Política).

3.8 Desde el punto de vista de la proporcionalidad, los contratos de estabilidad jurídica resultan adecuados, necesarios y proporcionales en sentido estricto para los fines legales y constitucionales que se persiguen.

Los contratos de estabilidad jurídica para inversiones de mínimo 7.500 s.m.l.m.v., resultan adecuados para el logro del fin de promover las inversiones directas y generar empleo, en cuanto que se constituyen en uno de los estímulos que mayor confianza brindan a quienes tienen intenciones de invertir, debido a que la estabilidad jurídica es una de las variables más apetecidas por quienes arriesgan su dinero.

Por conveniencia, el monto mínimo de la inversión debería ser mayor, si se tiene que la cifra actual no alcanza los tres mil millones de pesos (7.500 s.m.l.m.v. * \$381.500.00 = \$2861.250.000.00), puesto que las inversiones a

que están destinadas son de gran envergadura para el desarrollo del país, y el sacrificio de contenido económico y jurídico que asume el Estado es bastante alto.

3.9 De igual manera, dichos contratos resultan necesarios puesto que no existen otros medios para conducir al fin constitucional y legal propuesto sin que se sacrifiquen en menor medida los intereses de quienes invierten por debajo de la cifra mínima establecida para ser beneficiarios de tales pactos. Es más, ese mínimo se constituye en un estímulo para que los empresarios con menor capacidad de inversión unan sus esfuerzos en pos de proyectos más grandes, confiables y de largo plazo.

Una posible discriminación legal en materia de seguridad jurídica puede superarse a través de la unión de capitales que conlleven sinergias productivas y de seguros jurídicos frente a posibles cambios adversos de las normas que motivan la inversión.

3.10 Por la misma razón, la proporcionalidad en sentido estricto entre los contratos de seguridad jurídica y los fines de inversión para el desarrollo del país y de generación de empleo no resulta comprometida, porque el posible trato desigual en cuanto a los montos mínimos a invertir es solucionable a través de la unión de esfuerzos económicos.

En este momento, lo que está en juego es el desarrollo del país en el contexto global de la economía, por lo que se deben crear incentivos para atraer la inversión extranjera directa y evitar que la de nuestro país se dirija al resto del mundo por costos de oportunidad mejores.

Son evidentes los lastres que en competitividad tiene el país según las mediciones que se hacen para el Foro Económico Mundial, debido a una inadecuada infraestructura, la criminalidad, las altas tarifas de servicios públicos, los elevados impuestos y el descenso en innovación tecnológica, especialmente en comunicaciones, información y bajo acceso a Internet.

Pero lo que más les preocupa a las empresas multinacionales no son las tarifas de los tributos sino los constantes cambios en las reglas de juego, que vienen con tantas reformas que el Gobierno presenta al Congreso. También les preocupa el tema de la falta de vías, puertos, aeropuertos y la inseguridad (El Tiempo, octubre 3 de 2005, pág. 1-10, 1-11).

Existe un trato legal diferente entre inversionistas que pueden celebrar con el Estado contratos de estabilidad jurídica para sus inversiones y los que no pueden pactar dicho beneficio porque sus inversiones no alcanzan una cuantía mínima establecida, el cual se justifica objetiva y razonablemente porque el espíritu de dichos contratos responde al ánimo competitivo del Estado colombiano por la inversión nacional y extranjera en función del desarrollo y la generación de empleo.

Por tanto, el Ministerio Público solicitará la exequibilidad de los artículos 1 y 2 de la Ley 963 de 2005, pero únicamente por el cargo formulado, debido a que la demanda se formula de manera genérica por vulneración del derecho a la igualdad de trato legal para los inversionistas.

3.9 El espíritu implícito de los contratos de seguridad jurídica para las inversiones hace alusión al tema de la confianza legítima que tienen los administrados frente a las intervenciones del Estado en la economía, cuando de generar estímulos a la inversión se trata. Se sacrifican algunos beneficios públicos, especialmente los contributivos, aduaneros, fitosanitarios, con el fin de obtener otros como infraestructura, tecnología, transferencia de conocimiento, desarrollo industrial, explotaciones mineras, agropecuarias, etc.

Generalmente, la confianza legítima se reclama ante decisiones sorpresivas que no fueron previstas por los ciudadanos, y se aplica como mecanismo de solución de controversias entre el interés general que representan las autoridades y el particular del administrado, ante eventos en que se le han creado expectativas favorables para luego ser sorprendidos con la eliminación de tales condiciones. Por tanto, la confianza que el particular deposita en la seriedad y estabilidad de la actuación del Estado es digna de protección y respeto y jurídicamente exigible (Procurador General de la Nación, concepto de constitucionalidad 3558, expediente D-5074).

Así, “(...) en consideración a los principios de confianza legítima y buena fe las autoridades y los particulares deben ser coherentes en sus actuaciones y respetar los compromisos adquiridos en sus acuerdos y convenios; deben garantizar estabilidad y durabilidad de las situaciones generadas, de tal suerte que “así como la administración pública no puede ejercer sus potestades defraudando la confianza debida a quienes con ella se relacionan, tampoco el administrado puede actuar en contra de aquellas exigencias éticas” (Sentencia T-807 de 2003).

4. Conclusión

Por lo expuesto, el Ministerio Público solicita a la Corte Constitucional declarar **EXEQUIBLE** los artículos 1 y 2 de la Ley 963 de 2005, únicamente por el cargo formulado.

Señores Magistrados,

CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU

Procurador General de la Nación (E)

SPTB/JDC

3. SENTENCIA C-242 DE 2006

CORTE CONSTITUCIONAL
SALA PLENA
REFERENCIA: EXPEDIENTE D-5932.

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA LA LEY 963 DE 2005,
“POR LA CUAL SE INSTAURA UNA LEY DE ESTABILIDAD JURÍDICA PARA
LOS INVERSIONISTAS EN COLOMBIA”.

ACTORA; NELSON IVÁN ZAMUDIO ARENAS.

MAGISTRADA PONENTE: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

BOGOTÁ, D.C., VEINTINUEVE (29) DE MARZO DE DOS MIL SEIS (2006).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de las facultades establecidas en el Decreto 2067 de 1991, profiere la siguiente,

Sentencia

I. Antecedentes

El ciudadano Nelson Iván Zamudio Arenas, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en los artículos 40-6, 241-4 y 242-1 de la Constitución Política, solicita a esta corporación que declare la inexequibilidad de la Ley 963 de 2005, “Por la cual se instaure una ley de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia”.

La magistrada sustanciadora, mediante auto del 24 de agosto de 2005, admitió la demanda, circunscribiendo los cargos a la vulneración del derecho a la igualdad y, en consecuencia, ordenó fijar en lista las normas acusadas. Así mismo, dispuso correr traslado al jefe del Ministerio Público para que rindiera el respectivo concepto, al tiempo que ordenó comunicar la iniciación del proceso al señor Presidente de la República, al presidente del Congreso y al Ministro de Comercio, Industria y Turismo. De igual forma, invitó a intervenir en el proceso de la referencia al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, al director Nacional de Planeación y a las universidades Externado de Colombia, del Valle, Pontificia Universidad Javeriana, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario y Libre.

Mediante el mismo auto se dispuso inadmitir la demanda por la supuesta vulneración de los artículos 1º, 2º, 4º, 6º, 150-1, 334, 336 y 338, y se concedió al demandante el término de tres días para que corrigiera su escrito. Además, después de analizar detenidamente el texto de la demanda, quedaron precisados los apartes de la Ley 963 de 2005, que fueron objeto de la correspondiente impugnación.

Después de notificada la providencia del 24 de agosto y teniendo en cuenta que la demanda no fue corregida, la magistrada sustanciadora, mediante auto del 7 de septiembre de 2005, resolvió rechazar la demanda respecto de la supuesta vulneración de los artículos 1º, 2º, 4º, 6º, 150-1, 334, 336 y 338. Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de esta clase de juicio, y previo el concepto rendido por el Procurador General de la Nación, procede la Corte a decidir de fondo sobre el asunto de la referencia.

II. Normas demandadas

Se transcribe a continuación el texto de las normas acusadas, conforme a su publicación en el Diario Oficial 45.963 de 8 de julio de 2005, resaltando los apartes demandados:

“LEY 963 DE 2005”

(Julio 8)

Diario Oficial 45.963 de 8 de julio de 2005

Por la cual se instaure una ley de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia.

El Congreso de Colombia,

DECRETA:

ART. 1º— Contratos de estabilidad jurídica: Se establecen los contratos de estabilidad jurídica con la finalidad de promover inversiones nuevas y de ampliar las existentes en el territorio nacional.

Mediante estos contratos, el Estado garantiza 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 tendrán derecho a que se les continúen aplicando dichas normas por el término de duración del contrato respectivo.

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.

ART. 2º— Inversionistas nacionales y extranjeros. 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, por un monto igual o superior a la suma de siete mil quinientos salarios mínimos legales mensuales vigentes (7.500 s.m.l.m.v.), para desarrollar las siguientes 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 hídricos y toda actividad que a pruebe el comité de que trata el artículo 4º literal b). Se excluyen las inversiones extranjeras de portafolio.

ART. 3º— Normas e interpretaciones objeto de los contratos de estabilidad jurídica. En los contratos de estabilidad jurídica deberán indicarse de manera expresa y taxativa las normas y sus interpretaciones vinculantes realizadas por vía administrativa, que sean consideradas determinantes de la inversión.

Podrán ser objeto de los contratos de estabilidad jurídica los artículos, incisos, ordinales, minerales, 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 descentralizado por servicios que integran la rama ejecutiva del poder público en el 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. PAR. — Para los efectos de esta ley se entienden como inversiones nuevas, aquellas que se hagan en proyectos que entren en operación con posterioridad a la vigencia de la presente ley.

ART. 4º— Requisitos esenciales de los contratos de estabilidad jurídica. Los contratos de estabilidad jurídica deberán cumplir con la totalidad de los siguientes requisitos:

- a) El inversionista presentará una solicitud de contrato que deberá cumplir con los requisitos contenidos en los literales c), d) y e) de este artículo, y deberá acompañarse de un estudio en el que se demuestre el origen de los recursos con los cuales se pretenden realizar las nuevas inversiones o la ampliación de las existentes, al igual que una descripción detallada y precisa de la actividad, acompañada de los estudios de factibilidad, planos y estudios técnicos que el proyecto requiera o amerite y el número de empleos que se proyecta generar;
- b) La solicitud de contrato será evaluada por un comité que aprobará o improbará la suscripción del contrato conforme a lo establecido en el Plan Nacional de Desarrollo y al documento Conpes que para tal efecto se expida.

Este comité estará conformado por:

- El Ministro de Hacienda y Crédito Público, o su delegado.
- El Ministro de Comercio, Industria y Turismo, o su delegado.
- El Ministro del ramo en el que se efectúe la inversión, o su delegado.
- El director del Departamento Nacional de Planeación, o su delegado.
- El director de la entidad autónoma, o su delegado, cuando se trate de normas expedidas por dichas entidades.

- c) En los contratos se establecerá expresamente la obligación del inversionista de realizar una inversión nueva o una de ampliación, conforme al artículo 2º de la presente ley, se señalará el plazo máximo para efectuar la inversión y se indicará el término de duración del contrato;

d) En las cláusulas contractuales deberán transcribirse los artículos, incisos, ordinales, numerales, literales y párrafos de las normas emitidas por los organismos y entidades determinados en esta ley, así como las interpretaciones administrativas vinculantes, sobre los cuales se asegurará la estabilidad, y se expondrán las razones por las que tales normas e interpretaciones son esenciales en la decisión de invertir;

e) En los contratos de estabilidad jurídica se deberá establecer el monto de la prima a que se refiere el artículo 5º, la forma de pago y demás características de la misma;

f) Los contratos deberán suscribirse por el ministro del ramo en el que se efectúe la inversión, según lo disponga el comité. Esta firma no podrá ser delegada. El ministerio tendrá cuatro (4) meses, a partir de la solicitud del inversionista, para suscribir el contrato o para señalar las razones por las cuales la solicitud no reúne los requisitos señalados en esta ley, y

g) En caso de presentarse subrogación o cesión en la titularidad de la inversión, el nuevo titular deberá contar con la aprobación del comité, para efecto de mantener los derechos y obligaciones adquiridos en los contratos de estabilidad jurídica.

PAR. —Además de los requisitos contemplados en los literales e), d) y e), el inversionista que pretenda acogerse a los beneficios que la presente ley establece, estará obligado a:

- a) Cumplir de manera estricta las disposiciones legales y reglamentarias que regulen la actividad vinculada con el tipo de actividad de que se trate y pagar puntualmente los impuestos, tasas y contribuciones y demás cargos sociales y laborales a que está sujeta la empresa;
- b) 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 ambiente y los recursos naturales;
- c) Cumplir con todas las obligaciones legales y reglamentarias de orden tributario y laboral adquiridas de conformidad con lo dispuesto en la presente ley.

ART. 5º— Prima en los contratos de estabilidad jurídica. 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.

Si por la naturaleza de la inversión, está contempla un período improductivo, el monto de la prima durante dicho período será del cero punto cinco por ciento (0.5%) del valor de la inversión que se realice en cada año.

ART. 6º— Duración de los contratos de estabilidad jurídica. 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.

ART. 7º— Cláusula compromisoria. 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.

ART. 8º— Terminación anticipada del contrato. 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 o el estar incurso en la causal del artículo 9º de la presente ley, dará lugar a la terminación anticipada del contrato.

ART. 9º— Inhabilidad para contratar. No podrán suscribir ni ser beneficiarios de los contratos de estabilidad jurídica quienes hayan sido condenados mediante sentencia ejecutoriada o sancionados 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.

ART. 10. — Registro. 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.

ART. 11. — Limitaciones a los contratos de estabilidad. Los contratos de estabilidad deben estar en armonía con los derechos, garantías y deberes consagrados en la Constitución Política y respetar los tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano.

No se podrá conceder la estabilidad prevista en la presente ley sobre normas relativas a: el régimen de seguridad social; la obligación de declarar y pagar los tributos o inversiones forzosas que el Gobierno Nacional decreta bajo estados de excepción; los impuestos indirectos, la regulación prudencial del sector financiero y el régimen tarifario de los servicios públicos.

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.

ART. 12. — Vigencia. La presente ley rige a partir de su promulgación”.

III. Fundamentos de la demanda Mediante auto del 24 de agosto de 2005 fueron precisados los cargos formulados contra las disposiciones parcialmente acusadas, por considerar que los argumentos relacionados con la presunta vulneración de los artículos 1º, 2º, 4º, 6º, 150-1, 334, 336 y 338 de la Constitución Política, no cumplían con los requisitos establecidos en el Decreto 2067 de 1991.

El demandante considera que las normas acusadas contrarían lo dispuesto en el artículo 13 de la Carta Política, toda vez que "...por mandato de la misma ley objeto de querella, solo (sic) algunas personas pueden acudir a los contratos de estabilidad jurídica, dependiendo su calidad de inversionistas y del capital que posean, tales contratos no pueden versar sobre determinadas materias, la duración de los contratos tiene un máximo y un mínimo, y en general, la norma delimita de manera abiertamente injustificada no solo (sic.) Sus destinatarios sino, además, las condiciones del contrato.

En este sentido, aun aplicando el test de igualdad, la norma es abiertamente contraria al ordenamiento constitucional.

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 s.m.l.m.v. 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.

Por último, en un Estado de corte capitalista como el nuestro, en el que la libre competencia es esencia misma de su desarrollo económico, no puede entenderse cómo un grupo de personas, con poder económico, puedan ser beneficiarios de una inamovilidad jurídica, frente a otras personas, que pueden ser sus propios competidores, que seguramente no poseen el capital mínimo exigido, pero que sí compiten en el mercado. En este sentido, aceptando que la igualdad predicada por la Constitución es rotacional y no absoluta, encontramos cómo, frente a un mismo grupo de personas destinatarios de la ley, la norma demandada introduce una discriminación completamente injustificada e irracional.

Así las cosas, es tan aberrante la vulneración de la igualdad de las personas ante la ley en que incurre la ley demandada, que en su propio texto la contradice al mostrar la estabilidad como incentivo a la inversión y de otro lado exigir el pago de prima y la no posibilidad de pactar la estabilidad en algunas materias tributarias y financieras".

IV. Intervenciones

Entidades públicas

1. Ministerio de Comercio, Industria y Turismo

El jefe de la oficina asesora jurídica del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo intervino en defensa de la constitucionalidad de la Ley 963 de 2005, exponiendo que el propósito del estatuto demandado es el de incentivar la inversión en cuanto ella es un factor importante para la generación de empleo, el traslado de tecnología y de conocimiento, beneficios que redundan en el

crecimiento económico del país, el cual se refleja en el bienestar de las personas, todo lo cual se aviene, a lo dispuesto en los artículos 2° y 333 superiores.

Respecto de las actividades económicas que desarrollarán los inversionistas que suscriban contratos de estabilidad jurídica, explica el interviniente que el artículo 2° de la ley que se demanda apenas las menciona sin limitarlas taxativamente, como también establece para tales acuerdos períodos de vigencia de entre tres (3) y veinte (20) años. Añade que el régimen preferencial establecido mediante la Ley 963 de 2005, no desconoce el derecho a la igualdad y que, por lo tanto, sus normas no atentan contra lo dispuesto en el artículo 13 de la Carta Política.

2. El Ministro de Comercio, Industria y Turismo

El Ministro de Comercio, Industria y Turismo, doctor Jorge Humberto Botero Angulo, intervino en defensa de la constitucionalidad de la ley demandada.

Respecto de la violación al derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución, después de recordar la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre los principios de razonabilidad y las formas para determinar los casos en los cuales se viola el derecho a la igualdad, concluyó solicitando a la corporación que declare la exequibilidad de los preceptos atacados.

Luego de explicar las formas del test de razonabilidad, el ministro explica que a la Ley 963 de 2005 se le debe aplicar el de menor intensidad, es decir, el test leve, teniendo en cuenta que el fin perseguido es el de estimular la inversión utilizando como medio el mejoramiento del clima de inversión, el cual, según indicadores internacionales, deja mucho que desear en Colombia. En su criterio, el aumento de la inversión constituye el medio para alcanzar el fin buscado con la ley, esto es el aumento del crecimiento económico, el desarrollo y el bienestar social.

Este propósito, según el ministro, corresponde a uno de los principios del Estado social de derecho: “promover la prosperidad general”, pues sin crecimiento económico es difícil generar prosperidad; en el mismo sentido agrega el interviniente que la ley responde a los principios de prevalencia del interés general y promoción de la prosperidad general, consagrados en los artículos 1° y 366 de la Carta Política.

Agrega el interviniente que las medidas dispuestas mediante la ley impugnada son legítimas, en cuanto los contratos de estabilidad jurídica no están prohibidos por el ordenamiento jurídico. Para el ministro, esta clase de acuerdo constituye una herramienta válida amparada por la Carta Política y adecuada para alcanzar un propósito que no está prohibido por el sistema jurídico. Así, el contrato de estabilidad supone que el inversionista aporte una determinada cantidad de dinero para ser considerado beneficiario de la ley, respondiendo esta a un fin superior representado por la generación de mayores flujos de inversión.

Después de referirse a los requisitos de elegibilidad que debe cumplir el inversionista y a las condiciones esenciales de los contratos de estabilidad jurídica, el ministro concluye que las normas demandadas deben ser

declaradas exequibles, por cuanto son razonables, se valen de medios legítimos para lograr propósitos constitucionalmente válidos y, en general, se encuentran amparadas por lo dispuesto en los artículos 1º, 2º y 366 de la Carta Política.

3. Ministerio de Hacienda y Crédito Público

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público intervino para solicitar que se declare la exequibilidad de las normas demandadas. En su concepto, la Ley 963 de 2005 no desconoce el principio de igualdad, porque en ella se consagra una diferenciación razonable, teniendo en cuenta que lo prohibido por la Carta es la discriminación.

Después de citar la jurisprudencia de la Corte Constitucional que explica el test de razonabilidad, concluye el interviniente que la ley demandada establece un trato desigual pero razonable, en cuanto con ella se busca atraer y mantener la inversión en el mercado colombiano, para que los inversionistas cuenten con un panorama definido y estable. Respecto de la validez de este objetivo, el representante del ministerio agrega que es válido si se considera el impacto en la economía y en la generación de empleo.

Al referirse a la razonabilidad del trato desigual, el interviniente la justifica por las condiciones que debe cumplir quien celebre el contrato de estabilidad jurídica. Basado en estos argumentos, el ministerio concluye solicitando que se declare la exequibilidad de la Ley 963 de 2005.

Otros intervinientes

1. Asociación Nacional de Industriales, ANDI La Asociación Nacional de Industriales, ANDI, intervino en defensa de la constitucionalidad de la Ley 963 de 2005. El interviniente cita la jurisprudencia de la Corte relacionada con el principio de igualdad y aporta algunas explicaciones sobre la política económica como criterio válido para establecer regímenes jurídicos diferentes.

En concepto de la ANDI, los contratos de estabilidad jurídica están sometidos a unas limitaciones según las cuales sólo es posible acceder a ellos una vez cumplidas ciertas condiciones. Para determinar si estas limitaciones son razonables, el operador jurídico debe tener en cuenta la existencia de un objetivo buscado con el tratamiento desigual, la validez de ese objetivo y la proporcionalidad entre el trato desigual y el fin perseguido.

Según el interviniente, promover inversiones nuevas y ampliar las existentes es objetivo válido según la Constitución, si se tiene en cuenta que su artículo 333 señala que el Estado estimulará el desarrollo empresarial. Los contratos de estabilidad jurídica regulados mediante la ley que se impugna, en criterio de la ANDI son proporcionales al objetivo buscado por el legislador. Teniendo en cuenta que la ley es proporcional y razonable, el interviniente solicita que se declare su constitucionalidad.

2. Universidad del Rosario

El Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario intervino en defensa de la constitucionalidad de las normas impugnadas, explicando que el contrato de estabilidad jurídica permite salvaguardar el principio de la buena fe del inversionista, por cuanto le confiere consecuencias precisas a este acuerdo cuya utilidad para afianzar procesos de inversión es indudable.

En relación con los cargos formulados por el demandante por la presunta violación del derecho a la igualdad, estima el interviniente que el respectivo examen se debe llevar a cabo mediante un juicio leve o débil de igualdad. Sin embargo, explica que se puede afectar la libertad de competencia por cuanto los agentes económicos sin capacidad para llevar a cabo la inversión permitida mediante la ley, podrían ver disminuidas sus posibilidades frente a sus competidores.

Para la Universidad del Rosario, el examen de constitucionalidad debe llevarse a cabo teniendo en cuenta: 1. Si la ley persigue una finalidad constitucionalmente importante; 2. Si la ley resulta adecuada para alcanzar tal finalidad; 3. Si la ley resulta necesaria y 4. Si los beneficios que se persiguen con ella son mayores que los daños generados. En conclusión, el interviniente solicita que se declare la constitucionalidad condicionada de la Ley 963 de 2005 y la inexequibilidad de la expresión “por un monto igual o superior a la suma de siete mil quinientos salarios mínimos legales mensuales vigentes (7.500 s.m.l.m.v.)”.

V. Concepto del Procurador General de la Nación

El Procurador General de la Nación, mediante el concepto recibido en esta corporación el 31 de octubre de 2005, solicita a la Corte declarar la exequibilidad de las normas demandadas, con fundamento en los siguientes argumentos:

El Ministerio Público considera importante establecer la existencia de un trato legal diferente y de las justificaciones objetivas y razonables de la diferenciación prevista en la ley que favorece a ciertos inversionistas para que puedan celebrar contratos de estabilidad jurídica. Una vez verificado el tratamiento desigual y la materia sobre la cual se basa, habrá de verificarse si el trato distinto atiende a una finalidad razonable, es decir, si es admisible desde la perspectiva de los valores y principios constitucionales.

Luego, la Corte tendrá que determinar la proporcionalidad del trato diferente, observando la adecuación de los medios escogidos, para el fin perseguido; su necesidad, en cuanto no existan otros medios para conducir al fin y que sacrifiquen en menor medida los fundamentos constitucionales afectados con el empleo de tales medios, así como su proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin.

La vista fiscal encuentra que hay diversidad de trato respecto de los inversionistas, debido a que algunos de ellos podrán celebrar contratos de estabilidad jurídica mediante los cuales el Estado les garantiza que durante la

vigencia del acuerdo, las modificaciones de las normas que hayan sido consideradas determinantes para llevar a cabo la inversión, se les continuarán aplicando por el término de duración del contrato respectivo. Este trato es discriminatorio para el Ministerio Público, porque representa una barrera que impide a algunos inversionistas el ejercicio de la competencia económica, mientras los beneficiados con la ley obtendrán los beneficios establecidos en ella.

Sin embargo, la vista fiscal, adelanta el estudio de constitucionalidad de la ley frente a los cargos formulados por el demandante, en particular los relacionados con la presunta violación al derecho a la igualdad, explicando que tales contratos tienen como finalidad promover inversiones nuevas y ampliar las existentes, dentro de un marco jurídico de condiciones estrictas; es decir, el trato legal diferente frente a los beneficios para el contratista es razonable legal y constitucionalmente, porque atiende a la finalidad de promover inversiones destinadas a generar empleo, conforme con lo establecido en los artículos 25, 226, 227, 333, 334 y 330 de la Constitución Política.

Para la Procuraduría General de la Nación, las medidas adoptadas son proporcionales, por cuanto los contratos resultan adecuados y necesarios para los fines que se persiguen. Los contratos regulados son adecuados al propósito de promover las inversiones, toda vez que constituyen estímulos a quienes pretenden invertir, teniendo en cuenta que la estabilidad jurídica es una de las variables que más afectan al inversionista.

Los contratos de estabilidad son necesarios puesto que, para el Ministerio Público, no existen otros medios para conducir al fin constitucional y legal propuesto sin que se sacrifiquen en menor medida los intereses de quienes invierten en una cuantía menor a la establecida en la ley. Para la vista fiscal, no hay discriminación, por cuanto quienes no cuenten con los recursos previstos en la ley pueden unir sus capitales para integrar consorcios con capitales que cumplan con los requisitos allí establecidos.

Después de llevar a cabo el test de igualdad previsto por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el Procurador General de la Nación (encargado), solicita a la Corte que declare exequibles los artículos 1º y 2º de la Ley 963 de 2005, únicamente respecto del cargo formulado.

VI. Consideraciones

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, numerales 4º de la Constitución Política y en el Decreto 2067 de 1991, corresponde a esta corporación conocer de la presente demanda, por dirigirse contra disposiciones que forman parte de una ley.

2. Cargos de inconstitucionalidad y problemas jurídicos a resolver Los cargos formulados por el demandante están relacionados con la presunta vulneración del artículo 13 de la Carta Política, pues, en su criterio, sólo algunas personas pueden celebrar contratos de estabilidad jurídica, dependiendo de su condición

de inversionistas y del monto del capital que posean; además, reprocha que tales contratos no comprendan determinadas áreas, como también que cuenten con un máximo y un mínimo de duración. En suma, el actor censura el hecho de que la ley delimite a los beneficiarios de tales contratos y establezca determinadas condiciones, las cuales, en su criterio, desconocen el derecho a la igualdad de trato.

La Corte Constitucional deberá analizar si las expresiones demandadas, pertenecientes a la Ley 963 de 2005, mediante las cuales han sido regulados los contratos de estabilidad jurídica, vulneran la Constitución Política por desconocimiento de lo dispuesto en el artículo 13 superior. Teniendo en cuenta que los cargos formulados contra algunas expresiones de la Ley 963 de 2005 se caracterizan por su naturaleza puntual y específica, la decisión que adoptará la Corte estará referida únicamente a los argumentos presentados por el demandante.

La Sala analizará el alcance de la ley, los propósitos de la misma y la naturaleza del contrato de estabilidad jurídica para cotejar las normas que lo regulan, particularmente las expresiones demandadas, con los principios garantizados mediante el artículo 13 de la Carta Política.

3. Alcance de la Ley 963 de 2005

La ley que se examina tuvo origen en la iniciativa presentada por el Gobierno Nacional a consideración del Senado de la República, bajo el título: “Proyecto de ley por la cual se promueve la confianza inversionista en Colombia”³⁷. Según lo manifestado en la correspondiente exposición de motivos, mediante esta ley el Gobierno Nacional buscaba promover la confianza y la claridad en las reglas de juego para que los inversionistas aportaran capitales destinados a fomentar el desarrollo económico requerido por el país.

En el texto que se comenta, el Ejecutivo expresó: “Lo que pretende el gobierno es que 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”.³⁸

Teniendo en cuenta que entre las distintas variantes consideradas por los inversionistas nacionales y extranjeros pesa de manera particular el riesgo derivado de las reformas al sistema normativo, el Gobierno Nacional consideró necesario tramitar un proyecto de ley destinado a proveer condiciones que garantizaran reglas de juego claras, para mantener la estabilidad jurídica respecto de aquellas normas consideradas por los inversionistas como determinantes para llevar a cabo las respectivas transacciones.

3.1. Propósitos de la Ley 963 de 2005

³⁷ Cfr. Gaceta del Congreso N° 350 del jueves 24 de julio de 2003, páginas 1 y siguientes.

³⁸ Ibídem, p. 2.

Los objetivos perseguidos por el Gobierno Nacional mediante esta ley fueron: i) estimular nuevas formas de inversión, ii) atender a una necesidad apremiante para los inversionistas, y iii) equilibrar los intereses de los inversionistas y el interés general. Respecto del primer objetivo, relacionado con la promoción de nuevas formas de inversión, con la Ley 963 de 2005 se pretende alcanzar tasas de crecimiento que permitan mejorar el nivel de desarrollo económico. En cuanto a la conveniencia de atender necesidades de los inversionistas, la ley busca garantizar la estabilidad jurídica, teniendo en cuenta que la incertidumbre originada en los cambios normativos representa una variable que, en buen número de casos, sirve para disuadir a los inversionistas, ya que no cuentan con la posibilidad de establecer de antemano los riesgos y los beneficios derivados de las permanentes modificaciones legislativas.

El equilibrio entre los intereses de los inversionistas y el interés general se busca generando condiciones para que los aportes de capital se lleven a cabo dentro de condiciones de estabilidad jurídica respecto de aquellas normas consideradas determinantes para llevar a cabo la inversión. El interés general queda a salvo merced a la cláusula de exclusión, según la cual no se podrá conceder la estabilidad sobre normas relativas al régimen de seguridad social, la obligación de declarar y pagar los tributos o inversiones forzosas que el Gobierno Nacional decreta bajo estados de excepción, los impuestos indirectos, la regulación prudencial del sector financiero y el régimen tarifario de los servicios públicos (art. 11 de la ley). Además de este límite material, la ley fija uno temporal, pues los contratos permanecerán vigentes por un mínimo de tres (3) años y hasta un máximo de veinte (20) años (art. 6º Ibíd.).

3.2. Características del contrato de estabilidad jurídica³⁹

³⁹ El Decreto 2950 de 2005, mediante el cual fue parcialmente reglamentada la Ley 963 de 2005, establece en su artículo 8º: "El contrato de estabilidad jurídica. El contrato de estabilidad jurídica se regirá en lo pertinente por la Ley 80 de 1993 y deberá contener, al menos, las siguientes cláusulas:

- 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;
- 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;
- 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;
- 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 9º 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;
- 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;
- n) Las demás cláusulas contractuales que sean pertinentes".

El contrato que se regula mediante la Ley 963 de 2005, se caracteriza por lo siguiente:

1. La finalidad de esta clase de acuerdo es promover las inversiones nuevas y ampliar las existentes, mientras su objeto es asegurar a los inversionistas que durante la vigencia del mismo no serán modificadas las normas que determinaron la realización de la respectiva transacción;
2. Las normas acordadas por las partes se mantendrán incólumes durante la vigencia del contrato, aun cuando las mismas sean modificadas.
3. Los inversionistas pueden ser personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que lleven a cabo inversiones o amplíen las existentes en Colombia.
4. Las normas e interpretaciones vinculantes objeto del contrato deberán indicarse de manera expresa y taxativa, cuando unas y otras sean determinantes de la inversión.
5. No podrán ser parte de este tipo de contrato las normas relativas a: régimen de seguridad social; obligación de declarar y pagar tributos o inversiones forzosas que el Gobierno Nacional decreta bajo estados de excepción; impuestos indirectos; regulación prudencial del sector financiero y régimen tarifario de los servicios públicos. El artículo 11 de la ley explica que no podrán ser parte de esta clase de contrato las normas declaradas inconstitucionales o ilegales por los tribunales judiciales colombianos.
6. El inversionista deberá presentar una solicitud de contrato ante un comité intergubernamental, quien aprobará o improbará la suscripción del acuerdo.
7. El contrato será suscrito por el inversionista y por el gobierno a través del ministro del ramo en el que se efectúe la inversión.
8. El ministro podrá negar la solicitud de celebración del contrato, señalando las razones por las cuales la petición no reúne los requisitos establecidos en la ley.
9. La ley obliga al inversionista a pagar a favor de la Nación —Ministerio de Hacienda y Crédito Público—, una prima equivalente al 1% del valor de la inversión que se realice en cada año.
10. El término del contrato no será inferior a tres (3) años ni superior a veinte (20) años.
11. La ley establece como causales de terminación anticipada del contrato: 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 y el estar incurso en las causales de inhabilidad previstas en el artículo 9º de la ley, llamado cláusula anticorrupción.
12. La ley permite a las partes pactar una cláusula compromisoria que les permita dirimir las controversias a través de un tribunal de arbitramento nacional regido por leyes colombianas.
13. Para ejercer control sobre estos contratos, la ley obliga a registrarlos ante el Departamento Nacional de Planeación, para que esta entidad informe anualmente al Congreso sobre las condiciones generales de tales acuerdos.
4. Examen de constitucionalidad de las normas parcialmente impugnadas
Como quedó establecido en el capítulo II de esta providencia, las expresiones demandadas por el ciudadano Nelson Iván Zamudio Arenas hacen parte de los artículos 1º, 2º, 3º, 4º y 11 de la Ley 963 de 2005. Además, en virtud de lo

dispuesto mediante el auto del 24 de agosto de 2005, el examen de constitucionalidad está circunscrito a la eventual violación del artículo 13 de la Carta Política.

La Sala encuentra pertinente, entonces, reiterar los argumentos expresados por el actor para fundar los cargos de inconstitucionalidad formulados contra las expresiones impugnadas, las cuales, según el demandante, significan desconocimiento de lo dispuesto en el artículo 13 superior. Al respecto expresó el actor:

“Para el caso de la Ley demandada tal principio de igualdad aparece totalmente vapuleado. En efecto, por mandato de la misma ley objeto de querrela, solo (sic) algunas personas pueden acudir a los contratos de estabilidad jurídica, dependiendo su (sic) calidad de inversionistas y del capital que posean, tales contratos no pueden versar sobre determinadas materias, la duración de los contratos tiene un máximo y un mínimo y en general, la norma delimita de manera abiertamente injustificada no solo (sic) sus destinatarios sino, además, las condiciones del contrato.

En este sentido, aun aplicando el test de igualdad, la norma es abiertamente contraria al ordenamiento constitucional.

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 s.m.l.m.v. 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.

Por último, en un Estado de corte capitalista como el nuestro, en el que la libre competencia es esencia misma de su desarrollo económico, no puede entenderse cómo un grupo de personas, con poder económico, puedan ser beneficiarios de una inamovilidad jurídica, frente a otras personas, que pueden ser sus propios competidores, que seguramente no poseen el capital mínimo exigido, pero que sí compiten en el mercado. En este sentido, aceptando que la igualdad predicada por la Constitución es relacional y no absoluta, encontramos cómo, frente a un mismo grupo de personas destinatarios de la ley, la norma demandada introduce una discriminación completamente injustificada e irracional.

Así las cosas, es tan aberrante la vulneración de la igualdad de las personas ante la ley en que incurre la ley demandada, que en su propio texto se contradice al mostrar la estabilidad como incentivo a la inversión y de otro lado

exigir el pago de prima y la no posibilidad de pactar la estabilidad en algunas materias tributarias y financieras”⁴⁰ (7)

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 materia
3. Los contratos tienen un mínimo y máximo de duración.
4. La ley delimita las condiciones del contrato y prevé quienes son sus destinatarios.

41. El examen de los cargos formulados por el demandante contra algunos apartes de la Ley 963 de 2005, conduce a la Sala a establecer que, respecto de determinadas expresiones impugnadas, la demanda no cumple con las condiciones sustancialmente requeridas para proferir una sentencia de mérito; tales expresiones son las siguientes

“LEY 963 DE 2005”

(Julio 8)

Diario Oficial N° 45.963 de 8 de julio de 2005

Por la cual se instaure una ley de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia.

El Congreso de Colombia,

DECRETA:

(...).

ART. 4º— Requisitos esenciales de los contratos de estabilidad laboral. 1. Los contratos de estabilidad jurídica deberán cumplir con la totalidad de los siguientes requisitos:

(...).

b) La solicitud de contrato será evaluada por un comité que aprobará o improbará la suscripción del contrato conforme a lo establecido en el Plan Nacional de Desarrollo y al documento Conpes que para tal efecto se expida.

Este comité estará conformado por:

- El Ministro de Hacienda y Crédito Público, o su delegado.
- El Ministro de Comercio, Industria y Turismo, o su delegado.
- El Ministro del ramo en el que se efectúe la inversión, o su delegado.
- El director del Departamento Nacional de Planeación, o su delegado.

⁴⁰ Texto de la demanda, folio 11 y siguientes, numeral 5º, relacionado con los cargos basados en la presunta violación al derecho a la igualdad.

- El director de la entidad autónoma, o su delegado, cuando se trate de normas expedidas por dichas entidades.

(...).

f) Los contratos deberán suscribirse por el ministro del ramo en el que se efectúe la inversión, según lo disponga el comité. Esta firma no podrá ser delegada. El ministerio tendrá cuatro (4) meses, a partir de la solicitud del inversionista, para suscribir el contrato o para señalar las razones por las cuales la solicitud no reúne los requisitos señalados en esta ley;

(...).

ART. 11. — Limitaciones a los contratos de estabilidad. Los contratos de estabilidad deben estar en armonía con los derechos, garantías y deberes consagrados en la Constitución Política y respetar los tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano.

No se podrá conceder la estabilidad prevista en la presente ley sobre normas relativas a: el régimen de seguridad social; la obligación de declarar y pagar los tributos o inversiones forzosas que el Gobierno Nacional decreta bajo estados de excepción; los impuestos indirectos, la regulación prudencial del sector financiero y el régimen tarifario de los servicios públicos. 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”.

Respecto de las partes que se resaltan y que hacen parte del texto demandado, encuentra la Sala que las razones expresadas por el actor carecen de la claridad y la suficiencia⁴¹⁸ necesarias para que la Corte pueda emitir un pronunciamiento de fondo, pues el concepto de violación expuesto en el presente caso parte de la eventual vulneración al artículo 13 superior y, como se demuestra con la lectura del texto aquí transcrito, no existe un hilo conductor que permita comprender la contradicción entre las expresiones atacadas y lo dispuesto en la norma superior. Por este motivo, la Corte se declarará inhibida para decidir sobre la constitucionalidad de los apartes transcritos.

4.3. La igualdad de todos ante la ley representa uno de los logros más importantes de las sociedades modernas en el camino hacia la plena realización del Estado social de derecho. Esta concepción del Estado quedaría vaciada de contenido si la igualdad que él proclama mantuviera su carácter formal a expensas del criterio material empleado y defendido por los Estados que propenden por lograr una auténtica equiparación entre las personas que, dadas sus condiciones sociales, económicas, culturales, físicas o sí quicas, no cuentan con medios reales y eficaces para ser tratadas como iguales.

⁴¹ Las sentencias C-143 de 1993, C-428 de 1996, C-447 de 1997, C-142, Cfr. de 2001 y el auto N° 244 de 2001.

En el derecho colombiano la igualdad ante la ley se encuentra consagrada desde el preámbulo de la Constitución, haciendo parte de los fundamentos del Estado social de derecho, pues, según el artículo 5º superior, “El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona”. En similar sentido, el artículo 13 de la Carta confiere a la igualdad el carácter de derecho constitucional fundamental. El texto de esta disposición es el siguiente:

“ART. 13. —Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

La igualdad que proclama el Estado social es al mismo tiempo valor, principio y derecho fundamental, como también pilar de la organización política, en cuanto hace parte de la concepción dignificante del ser humano. Para explicar el alcance del artículo 13 de la Constitución Política y el principio de igualdad allí previsto, esta corporación ha expuesto:

“Este principio está consagrado como derecho fundamental en el artículo 13 de nuestra Constitución y contiene seis elementos, a saber: 1. Un principio general: todas las personas nacen libres e iguales ante la ley y recibirán la misma protección y trato de las autoridades; 2. Prohibición de discriminaciones: este elemento pretende que no se otorguen privilegios, se niegue el acceso a un beneficio, o se restrinja del ejercicio de un derecho a un determinado individuo o grupo de personas de manera arbitraria e injustificada, por razón de su sexo, raza, origen nacional o familiar, sus opiniones o convicciones expresadas en el ejercicio de libertades protegidas constitucionalmente como la libertad de expresión, de cultos o de conciencia; 3) El deber del Estado de promover condiciones para lograr la igualdad real y efectiva; 4) La posibilidad de conceder ventajas a grupos disminuidos o marginados; 5) Una especial protección a favor de aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, y 6) La sanción de abusos y maltratos que se cometan contra personas en circunstancias de debilidad manifiesta”⁴²

4.4. El principio de igualdad, entendido como el postulado que orienta la actividad del Estado, es al mismo tiempo garantía para que no se generen

⁴² Corte Constitucional, Sentencia T-591 de 1992.

excepciones o privilegios que sirvan para exceptuar a unas personas respecto del trato dado a otras que se encuentran en circunstancias idénticas: de esta manera, la igualdad material pretendida por el Estado social se da aplicando la ley en cada circunstancia, teniendo en cuenta las diferencias existentes entre las personas, procurando dar “trato igual a los iguales y desigual a los desiguales”.

El valor, principio y derecho consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, tiene una evidente concepción material que va más allá del criterio formal propio de la filosofía liberal que identificó a los Estados occidentales durante los siglos XIX y XX. A partir de la generalidad concreta y no abstracta, el legislador está autorizado para regular de manera diferente los supuestos distintos; es decir, se autoriza un trato diferente si está razonablemente justificado⁴³

Para la Sala, el establecimiento de una normatividad que implique diferenciación no acarrea *per se* violación del principio de igualdad, cuando la diversidad de trato tiene un fundamento objetivo y razonable de acuerdo con la finalidad buscada por el legislador. El objetivo y la finalidad representan límite materiales para el legislador, los cuales deben ser valorados al establecer excepciones a un derecho previsto por el constituyente.

La Ley 963 de 2005 y el test de igualdad

5. La Corte Constitucional ha explicado que frente a eventuales violaciones al derecho a la igualdad, pueden ser empleados diversos métodos destinados a establecer si el operador jurídico ha desconocido la garantía prevista en el artículo 13 superior. Para este propósito la jurisprudencia ha elaborado el “test de igualdad”⁴⁴, mediante el cual el juez de constitucionalidad determina si una medida legislativa significa o no atentado contra la mencionada garantía.

En ejercicio de sus funciones el Congreso de la República configura el sistema normativo: cuando el legislador ejerce esta competencia, puede ocurrir que desconozca alguno de los principios consustanciales al Estado social y democrático de derecho, entre ellos el de igualdad, siendo el juez de constitucionalidad el competente para establecer si el legislador ha desbordado el ámbito de sus atribuciones.

Al resolver sobre un asunto similar al que ahora ocupa la atención de la Sala, en el cual fue impugnada la norma que condicionaba el acceso a proyectos industriales estableciendo que sólo podrían hacer parte de ellos quienes contaran con un determinado capital, la Corte concluyó:

“(…) en consideración al amplio margen para el ejercicio de la potestad de configuración legislativa que la Constitución le otorga al legislador en materia

⁴³ Ver, entre otras, las sentencias C-592 de 1998, C-622 de 2003, C-576 de 2004 y C-1149 de 2003.

⁴⁴ Acerca del test de igualdad pueden ser consultadas, entre otras, las sentencias C-043 de 2002, C-428 de 2002, C-570 de 2003, C-227 de 2004 y C- 741 de 2003.

económica y social, específicamente para establecer normas especiales para las zonas de frontera, esta corporación encuentra que la distinción hecha por la norma acusada se justifica en aras de la promoción a mediano y largo plazo del desarrollo económico y social en aquellas zonas especiales económicas de exportación. Por lo tanto, la distinción de trato dada a partir del requisito fijado en la norma acusada, resulta adecuada para la obtención de los objetivos constitucionales de promoción del desarrollo a que alude el artículo 337 de la Carta Política.

En consecuencia, se declarara la exequibilidad del numeral 3º del artículo 7º de la Ley 677 de 2001”⁴⁵

5.1. En el presente caso, el actor coteja la situación de los inversionistas que cuentan con un capital igual o superior a los 7.500 s.m.l.m.v., frente a quienes no disponen de los mismos recursos económicos y que, por lo tanto, no serán cobijados por las normas que se examinan. Como se ha explicado, tales normas buscan atraer la inversión nacional o extranjera hacia sectores sensibles para el desarrollo productivo, circunstancia que explica la razón por la cual el legislador diferenció a los destinatarios de la ley teniendo en cuenta un monto idóneo de capital.

La finalidad del contrato de estabilidad jurídica haría superflua toda inversión cuando ella no trascendiera eficazmente en el circuito económico; es decir, cuantías inferiores a las establecidas por el legislador podrían no resultar eficaces para el fin por él pretendido. Por lo tanto, diferenciar a los inversionistas atendiendo a una cuantía mínima de capital para ser cobijados con la ley que se examina, resulta proporcional y adecuado al fin que se persigue, más aún cuando el mismo hace parte de un proyecto macroeconómico, para el cual se requieren capitales e inversiones de una magnitud adecuada al desarrollo económico requerido por la comunidad y auspiciado por el Estado.

5.2. El monto mínimo de la inversión (7.500 s.m.l.m.v.) y los sectores en los cuales ella se deberá llevar a cabo (L. 963/2005, art. 2º), atienden a los estudios efectuados por el Departamento Nacional de Planeación, entidad que en el año 2005 publicó el documento titulado; “ Visión Colombia Segundo Centenario :

2019”. Como resultado de los análisis macroeconómicos, en este documento quedó planteado lo siguiente: “Fuentes de crecimiento Para los próximos 15 años (2006-2019) el principal reto consiste en elevar la tasa de crecimiento de largo plazo de 4% a 6%, (...)

⁴⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-074 de 2002. Mediante esta providencia se declaró exequible el siguiente texto de la Ley 677 de 2001: “Por medio de la cual se expiden normas sobre tratamientos excepcionales para regímenes territoriales: ART. 7º— Condiciones de acceso. Para que un proyecto industrial pueda ser calificado como elegible, deberá cumplir los siguientes requisitos: (...) 3. La inversión mínima deberá ser de un millón de dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (US\$ 1.000.000) durante los primeros dos años, cifra que deberá ser aumentada a un millón y medio de dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (US\$ 1.500.000) en el tercer año y por último se aumentará a dos millones de dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (US\$ 2.000.000) en el cuarto año”.

Este reto tiene exigencias en materia de elevación de la tasa de inversión y en la productividad, lo que permitirá reducir la tasa de desempleo a 5%. No hay que olvidar que la tasa de crecimiento de la inversión entre 1970 y 2004 fue del 5.4%; y que un crecimiento de 6% en la economía exigirá tasas de crecimiento de la inversión de alrededor de 9%, con aumentos en la productividad total de los factores en promedio de 2%. Es importante reconocer que este es un reto sin precedentes, si se tiene en cuenta que la productividad total de los factores ha caído sistemáticamente desde comienzos de los ochenta. (...) Estas tasas de crecimiento y los niveles de inversión requeridos son igualmente consistentes con el balance macroeconómico que se presenta más adelante”.

(...)

Consistencia macroeconómica

El escenario macroeconómico para el período 2006-2019 tiene como premisa que la inversión alcance el nivel de 25% del PIB al final del período y el ahorro doméstico aumente hasta 23.9%, con un déficit de la cuenta corriente de 2.2% entre 2066 (sic) y 2010; y a partir de lo anterior reducirlo a 1% del PIB”⁴⁶

5.3. La Ley 963 de 2005 persigue promover las inversiones de personas naturales y jurídicas, nacionales o extranjeras, quienes pueden asociarse a través de consorcios; a estos inversionistas, se les brinda certeza acerca de la estabilidad de aquellas normas que fueron determinantes al momento de adoptar la decisión de llevar a cabo la respectiva inversión.

En este orden de ideas, la Sala procederá a examinar i) la legitimidad del fin buscado por el legislador, ii) la legitimidad de las medidas adoptadas, y iii) la adecuación de las medidas al fin propuesto.

5.4. Como quedó consignado en el fundamento 3.1 de esta providencia, mediante la normatividad parcialmente impugnada el legislador pretende: i) estimular nuevas formas de inversión, ii) atender a una necesidad apremiante para los inversionistas, y iii) equilibrar los intereses de los inversionistas y el interés general. La legitimidad de estos propósitos encuentra fundamento en varias normas de la Constitución Política, particularmente en aquellas que integran el denominado tríptico económico: derecho al trabajo (C.P., art. 25), derecho a la propiedad (C.P., art. 5º) y libertad de empresa (C.P., art. 333).

Estas normas se encuentran intrínsecamente relacionadas entre sí, como también son acordes con los principios establecidos para el Estado social de derecho, particularmente con aquellos que propugnan por la prevalencia del interés general, al cual se suma el propósito de promover la prosperidad general y el desarrollo económico de la Nación.

En el presente caso se puede considerar que los fines buscados por el legislador son tanto mediatos como inmediatos, siendo de los primeros los

⁴⁶ Visión Colombia segundo centenario, propuesta para discusión.DNP, Editorial Planeta, 2005.

relacionados con el aumento del crecimiento económico, el desarrollo y el bienestar social, mientras los más próximos son los que tienen que ver con el estímulo a la inversión. Para este fin, la ley busca mejorar el clima de inversión, afectado por distintas variables, entre ellas por los llamados “cambios súbitos en la legislación”.

5.5. El fin de la medida legislativa resulta legítimo, pues al cotejarlo con el texto de la Constitución Política encontramos que su artículo 1° establece que el Estado social de derecho cuenta entre sus principios fundamentales el de “la prevalencia del interés general”, a lo cual se agrega lo dispuesto en el artículo 2° ibídem, según el cual entre los fines esenciales del Estado se encuentra el de promover la prosperidad general.

Además, en el título XII de la Carta, que trata del Régimen económico y de la hacienda pública, aparece el artículo 366, según el cual el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado, precepto que resulta acorde con lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 333 superior, que señala a la empresa como base del desarrollo económico y a la cual le atribuye una función social que implica obligaciones. Sobre la conveniencia de estimular las actividades económicamente productivas la Corte ha expresado:

“Los estímulos positivos a determinadas actividades económicas, pueden igualmente tener fundamento constitucional en la regulación de la libertad de empresa, que compete al Legislador (C.P., art. 333). Según la Constitución Política la empresa —base del desarrollo—, tiene una función social que implica obligaciones. Pero, así mismo, corresponde al Estado, estimular el desarrollo empresarial e impedir que se obstruya o restrinja la libertad económica. De la ley surgen, en consecuencia, tanto restricciones como estímulos a la libertad de empresa. Siempre que se respete el núcleo esencial de la libertad de empresa, debe reconocerse un amplio poder configurativo de esta libertad atribuido a la ley.

Concretamente la función social, asociada a la empresa, es fuente de un sinnúmero de intervenciones legítimas del Estado que se instrumentalizan a través de la ley. Entre otros criterios relevantes que en este sentido pueden tomarse en cuenta, se mencionan los siguientes: la actividad de la empresa; su estructura organizativa; el mercado en el que se inserta; el tipo de financiamiento al cual apela; el producto o servicio que presta; la importancia de su resultado económico, etc. Los anteriores factores pueden determinar variadas formas de inspección, control, regulación y existencia de estímulos e incentivos.

Sobre este último punto es importante advertir que el resultado económico de las empresas no es indiferente para el Estado. En algunos casos se desearía favorecer la industrialización de una determinada región; en otros, los objetivos de la política económica, pueden orientarse a desestimular ciertas iniciativas y empresas, ya sea por una excesiva oferta en el mercado o por sus efectos perjudiciales en términos de absorción de determinadas materias primas o

recursos financieros. En estos casos, parte de los medios de intervención directa, el Estado puede legítimamente establecer políticas de estímulo de las que se beneficiarían los operadores económicos que sigan sus pautas. El conjunto de estas políticas —créditos de fomento, exenciones tributarias, garantías, autorizaciones especiales, facilidades crediticias y cambiarias, contratos-programa, premios, inversiones en el capital social, etc.—, sin duda, amplía la esfera de la empresa y le imprime materialmente a su actividad, en la medida en que ella efectivamente secunde los objetivos de la intervención estatal, una función social específica. Cabe concluir que en ciertos casos la función social de la empresa, se logra como una contrapartida a los incentivos económicos que el legislador decide otorgar con vistas a alcanzar determinados objetivos económicos de interés general⁴⁷ (negrillas no originales).

5.6. La legitimidad de las medidas adoptadas mediante esta ley, relacionadas todas con la creación de los contratos de estabilidad jurídica, queda de manifiesto si se tiene en cuenta que la Carta Política autoriza al Estado para asumir la dirección general de la economía. Al respecto, el artículo 334 de la

Constitución prevé:

“La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, 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 y la preservación de un ambiente sano” (destaca la Sala).

Precisamente, el actor considera que se viola el derecho a la igualdad cuando, al regular este tipo de contrato, el legislador “privilegió” a determinadas personas. Como quedó consignado en el fundamento 4.1 de esta providencia, para el demandante: 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 y 4. La ley delimita las condiciones del contrato y prevé quién es son sus destinatarios.

5.7. El Congreso de la República, en ejercicio de la potestad de configuración legislativa (C.P., art. 150), cuando se propone estimular el circuito económico puede válidamente escoger a los destinatarios de las normas y, por ende, de las medidas que adoptará, pues, a pesar del carácter general y abstracto de la ley, en situaciones como las referidas en el asunto *sub examine*, sólo un determinado sector de la sociedad dedica sus esfuerzos a obtener recursos financieros para invertirlos en aquellas actividades legalmente permitidas y económicamente susceptibles de estímulo estatal.

⁴⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-254 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

De la misma manera que el legislador regula actividades como la educativa, de transporte, de servicios de salud, de comunicaciones, de defensa nacional o financiera, por citar algunos ejemplos, expidiendo normas que tienen destinatarios determinados o determinables, la Ley 963 de 2005, que procura promover las inversiones en Colombia, tiene como destinatarias a personas dedicadas a invertir recursos económicos en actividades consideradas productivas y, por lo mismo, benéficas para el desarrollo económico y la prosperidad general.

Considerando que se trata de sectores económicos que requieren protección y estímulo, el legislador, mediante el artículo 2° de la ley demandada, estableció de manera precisa las áreas de inversión sobre las cuales podrán versar los contratos de estabilidad jurídica, circunscribiéndolas a actividades turísticas, industriales, agrícolas, de exportación agroforestales, mineras, de zonas procesadoras de exportación; zonas libres comerciales y de petróleo telecomunicaciones, construcciones, desarrollos portuarios y férreo , de generación de energía eléctrica, proyectos de irrigación y uso eficiente de recursos hídricos y toda actividad que apruebe el comité de que trata el artículo 4° literal b) de la misma ley. Según la misma norma, se excluyen de esta clase de contrato las inversiones extranjeras de portafolio.

5.8. La selección de los destinatarios y de las áreas de inversión se llevó a cabo teniendo en cuenta la necesidad de proteger ciertas actividades y de fomentar otras, con el propósito de lograr el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población, fines que resultan acordes con lo dispuesto en el artículo 360 de la Carta Política.

Para evitar la anarquía en los acuerdos que se celebren al amparo de la Ley 963 de 2005, encuentra la Sala mesurado y proporcional al fin perseguido, el término mínimo de tres (3) años y máximo de veinte (20) años previsto en el artículo 6° de la ley, pues de esta manera las partes cuentan desde el comienzo de la negociación con un período pactado, el cual es flexible dentro de los límites previstos en la norma que se comenta.

5.9. El fin y las medidas previstos en la Ley 963 de 2005 son legítimos, faltando por verificar si tales medidas resultan o no adecuadas al fin propuesto. Por lo tanto, corresponde valorar qué tan propicias son las medidas para lograr el propósito proyectado.

El Estado cuenta con diversas formas de intervención en la economía, siendo una de ellas la legislativa para fomentar actividades en las cuales él tiene especial interés. Es así como el Congreso de la República, después de valorar las distintas variantes que afectan la inversión en Colombia, determinó que entre ellas pesaba de manera especial la desconfianza de los inversionistas originada en el cambio repentino de la legislación aplicable al ámbito de sus negocios. Con el propósito de generar un ambiente de confianza favorable a los inversionistas, el legislador creó los contratos de estabilidad jurídica, los cuales resultan ajustados a lo dispuesto en el artículo 13 de la Carta Política, en cuanto sus fines y medidas son legítimos, como también estas son

adecuadas al propósito previsto por el legislador, representado por la conveniencia de atraer capitales para destinarlos a actividades consideradas estratégicas dentro del sistema económico colombiano.

5.10. Para el actor, la selección de los destinatarios de la Ley 963 de 2005, quienes deberán ser inversionistas que aporten un capital no inferior a 7.500 salarios mínimos legales mensuales vigentes, resulta contraria a las previsiones del artículo 13 superior.

La naturaleza y el objeto del contrato de estabilidad jurídica regulado mediante la Ley 963 de 2005, llevaron al legislador a ponderar la cuantía mínima de la inversión; para este propósito, el Congreso de la República tuvo en cuenta que la suma estipulada representara un medio adecuado para lograr el fin de promover las inversiones, a efecto de mejorar las condiciones económicas requeridas para promover el desarrollo social.

Considerando que el propósito de la ley es el de promover la inversión y que para ello el Estado se hace responsable frente a la sociedad y a los agentes económicos que intervienen en la ejecución de los planes de desarrollo, la Sala encuentra que la cuantía de 7.500 s.m.l.m.v.⁴⁸ Resulta proporcional al esfuerzo estatal y a la responsabilidad de los particulares, quienes en muchas ocasiones tendrán que asociarse para ser beneficiados con las cláusulas del contrato de estabilidad jurídica.

En suma, el monto mínimo para la inversión exigido mediante la Ley 963 de 2005, es adecuado a los fines previstos por el legislador, como también proporcional al esfuerzo y al riesgo económico al cual se someten las instituciones públicas y los particulares; en consecuencia, el señalamiento de esta cuantía no vulnera el principio de igualdad previsto en el artículo 13 de la Carta Política.

6. Una vez efectuado el test de igualdad respecto de las normas parcialmente impugnadas y atendiendo en forma exclusiva a los cargos formulados en el presente caso, la Corte Constitucional encuentra que el texto examinado no vulnera lo establecido en el artículo 13 de la Constitución Política.

VII. Decisión

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

1. Declararse INHIBIDA para resolver sobre la demanda incoada contra los artículos 4º, literales b) y f) y 11 de la Ley 963 de 2005.

⁴⁸ Mediante el Decreto 4686 del 21 de diciembre de 2005, el Gobierno Nacional fijó el salario mínimo legal mensual vigente para el año 2006 en la suma de cuatrocientos ocho mil pesos (\$ 408.000). Es decir, la suma mínima que podría aportar un inversionista que decidiera acogerse en este año a los beneficios de la Ley 963 de 2005, sería de tres mil sesenta millones de pesos (\$ 3.060.000.000).

2. Declarar EXEQUIBLES, únicamente respecto de los cargos formulados y analizados en relación con el derecho a la igualdad, las siguientes expresiones “...el Estado garantiza 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 tendrán derecho a que se les continúen aplicando dichas normas por el término de duración del contrato respectivo”, del artículo primero, el artículo segundo y el inciso segundo del artículo tercero de la Ley 963 de 2005. Notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

El presidente de la Sala,
Manuel José Cepeda Espinosa
Los magistrados,
Jaime Araujo Rentería
(Con salvamento de voto)
Alfredo Beltrán Sierra
(Con salvamento de voto)
Jaime Córdoba Triviño
(Con salvamento de voto)
Rodrigo Escobar Gil
Marco Gerardo Monroy Cabra
Humberto Antonio Sierra Porto
Álvaro Tafur Galvis
Clara Inés Vargas Hernández
La secretaria general,
Martha Victoria Sáchica de Moncaleano

4. SENTENCIA C-320/06

Referencia: expediente D-5983

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1, 2, 3, 4 y 6 (parciales) de la Ley 963 de 2005 “Por la cual se instaure una ley de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia

Demandante: Héctor Hernán Mondragón Báez.

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de abril de dos mil seis (2006).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial las previstas en el artículo 241, numeral 4, de la Constitución Política, y cumplidos todos los trámites y requisitos contemplados en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En relación con la demanda de inconstitucionalidad que, en uso de su derecho político, presentó el ciudadano Héctor Hernán Mondragón Báez contra los artículos 1, 2, 3, 4 y 6 (parciales) de la Ley 963 de 2005 “Por la cual se instaure una ley de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia”.

LA DEMANDA

El ciudadano Héctor Hernán Mondragón Báez sostiene que las disposiciones legales acusadas vulneran los artículos 1, 3, 13, 95, 132, 150.1, 189 numeral 11 y 190 constitucionales.

Sostiene que las disposiciones cuya declaratoria de inexecutable se solicita, conducen a que mediante un simple contrato se puedan limitar las competencias del Congreso para interpretar, reformar y derogar las leyes, concediéndole tal atribución a un comité que aprueba contratos. Otro tanto sucedería con la potestad reglamentaria del Presidente de la República.

De igual manera, las normas acusadas conllevan a una vulneración del principio de igualdad, por cuanto determinadas personas poseedoras de grandes capitales, durante un período que oscila entre tres (3) y veinte (20) años tengan amparadas meras expectativas de lucro, violándose además el artículo 95 Superior, según el cual “Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes”.

Por último, el demandante sostiene que “la suspensión privilegiada por contrato del imperio de la ley al limitar las funciones legislativas del Congreso elegido cada cuatro años por el pueblo y representante de éste, está de hecho contrariando el artículo 3º de la Constitución Política, cuando dice que “la soberanía reside exclusivamente en el pueblo” y mal puede interrumpirse o limitarse por un contrato que convierta meras expectativas en derechos. El pueblo tiene la potestad soberana de cambiar los congresistas y las mayorías que aprueban o cambian las leyes que rigen al país. Pretender que un contrato puede limitar esta potestad soberana es la más abierta violación del artículo 3º de la Constitución y además quiebra el principio democrático de la organización del estado (artículo 1º de la Constitución), cual es la elección por un período limitado de tiempo de los congresistas (art. 132) y el Presidente de la República (artículo 190), quienes en representación del pueblo soberano

pueden modificar las leyes y decretos, de acuerdo con sus respectivas competencias”.

INTERVENCIONES CIUDADANAS Y DE AUTORIDADES PÚBLICAS.

1. Universidad del Rosario.

Juan Jacobo Calderón Villegas, Profesor de Carrera Académica de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario considera que el demandante formula diversas acusaciones contra las normas demandadas, varias de ellas no constitutivas de verdaderos cargos de inconstitucionalidad.

Así, el argumento según el cual la duración de los contratos de estabilidad desconoce el artículo 95 Superior, en cuanto éste último obliga a cumplir la Constitución y la ley, es decir, quien celebra un contrato de estabilidad estaría escapando a la aplicación de nuevas leyes, resulta ser vago, indeterminado y abstracto. Otro tanto sucede con la acusación por violación al artículo 13 constitucional, ya que el actor no define de manera clara los términos de comparación al amparo de los cuales debía llevarse a cabo el juicio de igualdad.

En este orden de ideas, del examen del texto de la demanda, el interviniente entiende que existiría un único cargo de inconstitucionalidad, planteado de la siguiente manera:

“Considerando que la celebración de los contratos de estabilidad jurídica que se regulan e las normas acusadas se orienta, en general, a garantizar la inaplicación de normas que sean expedidas posteriormente (i) por el Congreso de la República, en desarrollo de la cláusula general de competencia y, en su caso (ii) por el Presidente de la República, en ejercicio de sus atribuciones legislativas (Arts. 212. 213, 214, 215, 150. 10 entre otros) y reglamentarias (Art. 189. 11) se termina desconociendo la capacidad permanente de regulación conferida a tales órganos y, por esta vía, el principio democrático (Art. 1) y la definición constitucional que establece que la soberanía radica en el pueblo”. En otras palabras ¿puede el Congreso de la República, mediante la expedición de una ley ordinaria, restringir su propia competencia?

En tal sentido, el interviniente considera que el primer inciso del artículo 150 constitucional reserva al Congreso de la República la facultad de expedir normas con categoría de ley, salvo las hipótesis exceptivas previstas expresamente en el texto de la Constitución, tal y como ocurre con los decretos ley y los legislativos. Dicha facultad es, prima facie, permanente, dado que la Constitución no impone ningún límite temporal para su ejercicio.

Así las cosas, la actividad del Congreso, cuando actúa como legislador ordinario, no puede ser limitada temporalmente, es decir, que en cualquier momento puede activar dicha facultad, lo que apareja, en consecuencia, la permisión de expedir, modificar, derogar o interpretar las leyes en los casos que estime conveniente.

En relación con el primer artículo de la Ley 963 de 2005, el interviniente sostiene que aquél puede ser interpretado de dos formas posibles:

a. El Congreso de la República se encuentra inhabilitado, en todos los casos para intervenir legislativamente de manera general o especial, a través de la expedición de una ley ordinaria, en las relaciones jurídicas nacidas en procesos de inversión amparados por un contrato de estabilidad jurídica.

b. Sin perjuicio de la responsabilidad que sea posible imputarle y del deber de respeto a los derechos adquiridos, el Congreso de la República se encuentra inhabilitado para, a través de la expedición de una ley ordinaria, intervenir legislativamente de manera general o especial, en las relaciones jurídicas nacidas de procesos de inversión amparados por un contrato de estabilidad jurídica.

Concluye entonces afirmando que sólo la segunda de dichas interpretaciones es conforme con la Constitución, en la medida en que no desconoce la competencia legislativa intemporal del Congreso de la República y, al mismo tiempo, permite asignarle un efecto concreto a la norma demandada, garantizándose de esta forma la estabilidad jurídica y, al mismo tiempo, el principio democrático.

2. Asociación Nacional de Empresarios de Colombia, ANDI.

El representante legal suplente de la Asociación Nacional de Empresarios de Colombia,

ANDI, interviene en el proceso de la referencia para solicitar la declaratoria de exequibilidad de las normas legales acusadas.

Afirma que la seguridad jurídica, así no constituya un principio o derecho absoluto, resulta fundamental dentro de un Estado de Democrático, ya que impide la arbitrariedad de las autoridades públicas; sin aquélla, resultaría imposible el crecimiento económico, puesto que la inversión productiva precisa de un mínimo de estabilidad y certeza.

Agrega que la confianza legítima es una institución proveniente de la buena fe y de la seguridad jurídica, en los términos de numerosos fallos de la Corte Constitucional. En tal sentido, la confianza legítima constituye una contraprestación a una cuantiosa inversión.

Señala que la confianza legítima no es absoluta, ya que tiene límites temporales (la duración del contrato) y materiales, es decir, que la estabilidad sólo comprende normas expresamente identificadas en el contrato, y además, ampara el régimen de seguridad social, la obligación de declarar y pagar impuestos, las inversiones forzosas del Gobierno bajo estados de excepción, los impuestos indirectos, la regulación prudencial del sector financiero y el régimen tarifario de los servicios públicos.

Concluye afirmando que no es cierta la afirmación del demandante, en el sentido de que la Ley 963 de 2005 limite la competencia del Congreso para modificar, derogar o subrogar una ley,

3. Ciudadana Martha Lucía Casas de Montoya.

La ciudadana Martha Lucía Casas de Montoya interviene en el proceso de la referencia solicitándole a la Corte declarar exequibles las normas acusadas, con base en los siguientes argumentos.

Afirma que la Ley 963 de 2005 es una clara manifestación de la voluntad del Estado de intervenir en la conducción de la economía para los efectos previstos en el artículo 334 Superior, es decir, conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y de los beneficios del desarrollo, dar pleno empleo a los recursos humanos, etc.

Asegura que las normas acusadas no vulneran los artículos 1, 3, 95, 150.1 y 189.11, por cuanto la facultades del Congreso para expedir leyes y las del Presidente para reglamentarlas, permanecen incólumes frente al acuerdo de voluntades que suscriban el Estado y el inversionista, ya que lo que se

pretende con el contrato es que la ley o decreto determinante para la inversión, en caso de sufrir modificaciones que puedan afectar la inversión, no se aplicará a esa inversión concreta, pero sí a las demás que no se encuentren cobijadas por el contrato de estabilidad jurídica.

En lo que concierne al derecho a la igualdad es necesario tener en cuenta que la finalidad de la ley es incentivar la inversión, que es considerada un factor importante de generación de empleo, transferencia de tecnología y de conocimiento, mejorando la calidad de vida de la población. De igual manera, el Congreso es competente para acordar un tratamiento diferente entre los diversos actores económicos.

4. Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

El apoderado del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo interviene en el proceso de la referencia para solicitarle a la Corte declarar exequibles las normas legales acusadas.

En lo que concierne al derecho a la igualdad sostiene que las disposiciones demandadas presentan un equilibrio entre el fin que se pretende lograr, la medida propuesta para alcanzarlo y la idoneidad de la medida respecto al fin.

Sobre el particular afirma que la materia regulada por la ley es de carácter económico y su fin es incentivar la inversión nacional y extranjera, debiendo llevarse a cabo un test de razonabilidad leve. En tal sentido, explica que el fin perseguido por las normas acusadas es estimular la inversión, constituyéndose en un medio para aumentar el crecimiento económico, el desarrollo y el bienestar social. De igual forma, el medio resulta ser idóneo para la consecución del fin.

Asegura que la finalidad de alcanzar la estabilidad jurídica necesaria para la inversión consiste en la suscripción de contratos de estabilidad, los cuales no están prohibidos por la Constitución o por la ley, siendo elementos idóneos para alcanzar ciertos propósitos admitidos y garantizados por la Constitución.

Aunado a lo anterior, la Ley 963 de 2005 es un instrumento jurídico incluyente, por cuanto una inversión de 7.500 s.m.l.m.v. “es manejada en el mundo de los negocios por un gran número de inversionistas de todos los tamaños”, no constituyendo una suma arbitraria y caprichosa, sino el resultado de un amplio debate en el Congreso de la República. En últimas, “el grupo de personas al se le aplica la Ley 963 de 2005 es sumamente variado e incluyente, lo que demuestra un esfuerzo para que dentro del grupo particular de los inversionistas, se respete el derecho a la igualdad”.

Señala que los contratos de estabilidad jurídica, en los términos de la Ley 963 de 2005, deben estar en armonía con los derechos, garantías y deberes consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

Agrega que, en la actualidad, Colombia presenta unos niveles internacionales bajos para invertir, tal y como lo señalan los Governance indicadores del Banco Mundial, según los cuales el país ofrece índices negativos de inversión en cuanto a estabilidad política, efectividad del gobierno, calidad de regulación, Estado de Derecho y control de la corrupción. En tal sentido, según los estudios realizados por el Fraser Institute, Colombia ocupa el lugar número 103 entre 123 países en materia de clima favorable para la inversión debida, entre otros factores, a su inestabilidad jurídica.

Así las cosas, los contratos de estabilidad jurídica se presentan como una herramienta idónea para fomentar la inversión, puesto que responden a una de las preocupaciones más importantes de los inversionistas: la inestabilidad jurídica que afronta el país.

Por otra parte, el interviniente señala que la Ley 963 de 2005 en ningún momento restringe las potestades legislativas del Congreso de la República.

Al respecto explica que “el hecho de que se produzca el congelamiento de las normas específicamente señaladas en el contrato de estabilidad jurídica, si éstas son modificadas de una forma adversa al inversionista durante el término de duración del contrato, no implica de ninguna forma que el Congreso pierda su facultad de legislar, dentro de sus competencias constitucionales”.

Afirma que tanto la Ley 963 de 2005, en virtud de la cual se celebran los contratos de estabilidad jurídica y la ley posterior que modifica o deroga una disposición sobre la cual se otorgó la estabilidad en dicho contrato, tienen validez y vigencia diferentes e independientes, por lo que al aplicar las dos leyes al mismo tiempo en sus ámbitos respectivos de aplicación, se está respetando la voluntad del legislador de regular dos situaciones diversas de diferente forma.

Aunado a lo anterior, indica que, una modificación en una ley sobre la cual se otorgó estabilidad jurídica no contraría ni es incompatible con la Ley 963 de 2005, que dice que dicha modificación no será aplicable en virtud de los contratos de estabilidad, pues la naturaleza misma del régimen de estabilidad jurídica más que evitar los cambios en el ordenamiento jurídico, los prevé.

De igual manera, el interviniente señala que, en cualquier momento, el Congreso de la República puede derogar o modificar la Ley 963 de 2005, si considera, en cualquier momento, que la misma no ha sido un instrumento idóneo para alcanzar los fines constitucionales que se propone, en especial, aumentar la inversión, lograr un crecimiento económico y brindar seguridad jurídica.

Así mismo, en lo que concierne a las facultades normativas del Presidente de la República, indica que éstas en ningún momento son vulneradas por las normas demandadas por cuanto “La Ley 963 en ningún momento ni le prohíbe al presidente expedir decretos, ni sujeta el uso de su potestad reglamentaria a condición alguna”.

En lo que concierne las supuestas vulneraciones de los artículos 3 y 95 Superiores, el interviniente sostiene que “como es la misma ley la que crea el régimen de estabilidad jurídica, todos sus efectos se desprenden de la ley, por lo que no es de recibo que la ley objeto de revisión le permita a ciertos inversionistas no cumplir la ley”.

5. Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

El apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público interviene en el proceso de la referencia, solicitándole a la Corte que se declare inhibida de fallar por inepta demanda, o en su defecto, declare la exequibilidad de las normas acusadas.

Al respecto afirma que el actor no justifica claramente los argumentos de la violación sino que se limita a realizar elucubraciones teóricas relacionadas con el Estado Social de Derecho y la soberanía del pueblo, desconociendo que fue el Congreso de la República en virtud de la delegación efectuada por el pueblo quien promulgó la norma demandada.

En lo que concierne al derecho a la igualdad, sostiene el interviniente que las normas acusadas no lo vulneran ya que, de conformidad con un test de razonabilidad, es clara la existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual, cual es fomentar la inversión.

De igual manera, en lo que concierne a la validez de dicho objetivo a la luz de la Constitución, se tiene que el propósito de las normas demandadas es dar soporte a proyectos que tienen un impacto importante en la economía, la generación del empleo, y en el largo plazo, aumentar el recaudo tributario.

Así mismo, la relación de proporcionalidad entre ese trato y el fin perseguido, se ve claramente justificada por las condiciones que debe cumplir quien pretenda acogerse a la normatividad presentada, puesto que el impacto que la misma genera contribuye al desarrollo económico y social del país.

Por último, señala que no se violan los principios de soberanía popular y democrático, por cuanto la Ley 963 de 2005 fue discutida y aprobada de conformidad con la Constitución.

6. Academia Colombiana de Jurisprudencia.

El ciudadano Mauricio Plazas Vega, en nombre de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, rindió concepto en el proceso de la referencia, solicitándole a la Corte declarar exequibles las normas demandadas.

Sostiene que el problema fundamental para los países en vía de desarrollo es, sin lugar a dudas, el nivel de riesgo que puedan representar los eventuales inversionistas de capital.

Agrega que dos factores pueden incidir, de modo sustancial, en las decisiones tomadas por los inversionistas, a saber: el nivel de riesgo desde el punto de vista de la seguridad nacional y la política de paz, y en segundo lugar, el nivel de riesgo de la estabilidad jurídica.

Asegura que Colombia, como es de todos sabidos, es un país calificado como de alto riesgo en lo que tiene que ver con riesgos debido a la seguridad. De allí las dificultades para atraer capitales extranjeros hacia el país.

Señala que, ya ha ocurrido, que existan leyes que han establecido exenciones del impuesto de renta para que tengan vigencia durante varios años, no habiendo sido contrarias a la Constitución. Se trata, por tanto, de una autolimitación para unos casos concretos que implican la celebración de un contrato.

De igual manera, indica que rigió el artículo 240.1 del Estatuto Tributario sobre estabilidad tributaria, el cual tuvo vigencia durante varios años y que permitió a los inversionistas contar con seguridad en materia de impuestos. Cita en el mismo sentido los casos de Chile, Perú, Venezuela y Panamá.

No cree tampoco que se viole el artículo 150 Superior por cuanto la Ley 963 es un acto emanado del Congreso de la República, por medio del cual el legislador señaló los parámetros para garantizar a los inversionistas interesados estabilidad jurídica e impuso condiciones pecuniarias como contrapartida para que no se les apliquen las modificaciones al régimen cuya estabilidad se asegure.

Asegura que tampoco se viola el artículo 95 constitucional por cuanto todas las personas residentes en Colombia tienen el deber de cumplir la Constitución y la ley. En otras palabras, no es que el inversionista quede inhabilitado, en virtud del contrato, para desobedecer el derecho positivo, sino que queda sometido a

un ordenamiento jurídico conocido y estable que ha sido determinante para que realice la inversión correspondiente.

IV. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El Procurador General de la Nación (e) le solicita a la Corte declarar exequibles las normas acusadas, con base en las siguientes consideraciones.

A juicio de la Vista Fiscal que la ley de estabilidad jurídica es una regulación contractual de inversiones que se expide en virtud de la soberanía popular y del principio democrático ejercidos mediante la representación, y con la finalidad de promover la prosperidad general y generar empleo de acuerdo con lo establecido en los planes de desarrollo, a cambio de la confianza legítima de quienes invierten bajo el estímulo esencial de un marco normativo favorable.

En tal sentido, sostiene que la Ley 963 de 2005 fue expedida con la finalidad de promover las nuevas inversiones y ampliar las existentes en el territorio nacional, además de generar empleo. Como contraprestación, el Estado se compromete a que, durante la vigencia contractual, se seguirán aplicando las normas pactadas inicialmente como determinantes de la inversión, cuando fueren modificadas por leyes adversas, con exclusión de las leyes sobre seguridad social, impuestos indirectos, regulación prudencial de I sector financiero y régimen tarifario de los servicios públicos.

Ahora bien, se trata de contratos de inversiones directas, en donde el Estado ofrece como contraprestación mantener las condiciones jurídicas iniciales por las cuales el inversionista decidió sembrar sus capitales en Colombia y no en otro país, lo cual obedece al principio de que los contratos se rigen por las normas vigentes al tiempo de su celebración.

Afirma la Vista Fiscal que el principio de la confianza legítima se sustenta en la buena fe, a la cual deben ceñirse las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas. La confianza legítima se reclama ante decisiones sorpresivas, que no fueron previstas por los ciudadanos, y se aplica como mecanismo de solución de controversias entre el interés general que representan las autoridades y el particular del administrado, ante eventos en que se le ha creado a éste expectativas favorables para luego ser sorprendido con la eliminación de las mismas.

En tal sentido, asegura el Procurador General de la Nación (e), en el presente caso el espíritu implícito de los contratos de seguridad jurídica para las inversiones hace alusión al tema de la confianza legítima que tienen los administrados frente a las intervenciones del Estado en la economía, cuando de generar estímulos a la inversión se trata. Al respecto señala que la Corte se ha pronunciado en materia de exenciones tributarias.

Agrega que no se vulneran los principios de soberanía popular y democrática, por cuanto dicha ley fue expedida por el Congreso de la República, en representación del pueblo y regula un marco contractual del Estado para atraer inversiones a cambio de garantizar seguridad jurídica.

Señala que la competencia del legislador para interpretar, modificar y derogar las leyes permanece incólume en relación con las normas que ha expedido y que han sido objeto del contrato de estabilidad, las cuales por antonomasia deben ser ajustadas al orden constitucional vigente. Lo mismo sucede con las normas administrativas nacionales generales y las interpretaciones vinculantes,

sin que se desconozca la potestad reglamentaria del Presidente de la República.

Afirma que los contratos de estabilidad se deben ajustar al orden normativo vigente al momento de su celebración, y en ese sentido, resulta válida la preservación de la confianza legítima de los inversionistas, que para nada comprometen la cláusula general de competencia del Congreso de la República.

De igual manera, explica, el contexto económico y la finalidad de la ley de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia permite una delimitación de los beneficiarios de los contratos de estabilidad jurídica según un monto mínimo de inversión, sin que por ello se vulnere el principio de igualdad.

Sobre el particular afirma que, si bien existe un trato diferente, en la medidas en que no todos los inversionistas pueden celebrar contratos de estabilidad jurídica, dicha distinción se justifica debido a que el espíritu de dichos contratos responde a un ánimo competitivo del Estado colombiano por la inversión nacional y extranjera en función del desarrollo y la generación de empleo.

Agrega que el trato distinto responde a un contexto de globalización económica en el cual el Estado colombiano debe entrar a competir, para evitar que los capitales se trasladen hacia otros países con mejores condiciones para las inversiones. En pocas palabras, “el trato legal diferente analizado en relación con el concepto de inversionista que tiene derecho a celebrar contratos de estabilidad jurídica es razonable legal y constitucionalmente, porque obedece a la finalidad de promover inversiones directas de alto grado de confiabilidad técnica, con dineros lícitos, conformes con el plan nacional de desarrollo y destinadas a generar empleo, lo cual se ajusta a la promoción laboral, el desarrollo del país y la competencia del Estado con el resto de países del mundo por las inversiones”.

En suma, sostiene que, desde el punto de vista de la proporcionalidad, los contratos de estabilidad jurídica resultan adecuados, necesarios y proporcionales en sentido estricto para los fines legales y constitucionales que se persiguen.

V. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

1. Competencia de la Corte De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, numeral 4o. de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para conocer y decidir definitivamente sobre la demanda de inconstitucionalidad de la referencia, pues las disposiciones acusadas forman parte de una ley de la República, en este caso, de la Ley 963 de 2005.

2. Problemas jurídicos.

2.1. Normas acusadas.

El ciudadano Héctor Hernán Mondragón Báez sostiene que los artículos 1, 2, 3, 4 y 6 (parciales) de la Ley 963 de 2005 vulneran los artículos 1, 3, 13, 95, 132, 150.1, 189 numeral 11 y 190 constitucionales.

A juicio del demandante, las normas acusadas, al disponer que mediante contratos de estabilidad jurídica, el Estado se compromete con los inversionistas que los suscriban a que si durante la vigencia de aquéllos se modifican de forma adversa las normas jurídicas que fueron consideradas

determinantes para la inversión, los inversionistas tendrán derecho a que les sigan aplicando, por el término del contrato, las disposiciones que determinaron la inversión, 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.

De igual manera, asegura que las normas acusadas conllevan a una vulneración del principio de igualdad, por cuanto determinadas personas poseedoras de grandes capitales, durante un período que oscila entre tres (3) y veinte (20) años tengan amparadas meras expectativas de lucro, violándose además el artículo 95 Superior, según el cual “Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes”.

Así mismo sostiene que las normas acusadas vulneran los principios democrático (art. 1 de la C.P.) y de soberanía popular (art. 3 de la C.P.) al igual que los artículos 132 y 190 Superiores, por cuanto, a su juicio un contrato no puede vulnerar la potestad soberana que tiene el pueblo de “cambiar a sus congresistas y las mayorías que aprueban o cambian las leyes que rigen el país”.

Las diversas autoridades públicas que intervinieron en el proceso de la referencia, consideran que los cargos de inconstitucionalidad no están llamados a prosperar por cuanto la autolimitación que se impuso el Congreso de la República no contraría el ejercicio de sus competencias para crear, interpretar y modificar las leyes, ni tampoco afectan el ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República. Aseguran asimismo que el trato diferente que se acuerda entre los inversionistas, responde al interés por incentivar el ingreso de capitales extranjeros al país.

De igual manera, los particulares que presentaron sus respectivas intervenciones, salvo la

Universidad del Rosario, sostienen que los contratos de estabilidad económica no vulneran las competencias del Congreso ni del Presidente de la República, y que se trata de un figura que igualmente se encuentra en el derecho comparado, en tanto que mecanismo para hacer más competitivos a los Estados.

En igual sentido se pronuncia el Procurador General de la Nación (e), quien considera que no le asiste razón al demandante por cuanto la ley persigue como objetivo central incentivar la inversión en Colombia, y para ello, estructura unos contratos de estabilidad jurídica, amparados en el principio de la confianza legítima, según el cual, los asociados tienen una expectativa legítima del mantenimiento de unas condiciones legales favorables existentes al momento de invertir.

Ahora bien, un examen de la demanda de inconstitucionalidad presentada por el señor Héctor Hernán Mondragón Báez, evidencia que, en relación con las supuestas vulneraciones de los artículos 132 y 190 constitucionales, el demandante realmente no estructuró cargo de inconstitucionalidad alguno, ya que se trata de simples afirmaciones que no constituyen un ataque directo y concreto contra las normas legales acusadas.

Así las cosas, en esta oportunidad corresponden a la Corte resolver los siguientes problemas jurídicos:

1. Si, en relación con el cargo de igualdad procede hacer un pronunciamiento de fondo, dado el contenido de la sentencia C- 242 de 2006.

2. ¿Puede el legislador, sin que aquello constituya una vulneración de los artículos 1, 3, 95,

150.1, 189.11 constitucionales, autorizar al Estado para que suscriba contratos de estabilidad con unos determinados inversionistas nacionales y extranjeros, según los cuales durante el tiempo de vigencia del contrato (entre 3 y 20 años), se les mantendrán vigentes las leyes, decretos, actos administrativos de carácter general, así como las interpretaciones administrativas vinculantes efectuadas por los organismos y entidades de los sectores central y descentralizado por servicios, que resultaron determinantes para realizar la inversión, ante modificaciones adversas?

Para tales efectos, la Corte (i) analizará si en relación con el cargo de igualdad ha operado o no el fenómeno de la cosa juzgada constitucional, teniendo en cuenta lo resuelto en sentencia C- 242 de 2006; (ii) analizará los fines de la Ley 963 de 2005, tomando como base los antecedentes de la misma; (iii) examinará el tema de los contratos de estabilidad jurídica en el derecho comparado; (iv) analizará si realmente con la expedición de las normas acusadas de la Ley 963 de 2005 el Congreso está limitando su competencia para legislar, al igual que el ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, e igualmente, si la habilitación legislativa para suscribir contratos de estabilidad jurídica vulnera o no el deber constitucional que tiene toda persona de cumplir la Constitución y la ley vigentes.

2.2. Operancia del fenómeno de la cosa juzgada constitucional en relación con el cargo por violación del derecho a la igualdad.

La cosa juzgada constitucional, en términos generales, hace referencia a los efectos de las sentencias de la Corte Constitucional, su carácter inmutable y a la imposibilidad de presentar recursos en contra de las decisiones en ellas consagradas. De allí que, el efecto general de la cosa juzgada constitucional se traduce en la imposibilidad jurídica de reabrir el juicio de constitucionalidad sobre la norma que ya ha sido objeto de examen por la Corte.

De igual manera, la Corte ha considerado que cuando en un determinado fallo no se otorga a la decisión efectos de cosa juzgada relativa a los cargos analizados en la sentencia, ni

“ésta puede deducirse claramente de la parte motiva de la misma”, en virtud de la presunción de control integral, y salvo la existencia de cosa juzgada aparente por carencia de análisis o motivación del fallo, se considera que la decisión tiene carácter de cosa juzgada absoluta.

Ahora bien, en el caso concreto, la Corte debe examinar si, en relación con los segmentos normativos de la Ley 963 de 2005 acusados por el demandante, referentes a (i) el monto de la inversión, (ii) las normas e interpretaciones objeto de los contratos de estabilidad jurídica, (iii) el contenido de la solicitud de suscripción de los mismos, (iv) la conformación del Comité competente para darle curso a las mismas, (v) así como la duración de los mencionados contratos, contenidos en los artículos 1, 2, 3, 4 y 6 de la Ley 963 de 2005, ha operado o no el fenómeno de la cosa juzgada constitucional absoluta, teniendo en cuenta lo decidido en sentencia C- 242 de 2006.

Así pues, en sentencia C-242 de 2006, la Corte examinó la constitucionalidad de diversas expresiones de la Ley 963 de 2005, en relación con un cargo de

igualdad según el cual el legislador habría acordado un trato diferente no justificado, violatorio del artículo 13 Superior, por cuanto (i) habría privilegiado a un grupo de grandes inversionistas nacionales y extranjeros sobre todos aquellos que realizan pequeñas inversiones; y (ii) seleccionó tan sólo algunos sectores productivos en relación con los cuales se pueden suscribir contratos de estabilidad jurídica, dejando de lado otros sin justificación alguna. En tal sentido, declaró exequibles, únicamente respecto de los cargos formulados y analizados en relación con el derecho a la igualdad, “ el Estado garantiza 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 tendrán derecho a que se les continúen aplicando dichas normas por el término de duración del contrato respectivo” del artículo 1º, el artículo 2º y el inciso segundo del artículo 3º de la Ley 963 de 2005. En efecto, para la Corte la diferenciación prevista en la ley para ciertos inversionistas se encuentra justificada constitucionalmente y no vulnera el derecho a la igualdad, en cuanto a las actividades económicas que cobija y los destinatarios de esas medidas de estabilidad jurídica.

En el presente caso, de igual manera, el ciudadano plantea, en relación con los artículos 1 y 2 de la Ley 963 de 2005 un cargo de inconstitucionalidad por violación del derecho a la igualdad, estructurado en el sentido de que el legislador privilegió, sin razón constitucionalmente válida, a un grupo de grandes inversionistas sobre los demás, es decir, plantea idéntica acusación a la ya examinada por la Corte en sentencia C- 246 de 2006, razón por la cual ha operado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional, en tanto que en lo que concierne a las expresiones acusadas de los artículos 4 y 6 de la misma normatividad realmente no estructuró un cargo de inconstitucionalidad por vulneración del derecho a la igualdad, motivo por el cual no procede la Corte a adelantar un examen de fondo al respecto.

En este orden de ideas, la Corte declarará estarse a lo resuelto en la sentencia C-242 de

2006, mediante la cual se declararon exequibles, únicamente en relación con el derecho a la igualdad, las expresiones “el Estado garantiza 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 tendrán derecho a que se les continúen aplicando dichas normas por el término de duración del contrato respectivo” del artículo 1º, el artículo 2º y el inciso segundo del artículo 3º de la Ley 963 de 2005.

3. Competencia del legislador para regular la inversión en Colombia.

En virtud de la intervención del Estado en la economía, el legislador dispone de un amplio margen de configuración normativa en materia de regulación de la inversión extranjera en Colombia. En efecto, el capital extranjero en nuestro país interviene activamente en vastos sectores de su economía (finanzas, industria, comercio, hidrocarburos y servicios, entre otros), lo cual, sin lugar a equívocos, trae grandes beneficios para el país y, particularmente, para las empresas nacionales, en cuanto colabora decididamente con su crecimiento, desarrollo y expansión. Tal como lo ha sostenido la Corte en sentencia C- 089 de 1999, "Es un hecho notorio que los grandes proyectos de infraestructura, de los cuales depende en gran medida el crecimiento económico del país, no

serían posibles sin la contribución del capital y la tecnología extranjeros. " En tal sentido, ya la Ley 223 de 1995, en su artículo 169, posteriormente derogado mediante Ley 633 de 2000, había creado un régimen de estabilidad jurídica, por medio del cual las empresas, nacionales o extranjeras, podían contar con seguridad jurídica en sus cargas tributarias, por un período hasta de 10 años, a cambio de aceptar una tarifa superior en dos puntos porcentuales en el impuesto sobre la renta, previo contrato celebrado con la DIAN. En tal sentido, de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado en la materia, dicho régimen de estabilidad tributaria se caracteriza por (i) aplicarse exclusivamente a contribuyentes personas jurídicas que manifestaran a cogerse al mismo; (i.e.) 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; (i.e.) la duración era hasta por 10 años; (i.e.) 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; (v) si se disminuía la tarifa del impuesto de renta y complementarios, la aplicable era la nueva tarifa aumentada en el 2%; y (vi) se permitía la renuncia al régimen.

Sobre el particular, cabe señalar que con la introducción en la reforma tributaria de 1995 de dicho régimen de estabilidad jurídica se buscaba otorgar tranquilidad a los inversionistas, especialmente extranjeros, en relación con los tributos a los cuales se encuentran sometidos, en especial, en lo atinente a la tarifa máxima aplicable en el impuesto sobre la renta y complementarios, medida que se estimó en su momento necesaria y útil en atención a las constantes reformas tributarias a que se encuentran sujetos los contribuyentes, las cuales impiden tener certeza sobre su situación fiscal a corto y a mediano plazo.

De igual manera, en los últimos años, el Estado colombiano ha suscrito diversos tratados internacionales encaminados a reconocerle al inversionista extranjero unos determinados derechos de carácter sustantivo, derivados de cláusulas convencionales tales como aquella de la nación más favorecida, del trato nacional y garantías de repatriación de capitales, al igual que protección judicial de sus inversiones y mecanismos de solución de controversias.

En tal sentido, bien sea mediante una ley o un tratado internacional, el Estado colombiano regula el régimen de la inversión extranjera, estableciendo requisitos para el ingreso de la misma, controles, mecanismos de protección, obligaciones, entre otras. La finalidad de dichas regulaciones es esencialmente la misma: crear un contexto jurídico favorable para el ingreso y la permanencia de grandes capitales, así como promover la transferencia de nuevas tecnologías, indispensables para el desarrollo económico y social del país.

Ahora bien, la amplia facultad de que dispone el legislador para regular la inversión extranjera o nacional en Colombia, bien sea mediante leyes o instrumentos internacionales, no puede (i) desconocer la Constitución, en especial, los derechos fundamentales, como tampoco los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, muy particularmente, aquellos referentes a los derechos de los trabajadores. De

igual manera, le está vedado al legislador (i.e.) establecer mecanismos de protección a la inversión foránea que impliquen el reconocimiento y pago de indemnizaciones pecuniarias irrazonables, desproporcionadas, exorbitantes o infundadas, que atenten contra la salvaguarda del interés general; (iii) que despojen a los jueces nacionales de sus competencias constitucionales; y (iv) que impliquen una vulneración del principio de separación de poderes.

Al respecto cabe precisar que, la selección de sectores productivos concretos por el legislador en relación con los cuales se pueden celebrar contratos de estabilidad jurídica con quienes decidan realizar inversiones nuevas o ampliar las existentes, a condición de que el monto invertido sea igual o superior a 7.500 s.m.l.m.v. (aproximadamente \$ 3.000.000.000 de pesos de hoy), no constituye una vulneración alguna del derecho a la igualdad. En efecto, si bien el artículo 13 Superior le establece al Estado el deber de propender por la realización de una igualdad material, en el sentido de adoptar medidas positivas a favor de los grupos discriminados y marginados, el cumplimiento de tal obligación de rango constitucional no se opone a que el legislador pueda otorgarle un tratamiento diferente, y más favorable, a un determinado grupo de inversionistas, quienes (i) asumen elevados riesgos físicos y económicos; (ii) deben suscribir una prima a favor de la Nación ; (iii) aceptan someter sus controversias a la justicia colombiana; y (iv) sobre todo, con la inversión de sus capitales en el país están impulsando el desarrollo económico y social del conjunto de la población, incluyendo, por supuesto, la más desfavorecida.

En este orden de ideas, la ley de “estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia” constituye un instrumento más diseñado por el legislador para fomentar el ingreso de importantes capitales al país, indispensables, como se ha señalado, para lograr el bienestar de la población. En tal sentido, conviene aclarar que la estabilidad jurídica, en los términos de la citada normatividad, resulta ser distinta al concepto de seguridad jurídica. En efecto, la estabilidad jurídica alude a la permanencia provisional, merced a la suscripción de un contrato estatal, de un determinado marco normativo favorable para las grandes inversiones, y por ende, aquellas que implican un mayor riesgo de pérdida. No se trata, por tanto, de inmutabilidad del ordenamiento jurídico, sino de una aplicación de un régimen jurídico, previamente acordado y delimitado en el clausulado del contrato. Por el contrario, la seguridad jurídica es entendida, en una de sus manifestaciones, como un principio en virtud del cual se cuenta con la necesaria certeza, en un momento histórico determinado, de cuáles son las normas que regulan una determinada situación jurídica. En otros términos, la seguridad jurídica es un concepto dinámico por naturaleza.

4. Los fines de la Ley 963 de 2005.

El Gobierno Nacional, por intermedio de los Ministros de Hacienda y Crédito Público y Comercio Industria y Turismo, presentó ante el Senado de la República un proyecto de ley núm. 15 “por la cual se instaura la ley de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia”, cuya finalidad era crear confianza entre los inversionistas nacionales y extranjeros, mediante la expedición de una normatividad encaminada a garantizarles que, durante un determinado tiempo y mediando la suscripción de un contrato, se le mantendrían las condiciones iniciales que los motivaron a llevar a cabo la inversión. Así mismo, el proyecto preveía que, el Gobierno Nacional obligaba a

indemnizar los perjuicios que se produjeran por causa de los cambios legislativos, por una cuantía “igual al desembolso realmente efectuado”.

Durante el debate que tuvo lugar en el seno de la Comisión Tercera Permanente del Senado, se planteó la necesidad de fijar unos montos de inversión inferiores a los inicialmente propuestos por el Gobierno Nacional, se insistió en la necesidad de adoptar una legislación que le ofreciera a los inversionistas la seguridad jurídica necesaria para traer sus capitales a Colombia, y asimismo, se examinó si la ley debía cobijar sólo nuevas inversiones, o si por el contrario, debía cobijar las existentes. Finalmente, el texto que resultó aprobado por la mencionada Comisión, disponía que la estabilidad jurídica versaría sobre normas relativas a la determinación de los impuestos sobre el patrimonio, renta y complementarios.

Posteriormente, durante el debate que tuvo lugar en la Plenaria del Senado, se discutió acerca de (i) el tiempo de vigencia de los contratos de estabilidad jurídica, en especial, la necesidad de ampliarlos para atraer aún más el capital foráneo; (ii) la necesidad de precisar con exactitud en el texto de los contratos las normas jurídicas que permanecerían vigentes para el inversionista; (iii) la posibilidad de que los alcaldes y gobernadores pudiesen suscribirlos, y (iv) la necesidad de incluir cláusulas compromisorias con el propósito de que fuesen resueltas controversias futuras entre las partes, desapareciendo del proyecto, por el contrario, la inicial alusión al reconocimiento y pago de indemnizaciones a favor de los inversionistas.

En el texto de la ponencia para primer debate en la Comisión Tercera de la Cámara de Representantes, se explica que con el proyecto de ley sobre estabilidad jurídica se busca (i) estimular nueva inversión que contribuya al crecimiento del país del orden del 4% anual; (ii) responder a una de las necesidades más apremiantes de los inversionistas, cual es, hacerle frente a los riesgos jurídicos derivados de cambios normativos imprevisibles; y (iii) lograr un equilibrio entre los intereses de los inversionistas y el interés general, en el sentido de que “se mantiene intacta la capacidad legislativa del Congreso y la capacidad regulatoria del Ejecutivo, pues mediante los contratos de estabilidad jurídica se congelan temporalmente las normas determinantes en los mismos, pero de ninguna manera se le impide al Congreso continuar legislando o al Ejecutivo implementar las normas determinadas en los contratos”.

En este orden de ideas, el propósito principal de la Ley 963 de 2005 consiste en establecer una herramienta jurídica mediante la cual se incentive la inversión extranjera en Colombia, y de esta forma incrementar el crecimiento económico del país, haciéndole frente a uno de los mayores inhibidores de la misma, como son los riesgos jurídicos, los cuales, resultan ser imprevisibles y difícilmente cuantificables, a diferencia de los físicos y económicos.

5. Los contratos de estabilidad jurídica en el derecho comparado.

En derecho internacional es común encontrar Estados que han celebrado contratos de estabilidad jurídica con empresas multinacionales, convenios que tienen por finalidad atraer inversión extranjera hacia determinados sectores económicos estratégicos.

En efecto, junto a las denominadas cláusulas de intangibilidad, es usual encontrar la suscripción de contratos de estabilización, por medio de los cuales un Estado se compromete con un determinado inversionista extranjero a no

modificar unilateralmente el régimen jurídico aplicable a un contrato de concesión, en especial, en materia de hidrocarburos. En tal sentido, un tribunal de arbitramento internacional, proferido en 1958, en el asunto Sociedad ARAMCO contra Arabia Saudí, consideró que nada se opone a que un Estado, en ejercicio de su soberanía, se vinculara, mediante las cláusulas de un contrato de concesión, a no modificar unilateralmente los presupuestos jurídicos que sirvieron de fundamento al mismo .

En derecho comparado latinoamericano, de igual manera, es común hallar leyes de estabilidad jurídica, enfocadas a aspectos tributarios. Así, en Chile, en 1974 se profirió, mediante Decreto Ley núm. 600, el “Estatuto de la Inversión Extranjera” , según el cual los inversionistas extranjeros tenían derecho a que, “en sus respectivos contratos”, se estableciera que se les mantendrían invariables, por diez años contados a partir de la instalación de la empresa, “una tasa del 42% como carga impositiva efectiva total a la renta. Considerando para estos efectos los impuestos de la Ley de Renta que corresponde aplicar conforme a las normas legales vigentes a la fecha de celebración del contrato”. Dichos contratos eran suscritos por un Comité de Inversiones Extranjeras, quedando facultado el inversionista a renunciar a la invariabilidad, integrándose al régimen impositivo común.

De manera semejante, en Perú, mediante Decreto Supremo núm. 162 de 1992, se aprobó el “Reglamento de los Regímenes de Garantía a la Inversión Privada”, según el cual se otorgan determinadas garantías de estabilidad jurídica en diversas materias, tales como, régimen tributario, libre disponibilidad de divisas, derecho de libre remesa de utilidades y régimen de contratación. Al respecto, cabe precisar que la estabilidad jurídica en aspectos tributarios implica la suscripción de un convenio cuyo objeto consiste en que “quienes se encuentren amparados por convenios de estabilidad jurídica se les seguirá aplicando la misma legislación que regía al momento de la suscripción del convenio, sin que les afecten las modificaciones que se introduzcan a la misma sobre materias y por el plazo previsto en dicho convenio, incluida la derogatoria de las normas legales, así se trate de disposiciones que resulten menos o más favorables” .

Posteriormente en Ecuador se expidió la Ley núm. 46 del 19 de diciembre de 1997 sobre “Promoción y garantía de inversiones” , la cual en su Título VII, dispone que, los titulares de inversiones sean estos nacionales o extranjeros, “tendrán derecho a beneficiarse de la estabilidad tributaria, entendida como el mantenimiento, por un período determinado, de la tarifa aplicable del impuesto a la renta existente al momento de efectuarse la inversión”, estabilidad que se extiende por un período de 10 años. Adicionalmente, la mencionada ley prevé la suscripción de unos contratos de inversión con el Ministerio de Comercio Exterior, Industrialización y Pesca, los cuales son elevados a escritura pública.

Al año siguiente, Panamá expidió una ley de estabilidad jurídica de las inversiones, según la cual “Las personas naturales o jurídicas, que lleven a cabo inversiones en Panamá, gozarán por un plazo de diez años de beneficios de estabilidad jurídica, estabilidad tributaria nacional, estabilidad tributaria municipal así como estabilidad de los regímenes aduaneros, estabilidad en el régimen laboral. Para este fin se crea en el Ministerio de Comercio e Industria, el Consejo Consultivo de Estabilidad Jurídica de las Inversiones, integrado por

representantes de los diferentes entes empresariales panameños” , siendo necesario para acogerse a los beneficios de la ley, invertir la suma mínima de dos millones de balboas.

En este orden de ideas, con el correr de los años, los países latinoamericanos han venido adoptando leyes de estabilidad jurídica caracterizadas por (i) buscar atraer capitales extranjeros hacia sectores claves de sus economías; (ii) enfocarse hacia aspectos tributarios; (iii) disponer la suscripción de convenios o contratos entre los inversionistas y el correspondiente Estado, cuyo objeto consiste en que, por determinado tiempo, a los primeros se les continuarán aplicando las leyes vigentes al momento de la celebración de aquéllos mas no las normas posteriores; (iv) en ciertos casos, se ha previsto que el inversionista pueda renunciar al tratamiento tributario más favorable.

6. Examen de constitucionalidad de las normas acusadas a la luz de los artículos 1, 3, 95, 150.1 y 189.11 constitucionales.

El ciudadano demandante plantea un cargo de inconstitucionalidad de carácter global contra determinados apartes de los artículos 1º, 2º, 3º, 4º y 6º de la Ley 963 de 2005, por cuanto, a su juicio, al legislador le está vedado disponer que el Estado pueda suscribir unos contratos de estabilidad jurídica con unos determinados inversionistas nacionales y extranjeros, según los cuales durante el tiempo de vigencia del contrato (entre 3 y 20 años), se les continuarán aplicando determinadas leyes, decretos, actos administrativos de carácter general, así como las interpretaciones administrativas vinculantes efectuadas por los organismos y entidades de los sectores central y descentralizado por servicios, que resultaron determinantes para realizar la inversión, por cuanto el Congreso de la República no puede, bajo pena de vulnerar el principio democrático y aquel de la soberanía popular, autolimitar su competencia constitucional para legislar, ni tampoco puede hacer lo propio con la potestad reglamentaria del Presidente de la República, ni mucho menos determinar que ciertos inversionistas nacionales o extranjeros que suscriban los contratos de estabilidad jurídica terminen “escapando a la aplicación de las nuevas leyes por un período de 3 a 20 años”, vulnerándose de esta manera el deber ciudadano de cumplir la Constitución y las leyes. En otras palabras, el ciudadano plantea un cargo de inconstitucionalidad de carácter global contra diversas expresiones de la Ley 963 de 2005, por vulnerar los artículos 1, 3, 95, 150.1 y 189.11 constitucionales.

Pues bien, dado que los segmentos normativos acusados del artículo 1º de la Ley 963 de 2005 carecen de sentido autónomo, la Corte considera necesario examinar la constitucionalidad de toda la norma de la cual aquéllos hacen parte, disposición ésta que, al ser cardinal puesto que en ella se define el concepto de contrato de estabilidad jurídica, será estudiada aisladamente, para luego decidir, de manera conjunta, sobre la exequibilidad de las demás normas legales acusadas, las cuales constituyen desarrollos lógicos de aquélla.

6.1. Análisis del artículo 1º de la Ley 963 de 2005. Exequibilidad condicionada de la norma acusada.

El artículo 1º de la Ley 963 de 2005 define los contratos de estabilidad jurídica en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 1o. CONTRATOS DE ESTABILIDAD JURÍDICA. Se establecen los contratos de estabilidad jurídica con la finalidad de promover inversiones nuevas y de ampliar las existentes en el territorio nacional.

Mediante estos contratos, el Estado garantiza 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 tendrán derecho a que se les continúen aplicando dichas normas por el término de duración del contrato respectivo.

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

Pues bien, tal y como lo sostiene el demandante, la norma acusada podría ser entendida en el sentido de que el Congreso de la República, mediante la expedición de aquella, vulneró los artículos 1º (Principio democrático) y 3 constitucionales (principio de soberanía popular), puesto que estaría auto limitando su competencia constitucional para legislar; que otro tanto sucedería con la potestad reglamentaria del Presidente de la República, y que igualmente la aplicación de la norma legal conduciría a que determinados inversionistas nacionales o extranjeros que suscriban los contratos de estabilidad jurídica terminen “escapando a la aplicación de las nuevas leyes por un período de 3 a 20 años”, vulnerándose de esta manera el deber ciudadano de cumplir la Constitución y las leyes (art. 95 constitucional). La anterior interpretación de la norma acusada vulneraría efectivamente los artículos 1, 3, 150.1 y 189.11 Superiores. Una segunda interpretación, por el contrario, apuntaría a que la disposición demandada es conforme con la Constitución si se entiende que los órganos del Estado conservan plenamente 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, hermenéutica que es acogida por la Corte, por las razones que pasan a explicarse.

Los contratos de estabilidad jurídica son de carácter administrativo, con objeto lícito, sinalagmáticos, suscrito entre el Estado y un determinado inversionista nacional o extranjero, mediante el cual, de conformidad con diversos artículos de la Ley 963 de 2005, el primero se compromete a garantizarle al segundo que, durante un determinado tiempo (entre 3 y 20 años), se le continuarán aplicando unas determinadas normas jurídicas expresas y precisas estipuladas en el texto del contrato, y sus correspondientes interpretaciones, las cuales fueron consideradas determinantes para realizar la inversión; a cambio, el inversionista se compromete a (i) llevar a cabo una nueva inversión o a ampliar una existente; (ii) presentar un estudio en el que se demuestre el origen de los recursos con los cuales se pretenden realizar las nuevas inversiones o la ampliación de las existentes, al igual que una descripción detallada y precisa de la actividad, acompañada de los estudios de factibilidad, planos y estudios técnicos que el proyecto requiera o amerite y el número de empleos que se proyecta generar; (iii), en caso de presentarse subrogación o cesión en la titularidad de la inversión, el nuevo titular deberá contar con la aprobación de

un Comité creado por la ley, para efecto de mantener los derechos y obligaciones adquiridos en los contratos de estabilidad jurídica; (iv) cumplir de manera estricta las disposiciones legales y reglamentarias que regulen la actividad vinculada con el tipo de actividad de que se trate y pagar puntualmente los impuestos, tasas y contribuciones y demás cargos sociales y laborales a que está sujeta la empresa; (v) acatar fielmente con el conjunto de normas establecidas o que establezca el Estado para orientar, condicionar y determinar la conservación, uso, manejo y aprovechamiento del ambiente y los recursos naturales; y (vi) cumplir “con todas las obligaciones legales y reglamentarias de orden tributario y laboral adquiridas de conformidad con lo dispuesto en la presente ley.”

Ahora bien, de conformidad con el artículo 1º Superior, Colombia es un Estado Social de Derecho organizado democráticamente, en tanto que el artículo 3º Superior dispone que la soberanía reside en el pueblo, el cual la ejerce directamente o mediante sus representantes.

Al respecto, cabe señalar que la Corte, en numerosas ocasiones se ha referido a los contenidos de los mencionados principios constitucionales. En tal sentido, existe una clara línea jurisprudencial en cuanto a que una de las características esenciales del nuevo modelo político inaugurado por la Constitución de 1991, consiste en reconocer que todo ciudadano tiene derecho no sólo a conformar el poder, como sucede en la democracia representativa, sino también a ejercerlo y controlarlo, tal y como fue estipulado en el artículo

40 constitucional. A la par con lo anterior, en nuestro actual régimen político sigue conservándose la figura de la representación, la cual debe ser interpretada con los principios de la democracia participativa. En virtud de lo anterior, las decisiones adoptadas en el seno de los órganos colegiados deben basarse en el principio de las mayorías, respetando por supuesto los derechos de las minorías políticas. De allí que la ley sea la manifestación de la voluntad soberana del pueblo, expresada en el Congreso de la República mediante sus representantes, con sujeción estricta a la Constitución y al Reglamento Interior del mismo, con pleno respeto por los derechos de los grupos minoritarios. Sobre el particular, la Corte en sentencia C- 816 de 2004, al referirse a los vicios de procedimiento en la formación de la voluntad del Congreso de la República, estimó que “la soberanía popular hoy se expresa, en gran medida, a través de deliberaciones y decisiones sometidas a reglas procedimentales, que buscan asegurar la formación de una voluntad democrática de las asambleas representativas, que exprese obviamente la decisión mayoritaria, pero de tal manera que esas decisiones colectivas, que vinculan a toda la sociedad, sea un producto de una discusión pública, que haya permitido además la participación de las minorías.” De tal suerte que desconocería los principios democrático y de soberanía popular, una ley que le impidiese a los representantes del pueblo expresar, con sometimiento al principio de las mayorías, la voluntad de aquél en un momento histórico determinado.

Ahora bien, como desarrollo de los principios democrático y de soberanía popular, el artículo 150.1 Superior, establece que el Congreso de la República tiene competencia, en cualquier tiempo, para interpretar, reformar y modificar las leyes, margen de discrecionalidad que se restringe en la medida en que exista una mayor regulación constitucional del asunto de que se trate. De igual manera, desde el punto de vista material, la ley ordinaria, como categoría

normativa que es, puede regular cualquier aspecto del ordenamiento jurídico, siempre y cuando respete la Constitución, y en concreto, no regule aquellos temas expresamente reservados por la Constitución a una variedad especial de ley con fuerza pasiva reforzada, como es el caso de las leyes orgánicas y estatutarias. Quiere ello decir que, mediante la expedición de una ley ordinaria, no se puede garantizar que en el futuro el Congreso de la República se abstenga de ejercer sus competencias constitucionales para interpretar, reformar o modificar textos normativos de idéntica jerarquía, y mucho menos, cualesquiera superior a ella. De tal suerte que cualquier interpretación que permita el desconocimiento de la fuerza activa de las leyes sería una negación del concepto mismo de ley, y por tanto, inconstitucional en los términos del artículo 1 Superior. En efecto, el principio democrático es el fundamento del principio de temporalidad de la ley. En tal sentido, la regla de solución de antinomias según la cual “lex posteriori derogat priori”, constituye una manifestación del principio democrático, en el sentido de que la voluntad posterior del pueblo prevalece sobre la anterior.

Sobre el particular la Corte, en sentencia C-341 de 1998 consideró que “El legislador no puede prohibirse a sí mismo el futuro ejercicio de una facultad que la propia Constitución le confiere. Pues si la atribución correspondiente está contemplada por el Constituyente, a menos que éste supedite su ejercicio a la previa existencia de una disposición legal –como acontece con la sujeción de las funciones legislativas a las leyes orgánicas-, las restricciones al mismo consagradas en un estatuto de jerarquía legal implican reforma de la Constitución y por lo tanto exigen el pleno cumplimiento de los requisitos correspondientes”.

Así mismo, en fallo C- 1071 de 2003 esta Corporación, citando la anterior sentencia, respondió negativamente a la pregunta según la cual ¿Puede el legislador mediante una ley ordinaria autolimitar su propia potestad impositiva general?, afirmando que “Si se arribara a la conclusión de que el legislador podría prohibirse así mismo el ejercicio de su potestad legislativa, se afectaría, por una parte, la estabilidad financiera de la Nación, en perjuicio del interés colectivo y, por otra, no existiría un margen de control constitucional sobre la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas impositivas adoptadas por el legislador frente al conjunto sistemático de la Carta Fundamental.”

En este orden de ideas, la Corte considera que el artículo legal demandado 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 los términos del acuerdo celebrado con el Estado, las mismas condiciones legales existentes al momento de la celebración de aquél, de tal manera que en caso de modificación de dicha normatividad, y el surgimiento de alguna controversia sobre este aspecto, se prevé la posibilidad de acudir a mecanismos resarcitorios dirigidos a evitar 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. Pero su ocurrencia, si bien no impide su eficacia, trae como consecuencia que los inversionistas puedan acudir a las acciones judiciales que estimen convenientes. De tal suerte que la

incorporación de unas normas legales en un contrato estatal no impide la posterior modificación de las mismas por la autoridad competente.

Ahora, esa incorporación de la ley al contrato, no sólo es un principio general de la regulación de los contratos, sino que también es perfectamente conveniente, tanto en los contratos particulares como estatales. Por lo tanto, la verdadera fuente de la garantía de estabilidad jurídica del inversionista, no surge directa e inmediatamente de la ley acusada de inconstitucional, sino del contrato de estabilidad jurídica que por autorización de la misma ley la incorpora como regla interna reguladora de dicho contrato, convirtiéndose así en un derecho contractual a la estabilidad jurídica de la inversión. Luego en el fondo, de acuerdo con el artículo 58 constitucional, no se garantiza de esta manera meras expectativas, sino el derecho de los inversionistas que se adquieren por este contrato de estabilidad jurídica, el cual consiste en que los derechos que surjan de las inversiones se rijan por las normas vigentes al momento de la celebración del contrato de estabilidad jurídica y no por las leyes posteriores que eventualmente las modifiquen.

Por las anteriores razones, la norma acusada prescribe que frente a los inversionistas nacionales o extranjeros que celebren los contratos de estabilidad jurídica, el Estado entra a garantizarles que, si durante la vigencia de estos últimos, es decir, entre 3 y 20 años, se les modifica alguna de las normas que hayan sido identificadas en los contratos como determinantes para llevar a cabo la inversión, los inversionistas tendrán derecho a que se les continúen aplicando “dichas normas por el término de duración del contrato respectivo”, normas jurídicas que, a su vez, comprenden determinados artículos, incisos, ordinales, numerales, literales y párrafos específicos de leyes, decretos o actos administrativos de carácter general, así como las interpretaciones administrativas vinculantes efectuadas por los organismos y entidades de los sectores central y descentralizado por servicios que integran la rama ejecutiva del poder público en el 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 4º de la misma ley, exceptuando el Banco de la República.

De igual manera, cabe indicar que la ley excluye expresamente del objeto de los contratos de estabilidad jurídica (i) el régimen de seguridad social; (ii) la obligación de declarar y pagar tributos los tributos que el Gobierno Nacional decreta bajo estados de excepción; (iii) los impuestos indirectos; (iv) la regulación prudencial del sector financiero; y (v) el régimen tarifario de los servicios públicos. Tampoco podrá recaer sobre normas declaradas inconstitucionales o ilegales por los tribunales Colombia nos durante el término de duración de los contratos de estabilidad.

Al respecto, la Corte considera necesario aclarar que el ámbito de regulación de la ley está determinado por la Constitución, en tanto que la disposición transcrita parecería indicar que el Congreso podía entrar a fijar los alcances de los fallos de constitucionalidad, labor que, de conformidad con la Carta Política, le corresponde adelantar exclusivamente a la Corte Constitucional.

Ahora bien, tal y como quedó dicho, si esta garantía de estabilidad jurídica descansa, de una parte, en el interés general de asegurar la inversión en pro del desarrollo económico del país, y de otro, en interés particular de los inversionistas que reciben dicha garantía del contrato de estabilidad jurídica, se

concluye que se ajusta a las normas constitucionales antes indicadas. Por eso en el presente caso, y a diferencia de lo sostenido por los diversos intervinientes y la Vista Fiscal, no sólo se está ante un problema de confianza legítima, que alude a la protección de determinadas expectativas de los ciudadanos frente a los cambios intempestivos en el comportamiento de las autoridades públicas, incluido el legislador, sino más aún, ante la protección de los derechos que se adquieren con el contrato de estabilidad jurídica del inversor. Al respecto, la Corte en sentencia C- 1031 de 2004 consideró lo siguiente:

“Así pues, en esencia, la confianza legítima consiste en que el ciudadano debe poder evolucionar en un medio jurídico estable y previsible, en cual pueda confiar. Para Müller , este vocablo significa, en términos muy generales, que ciertas expectativas, que son suscitadas por un sujeto de derecho en razón de un determinado comportamiento en relación con otro, o ante la comunidad jurídica en su conjunto, y que producen determinados efectos jurídicos; y si se trata de autoridades públicas, consiste en que la obligación para las mismas de preservar un comportamiento consecuente, no contradictorio frente a los particulares, surgido en un acto o acciones anteriores, incluso ilegales, salvo interés público imperioso contrario.

Se trata, por tanto, que el particular debe ser protegido frente a cambios bruscos e inesperados efectuados por las autoridades públicas. En tal sentido, no se trata de amparar situaciones en las cuales el administrado sea titular de un derecho adquirido, ya que su posición jurídica es susceptible de ser modificada por la Administración, es decir, se trata de una mera expectativa en que una determinada situación de hecho o regulación jurídica no serán modificadas intempestivamente. De allí que el Estado se encuentre, en estos casos, ante la obligación de proporcionarle al afectado un plazo razonable, así como los medios, para adaptarse a la nueva situación.

(...)

De igual manera, la Corte ha insistido en que la garantía de la confianza legítima, de forma alguna 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 tanto, de petrificar el sistema jurídico. De tal suerte que, en el ámbito tributario, esta Corporación ha considerado que únicamente es viable predicar la vigencia del citado principio cuando quiera que existan realmente razones objetivas para confiar en la durabilidad de la regulación, como por ejemplo, cuando la norma en cuestión ha estado vigente por un largo período, no ha estado sujeta a modificaciones ni se ha propuesto su reforma, su existencia es obligatoria “es decir, no es discrecional para las autoridades responsables suprimir el beneficio” y ha generado “efectos previsibles significativos”, esto es, que los particulares han acomodado su comportamiento a lo prescrito por la norma.

En el presente caso, por el contrario, no se discute que los inversionistas nacionales o extranjeros cuenten con una expectativa válida de permanencia de una determinada regulación, sino que son titulares de un derecho subjetivo que tiene como fuente un contrato de estabilidad jurídica suscrito con el Estado, el cual, en caso de presentarse un incumplimiento podrá ser demandado el mismo ante las instancias judiciales. Siendo ello así, a fortiori, no se desconoce la potestad reglamentaria del Presidente de la República, por

cuanto, se insiste, el artículo 1º de la Ley 963 de 2005 no le impide desarrollar el texto de ley ordinaria alguna. Lo que sucede es que, al igual que con el legislador, la responsabilidad del Estado se puede ver comprometida por la aplicación de reglamentos posteriores a los inversionistas que habían suscrito contratos de estabilidad jurídica comprensivos de aquéllos, en virtud de los cuales, se les mantendrían por un determinado tiempo un régimen jurídico que consideran adecuado para realizar la inversión.

De igual manera, el artículo 1º de la Ley 963 de 2005, no conduce a que los inversionistas nacionales o extranjeros que suscriban los contratos de estabilidad jurídica terminarían “escapando a la aplicación de las nuevas leyes por un período de 3 a 20 años”, vulnerándose de esta manera el deber ciudadano de cumplir la Constitución y las leyes (artículo 95 constitucional). En efecto, en diversas ocasiones la Corte se ha pronunciado en relación con el contenido y el alcance del deber constitucional de obedecer la Constitución y la ley. Así, en sentencia C- 651 de 1997 estimó que “La obediencia al derecho no puede dejarse a merced de la voluntad de cada uno, pues si así ocurriera, al mínimo de orden que es presupuesto de la convivencia comunitaria, se sustituiría la anarquía que la imposibilita.”

Luego, en sentencia SU 747 de 1998 esta Corporación consideró que “En distintas sentencias la Corte se ha referido a los deberes constitucionales, a los cuales define como aquellas conductas o comportamientos de carácter público, exigibles por la ley a la persona o al ciudadano, que imponen prestaciones físicas o económicas y que afectan, en consecuencia, la esfera de su libertad personal.

Posteriormente, en sentencia SU-259 de 1999, la Corte Constitucional se refirió a los límites a los deberes en un Estado Social y Democrático de Derecho. En tal oportunidad, reiteró que los deberes constitucionales que vinculan a los ciudadanos no pueden hacerse tan rigurosos e invasivos, que dejen sin efectos sus derechos fundamentales. En aplicación del principio general de derecho, según el cual “Ad imposibilita nemotaneatur”, el cumplimiento de una obligación prescrita en la Carta Fundamental no puede llevarse hasta los límites irrazonables de la amenaza y vulneración de la propia integridad y seguridad.

Más recientemente, esta Corporación en sentencia C- 249 de 2002 consideró que en estricto sentido, la única obligación constitucional es la que prescribe el cumplimiento de la carta y de las leyes (artículo 95 C.N.). Los deberes, en cambio, serían patrones de configuración legislativa, a los cuales debe darse una interpretación restrictiva, de tal manera que no tengan como consecuencia la afectación del núcleo básico de los derechos fundamentales.

Pues bien, en el caso del artículo 1º de la Ley 963 de 2005 el legislador no está eximiendo a un grupo privilegiado de inversionistas nacionales o extranjeros de cumplir la Constitución o las leyes. De hecho, el artículo 11 de la citada normatividad dispone que “Los contratos de estabilidad deben estar en armonía con los derechos, garantías y deberes consagrados en la Constitución Política y respetar los tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano”. De allí que, quienes suscriban los contratos de estabilidad jurídica quedan sometidos al imperio de las nuevas leyes que no hayan sido objeto de los mismos, e igualmente, deben acatar todas aquellas disposiciones que hayan sido incluidas en los mencionados contratos. En otras palabras, el artículo 1º de la Ley 963 de 2005 no habilita o faculta a un determinado grupo de

personas para que incumplan la Constitución o la ley. De igual manera, el artículo 1º de la Ley 963 de 2005 no desconoce los principios democrático y de soberanía popular, como quiera que no le impide a los representantes del pueblo manifestar la voluntad del mismo en un momento histórico determinado mediante la modificación de las leyes, siempre y cuando se sometan para ello a la Constitución y el Reglamento Interno del Congreso.

En este orden de ideas, la Corte declarará exequible el artículo 1º de la Ley 963 de 2005, por el cargo analizado en esta sentencia, en el entendido de que los órganos del Estado conservan plenamente 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.

6.2 Examen de constitucionalidad de otras disposiciones de la Ley 963 de 2005, contenidas en sus artículos 2º, 3º, 4º y 6º, frente al cargo global de inconstitucionalidad planteado.

El demandante considera que determinados segmentos normativos de la Ley 963 de 2005, contenidos en sus artículos 2º, 3º, 4º y 6º, referentes a (i) el monto de la inversión, (ii) las normas e interpretaciones objeto de los contratos de estabilidad jurídica, (iii) el contenido de la solicitud de suscripción de los mismos, (iv) la conformación del Comité competente para darle curso a las mismas, (v) así como la duración de los mencionados contratos, conducen todas ellas, al igual que el artículo 1º de la Ley 963 de 2005, a desconocer el principio de soberanía popular, así como el ejercicio pleno de las competencias normativas del Congreso de la República y del Presidente de la República, atribuidas en los artículos 150 numeral 1 y 189 numeral 11 constitucionales. No comparte la Corte tales afirmaciones, por las razones que pasan a explicarse.

Tal y como se ha señalado, a diferencia de lo sostenido por el demandante, la Ley 963 de 2005 no le está impidiendo al Congreso de la República ejercer su competencia en el futuro para reformar las leyes ordinarias, incluso el texto mismo de la ley sobre contratos de estabilidad jurídica, o aquellos artículos, incisos, ordinales, numerales o párrafos específicos de las mismas que sean objeto de un contrato de estabilidad jurídica; lo que sucede es que, dichas modificaciones, llegado el caso, pueden dar origen a controversias con los inversionistas, para cuya solución las partes pueden incluir una cláusula compromisoria mediante la cual se prevé la conformación de un tribunal de arbitramento. En otras palabras, no se está garantizando una inmutabilidad del ordenamiento jurídico colombiano, por cuanto, de llegar a entenderse de esa manera, se vulneraría el principio democrático, consagrado en el artículo 1 Superior. De allí que la Ley 963 de 2005 no puede ser entendida como una cesión al ejercicio de la soberanía nacional. Tampoco se está “negociando el ordenamiento jurídico”, como lo sostiene el demandante, ya que el Estado conserva plenamente sus competencias para modificar las leyes existentes. En efecto, el legislador no podría comprometerse a no ejercer, a futuro, sus competencias constitucionales. La ley es una categoría normativa que no puede establecer límites o condiciones para la expedición de normas de igual jerarquía. Lo que sucede, se insiste, es que se está ante un contrato, en virtud del cual el Estado se comprometió a mantener unas condiciones normativas favorables, aplicables únicamente en el contexto de dicho acuerdo particular, equilibrio económico que podría verse alterado por la adopción de una norma

aplicable a la inversión realizada, caso en el cual el Estado podría ver comprometida su responsabilidad.

En igual sentido, cabe señalar que, en su artículo 3º, la Ley de 963 de 2005 dispone que en los contratos de estabilidad jurídica deberán indicarse de manera expresa y taxativa las normas e interpretaciones vinculantes realizadas por vía administrativa, que sean consideradas determinantes para la inversión. Al respecto, es necesario precisar que las interpretaciones que adelanta la administración no tienen rango de ley y que no pueden oponerse a la interpretación adelantada por los jueces de la República, cuya independencia está amparada por los artículos 228 y 230 constitucionales. En otras palabras, le está vedado al legislador determinar los efectos que tendrán los fallos proferidos por la Corte Constitucional. De igual manera, es preciso aclarar que aquellas interpretaciones vinculantes realizadas por vía administrativa deben ser conformes con la Constitución y la ley; en caso contrario, se estaría ante un contrato administrativo cuyo objeto sería ilícito.

Así mismo, la ley dispone que en los contratos de estabilidad jurídica se podrá incluir una cláusula compromisoria mediante la cual, en caso de suscitarse una controversia derivada de los mismos, se conformará un tribunal de arbitramento nacional, regido exclusivamente por leyes colombianas, es decir, se prevé un mecanismo de solución de controversias para aquellos casos en que se suscite un conflicto entre las partes que suscribieron el contrato de estabilidad jurídica.

Al respecto, la Corte considera que si bien en el texto del contrato de estabilidad jurídica se puede incluir una cláusula compromisoria, mediante la cual se prevé la conformación de un tribunal de arbitramento para resolver las diferencias que se presenten entre los contratantes, también lo es que se trata tan sólo de una facultad de que disponen las partes, pero que de manera alguna pueden desconocer las competencias constitucionales del Consejo de Estado, y además, en caso de que el correspondiente laudo arbitral incurra en un vicio de hecho, procederá la acción de tutela contra el mismo.

Cabe asimismo señalar que el artículo 11 de la Ley 963 de 2005 dispone que “Los contratos de estabilidad deben estar en armonía con los derechos, garantías y deberes consagrados en la Constitución Política y respetar los tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano”. A primera vista, se podría pensar que se trata de una previsión legal superflua, dado es que evidente que ningún contrato suscrito por el Estado colombiano puede vulnerar la Constitución o los tratados internacionales ratificados por el mismo, so pena de nulidad absoluta por violación de normas de orden público. Con todo, la Corte considera necesario resaltar que la Ley de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia, no puede conducir a la suscripción de contratos estatales que afecten las condiciones laborales de los trabajadores. De allí que las normas laborales que, con posterioridad a la suscripción del contrato de estabilidad jurídica, conlleven un avance en la materia a favor de los trabajadores, deberán aplicarse inmediatamente a las relaciones que éstos tengan con los inversionistas nacionales o extranjeros. En otras palabras, uno es el ámbito de aplicación de la ley y otro aquel de las obligaciones contractuales asumidas por el Estado.

En este orden de ideas, la Corte declarará exequibles, por el cargo global analizado en la presente sentencia, los apartes normativos acusados del artículo 2º, 3º, 4º y 6º de la Ley 963 de 2005.

DECISIÓN

Con fundamento en las precedentes motivaciones, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. ESTARSE A LO RESUELTO en la sentencia C-242 de 2006, mediante la cual se declararon exequibles, únicamente en relación con el derecho a la igualdad, las expresiones

“... el Estado garantiza 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 tendrán derecho a que se les continúen aplicando dichas normas por el término de duración de l contrato respectivo” del artículo 1º, el artículo 2º y el inciso segundo del artículo 3º de la Ley 963 de 2005.

Segundo.- Declarar EXEQUIBLE el artículo 1º de la Ley 963 de 2005, por el cargo analizado en esta sentencia, en el entendido que los órganos del Estado conservan plenamente 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.

Tercero.- Declarar EXEQUIBLES, por el cargo global analizado en la presente sentencia, los apartes normativos acusados del artículo 2º, 3º, 4º y 6º de la Ley 963 de 2005.

Cópiese, notifíquese, publíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Presidente

CON ACLARACION DE VOTO

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

CON SALVAMENTO DE VOTO

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

CON SALVAMENTO DE VOTO

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNANDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ALFREDO BELTRÁN SIERRA
CON
RELACIÓN A LA SENTENCIA
C-320 DE 25 DE ABRIL DE 2006
(Expediente D-5983)

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de la Corte Constitucional, y tal como lo hice en relación con lo resuelto en la sentencia C-242 de 2006, salvo el voto en esta oportunidad con respecto a lo decidido en la sentencia C-320 de 25 de abril de 2006, por cuanto desde el punto de vista sustancial las razones de la discrepancia son idénticas. Así:

1. Mediante la sentencia C-242 de 29 de marzo de 2006, se declara la exequibilidad parcial del artículo 1º de la Ley 963 de 2005, así como también se declaran exequibles el artículo 2º y el inciso 2º del artículo 3º de la misma Ley.
2. Ahora, en la sentencia C-320 de 25 de abril de 2006 se decidió estar a lo resuelto en la sentencia C-242 de 2006, y, además, declarar la exequibilidad de los artículos 2º, 3º, 4º y 6º de la Ley 963 de 2005 “por el cargo global analizado”, y el artículo 1º de la misma Ley “en el entendido que los órganos del Estado conservan plenamente 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”.
3. A mi juicio, y tal como lo expresé en el salvamento de voto a la sentencia C-242 de 2006, las normas que ahora se declaran exequibles por la Corte en la sentencia aludida, así como en su integridad ese cuerpo normativo, violan de manera palmaria y grave la Constitución Política.

Como puede observarse, mediante la Ley 963 de 2005 se establecen “los contratos de estabilidad jurídica”, en virtud de los cuales “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” (art. 1º), norma ésta que tiene desarrollo luego en el texto de la Ley.

Significa lo anterior que, en virtud de lo dispuesto en la norma acabada de mencionar, se impone al legislador en el futuro una limitación al ejercicio de la potestad legislativa, inadmisibles frente a la Constitución Política. 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, que se le atribuye por el artículo 150 de la Constitución. La soberanía, como atributo del Estado según las enseñanzas clásicas de Bodino, de John Locke, de Rousseau y de Montesquieu, es inalienable, no está en el comercio, no puede ser objeto de negociación con los particulares, como aquí se autoriza mediante la Ley 963 de 2005 según el artículo transcrito, el cual guarda relación inescindible con el artículo 3º en el que expresamente se indica que “podrán ser objeto de los contratos de estabilidad jurídica los 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 Descentralizado por Servicios que integran la Rama Ejecutiva del Poder

Público en el 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”.

Es claro, entonces, que la legislación puede ser objeto según esa Ley de negociación con los inversionistas privados cuando éstos consideren que la petrificación normativa resulta favorable a sus intereses, aún en el caso de que esa modificación legislativa sea favorable al interés general. Ello es así, por cuanto el propio texto del artículo 1º de la Ley 963 de 2005, de manera inequívoca señala que el Estado les garantiza a tales inversionistas que no se modifica la Ley cuando le sea “adversa a éstos”, o, dicho de otra manera, se puede ejercer la función de hacer las leyes pero sólo cuando les sea a ellos favorable. Es esa una claudicación inaudita de un Estado soberano frente al capital extranjero, lesiva no sólo de la Constitución sino de la propia dignidad nacional.

Las normas acusadas quebrantan el Preámbulo de la Constitución, y simultáneamente con éste el artículo 3º, pues de allí en adelante ya no es cierto que la soberanía resida exclusivamente en el pueblo y que de éste emane el poder público, pues se traslada como sujeto de la misma a los inversionistas privados y la legitimidad de la ley no surgirá de la

Constitución sino de que se ajuste al contrato de estabilidad jurídica celebrado con ellos. Es evidente, que si una norma se incluyó entre aquéllas que puedan ser objeto de ese singular tipo contractual, el Estado queda obligado a no modificarla en forma adversa al contratista, lo que quiere decir que si lo hace incurrirá en responsabilidad por el incumplimiento del contrato. Es decir, se sustituye la soberanía popular por las cláusulas contractuales con inversionistas que, además, sólo admitirán que se legisle cuando las normas no le sean “adversas a éstos”. Toda otra legislación resultará ilegítima, aun cuando el Estado invocara para dictarla su condición de soberano, pues ésta habrá desaparecido. La celebración de los contratos de estabilidad jurídica sepulta entonces la primacía de la Constitución para abrirle paso a la primacía del contrato de estabilidad jurídica. Se sustituye el deber de los nacionales y extranjeros de acatar la Constitución y las leyes de Colombia, por el respeto íntegro al contrato de estabilidad jurídica mediante el cual entra en las leyes del mercado la potestad legislativa del Estado soberano. Ello resulta, por supuesto violatorio del artículo 4º de la Constitución.

En virtud del contrato de estabilidad jurídica, no podría en adelante el Congreso de la República expedir normas nuevas para establecer contribuciones parafiscales conforme lo autoriza el artículo 150, numeral 12 de la Constitución, pues el inversionista privado podría enervar la potestad legislativa bajo la alegación de que una nueva contribución de esta especie constituye una modificación legislativa que le resulta “adversa”; si el Congreso le impartiera aprobación a un Tratado Internacional en ejercicio de la atribución que le asigna el artículo 150, numeral 16 de la Constitución y un inversionista privado llegare a considerar que ese instrumento internacional lesiona sus intereses, podría entonces aducir contra él que se introdujo una modificación “en forma adversa” a sus intereses, con violación del contrato de estabilidad jurídica que lo prohibía; si el Congreso de la República como representante del pueblo decidiera mediante una ley dictar normas para señalar los objetivos y criterios a los cuales deba sujetarse el gobierno para organizar el crédito público, o para

regular el comercio exterior o para señalar el régimen de cambios, o para introducir modificaciones a la política comercial a los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas, o para regular de una manera distinta la actividad financiera, bursátil o aseguradora, o para fijar el régimen salarial y prestaciones de los servidores públicos, se le podría acusar por el inversionista privado de haber introducido modificaciones a la legislación preexistente no compatibles con el contrato de estabilidad jurídica en la medida en que por él se considere que se legisló “en forma adversa” al interés particular del cual es titular; si el Congreso resuelve expedir mediante una ley, normas de intervención económica respecto de la explotación de los recursos naturales, o sobre el uso del suelo, o para regular la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y servicios públicos y privados o para racionalizar la economía para mejorar la calidad de vida de los colombianos, efectuar una distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo o para preservar y hacer efectivo el derecho a un ambiente sano, se le podría formular la objeción de la intangibilidad de la legislación anterior en virtud de la celebración del contrato de estabilidad jurídica, con lo cual se harían nugatorias las atribuciones del Congreso consagradas para este efecto en el artículo 150, numeral 21 y en el artículo 334 de la Carta, pues la dirección general de la economía no quedaría así sujeta a los intereses generales sino a los intereses particulares del inversionista privado; si el

Congreso optara por dictar normas especiales en materias económicas y sociales para las zonas de frontera como lo autoriza el artículo 337 de la Constitución, podría aducirse que existe una obligación de no hacer pactada en un contrato de estabilidad jurídica para impedir los efectos generales inmediatos de la ley y aducir su inaplicabilidad al inversionista privado si le resulta “adversa” según su alegación; si se dictara por el Congreso de la República una norma sobre servicios públicos, las compañías privadas podrían aducir la inmodificabilidad de la legislación anterior, si consideran la nueva ley expedida “en forma adversa” a sus intereses particulares; si se les confirieran nuevos derechos a los usuarios de los servicios públicos mediante la expedición de una ley que señalara un régimen nuevo para su protección y las formas de participación en la gestión y fiscalización de las empresas prestadoras de ellos, el inversionista privado podría elevar su reclamo por violación del contrato de estabilidad jurídica.

Los anteriores, son apenas algunos ejemplos, pues es claro que la fértil imaginación de los inversionistas privados podrá extender el campo de aplicación de los contratos de estabilidad jurídica cada vez más, para excluir la aplicación de cualquier norma que, a su juicio, fuere expedida “en forma adversa” a sus muy importantes intereses, que sin embargo, sólo serán intereses privados por encima de los cuales siempre deberá estar el interés general, las normas de derecho Público y la soberanía nacional.

4. Si los novedosos contratos de estabilidad jurídica hubieran existido para la época, se conservarían todavía las normas discriminatorias y opresoras que regulaban las instituciones de la mita y la encomienda durante la colonia; de igual manera, persistirían entonces las normas reguladoras de la esclavitud, pues la ley de 21 de mayo de 1851 les resultaba adversa a los propietarios y comerciantes de esclavos; en nombre de la estabilidad jurídica, no podría haberse introducido ninguna norma reguladora de los contratos que para la

construcción de ferrocarriles y para el impulso de la navegación se suscribieron a lo largo del Siglo XIX; con contrato de estabilidad jurídica, no podrían haberse introducido modificaciones a la legislación que permitió la explotación inmisericorde de los caucheros por la Casa Arana en los Llanos Orientales, a la que se refiere José Eustasio Rivera en La Vorágine; conforme a contratos de este linaje, resultaría intangible la legislación para explotar el trabajo y negar la seguridad social a los campesinos de la zona bananera objeto de matanza a mano de las fuerzas oficiales al servicio de la United Fruit Company que denunció en el Congreso de Colombia Jorge Eliécer Gaitán en 1928; con contratos de estabilidad jurídica como los que ahora se regulan por la Ley 963 de 2005, la explotación del petróleo y de los hidrocarburos, no podría haber sido objeto de modificación alguna, pues las compañías extranjeras, como inversionistas privados, podrían invocar a su favor la legislación preexistente frente a la nueva, si ésta les fuere adversa a sus intocables intereses; sometido el Estado a un contrato de estabilidad jurídica, no podría expedir ahora una ley como la de la Colombianización de la Banca de 1975, ni crear contribuciones parafiscales como la que se creó con destino a la protección de la niñez a través del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ni podría modificar tampoco la legislación que pudiera afectar a las compañías transnacionales que operan en el cada día más creciente campo de las telecomunicaciones.

5. En la sentencia C-320 de 2006 a la cual se refiere este salvamento de voto, se afirma en su numeral 3º de la parte resolutive que la declaración de exequibilidad del artículo 1º de la Ley 963 de 2005 se realiza en forma condicional, pues se entiende que los órganos del Estado “conservan plenamente 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”. Es decir, se reafirma lo que se había dicho ya en el salvamento de la sentencia C-242 de 2006 en cuanto a que si el Congreso de la República ejerce la soberanía del Estado para modificar las normas que en opinión de los inversionistas no les sean favorables, podrán ejercer acciones judiciales contra el Estado Colombiano. Aquí se despeja cualquier asomo de discusión y, de manera contundente y sin ambages se les dice que si el Congreso de Colombia osa legislar en lo que aparentemente les fuere desfavorable, quedan legitimados para demandar al Estado y obtener las indemnizaciones correspondientes, con lo cual 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.

Si anteriormente salvé el voto, ahora lo hago con mucha mayor razón, pues mi discrepancia con la existencia misma de los contratos de estabilidad jurídica que regula la Ley 963 de 2005 es absoluta por razones de dignidad nacional, por la afectación muy grave a la soberanía del Estado y por la violación ostensible de la Constitución.

Fecha ut supra.

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

5. SENTENCIA C-961 DE 2006

CORTE CONSTITUCIONAL

SALA PLENA

REFERENCIA: EXPEDIENTE D-6304.

ASUNTO: DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD EN CONTRA DEL ARTÍCULO 7° (PARCIAL) DE LA LEY 963 DE 2005, “POR LA CUAL SE INSTAURA UNA LEY DE ESTABILIDAD JURÍDICA PARA LOS INVERSIONISTAS EN COLOMBIA”.

DEMANDANTE; JORGE HERNAN GIL ECHEVERRY.

MAGISTRADO PONENTE: DR. RODRIGO ESCOBAR GIL.

BOGOTÁ, D.C., VEINTIDÓS (22) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL SEIS (2006).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y el trámite establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

Sentencia

I. Antecedentes

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano Jorge Hernán Gil Echeverry, presentó demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 7° (parcial) de la Ley 963 de 2005, “por la cual se instaura una ley de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia”.

Mediante auto del veinticinco (25) de mayo de dos mil seis (2006) el magistrado sustanciador resolvió admitir la demanda, dispuso su fijación en lista y, simultáneamente, corrió traslado al Procurador General de la Nación para los efectos de su competencia. En la misma providencia, ordenó comunicarla al Ministro del Interior y de Justicia, al Ministro de Comercio, Industria y Turismo, al presidente del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, al presidente de la Asociación Nacional de Industriales (ANDI), al director del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, al director de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, al director del Colegio de Abogados Comercialistas y a los decanos de las facultades de derecho de las universidades del Rosario, Sergio Arboleda y Santo Tomás, para que intervinieran en caso de considerarlo conveniente.

Una vez cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de inconstitucionalidad, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda en referencia.

II. Texto de la disposición demandada

A continuación se transcribe el artículo 7° de la Ley 963 de 2005 y se resalta el segmento demandado.

“LEY 963 de 2005

Por la cual se instaura una ley de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia,

ART. 7°—Cláusula compromisoria. 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 residido exclusivamente por leyes colombianas”.

III. La demanda

El demandante estima que al establecer con carácter obligatorio un tribunal de arbitramento nacional regido exclusivamente por leyes colombianas, el aparte demandado del artículo 7° de la Ley 963 de 2005 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”, contemplado en el artículo 229 superior.

Anota el libelista que, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, la suscripción de un convenio arbitral debe proceder de la libre y espontánea voluntad de las partes y que el condicionamiento impuesto por el artículo parcialmente acusado comporta la imposición de unos límites reñidos con la Carta, pues la fijación de las condiciones y del alcance del convenio arbitral no compete al legislador sino a los contratantes, quienes “tienen la función de habilitar los árbitros”.

Señala el actor que el artículo 116 de la Constitución, al establecer que el arbitraje se desarrolla “en los términos que determine la ley”, alude al procedimiento arbitral y, por lo tanto, “so pretexto de desarrollar el principio de legalidad o de delegación en el legislador para que establezca los términos del arbitraje, no se puede limitar o condicionar el principio constitucional de la habilitación o voluntariedad, cuyo desarrollo quedó encomendado a las partes mismas, mediante la suscripción de un convenio arbitral”.

Considera el libelista que en relación con los inversionistas extranjeros “se rompe el principio de igualdad de oportunidades”, pues ambos contratistas deberían tener la oportunidad de discutir el contenido de la cláusula compromisoria, sin que “el legislador imponga unas condiciones en beneficio del Estado colombiano y en contra del inversionista extranjero”. A su juicio, esos privilegios otorgados al Estado colombiano le impiden al inversionista extranjero “un adecuado acceso a la administración de justicia”.

El demandante agrega que la disposición impugnada lesiona la Convención de Washington sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre estados y nacionales de otros estados, así como otros acuerdos bilaterales de inversión “en los cuales se establece que la mayoría de los árbitros no podrán tener la nacionalidad del estado contratante” e igualmente, “que los árbitros resolverán el asunto de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes”.

Puntualiza el actor que en la Convención de Washington no existe la limitación prevista en el artículo demandado, ni reserva a favor del Estado colombiano y apunta que la disposición impugnada “también desconoce el artículo II, numeral 1° de la Convención de New York de 1958”, porque el Estado colombiano “se ha obligado a reconocer el pacto arbitral que conste por escrito, sin que pueda invocar las limitaciones establecidas en la norma demandada”.

Finalmente, el demandante expone que las referencias a los tratados internacionales “no constituyen razones de inconstitucionalidad”, pero sirven para acreditar las violaciones alegadas.

IV. Intervenciones

1. Intervención del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo

La ciudadana Martha Lucía Casas de Montoya intervino en representación del

Ministerio de Comercio, Industria y Turismo para defender la constitucionalidad del artículo 7° de la Ley 963 de 2005 en la parte demandada.

Apoyándose en jurisprudencia de la Corte Constitucional, la interviniente hace énfasis en que el artículo 116 de la Constitución confiere competencia al Congreso de la República para determinar los procedimientos y contenidos de la justicia arbitral e indica que un entendimiento distinto lleva a desconocer el sentido y alcance de la expresión “en los términos que determine la ley”.

En criterio de la interviniente la disposición atacada conserva el carácter voluntario del arbitramento, porque las partes contratantes tienen plena libertad para acordar el sometimiento de las eventuales diferencias, a los árbitros o para abstenerse de pactarlo así, razón por la cual el artículo 7° de la Ley 963 de 2005 no viola los artículos 116 y 229 de la Carta, ni desconoce el principio de igualdad de oportunidades, ya que si las partes acuerdan la cláusula compromisoria, “el contratista libremente se somete a que el tribunal arbitral sea nacional y a que la legislación colombiana vigente en materia de arbitramento será la aplicable”.

La interviniente añade que el establecimiento de un tribunal de arbitramento doméstico regido por las leyes internas responde al objeto de los contratos de estabilidad jurídica y, adicionalmente, a las finalidades de estimular la inversión, de atender a una necesidad apremiante para los inversionistas y de equilibrar los intereses de éstos y el interés general.

2. Intervención de la Asociación Nacional de Empresarios de Colombia —

ANDI— El ciudadano Hernán Puyo Falla intervino en su calidad de representante legal suplente de la Asociación Nacional de Empresarios de Colombia —ANDI— y solicitó a la Corte decretar la exequibilidad de la disposición parcialmente impugnada.

En apoyo de su solicitud el interviniente aduce que el principio de voluntariedad le impide al legislador establecer el arbitraje obligatorio, mas no limitar, aun por razones de conveniencia, “el arbitraje internacional respecto de determinados asuntos” y tampoco considera vulnerado el principio de habilitación, porque “si así fuera, debería concluirse que ninguna de las disposiciones sobre el pacto arbitral de que trata la compilación contenida en el Decreto 1818 de 1998 sería constitucional y, además, “en materia de inversión, el interés empresarial más que en la falta de regulación, descansa en la existencia de la misma, pero en forma clara e inequívoca”.

Añade el interviniente que la aplicación del derecho interno no implica violación de la igualdad de oportunidades del inversionista extranjero, pues este debe cumplir la legislación del país en el cual invierte y tiene la opción de pactar o no la estabilidad e incluso de sujetar las eventuales diferencias a la jurisdicción ordinaria.

Para finalizar, el interviniente apunta que la disposición acusada no contradice la Convención de Nueva York, pues “en manera alguna conculca la garantía que tienen los contratantes de que el Estado miembro reconozca la validez del pacto arbitral escrito” y, fuera de esto, la citada convención no integra el bloque de constitucionalidad, cosa que también ocurre con la Convención de Washington sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados.

3. Intervención de la Universidad del Rosario

En representación de la Universidad del Rosario intervino el profesor Juan Jacobo Calderón Villegas, quien defendió la constitucionalidad del precepto impugnado. Con tal finalidad señaló que, en contra de lo sostenido por el actor, no existe un precedente “conforme al cual la totalidad de condiciones del pacto arbitral requieran tener su origen, de manera exclusiva, en la espontánea y libre voluntad de los contratantes”, o de acuerdo con el cual el Congreso de la República sea incompetente para definir la nacionalidad de un tribunal de arbitramento y las normas que lo rigen.

Después de un pormenorizado repaso de la jurisprudencia citada por el actor en la demanda, el representante de la Universidad del Rosario concluyó que la autonomía de la voluntad impide obligar a las partes a someterse a un procedimiento arbitral, pero que el alcance de esa autonomía no supone que el legislador carezca de competencia en orden a regular los aspectos asociados con el pacto arbitral”.

En criterio del interviniente el legislador tiene competencia para determinar: el responsable del trámite arbitral (i), el procedimiento que debe seguir dicho trámite (ii), el tipo de asuntos que pueden ser objeto de pronunciamiento arbitral (iii), las materias sujetas a su conocimiento (iv), las reglas que lo regirán (v), la forma y efecto de las decisiones allí adoptadas (vi) y el control de las mismas”.

Sin embargo las restricciones impuestas a la autonomía de la voluntad deben superar el juicio de proporcionalidad que, según el interviniente, en este caso es débil, porque las materias reguladas por la disposición demandada “no comportan aspectos profundamente cercanos al núcleo esencial del libre desarrollo de la personalidad” Así las cosas, manifiesta que el precepto parcialmente impugnado se fundamenta en el principio de soberanía y “optimiza la capacidad de regulación del Estado en materias que, como las disciplinadas en la Ley 963 de 2005, son particularmente sensibles”, se encuentran asociadas con el desarrollo económico del país y se refieren a contratos “por cuyo efecto podría considerarse restringida, en alguna medida, ... (Sic).

El representante de la Universidad del Rosario añade que, de ser necesario, la disposición acusada superaría un juicio estricto de constitucionalidad y, al ocuparse de los cargos relativos a la violación de los derechos a la igualdad de oportunidades y a acceder a la administración de justicia, correspondientes a los inversionistas extranjeros, indica que el argumento desconoce la competencia específica del legislador a efectos de regular el arbitraje y, fuera de ello, de algún modo supone la falta de imparcialidad de los tribunales nacionales, siendo que “la posibilidad de discutir el contenido del pacto arbitral tiene el mismo alcance para el inversionista que para la autoridad estatal”, pues “ambos ostentan el mismo punto de partida”.

En relación con el presunto desconocimiento de normas internacionales contenidas en instrumentos internacionales en materia de inversión, el interviniente apunta que la suscripción de contratos de estabilidad jurídica no impide aplicar los mecanismos previstos en los referidos instrumentos y que no existe una incompatibilidad clara entre el artículo 7° de la Ley 963 de 2005 y esos instrumentos, porque “de la revisión de algunos de ellos no se deriva que

una limitación como la prevista en la disposición demandada contraría el sistema de solución de conflictos previsto en los citados instrumentos”.

Por último, en el escrito de intervención se puntualiza que, aun si se admitiera la contradicción entre el artículo parcialmente demandado y los instrumentos internacionales, sería válido sostener que “entre los dos grupos de inversionistas comparados existe una diferencia constitucionalmente relevante que justifica un trato diferenciado”.

4. Intervención de la Universidad Santo Tomás

Marina Rojas Maldonado, directora del consultorio jurídico de la Universidad Santo Tomás, intervino y consideró que la disposición parcialmente acusada se ajusta a la Carta, por cuanto “son los propios sujetos de la relación jurídica, quienes deben definir el destino de su vínculo y obviamente, los procedimientos y autoridades que habrán de resolver los eventuales desacuerdos”.

A juicio de la interviniente, como el convenio arbitral debe ser el resultado del libre acuerdo de las partes, “ambos contratantes deberán tener la oportunidad de discutir el contenido de la cláusula compromisoria” y por ello no se viola el principio de igualdad de oportunidades ni el debido acceso a la administración de justicia.

5. Intervención de la Universidad Sergio Arboleda

El vicedecano de la Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, profesor José María del Castillo Abella, considera que el aparte demandado es inexecutable o que, subsidiariamente, se puede acudir a una constitucionalidad condicionada, teniendo en cuenta que la Corte “ha señalado la procedencia de los tribunales internacionales cuando en el contrato media un elemento extranjero, no así para la solución de controversias entre nacionales”.

Con apoyo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y en la doctrina, el interviniente argumenta que, a fin de proteger los intereses nacionales, “el legislador eliminó toda posibilidad de que los tribunales de arbitramento constituidos para dirimir conflictos derivados del contrato de estabilidad jurídica pudieran ser internacionales” y, al hacerlo así, impuso a las partes un tribunal de arbitramento nacional y regido por las leyes colombianas, lo cual quebranta los principios de voluntariedad y debido acceso a la administración de justicia, pues obliga a las partes a someter sus diferencias “exclusivamente a un tribunal nacional” e impide al inversionista extranjero acudir al arbitraje internacional.

A continuación el interviniente indica que la Ley 963 de 2005 pretende promover inversiones nuevas, así como la ampliación de las existentes y para ello busca fomentar la confianza de los inversionistas nacionales o extranjeros y esos propósitos pueden verse frustrados, ya que los principios de voluntariedad del arbitramento y de debido acceso a la administración de justicia les son vulnerados a los inversionistas extranjeros, porque “la norma acusada, les impide acudir a tribunales de arbitramento internacionales, y se les obliga a acudir, en un acto de falsa libertad de elección, únicamente al arbitraje nacional, regido exclusivamente por las leyes colombianas”.

Finalmente, el interviniente enfatiza que el arbitraje internacional es un instrumento para generar confianza en los inversionistas extranjeros y no puede ser visto como contrario a los intereses nacionales. Destaca que la misma Corte Constitucional “se ha inclinado a favor de su procedencia” e indica

que si la Corte “hubiese considerado que el arbitraje internacional es contrario a las disposiciones de la Carta Política, y concretamente a los intereses nacionales, ya se habría pronunciado al respecto en las tantas oportunidades en las que ha analizado la constitucionalidad de los tratados bilaterales para la promoción y protección de inversiones recíprocas que Colombia ha suscrito”, cuya finalidad es, precisamente, “atraer a los inversionistas extranjeros, mediante la generación de confianza en el país”.

6. Intervención de la Academia Colombiana de Jurisprudencia

En representación de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, los ciudadanos Bernardo Carreño Várela y Alfredo Lewin Figueroa conceptuaron a favor de la constitucionalidad de la disposición acusada.

Señalan los intervinientes que “la norma no impone como obligatorio el pacto arbitral, pues expresamente señala que tales contratos podrán incluir la cláusula compromisoria, lo que significa que se deja a voluntad de las partes, decidir si la incluyen o no”, e igualmente indican que el legislador “está facultado para imponer restricciones al arbitramento, diferentes de las establecidas en la Constitución, y por ello la “la voluntariedad de las partes en la habilitación no implica una derogatoria del principio de reserva legal en la regulación de los procedimientos, menos aún cuando de manera expresa la norma constitucional establece que los árbitros administran justicia en los términos que determine la ley”.

Respecto de la razonabilidad de la restricción, estiman los intervinientes que “la restricción del arbitramento a tribunales nacionales puede justificarse en la naturaleza de los posibles conflictos que serían objeto de controversia”, pues las obligaciones derivadas de los contratos de estabilidad jurídica conciernen al derecho público y la definición de la normatividad aplicable no es asunto que resuelvan los particulares sino que concierne al derecho público.

Por último puntualizan los representantes de la Academia Colombiana de Jurisprudencia que si existen razones que conduzcan a sostener que la decisión adoptada no es la más conveniente o apropiada para el inversionista extranjero, ese análisis es diferente y ajeno al de exequibilidad de la norma impugnada, cuya constitucionalidad tampoco impide que los inversionistas extranjeros puedan tener, de conformidad con tratados internacionales suscritos por Colombia, el derecho a “que determinadas controversias, vinculadas con el trato a la inversión extranjera en Colombia, sean conocidas por tribunales de arbitramento internacional”.

V. Concepto del Procurador General de la Nación

El señor Procurador General de la Nación rindió en término el concepto de su competencia y en él pidió a la Corte decretar la exequibilidad de la expresión cuestionada.

El jefe del Ministerio Público realiza algunas consideraciones generales acerca del alcance de los contratos de estabilidad jurídica regulados en la Ley 963 de 2005 y sobre el arbitramento, respecto del cual sostiene que le corresponde al legislador, “en ejercicio de la libertad de configuración normativa, determinar las reglas de juego en que se debe ejercitar esa administración de justicia por parte de los particulares”, como que los numerales 1° y 2° del artículo 150 le confieren al Congreso atribución para regular las formas propias de cada proceso y, en esa medida, “bien pudo el legislador determinar que los tribunales de arbitramento debían estar regidos por las leyes colombianas para

resolver las controversias que se presentaran alrededor de los contratos de estabilidad jurídica”.

Subraya el señor procurador que, en las anotadas circunstancias, no le asiste razón al demandante cuando estima vulnerado el principio de voluntariedad, pues el legislador está autorizado constitucionalmente para adoptar decisiones como la contenida en el precepto objeto de demanda parcial que, además, “no es irrazonable ni desproporcionada ante la naturaleza y finalidad del arbitramento, dado que no afecta de manera alguna los derechos de los extranjeros”, ni desconoce “los valores y principios que rigen la administración de justicia”.

En contra de lo afirmado por el actor, en la vista fiscal se asegura que el artículo 7° de la Ley 963 de 2005 provee un procedimiento que fija anticipada y específicamente las reglas para tramitar una eventual controversia. También se estima ajustada a la Carta la sujeción del respectivo tribunal de arbitramento al mandato de las leyes nacionales, porque la decisión de suscribir los contratos de estabilidad jurídica proviene del Estado y, entonces, “resulta absolutamente válido que el legislador al autoriza r a las partes la inserción de una cláusula compromisoria” lo haya decidido así.

A lo anterior se añade que los contratos de estabilidad jurídica ameritan una regulación especial, pues dada su incidencia en el interés general, no puede ser absoluta la libertad contractual para seleccionar el ordenamiento jurídico aplicable. En esas condiciones, no cabe pretender que los contratos de estabilidad jurídica respondan a la regulación contenida en la Ley 315 de 1996 sobre arbitramentos internacionales, cuyas circunstancias son totalmente diversas a las contempladas en la Ley 963 de 2005.

Apunta el procurador que el Estado colombiano opera dentro de una economía social de derecho y cuenta con múltiples herramientas para regular la economía y procurar la defensa del interés colectivo que, en el caso concreto, se traduce en la posibilidad “de imponer ciertas condiciones en los contratos de estabilidad jurídica, que restrinjan en cierto modo la libertad contractual bajo la premisa de la prevalencia del interés general sobre el particular”.

Para finalizar, el señor procurador anota que los instrumentos internacionales que el demandante cita “no constituyen bloque de constitucionalidad en los términos del inciso primero del artículo 93” y, debido a ello, su alegado desconocimiento no configura un cargo de inconstitucionalidad.

VI. Consideraciones

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, numeral 4° de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para conocer y decidir sobre la demanda de la referencia.

2. Los cargos formulados y el problema jurídico a resolver

Mediante la Ley 963 de 2005 el legislador reguló los denominados “contratos de estabilidad jurídica” y en el artículo 7° previó la posibilidad de incluir una cláusula compromisoria “para dirimir las controversias derivadas de los mismos”, caso en el cual el tribunal de arbitramento será nacional y se regirá exclusivamente por las leyes colombianas.

El actor acusa de inconstitucionalidad la última parte del artículo citado, por infringir el artículo 116 de la Constitución, porque, en su criterio, al exigir que el tribunal de arbitramento sea nacional y al someterlo a las leyes colombianas, la

ley desconoce el principio de voluntariedad y, a la vez, vulnera el “debido acceso a la administración de justicia”, contemplado en el artículo 229 superior, dado que las partes son las llamadas a definir de manera libre y voluntaria los alcances del convenio arbitral, “sin que sea lícito que el legislador les restrinja el derecho de disponer, en dicho acuerdo, lo relativo a los árbitros y al derecho aplicable”.

Además, en relación con los inversionistas extranjeros, el demandante estima que el segmento demandado rompe el principio de igualdad de las oportunidades, pues, en su sentir, los contratantes deberían tener la ocasión de discutir el contenido de la cláusula compromisoria y el legislador no puede imponer “unas condiciones en beneficio del Estado colombiano y en contra del inversionista extranjero”.

De las citas que el actor hace de la Convención de Washington y de la Convención de Nueva York de 1958, así como de otras argumentaciones que vierte en la parte final de su libelo, también parece derivarse una acusación en contra del artículo parcialmente demandado, por violación de la constitución derivada del desconocimiento por el legislador de tratados internacionales ratificados por Colombia. Acerca de este particular el Procurador General de la Nación estima que esos señalamientos no constituyen cargo y la Corte encuentra acertada esta posición, ya que el propio demandante sostiene que las referencias por él hechas a los tratados internacionales “no constituyen razones de inconstitucionalidad” y, de otra parte, la Corte observa que, aun cuando la Ley 905 de 2005 en su artículo 11 prevé que los contratos de estabilidad jurídica deben respetar los tratados internacionales ratificados por Colombia, es evidente que el artículo 11 no fue demandado y, por lo tanto, la Corte ha de abstenerse de analizar este punto.

Así las cosas, la corporación examinará los cargos formulados por violación de los artículos 116 y 229 de la Constitución y por la presunta vulneración del principio de igualdad. Con esa finalidad, la Corte destaca, inicialmente, que sobre la cuestión planteada por el libelista, en las intervenciones presentadas durante el proceso se formulan básicamente dos posiciones.

En efecto, el representante de la Universidad Sergio Arboleda se muestra de acuerdo con las pretensiones de la demanda y con los argumentos en ella consignados, pues considera que la proscripción de tribunales de arbitramento internacionales conculca el principio de voluntariedad y constituye desestímulo para la inversión extranjera, mientras que quienes intervinieron en nombre de la Asociación Nacional de Empresarios de Colombia, de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y de las Universidades del Rosario y Santo Tomás abogan por la constitucionalidad del artículo parcialmente atacado, tras estimar que no se configura el alegado quebrantamiento del principio de voluntariedad, que el legislador puede válidamente introducir restricciones como las previstas en la disposición cuestionada y que tampoco existe violación del principio de igualdad de oportunidades.

Así pues, la Corte debe establecer si el legislador, al someter a las leyes colombianas el tribunal de arbitramento que pudiese llegar a convocarse para dirimir las controversias derivadas de los contratos de estabilidad jurídica y al imponerle como condición a ese tribunal que sea nacional, viola la Constitución

Política y, en particular, sus artículos 116 y 229. También debe determinar la Corte si, en relación con los inversionistas extranjeros, las mencionadas exigencias vulneran el derecho a la igualdad de oportunidades.

Con el objetivo de situar el problema jurídico en su contexto, inicialmente se hará una breve referencia a los contratos de estabilidad jurídica, con posterioridad se analizará el contenido e implicaciones del principio de voluntariedad del arbitramento, se hará una referencia general a las posibilidades de regulación que le atañen al legislador democrático en temas como el regulado en el segmento acusado y, sobre estas bases, se abordarán luego los cargos esgrimidos en la demanda, haciendo especial énfasis en el sometimiento del tribunal de arbitramento a las leyes colombianas y en el carácter nacional de ese tribunal, antes de resolver sobre las acusaciones del actor relativas al posible quebrantamiento del principio de voluntariedad del arbitramento, del derecho de acceso a la administración de justicia y del principio de igualdad de oportunidades.

3. El contrato de estabilidad jurídica

Según lo establecido en la Ley 963 de 2005, los contratos de estabilidad jurídica se celebran entre inversionistas nacionales o extranjeros y el Estado colombiano, luego es claro que, de conformidad con su configuración legal, se trata de contratos de la administración cuya finalidad es la promoción de nuevas inversiones y la ampliación de las existentes en el territorio nacional y cuyo objeto es asegurar a los inversionistas que, si durante la vigencia del contrato se modifica en forma adversa alguna de las normas que hayan sido identificadas como determinantes de la inversión, “las normas acordadas por las partes se mantendrán incólumes” y se aplicarán mientras dure el contrato, que podrá pactarse por un término no inferior a tres (3) años ni superior a veinte (20)(1).

Los inversionistas a quienes se les garantiza la estabilidad jurídica pueden ser personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras y, cuando haya normas e interpretaciones que sean determinantes de la inversión, se deberán indicar expresa y taxativamente. Empero, quedarán por fuera de este tipo de contratos las normas relativas al régimen de seguridad social, a la obligación de declarar y pagar tributos o inversiones forzosas que el Gobierno Nacional decreta bajo estados de excepción; a los impuestos indirectos, a la regulación prudencial del sector financiero, al régimen tarifario de los servicios públicos y también aquellas que sean declaradas “inconstitucionales o ilegales por los tribunales judiciales colombianos durante el término de duración de los contratos”(2).

La ley exige que la nueva inversión o la ampliación de alguna existente en el territorio nacional tenga un monto igual o superior a la suma de siete mil quinientos salarios mínimos legales mensuales vigentes (7.500 s.m.l.m.v.) y que se efectúe para desarrollar 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 hídricos y toda actividad que apruebe el comité que se integra según lo señalado en el artículo 4° literal b) y que “aprobará o improbará la suscripción del contrato conforme a lo establecido en el Plan Nacional de Desarrollo y al documento Conpes que para tal efecto se expida”.

Para los efectos que más adelante se precisarán, importa hacer énfasis en la naturaleza administrativa de los contratos de estabilidad jurídica, que se suscriben por el inversionista y por la Nación a través del ministro del ramo en el cual se efectúe la inversión. A ese carácter administrativo ya se ha referido la Corte que, de igual modo, ha destacado la licitud de su objeto, así como la relación que se establece entre la administración y el inversionista particular en cuanto partes de un contrato que, dada su índole, es regido en importantes aspectos por el Derecho público e involucra un interés público que consiste en incrementar la inversión y en fomentar el desarrollo económico del país.

En virtud del contrato de estabilidad el Estado colombiano se compromete a garantizar el derecho de los inversionistas a la estabilidad jurídica pactada y, a su turno, los inversionistas se comprometen a invertir o ampliar una inversión existente, pero, dado que la finalidad del contrato busca satisfacer un interés público que debe ser protegido, en aras de la protección de ese interés el legislador puede imponerle limitaciones legítimas a la autonomía de la voluntad y expedir regulaciones especiales que también encuentran justificación en la circunstancia de que la administración sea una de las partes contratantes.

Respecto de estos contratos que sucintamente se acaban de caracterizar, la Ley 963 de 2005 ha establecido en el artículo parcialmente demandado que podrán incluir una cláusula compromisoria para dirimir las controversias que de ellos se deriven y, como quiera que el argumento principal de la demanda apunta directamente a la posible violación del principio de voluntariedad que debe guiar la convocación de un tribunal de arbitramento, la Corte considera indispensable aludir a los alcances del referido, principio.

4. El principio de voluntariedad y el arbitramento

La administración de justicia, es una función pública que, de conformidad con el artículo 116 superior, le corresponde prestar al Estado a través de los órganos judiciales establecidos por la Constitución o la ley o por particulares investidos de la función de administrar justicia en la condición de árbitros. Lo normal, entonces, es que a los asociados les asista el derecho de acudir a las instancias estatales establecidas al efecto a fin de dirimir sus controversias ante el juez que, dentro del correspondiente ámbito de competencia y en virtud de la autoridad que la organización política le haya discernido, administre justicia.

La función estatal de administrar justicia constituye, pues, la regla general y para cumplirla el Estado cuenta con una estructura organizativa de carácter permanente, lo cual explica que el artículo constitucional le otorgue a la administración de justicia prestada por los árbitros un carácter transitorio que muy claramente indica la imposibilidad de sustituir de manera indefinida la jurisdicción que los jueces ordinarios ejercen en nombre del Estado.

A esa transitoriedad se suma la excepcionalidad que, a partir de distintas regulaciones legislativas, la Corte Constitucional ha caracterizado al sostener que la equiparación funcional entre funcionarios del Estado y ciertos ciudadanos temporalmente investidos de poder jurisdiccional, “no puede extenderse a todas las materias, pues es claro que existen bienes jurídicos cuya disposición no puede dejarse al arbitrio de un particular”.

Aun cuando, la justicia arbitral reviste los caracteres de transitoria y excepcional, lo cierto es que los árbitros administran justicia y cuando lo hacen

cumplen una función pública a la cual no pueden acceder sino por la voluntad de las partes que, libremente, los habilitan para fallar algún asunto litigioso susceptible de sometimiento a su dictamen. De este modo lo establece la Carta en el citado artículo 116 que, para cada caso concreto, exige que los árbitros sean “habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad” y la Corte Constitucional ha interpretado que, de acuerdo con la Constitución, “las leyes que regulen el arbitramento tienen que partir de la base de que es la voluntad de las partes en conflicto, potencial o actual, la que habilita a los árbitros para actuar”.

Conforme lo ha resaltado la jurisprudencia constitucional, de las diferencias existentes entre los jueces ordinarios y los árbitros, la habilitación por las partes es la fundamental y sirve de base a una característica esencial del arbitramento cual es su voluntariedad, que permite definirlo como “un mecanismo jurídico en virtud del cual las partes en conflicto deciden someter sus diferencias a la decisión de un tercero, aceptando anticipadamente sujetarse a lo que allí se adopte”.

Así pues, el principio de voluntariedad consiste en que la preferencia por el tribunal de arbitramento antes que por los jueces ordinarios corresponde a una elección de las partes contratantes, surgida de un acuerdo previo voluntaria y libremente efectuado por ellas. En esas condiciones, el fundamento de esta figura procesal “es la determinación voluntaria de acudir a una forma alternativa de resolver conflictos, con la garantía de que, como acontece en los demás procesos, los derechos consagrados en la Constitución y la ley tienen plena vigencia”.

En este contexto, la autonomía de la voluntad adquiere una singular relevancia, que se manifiesta en la posibilidad que tienen los sujetos de la relación jurídica para someter a particulares transitoriamente investidos de la función de administrar justicia, en calidad de árbitros, el conocimiento de sus controversias. Empero, el principio de voluntariedad tiene sus límites y para determinar su alcance es menester examinar las posibilidades de regulación que le atañen al legislador democrático en materias como la normada en el precepto parcialmente cuestionado.

5. Las posibilidades de regulación correspondientes al legislador Ciertamente, tratándose del arbitramento y de conformidad con lo que se ha expuesto, el legislador no podría, en principio, conferirle carácter obligatorio, porque a ello se opone, precisamente, el principio de voluntariedad. Sobre el particular la Corte Constitucional ha estimado que “disponer por vía legal y genérica, a manera de mandato obligatorio” que el procedimiento arbitral debe ser utilizado para resolver las diferencias entre los asociados “desconoce el mandato contenido en el artículo 116 de la Constitución Política”, según el cual las partes son las únicas “que pueden investir transitoriamente y en cada caso específico a los particulares, a fin de que sirvan de árbitros”.

Sin embargo, 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 superior 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”.

Y es que el arbitramento, como medio de solución de controversias, ha de estar orientado a garantizar los derechos de las partes trabadas en la litis, mediante la previsión de “una serie de etapas y oportunidades para la discusión de los argumentos, la valoración de las pruebas aportadas y, aun, la propia revisión de los pronunciamientos hechos por los árbitros”.

En este sentido la jurisprudencia ha puntualizado que, tratándose de un auténtico procedimiento, el debido proceso debe ser garantizado y que el artículo 116 de la Carta ha de interpretarse en armonía con el artículo 29, lo cual permite concluir que cuando los particulares no acuerdan procedimiento especial que los regule, se debe tener en cuenta el marco general trazado por el legislador que, también en este caso, tiene competencia para fijar las formas procesales del juicio.

En este orden de ideas, el legislador puede “establecer las reglas a las cuales debe someterse el proceso arbitral”(14) y, por lo tanto, determinar respecto del ejercicio de esa competencia, entre otros aspectos “el responsable de efectuarla, el procedimiento a seguir, las materias sujetas a su conocimiento, las reglas que lo regirán, la forma y efecto de las decisiones allí adoptadas y el control de las mismas”.

Ahora bien, en asuntos como el ahora abordado, las posibilidades de regulación correspondientes al legislador no pueden apreciarse en su real dimensión si se hace abstracción del tema respecto del cual el legislador incorpora la alternativa de acudir al arbitramento para solucionar las eventuales controversias que pudieran presentarse. Como surge del tenor literal del artículo 7° de la Ley 963 de 2005, parcialmente demandado, la cláusula compromisoria se podrá incluir en los contratos de estabilidad jurídica y, según se ha expuesto, estos contratos son administrativos.

En relación con los contratos de la Administración conviene precisar que su regulación obedece a la competencia que el Constituyente le confirió al Congreso de la República, en el inciso final del artículo 150 superior, para “expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional”. De conformidad con esta prescripción constitucional, el contrato de estabilidad jurídica, en cuanto contrato de la administración, de una parte, es objeto de una regulación especial y, de otra parte, involucra una finalidad de interés público que, en términos generales, justifica el establecimiento de límites a la autonomía de la voluntad.

Tal limitación de la autonomía de la voluntad se inscribe, además, dentro del margen de acción que en la materia le corresponde al Congreso, pues como lo ha indicado esta corporación, el mandato establecido en el artículo 150 de la Constitución “implica el reconocimiento de una amplia libertad de configuración del legislador para diseñar un régimen legal cuya finalidad sea la de propender al logro de los objetivos constitucionales del Estado social de derecho”, de modo que el contrato de la administración “no es un fin en sí mismo, sino un medio para la consecución de los altos objetivos del Estado” y, en esa medida, “el Congreso quedó en libertad para regular los aspectos más significativos de la contratación pública”, como por ejemplo, lo referente a las cláusulas excepcionales, los deberes y derechos de las partes contratantes, la competencia y capacidad para contratar, la responsabilidad contractual y la solución de las controversias contractuales, entre otros temas.

Pero esa amplia potestad de configuración que le atañe al legislador cuando se trata de dictar el régimen de los contratos de la administración, en el caso de los contratos de estabilidad jurídica encuentra un sustento adicional en la índole económica de la regulación.

En efecto, la Corte ha destacado que “en virtud de la intervención del Estado en la economía, el legislador dispone de un amplio margen de configuración normativa en materia de regulación de la inversión extranjera en Colombia” y que, “en este orden de ideas, la ley de ‘estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia’ constituye un instrumento más diseñado por el legislador para fomentar el ingreso de importantes capitales al país, indispensables, como se ha señalado, para lograr el bienestar de la población”. La amplitud de la potestad de configuración legislativa que se le reconoce al Congreso en materias económicas tiene sus raíces en el postulado constitucional previsto en el artículo 334 de la Carta, de acuerdo con cuyas voces “La dirección general de la economía estará a cargo del Estado”, motivo por el cual las materias económicas constituyen, precisamente, “el ámbito en donde el interés general prima con claridad sobre el interés particular”.

Siendo ello así, se impone “una interpretación amplia de las posibilidades regulatorias del Estado, por cuanto la Constitución ha conferido un marco amplio y flexible al Congreso para regular estas materias”, lo cual se traduce en que “el control constitucional ejercido por esta corporación debe limitarse a excluir del ordenamiento aquellas regulaciones manifiestamente inconstitucionales”.

6. Los cargos de inconstitucionalidad

Con fundamento en las anteriores premisas, la Corte procede a examinar los cargos de inconstitucionalidad que el actor formuló en contra de la expresión “En este caso, se establecerá un tribunal de arbitramento nacional regido exclusivamente por leyes colombianas”, contenida en el artículo 7° de la Ley 963 de 2005, “por la cual se instaura una ley de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia”.

Como se observa, dos aspectos están comprendidos en la regulación legal atacada, a saber: el sometimiento del tribunal de arbitramento a las leyes colombianas y el carácter nacional del tribunal mismo. La Corte procederá a examinarlos, en su orden, pero antes de abordarlos, reitera que en razón de la naturaleza administrativa de los contratos de estabilidad jurídica y de la protección del interés público que es el fin último de la administración y, según lo expuesto, también de los contratos de estabilidad jurídica, el legislador puede limitar la autonomía de la voluntad en variados aspectos relativos a esta clase de contratos y, particularmente, en lo que hace a la posibilidad de acordar las reglas referentes al tribunal de arbitramento. Con base en estas consideraciones, pasa la corporación a analizar los dos aspectos enunciados.

6.1. El sometimiento del tribunal de arbitramento a las leyes colombianas Es preciso resaltar que durante el tránsito legislativo del proyecto mediante el cual se expidió la Ley 963 de 2005, el sometimiento del tribunal de arbitramento a las leyes colombianas se mantuvo como una propuesta invariable, cuya redacción se alteró tan solo para buscar la fórmula que, según el parecer del legislador, expresara de mejor manera la exclusividad de la legislación nacional para regir el tribunal.

Así, después de haber consignado en el proyecto original que el tribunal convocado se regiría “por la ley colombiana”, con posterioridad se le agregó que sería “regido exclusiva y excluyentemente” por las leyes colombianas y, por último, se adoptó la fórmula que aparece en la versión definitiva y de conformidad con la cual, el tribunal se regirá “exclusivamente por las leyes colombianas”.

Según las apreciaciones del legislador, un inversionista enfrenta riesgos físicos, económicos y jurídicos y, mientras que los dos primeros son susceptibles de previa tasación y cubrimiento, el tercero, “en cambio, no es previsible y no puede ser medido”, de modo que puede “terminar representando un costo enorme para el inversionista, quien preferirá abstenerse de invertir antes que asumir el riesgo”. Así las cosas, el constante cambio en la normatividad y las permanentes violaciones de las reglas del juego desestimulan la inversión”, pues imposibilitan “establecer de antemano los riesgos y beneficios que de ella se derivan”. Al procurar el estímulo a la inversión, el legislador buscó asegurarle al inversionista certeza suficiente “sobre la estabilidad de aquellas normas específicas que son determinantes de su decisión de invertir” y mitigar “los riesgos jurídicos que se constituyen en una de las causas más importantes del desestímulo a la inversión”.

En garantía de esa estabilidad jurídica, en el artículo 3° de la Ley 963 de 2005 se estableció que podrán ser objeto de los respectivos contratos “los 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 descentralizado por servicios que integran la rama ejecutiva del poder público en el 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”.

Así pues, si mediante regulaciones de esta índole el legislador pretendió asegurarle a los inversionistas una estabilidad jurídica respecto de las normas determinantes para su inversión y de sus interpretaciones administrativas vinculantes, a fin de evitarles asumir los altos costos de la inestabilidad jurídica, la Corte considera razonable y proporcionado que el tribunal de arbitramento que se llegara a convocar sea regido por las leyes colombianas, porque 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 y no sería coherente tratar de resolverlos de conformidad con una normatividad distinta de la nacional.

Lo razonable, a la luz de la regulación adoptada por el legislador y de los propósitos que guiaron su establecimiento, es que exista correspondencia entre la normatividad que es objeto del contrato y que rige la inversión o le suministra condiciones apropiadas y aquella de conformidad con la cual se vayan a resolver las disputas. El desenvolvimiento de la relación contractual comprende también la fase de los eventuales desacuerdos y, en la exigencia de someter esas desavenencias a las leyes del país que brinda las condiciones de

estabilidad jurídica, no encuentra la Corte una manifiesta falta de razonabilidad o de proporcionalidad que tome factible la declaración de inconstitucionalidad. Al tachar de inconstitucional el sometimiento del tribunal de arbitramento a las leyes nacionales, el actor parece acusar al precepto a causa de una omisión del legislador que no habría tenido en cuenta una normatividad diferente de la colombiana. Sobre este tópico baste anotar que de la Constitución no se desprende una exigencia semejante, sino más bien, una amplia potestad de configuración fundada en el carácter económico, de la materia regulada y en las posibilidades de regulación surgidas al amparo del inciso final del artículo 150 superior. Pero además, el sometimiento del tribunal de arbitramento a las leyes colombianas responde a la regulación del contrato de estabilidad jurídica que promueve su celebración en Colombia, y, sobre todo, su ejecución en el territorio nacional, ya que se trata “de promover inversiones nuevas y de ampliar las existentes en el territorio nacional”. En esas condiciones, la comentada exigencia, lejos de ser contraria a la Constitución, se ajusta íntegramente a sus mandatos, pues siendo regla de frecuente aplicación y de indudable razonabilidad que a los contratos se les aplique el régimen jurídico del lugar de su celebración o el del lugar de su ejecución, es apenas obvio que un tribunal de arbitramento llamado a dirimir las controversias derivadas de los contratos de estabilidad jurídica se rija por las leyes colombianas.

En ello no se advierte atentado contra ninguna disposición constitucional, sino más bien reivindicación del derecho nacional y observancia del artículo 4° de la Constitución que “en consonancia con el respeto y acatamiento que nacionales y extranjeros le deben profesar a las autoridades” somete a su imperio y al de la ley nacional “las conductas, hechos y acontecimientos que ocurran en Colombia”.

De ahí que en el párrafo del artículo 4° de la Ley 963 de 2005 se indique que el inversionista que pretenda, acogerse a los beneficios establecidos está obligado a cumplir las disposiciones legales y reglamentarias que regulen la correspondiente actividad, a pagar los impuestos, tasas contribuciones y demás cargos sociales y laborales a que esté sujeta la empresa; a cumplir fielmente las normas que establezca el estado “para orientar, condicionar y determinar la conservación, uso, manejo y aprovechamiento del ambiente y los recursos naturales, así como a cumplir todas las obligaciones legales y reglamentarias de orden tributario y laboral que adquiera.

6.2. El carácter nacional del tribunal de arbitramento

El segundo aspecto que está contemplado en el aparte demandado es el carácter nacional del tribunal de arbitramento. Este tema durante el proceso legislativo ciertamente tuvo una evolución que es importante poner de manifiesto. En efecto, el proyecto inicial contemplaba la intervención de un tribunal “nacional o internacional” y, aunque así se mantuvo la propuesta durante buena parte del trámite legislativo, finalmente fue variada, pues se eliminó la referencia a un tribunal “internacional” y, en definitiva, se mantuvo como exigencia el carácter nacional del tribunal, en cuanto el legislador la juzgó adecuada para “salvaguardar el patrimonio de la Nación”.

La Corte encuentra razonable que un tribunal de arbitramento regido por leyes colombianas sea, además, nacional, pues su sometimiento a las leyes colombianas se halla en perfecta concordancia con su carácter nacional que,

adicionalmente, encuentra una explicación valedera en la circunstancia, ya destacada, de que estos contratos se ejecutan en el territorio colombiano.

Por lo demás, toda vez que como quedó apuntado, el legislador goza de una amplia potestad de configuración en estas materias y que, por lo mismo, el control de constitucionalidad no es tan estricto, la Corte juzga adecuado que mediante la exigencia de un tribunal de arbitramento nacional, el legislador haya buscado asegurar el interés nacional y salvaguardar el patrimonio público que podría sufrir menoscabo si, en las condiciones económicas de nuestro Estado, se tuvieran que asumir los costos de un tribunal internacional y a propósito de una ley que, justamente, pretende consolidar mejores condiciones económicas.

También en esta hipótesis el planteamiento del demandante se funda en una posible omisión legislativa de carácter relativo, porque, en su criterio, la disposición sería completa si expresamente incorporara la posibilidad de convocar un tribunal internacional. De igual manera cabe reiterar aquí que la Constitución no impone como condición el ofrecimiento de la posibilidad de convocar un tribunal de arbitramento internacional, sino que deja la elección de la alternativa dentro del margen de configuración correspondiente al legislador que. Como se ha expuesto, es amplio tratándose de materias económicas y, en particular, de la contratación administrativa. 6.3. El principio de voluntariedad, el derecho de acceso a la justicia y la igualdad de oportunidades

Ahora bien, la elección que el legislador ha hecho a favor de las leyes colombianas y del carácter nacional del tribunal de arbitramento, aun cuando implican restricciones a la autonomía de la voluntad no constituyen alternativas ilegítimas ni cercenan el principio de voluntariedad que guía la convocación del tribunal. El procedimiento legislativo que condujo a la expedición de la Ley 963 de 2005 así lo demuestra, pues en un principio se propuso, imperativamente, la inclusión de la cláusula compromisoria a fin de que cualquier conflicto que surgiera se sometiera al tribunal de arbitramento.

Más adelante, sin embargo, “se estableció que la decisión de pactar una cláusula compromisoria fuera de común acuerdo entre las partes, y de esta manera se superó la eventual inconstitucionalidad de este artículo, por cuanto la Corte Constitucional ha declarado inconstitucionales cláusulas compromisorias de carácter obligatorio”. El legislador, pues, descartó la obligatoriedad del arbitramento y conservó el principio de voluntariedad que les permite a las partes del contrato de estabilidad jurídica decidir libremente si habilitan o no los árbitros, pero en caso de optar por la convocatoria, del tribunal tendrán que someterse a la regulación legal, conforme a la cual el tribunal debe ser nacional y regirse por leyes colombianas.

Fuera de todo lo que se ha apuntado para fundamentar la constitucionalidad de estas limitaciones a la autonomía de la voluntad, es necesario destacar ahora que, en razón de la índole procesal del arbitramento, los condicionamientos aludidos entran dentro de las posibilidades de regulación del procedimiento arbitral que le competen al legislador que, por lo demás, en tratándose de los contratos de la administración, también tiene una amplia potestad de configuración, y puede legítimamente regular el modo como se van a solucionar las controversias contractuales, así como sobre el juez o el derecho aplicable y en fin, sobre las “condiciones de acceso trámite y conclusión”.

Empero, como esa amplia y flexible potestad de configuración legislativa no es absoluta, por cuanto las medidas adoptadas, además de ser razonables y proporcionadas, deben respetar el núcleo esencial de los derechos constitucionales, es menester puntualizar que el sometimiento a las leyes colombianas del tribunal de arbitramento y su carácter nacional no comprometen el acceso a la administración de justicia, ya que las partes del contrato de estabilidad jurídica tienen la posibilidad de habilitar o no el tribunal y, si deciden no habilitar árbitros, ello significa que para el conocimiento de sus diferencias no desplazan a la administración de justicia estatal, que allí cuentan con vías apropiadas para ventilar sus conflictos y, en particular, con la jurisdicción contencioso administrativa.

Con base en los argumentos precedentes, y en contra de lo sostenido por el actor, es viable sostener que aun cuando en los contratos de la administración la desigualdad entre el Estado y el inversionista no es *per se* inconstitucional, en la hipótesis analizada al inversionista no se le impone un tribunal de arbitramento nacional regido por leyes colombianas, pues, de una parte, el inversionista libremente decide si contrata o no y, de otro lado, la cláusula compromisoria se acuerda en ejercicio del postulado de la autonomía de la voluntad. Además, se debe reiterar que el legislador tiene amplia potestad para regular el procedimiento arbitral y puntualizar que se debe partir de la imparcialidad del tribunal de arbitramento que, al ejercer la función de administrar justicia, no puede pasar por alto las responsabilidades anejas a su delicada misión, ni desatender en este aspecto las garantías que contempla el derecho nacional.

El demandante muestra especial preocupación por el inversionista extranjero, en cuyo caso la desigualdad y la vulneración de derecho de acceso a la justicia serían más patentes. Sin embargo, no es admisible perder de vista que el presupuesto básico de las inversiones a las cuales se refieren los contratos de estabilidad jurídica es un conocimiento, aun cuando sea mínimo, del derecho nacional que resulte determinante de la inversión, pues no de otra manera se pueden sopesar los riesgos y decidir si hay estabilidad jurídica suficiente para invertir. Además, al momento de discutir sobre el contenido la cláusula compromisoria y acerca de la eventual habilitación de los árbitros, tanto el inversionista nacional o foráneo, como el Estado colombiano tienen idéntica posibilidad y están sometidos a idénticas restricciones, es decir, se sitúan en el mismo punto de partida y, por consiguiente, no hay desconocimiento de la igualdad de oportunidades.

Por todo lo expuesto, la Corte Constitucional declarará la exequibilidad de la expresión “En este caso se establecerá un tribunal de arbitramento nacional regido exclusivamente por leyes colombianas”, que hace parte del artículo 7° de la Ley 963 de 2005, “por la cual se instaura una ley de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia”, en cuanto hace, a los cargos analizados.

VII. Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional, administrando justicia, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Declarar EXEQUIBLE, por los cargos analizados, la expresión “En este caso se establecerá un tribunal de arbitramento nacional regido exclusivamente por

leyes colombianas”, que hace parte del artículo 7° de la Ley 963 de 2005, “por la cual se instaure una ley de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia”.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente.
El presidente de la Sala,

Jaime Córdoba Triviño
Los magistrados,
Jaime Araujo Rentarías
(Con aclaración de voto)
Manuel José Cepeda Espinosa
(Con aclaración de voto)
Rodrigo Escobar Gil
(Con aclaración de voto)
Marco Gerardo Monroy Cabra
(Con aclaración de voto)
Nilson Pinilla Pinilla
Humberto Antonio Sierra Porto
Álvaro Tafur Galvis
(Con aclaración de voto)
Clara Inés Vargas Hernández
La secretaria general,
Martha Victoria Sáchica Méndez

ACLARACIÓN DE VOTO A LA SENTENCIA C-961/06 DE LOS
MAGISTRADOS MARCO GERARDO MONROY CABRA Y RODRIGO
ESCOBAR GIL

REFERENCIA: EXPEDIENTE D-6304

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD EN CONTRA DEL ARTÍCULO 7°
(PARCIAL) DE LA LEY 963 DE 2005 “POR LA CUAL SE INSTAURA UNA LEY
DE ESTABILIDAD JURÍDICA PARA LOS INVERSIONISTAS EN COLOMBIA”
MAGISTRADO PONENTE: RODRIGO ESCOBAR GIL.

Con nuestro acostumbrado respeto nos permitimos aclarar nuestro voto en la sentencia de la referencia, en la siguiente forma:

Estamos de acuerdo con la exequibilidad de la frase “En este caso se establecerá un tribunal de arbitramento nacional regido exclusivamente por las leyes colombianas” que hace parte del artículo 7° de la Ley 963 de 2005 “por la cual se instaure una ley de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia”.

Nuestra aclaración de voto se fundamenta en que la Corte ha debido interpretar armónicamente el artículo 7° y el 11 de la Ley 963 de 2005 por cuanto el cargo formulado por el actor era que al inversionista extranjero se le impide “un adecuado acceso a la administración de justicia”.

Las razones que fundamentan la aclaración de voto son las siguientes:

1. El objeto de la ley es establecer los contratos de estabilidad jurídica con la finalidad no solo de promover inversiones nuevas sino de “ampliar las existentes en el territorio nacional”.

Ahora bien, los inversionistas pueden ser nacionales o extranjeros, sean personas naturales o jurídicas, así como los consorcios, que realicen inversiones nuevas o amplíen las existentes en el territorio nacional. Solo se excluyen las inversiones extranjeras de portafolio (arts. 1° y 2°).

2. Si bien los contratos de estabilidad jurídica deben indicar de manera expresa y taxativa “las normas y sus interpretaciones vinculantes realizadas por vía administrativa, que sean consideradas determinantes de la inversión (art. 3°), sin embargo pueden existir controversias no solo respecto de la normatividad sino otros aspectos como la existencia de los requisitos esenciales de dicho contrato de estabilidad o el cumplimiento del contrato o en cuanto a la legalidad de la terminación del contrato (arts. 4° y 8°).

3. En cuanto la controversia se limite a la discusión de la normatividad jurídica que se considera determinante de la inversión el artículo 7° permite la cláusula compromisoria y si las partes en su autonomía la aceptan se debe establecer un tribunal nacional de arbitraje regido exclusivamente por la ley colombiana. Sin embargo, si la controversia versa sobre otros aspectos como la existencia o no de los requisitos esenciales del contrato de estabilidad jurídica, o terminación anticipada del contrato, en otras cuestiones derivadas de la inversión extranjera nueva o anterior a la Ley 963, es posible pactar arbitraje internacional en aplicación del artículo 11 que exige “respetar los tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano” dentro de los cuales están incluidos los tratados sobre inversión extranjera vinculantes para Colombia.

Ahora bien, el respeto de los tratados de los cuales Colombia sea Estado parte deriva del artículo 9° de la Constitución que establece “el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia”. Ahora bien, uno de los principios fundamentales del derecho internacional es el principio “*Pacta sunt servanda*” que está aceptado por las Cartas de la ONU y la OEA, por la jurisprudencia internacional y que constituye norma imperativa de derecho internacional o de “*Jus cogens*”. Por tanto, si existe un tratado bilateral o multilateral que regule la inversión extranjera en Colombia hay que aplicar lo allí previsto en relación con la solución de controversias siempre y cuando los inversionistas nacionales o extranjeros no hayan aceptado la cláusula compromisoria prevista en el artículo 7° de la Ley 963 de 2003 que es facultativa.

4. Es posible interpretar armónica y sistemáticamente los artículos 7° y 11 para respetar la cláusula compromisoria facultativa respecto al arbitraje nacional con lo previsto, en el artículo 11 respecto de tratados internacionales de los cuales Colombia sea Estado parte en los cuales se pueda pactar otro mecanismo como la conciliación internacional o el arbitraje internacional para lo cual es fundamental respetar la autonomía tanto del Estado como de los inversionistas nacionales o extranjeros. No es obligatorio pactar la cláusula compromisoria prevista en el artículo 7° sino que las partes en el contrato de estabilidad jurídica pueden pactar otro sistema de solución de controversias previstas en un tratado del cual se Estado parte Colombia conforme al artículo 11 con las limitaciones previstas en dichos tratados respecto al orden público internacional.

En estos términos dejamos fundamentada nuestra aclaración de voto.
Los magistrados,
Marco Gerardo Monroy Cabra
Rodrigo Escobar Gil

6. DOCUMENTO

CONPES 3366

Consejo Nacional de Política Económica y Social

República de Colombia

Departamento Nacional de Planeación

CONSIDERACIONES TÉCNICAS PARA LA EVALUACIÓN DE SOLICITUDES
DE CELEBRACIÓN DE CONTRATOS DE ESTABILIDAD JURÍDICA

DNP: DDE

Ministerio de Comercio, Industria y Turismo

Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Versión aprobada

Bogotá, D.C., 1 de Agosto de 2005

Este documento somete a consideración del Consejo Nacional de Política Económica y Social – CONPES – los elementos técnicos que el Gobierno Nacional, a través del Comité de Estabilidad Jurídica, tomará en consideración para la evaluación de las solicitudes de celebración de contratos de estabilidad jurídica, creados mediante Ley 963 de 2005 (en adelante, la Ley), y el mecanismo operativo para llevar el registro de los contratos suscritos, contemplado en el Artículo 10º de la mencionada Ley.

I. OBJETIVO DE LOS CONTRATOS DE ESTABILIDAD JURÍDICA

Es reconocida la estabilidad jurídica como uno de los factores de mayor incidencia sobre la decisión de inversión por parte de un inversionista. Por este motivo, y con el único objeto de estimular el crecimiento económico y el bienestar social nacional, promoviendo nuevas inversiones y la ampliación de las existentes, los contratos de estabilidad jurídica otorgarán a los inversionistas que los suscriban el derecho a que se les continúe aplicando las normas o interpretaciones administrativas vinculantes específicas, consideradas como determinantes de la inversión y amparadas por el contrato, en caso de ser modificadas de manera desfavorable a éstos.

II. CONSIDERACIONES PARA LA EVALUACIÓN DE SOLICITUDES DE CELEBRACIÓN DE LOS CONTRATOS

A. Principios generales

- El Comité de Estabilidad Jurídica creado en el literal b) del artículo 4º de la Ley (en adelante, el Comité) representará al Estado en el proceso de evaluación de las solicitudes de celebración de contratos de estabilidad jurídica, y de la negociación de los términos específicos que adoptará dicho contrato con el o los inversionistas solicitantes.

- Los criterios específicos para aprobar o improbar la celebración del contrato serán las disposiciones del Plan de Desarrollo, lo dispuesto en este documento CONPES, la Ley y el decreto reglamentario que para el efecto se adopte.
- La celebración y suscripción de un contrato de estabilidad jurídica es competencia del Estado. Su decisión de suscribirlo o no, será siempre motivada y pública.
- Los contratos de estabilidad jurídica garantizarán el equilibrio entre el interés del inversionista que lo suscribe y el interés general. Preservarán la soberanía legislativa y regulatoria del Estado, evitarán el desorden administrativo, y salvaguardarán la sostenibilidad fiscal.
- El inversionista podrá proponer al Estado alternativas para el pago de la prima establecida en la Ley, en función de la programación financiera óptima del proyecto de inversión amparado en el contrato de estabilidad jurídica. El número de fraccionamientos del pago total del valor de la prima no podrá exceder el número de años de vigencia del contrato de estabilidad jurídica.
- El contrato de estabilidad jurídica se restringirá en su objeto a un proyecto específico de inversión.
- 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, deberá establecerse en el contrato un mecanismo de control y auditoría 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. En cualquier caso, el inversionista solicitante aportará al Comité la información histórica detallada sobre su actividad económica, con el objeto de contrastar el tamaño relativo de la nueva inversión para la cual se solicita el contrato de estabilidad jurídica en relación con la inversión existente.
- El inversionista solicitante de un contrato de estabilidad jurídica es el responsable de demostrar que la norma objeto del mismo es determinante de la inversión que proyecta realizar.

Los impactos generados por la inversión que el inversionista solicitante argumente para demostrar la rentabilidad económica y social positiva de la suscripción del contrato de estabilidad jurídica, deben ser de suficiente entidad como para justificar la celebración del mismo y formarán parte de los compromisos y responsabilidades adquiridos por el inversionista mediante la celebración de tal contrato.

B. Criterios específicos de evaluación de solicitudes de celebración de contratos de estabilidad jurídica.

La evaluación por parte del Comité de Estabilidad Jurídica de las solicitudes de celebración de contratos de estabilidad jurídica se regirá por los siguientes lineamientos:

-Cumplimiento del Artículo 4º de la Ley 963 de 2005. El Comité verificará el cumplimiento de los requisitos esenciales de los contratos de estabilidad jurídica establecidos en el artículo citado.

-Actividades económicas elegibles. El Comité considerará las solicitudes de inversionistas nacionales y extranjeros para la suscripción de contratos de estabilidad jurídica que amparen proyectos de inversión nuevos o de ampliación de inversiones existentes, en cualquier sector de la economía. Sólo se exceptuarán aquellos sectores o actividades restringidos por el Régimen General de Inversiones⁴⁹ y los expresamente excluidos por la Ley 936 de 2005. No se favorecerán unas actividades sobre otras, salvo cuando medien razones de discriminación positiva, consagradas en el Plan Nacional de Desarrollo vigente.

-Determinación del carácter esencial de la norma asegurada. El Comité estudiará el análisis de sensibilidad que para el efecto presentará el inversionista solicitante, en el cual demuestra la importancia y el carácter determinante de la norma objeto de la solicitud de estabilidad jurídica sobre la decisión de inversión. El resultado de la evaluación del análisis de sensibilidad será determinante para aprobar o improbar la solicitud.

-Criterio de rentabilidad económica y social. El Comité considerará los efectos de la nueva inversión o la ampliación de las existentes sobre la creación de empleo, el desarrollo regional, especialmente en regiones deprimidas, la transferencia de tecnología, la generación de divisas, las demandas derivadas sobre la producción nacional y el aumento del producto interno bruto. El inversionista solicitante aportará la información necesaria para que el Comité determine la rentabilidad económica y social de la celebración del contrato de estabilidad jurídica en los términos propuestos por el solicitante.

-Exclusión de ciertas normas de aplicación general. No serán objeto de un contrato de estabilidad jurídica aquellas normas que, no siendo excluidas expresamente en la Ley 963 de 2005, impidan el ejercicio de las facultades legislativa, reglamentaria y regulatoria del Estado. Tal es el caso de aquellas normas que actúan sobre las condiciones del mercado y cuya estabilidad no es posible garantizarla exclusivamente al inversionista suscriptor del contrato, sino

⁴⁹ El Decreto 2080 de 2000 ("Régimen General de Inversiones de capital del exterior en Colombia y de capital colombiano en el exterior") establece, en el artículo 6, las excepciones en cuanto a sectores de la economía en los cuales no pueden realizarse inversiones de capital del exterior.

que su eventual estabilización beneficiaría al conjunto de concurrentes a ese mercado⁵⁰

-Normas de vigencia limitada. Las normas amparadas en los contratos de estabilidad jurídica, cuya vigencia sea menor a la duración del contrato, sólo gozarán de protección por el término de vigencia de la norma respectiva.⁵¹

-Cesión de la titularidad. En cumplimiento del Artículo 4º la Ley 963 de 2005, el Comité podrá aprobar, para efecto de mantener los derechos y obligaciones adquiridos en los contratos de estabilidad jurídica, al nuevo titular de la inversión cuando se presente subrogación o cesión de ésta.

Esta aprobación no puede implicar una nueva negociación de los términos del contrato.

-Conceptos técnicos. En los casos que considere necesario, el Comité solicitará conceptos técnicos a las entidades que estime pertinentes y formarán parte de la motivación de sus decisiones.

-Forma de pago de la prima. El Comité evaluará la conveniencia de adoptar un plan específico de pago de la prima propuesto por el inversionista solicitante. La conveniencia se fundamentará en el balance entre el costo financiero que implica para el inversionista el pago de la prima y el costo proyectado del compromiso de estabilizar una norma y el balance económico y social de suscribir el contrato de estabilidad jurídica. El valor total de la prima no podrá ser inferior, en valor presente en pesos, del valor estipulado en el Artículo 5º de la Ley 963 de 2005.

-Negociación del contrato. De acuerdo con el principio de competencia discrecional del Estado en la suscripción de los contratos de estabilidad jurídica, el Comité tiene la potestad de negociar con el inversionista solicitante los términos específicos del contrato en cuanto a las normas incluidas en él, la duración del contrato, la forma de pago de la prima y los compromisos de impacto económico y social adquiridos por la parte inversionista. El objeto de esta negociación es evitar que la no adopción del contrato, desincentive la realización de la inversión.

-Duración del contrato. El Comité evaluará si la duración del contrato de estabilidad jurídica propuesta por el inversionista en su solicitud de celebración del mismo se ajusta a los términos técnicos de la inversión objeto del contrato.

-Secretaría Técnica del Comité. El Comité contará con una secretaría técnica que será la encargada de recibir las solicitudes de contrato, evaluar los

⁵⁰ Por ejemplo, en este caso se incluyen normas como una prohibición o licencia previa para la importación de algún bien específico, norma de carácter general, que afecta las condiciones del mercado de una inversión particular. El Estado no puede adquirir el compromiso de levantar la prohibición para todos los inversionistas que actúan en ese mercado y sostenerla para el inversionista que solicita estabilidad jurídica sobre aquella norma.

⁵¹ En este caso, se incluyen normas como las exenciones tributarias previstas para operadores de zonas francas, el régimen de zonas económicas especiales en lo que refiere a impuesto a la renta y la Quimbaya de próxima expiración.

requisitos formales, solicitar, cuando considere necesario, a otras entidades del sector público conceptos técnicos y en caso de aprobar la solicitud, acordará, en colaboración con el Ministerio del ramo en que se efectuará la inversión, el contrato en los términos aprobados por el Comité. La secretaría técnica recomendará al Comité la aprobación o desaprobación de la solicitud del contrato de estabilidad jurídica basada en el estudio técnico respectivo, que será presentado al Comité para la toma de la decisión definitiva. La secretaría técnica estará a cargo del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

III. REGISTRO Y AUDITORIA DE LOS CONTRATOS.

El Artículo 10º de la Ley ordena que estos sean registrados ante el Departamento Nacional de Planeación, “entidad que informará anualmente al Congreso de la República sobre los contratos celebrados, las normas por éstos amparadas, los montos de la inversión protegida y el efecto fiscal anual derivado de estos contratos”.

El inversionista solicitante del contrato de estabilidad contratará por su cuenta una auditoría que revisará y certificará anualmente el cumplimiento de los compromisos adquiridos en el contrato, e informará los resultados de la auditoría al Departamento Nacional de Planeación y al Comité de Estabilidad Jurídica. En el contrato deberá quedar establecida esta responsabilidad de la parte inversionista y la de responder a las solicitudes adicionales de información requeridas por cualquiera de los miembros del Comité. La función de auditoría puede ser ejercida por el Revisor Fiscal, cuando sea del caso.

El Estado garantizará la confidencialidad de la información empresarial suministrada para tal efecto.

IV. RECOMENDACIONES

El Departamento Nacional de Planeación, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, recomiendan al CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL – CONPES:

1. Aprobar los lineamientos establecidos en este documento.
2. Al Gobierno, expedir el Decreto Reglamentario de la Ley 963 de 2005, que recoge lo planteado en este documento, cuyo proyecto se anexa al mismo.
3. Al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, establecer en el Banco de la República la cuenta receptora de los pagos de la prima a que dé lugar la suscripción de los contratos de estabilidad jurídica y los mecanismos operativos para aportar a las entidades miembros del Comité de Estabilidad Jurídica la información sobre sus movimientos

7. DOCUMENTO

CONPES 3406

Consejo Nacional de Política Económica y Social
República de Colombia
Departamento Nacional de Planeación.

MODIFICACIÓN ACLARATORIA DEL DOCUMENTO CONPES 3366 “CONSIDERACIONES TECNICAS PARA LA EVALUACIÓN DE SOLICITUDES DE CELEBRACIÓN DE CONTRATOS DE ESTABILIDAD JURIDICA”

DNP: DDE

Ministerio de Comercio, Industria y Turismo

Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Versión aprobada

Bogotá D.C., 19 de diciembre de 2005

Este documento presenta a consideración del Consejo Nacional de Política Económica y Social –CONPES- una modificación aclaratoria al Documento Conpes 3366 de agosto 1 de 2005 “Consideraciones técnicas para la evaluación de solicitudes de celebración de contratos de Estabilidad Jurídica”.

I. ANTECEDENTES

El pasado primero de agosto, el Consejo Nacional de Política Económica y Social aprobó el Documento Conpes 3366, donde se estableció el conjunto de elementos técnicos que el Gobierno Nacional tomaría en consideración para evaluar las solicitudes de celebración de contratos de estabilidad jurídica creados mediante la Ley 963 de 2005.

El CONPES, al reconocer la estabilidad jurídica como uno de los factores de mayor incidencia sobre las decisiones de inversión privada, determinó que la suscripción de los contratos de estabilidad jurídica tendrá 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 Comité de Estabilidad Jurídica creado en el literal b) del artículo 4 de la Ley 963 de 2005 tiene la potestad de representar al Estado en el proceso de evaluación de las solicitudes de celebración de contratos de estabilidad jurídica y de negociación con el o los inversionistas solicitantes de los términos específicos que adoptará dicho contrato.

Divulgado el documento CONPES 3366 y recibidas manifestaciones de interés por parte de inversionistas privados en la suscripción de contratos de estabilidad jurídica, el Comité de Estabilidad Jurídica determinó que uno de los principios generales y unos criterios específicos de evaluación de las solicitudes, ambos establecidos en el Documento citado, presentan ambigüedad en su redacción y de no ser aclarados, podrían menoscabar la eficiencia del instrumento como incentivo de la inversión.

II. JUSTIFICACIÓN DE LAS MODIFICACIONES

El Documento Conpes 3366 estableció como justificación de la celebración de un contrato de estabilidad jurídica que la nueva inversión o la ampliación de la inversión existente amparada genere impactos económicos y sociales positivos de “suficiente entidad”, y que tales impactos formarán parte de los compromisos y responsabilidades adquiridos por el inversionista.

Tal redacción puede dar lugar a una interpretación taxativa según la cual las cifras absolutas y exactas argumentadas por el inversionista en la demostración de los impactos económicos y sociales positivos constituyen, por sí mismas, los compromisos adquiridos. Esta interpretación no permite el normal margen de variabilidad que todo proyecto de inversión trae consigo.

La tabla siguiente propone una redacción alternativa, que se somete a consideración del CONPES.

Texto original Redacción alternativa

Los impactos generados por la inversión que el inversionista solicitante argumente para demostrar la rentabilidad económica y social positiva de la suscripción del contrato de estabilidad jurídica, deben ser de suficiente entidad como para justificar la celebración del mismo y formarán parte de los compromisos y responsabilidades adquiridos por el inversionista mediante la celebración de tal contrato.

(Documento Conpes 3366, pg. 2)

a. Los impactos generados por la inversión que el inversionista solicitante argumente para demostrar la rentabilidad económica y social positiva de la suscripción del contrato de estabilidad jurídica, deben ser de suficiente entidad como para justificar la celebración del mismo y, si el Comité así lo determina, formarán parte de los compromisos y responsabilidades adquiridos por el inversionista mediante la celebración de tal contrato.

b. Uno de los criterios específicos que el Documento Conpes 3366 estableció para la evaluación de solicitudes de contratos de estabilidad jurídica y para su suscripción, señala que las normas cuya vigencia es limitada en el tiempo y menor que la duración del contrato, sólo gozarán de protección por el término de vigencia de la norma respectiva.

La motivación de esta limitación es evitar que la suscripción de un contrato de estabilidad jurídica convierta en permanente un beneficio general otorgado sólo durante un tiempo predeterminado.

Sin embargo, resulta ambigua cuando la norma trata de una carga temporal que afecta negativamente el flujo de caja del inversionista.

Se somete a consideración del CONPES, una modificación del texto de manera que resuelva esa ambigüedad:

Texto original Redacción alternativa Normas de vigencia limitada. Las normas amparadas en los contratos de estabilidad jurídica, cuya vigencia sea menor a

la duración del contrato, sólo gozarán de protección por el término de vigencia de la norma respectiva.

En este caso, se incluyen normas como las exenciones tributarias previstas para operadores de zonas francas, el régimen de zonas económicas especiales en lo que refiere a impuesto a la renta y la Quimbaya de próxima expiración.

(Documento Conpes 3366, pg. 4)

Normas de vigencia limitada. 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 impondibles durante la vigencia de la norma, y no más allá, dentro del término de vigencia del contrato.

3. Entre aquellas normas que reconocen beneficios temporales, si incluyen, por ejemplo las exenciones tributarias para operadores de zonas francas, el régimen de zonas económicas especiales en lo que refiere a impuesto a la renta y Ley Quimbaya de próxima expiración.

Normas de vigencia limitada que establecen una carga son, por ejemplo, la sobretasa al impuesto de renta y el impuesto al patrimonio y el gravamen de cuatro por mil a los movimientos financieros.

III. RECOMENDACIONES

Con base en lo anterior el Departamento Nacional de Planeación, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público recomiendan al Consejo Nacional de Política Económica y Social - CONPES:

1. Aprobar el texto alternativo propuesto.
2. Reemplazar en el Documento Conpes 3363 los párrafos pertinentes por el nuevo texto e indicar mediante pié de página el número y fecha del Documento Conpes que autorizó esta modificación aclaratoria.

8. DECRETO 1735 DE 1993

(Septiembre 2)

Diario Oficial No. 41.017, del 2 de septiembre de 1993

MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO por el cual se dictan normas en materia de cambios internacionales.

EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA,

En ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial de las que le confiere el artículo 59 de la Ley 31 de 1992, conforme a los principios contenidos en la Ley 9ª. de 1991 y en concordancia con la Resolución externa número 21 de 1993 de la Junta Directiva del Banco de la República,

DECRETA:

ARTICULO 1o. OPERACIONES DE CAMBIO. Defínanse como operaciones de cambio todas las comprendidas dentro de las categorías señaladas en el artículo 4o. de la Ley 9ª. de 1991, y específicamente las siguientes:

1. Importaciones y exportaciones de bienes y servicios;
2. Inversiones de capitales del exterior en el país;
3. Inversiones colombianas en el exterior;
4. Operaciones de endeudamiento externo celebradas por residentes en el país;
5. Todas aquellas, que impliquen o puedan implicar pagos o transferencias de moneda extranjera entre residentes y no residentes en el país;
6. Todas las operaciones que efectúen residentes en el país con residentes en el exterior que impliquen la utilización de divisas, tales como depósitos y demás operaciones de carácter financiero en moneda extranjera;
7. Las entradas o salidas del país de moneda legal colombiana y de títulos representativos de la misma y la compra en el exterior de moneda extranjera con moneda legal colombiana o títulos representativos de la misma;
8. Las operaciones en divisas o título representativos de las mismas que realicen el Banco de la República, los intermediarios del mercado cambiario y los demás agentes autorizados, con otros residentes en el país.

ARTICULO 2o. DEFINICION DE RESIDENTE. Sin perjuicio de lo establecido en tratados internacionales y leyes especiales para efectos del régimen cambiario se consideran residentes todas las personas naturales que habitan en el territorio nacional. Así mismo se consideran residentes las entidades de derecho público, las personas jurídicas, incluidas las entidades sin ánimo de lucro, que tengan domicilio en Colombia y las sucursales establecidas en el país de sociedades extranjeras

Se consideran como no residentes las personas naturales que no habitan dentro del territorio nacional, y las personas jurídicas, incluidas las entidades sin ánimo de lucro que no tengan domicilio dentro del territorio nacional. Tampoco se consideran residentes los extranjeros cuya permanencia en el territorio nacional no exceda de seis meses continuos o discontinuos en un período de doce meses.

ARTICULO 3o. OPERACIONES INTERNAS. Salvo autorización expresa en contrario, ningún contrato, convenio u operación que se celebre entre residentes se considerará operación de cambio. En consecuencia, las obligaciones que se deriven de tales contratos, convenios u operaciones, deberán cumplirse en moneda legal colombiana.

ARTICULO 4. NEGOCIACION DE DIVISAS. Únicamente las operaciones de cambio que a continuación se indican, deberán canalizarse a través del mercado cambiario:

1. Importaciones y exportaciones de bienes;
2. Operaciones de endeudamiento celebradas por residentes en el país, así como los costos financieros inherentes a las mismas;
3. Inversiones de capital del exterior en el país, así como los rendimientos asociados a las mismas;
4. Inversiones de capital colombiano en el exterior, así como los rendimientos asociados a las mismas;
5. Inversiones financieras en títulos emitidos o en activos radicados en el exterior así como los rendimientos asociados a las mismas, salvo cuando las inversiones se efectúen con divisas provenientes de operaciones que no deban canalizarse a través del mercado cambiario;
6. Aavales y garantías en moneda extranjera;
7. Operaciones de derivados y operaciones pesos - divisas.

ARTICULO 5o. DEROGATORIAS. Como consecuencia de la entrada en vigor de este decreto, cesará la aplicabilidad de las disposiciones de la Junta Monetaria y de la Junta Directiva del Banco de la República contenidas en la Resolución 57 de 1991 de la Junta Monetaria que regulen materias de competencia del Gobierno Nacional conforme al artículo 59 de la Ley 31 de 1992.

ARTICULO 6o. VIGENCIAS. Continúan vigentes las disposiciones sobre seguros denominados en divisas contenidas en el Decreto 2821 de 1991, parcialmente derogado por el Decreto 1254 de 1992.

El presente Decreto rige desde la fecha de su publicación y se aplica a las operaciones de cambio que se efectúen a partir del 1o. de octubre de 1993. No obstante lo anterior, las operaciones de cambio celebradas con anterioridad al 1o. de octubre de 1993 continuarán sujetándose a los requisitos y condiciones vigentes al momento de su celebración.

Publíquese, comuníquese y cúmplase.

Dado en Santafé de Bogotá, D.C., a 2 de septiembre de 1993.

CESAR GAVIRIA TRUJILLO.

9. DECRETO NÚMERO 133 DE 2006
23 ENE 2006

MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO

Por el cual se deroga el h) del artículo 8° del Decreto 2950 de 2005.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

En uso de sus facultades constitucionales, en especial las que le confiere el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política,

DECRETA:

ARTICULO 1o. Derogase el literal h) del artículo 8o del Decreto 2950 de 2005.

ARTICULO. 2o Vigencia. El presente Decreto rige a partir de su publicación.

PUBLIQUESE Y CUMPLASE.

Dado en Bogotá, D. C. a los 23 ENE 2006

ALVARO URIBE VELEZ

PRESIDENTE DE LA REPUBLICA

EL MINISTRO DE HACIENDA Y CREDITO PÚBLICO

ALBERTO CARRASQUILLA BARRERA

EL MINISTRO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO

JORGE H. BOTERO

EL DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACION

SANTIAGO MONTENEGRO TRUJILLO