

LOS CONTRATOS DE ESTABILIDAD JURÍDICA: UN ESTÍMULO A LA INVERSIÓN EXTRANJERA EN COLOMBIA

DIEGO RICARDO GALÁN BARRERA

Abogado y Especialista en Derecho Comercial del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Magister en Derecho de Seguros de la Pontificia Universidad Javeriana. Magister en Derecho Europeo Comparado de la Universidad Carlos III de Madrid. Profesor de Derecho Internacional Privado de la Universidad Icesi. Cali, Colombia.
drgalan@icesi.edu.co

Fecha de recepción: 11-09-2006

Fecha de aceptación: 5-10-2006

ABSTRACT

Foreign investment in Colombia is going to be encouraged through the actual possibility that investors have of entering into a contract of law stability with the colombian state. Prior the accomplishment of some fundamental requirements, natural or legal persons, either nacional or foreigner, even a consortium, by means of those contracts, could obtain from the colombian state the guarantee that the present laws which regulated their investments would not be modified for a term that could oscillate between 3 to 20 years.

KEY WORDS

Law stability contracts, foreign investment, foreign direct investment

(FDI), portfolio investment, investor, residence, investment register, foreign capital investment funds

RESUMEN

La inversión extranjera en Colombia cuenta con un nuevo estímulo mediante la posibilidad que tienen los inversores de celebrar los denominados contratos de estabilidad jurídica con el Estado colombiano. Previo cumplimiento de unos requisitos esenciales, las personas naturales o jurídicas inversionistas, ya sean nacionales o extranjeras, e inclusive los consorcios, mediante estos contratos podrán obtener del Estado la garantía que no se les modificarán las normas actualmente vigentes consideradas como determinantes de su inversión,

por un término que puede oscilar entre tres y veinte años.

PALABRAS CLAVE

Contratos de estabilidad jurídica, inversión extranjera, inversión ex-

tranjera directa (IED), inversión de portafolio, inversionista, residencia, registro de la inversión, fondo de inversión de capital extranjero.

1. INTRODUCCIÓN

Según la CEPAL,¹ durante el 2005 Colombia fue el país latinoamericano que exhibió el mayor índice de incremento de atracción a la inversión extranjera directa en la región, alcanzando la cifra de 10.192 millones de dólares, lo cual constituye, a pesar de su notable registro, una meta que con seguridad se superará en los próximos años.

Ciertamente, a partir del pronunciamiento de la sentencia C-242 de 2006 de la Corte Constitucional, por medio de la cual se decidió la exequibilidad de la Ley 963 del 8 de julio de 2005,² la inversión extranjera cuenta con un nuevo y poderoso estímulo, como lo son los contratos de estabilidad jurídica que podrán celebrar determinados inversionistas con el Estado colombiano, lo cual augura un crecimiento de los actuales niveles de los negocios de esta índole.

En efecto, mediante la expedición de la Ley 963, reglamentada parcialmente por el Decreto 2950 del 29 de agosto de 2005, se pretende tanto la promoción de nuevas inversiones del exterior como la ampliación de las preexistentes, garantizando a los inversores extranjeros, lo mismo que a los nacionales, que las normas que actualmente se les aplican, como

determinantes de su inversión, conservarán su vigencia así lleguen a expedirse otras que las modifiquen, siempre y cuando suscriban unos específicos contratos con el Estado colombiano, previo el lleno de ciertos requisitos de carácter esencial.

De esta manera, es factible vaticinar que el país no sólo cautivará mayor inversión proveniente del exterior³ sino que retendrá la actualmente vinculada, garantizando, de una parte, la permanencia de capital productivo en el país y, de otra, seguridad jurídica a sus titulares.

En tal virtud, esta breve exposición monográfica tiene como objetivo central efectuar una descripción de los contratos de estabilidad jurídica, enfatizando en su naturaleza, sus características, su contenido, su alcance y los requisitos para su celebración, no obstante lo cual se reseñarán, previamente, determinados conceptos fundamentales sobre el actual régimen jurídico de la inversión extranjera en Colombia.

2. MARCO LEGAL DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA EN COLOMBIA

A continuación se consignarán algunos conceptos elementales relacionados con la inversión extranjera

1. Cfr. Naciones Unidas. Comisión Económica para América Latina y el Caribe. La inversión extranjera en América Latina y el Caribe. Naciones Unidas, mayo de 2006, p. 27. Disponible en Internet: <<http://www.eclac.cl/cgi-bin/getProd.asp?xml=/publicaciones/xml/4/24294/P24294.xml&xsl=/ddpe/tpl/p9f.xsl&base=/tpl/top-bottom.xml>>. Señala el más reciente informe anual de la Unidad de Inversiones y Estrategias Empresariales de la División de Desarrollo Productivo y Empresarial de la CEPAL que "...En el 2005, Colombia se destaca como el mayor receptor de IED en relación con el PIB en la región, con un 8.4%...".
2. Publicada en el Diario Oficial No. 45.963 de 08 de julio de 2005.
3. Según la OCDE, debe promoverse la inversión extranjera directa, no solo por el flujo de recursos que provee, sino porque puede conducir a transferencias de tecnología, mejor formación de capital humano, una más profunda integración comercial y un ambiente más competitivo para efectuar negocios. Cfr. Organization for Economic Cooperation and Development. Promoting Private Investment for Development. The Role of ODA. DAC Guidelines and Reference Series. París, OECD, 2006, p. 20. Disponible en Internet: <<http://www.oecd.org/dataoecd/23/40/36566902.pdf>>

en Colombia y se determinará el régimen legal actualmente aplicable a la misma.

2.1 Concepto

La inversión extranjera es aquella que realizan en el territorio colombiano, incluidas las denominadas zonas francas colombianas, las personas naturales o jurídicas⁴ no residentes en Colombia.

Es decir, que el criterio que con carácter exclusivo se adoptó para calificar a una inversión como proveniente del exterior se fundamenta en que el lugar de ubicación de la residencia del inversionista se encuentre en el extranjero.

Es oportuno precisar que para las personas naturales la residencia es el lugar de su habitación y para las personas jurídicas es el lugar de su domicilio.⁵

Igualmente, se debe aclarar que se consideran como no residentes en el territorio colombiano a los extranjeros que permanezcan en el territorio nacional menos de seis (6) meses, continuos o discontinuos, en un período de doce meses.⁶

2.2 Normatividad

2.2.1 Antecedentes

Luego del Decreto 444 de 1967, también denominado 'Estatuto Cambiario', que durante casi 25 años reguló el tema cambiario en Colombia, so-

brevinieron en 1991 la Ley 9ª y las resoluciones 49 y 51 del CONPES, con lo cual se puede afirmar que desde hace quince años la inversión extranjera en Colombia viene siendo regulada de una manera consistente y uniforme.

2.2.2 Régimen actual

En la actualidad, el eje central de la regulación sobre la inversión extranjera en Colombia lo constituye el Decreto 2080 de 2000, el cual consta de 55 artículos distribuidos en 4 capítulos.

Sin embargo, el Decreto 2080 ha sido objeto de varias reformas, tales como las del Decreto 1844 de 2003 {que modificó los artículos 3, 8, 15, 23, 29 y 46 y derogó tanto el literal e) del artículo 5 como el artículo 24}; el Decreto 1866 de 2005 {que modificó el art. 26}, el Decreto 4474 de 2005 {que nuevamente modificó los artículos 5 y 8} y, recientemente, el Decreto 1940 de 2006 {que modificó el literal d) del artículo 10 y de nuevo todo el artículo 36}.⁷

2.3 Clasificación

La inversión proveniente del exterior se clasifica en dos tipos: i) La inversión directa y ii) La inversión de portafolio.

2.3.1 La inversión directa

Es aquella que se efectúa sin necesidad de utilizar intermediarios, ya sea a través de adquisición de capital

4. Artículo 4º del Decreto 2080 de 2000.

5. Artículo 2º del Decreto 1735 de 1993.

6. *Ibidem*.

7. Esas mismas normas ya habían sido modificadas por el Decreto 4210 de 2004, el cual fue derogado integralmente por el Decreto 1940 de 2006.

social de personas jurídicas, o mediante la adquisición de derechos en patrimonios autónomos constituidos por contratos de fiducia mercantil, o por la adquisición de inmuebles o de participaciones derivadas de procesos de titularización inmobiliaria, o cuando el inversionista realiza aporte por medio de actos o contratos de colaboración empresarial (concesión, licencia, transferencia de tecnología) y, finalmente, en inversiones suplementarias al capital asignado de las sucursales de sociedades extranjeras.

2.3.2 La inversión de portafolio

Es aquella que tiene por objeto realizar transacciones en el mercado público de valores, vale decir, en títulos o valores inscritos en el Registro Nacional de Valores, debiendo ser efectuada, necesariamente, por medio de un fondo de inversión de capital extranjero.⁸

Los fondos de inversión de capital extranjero son patrimonios constituidos con aportes de personas naturales o jurídicas extranjeras y se pueden organizar tanto en Colombia como en el exterior.

La ley diferencia entre fondos institucionales y fondos individuales. Serán institucionales aquellos cuyo propósito central consiste en realizar operaciones en mercados de capitales, al paso que se califican como individuales los que, sin ser ese su objeto principal, acaban canalizando sus excedentes de tesorería en tales mercados en virtud de un esquema de planificación financiera.

En todo caso, los fondos de inversión de capital extranjero requieren de un administrador local, cuya función, según la ley, solamente puede ser efectuada por las sociedades fiduciarias o por las sociedades comisionistas de bolsa.

2.4 Modalidades

Las modalidades de inversiones provenientes del exterior que el artículo 5° del Decreto 2080 de 2000⁹ identifica son las siguientes:

2.4.1 Importación de divisas libremente convertibles para inversiones en moneda nacional.

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

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

2.4.4 Recursos en moneda nacional con derecho a ser remitidos al exterior, tales como principal e intereses de créditos externos, sumas debidas por concepto de importaciones reembolsables, utilidades con derecho a giro y regalías derivadas de contratos debidamente registrados que se destinen a inversiones directas o de portafolio.

8. Artículo 26 del Decreto 2080 de 2000.

9. De conformidad con la modificación efectuada por el artículo 1° del Decreto 4474 de 2005.

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

2.5 Representación

Toda persona residente en el exterior que desee realizar una inversión en nuestro país deberá designar un apoderado en Colombia, quien será solidariamente responsable por el cumplimiento de las obligaciones relacionadas con el registro de la inversión ante el Banco de la República.¹⁰

2.6 Registro

Sin excepción, toda inversión proveniente del exterior, cualquiera que sea su tipo, debe ser registrada ante el Banco de la República, cuyos términos de presentación variarán dependiendo de la modalidad de que se trate.

3. LOS CONTRATOS DE ESTABILIDAD JURÍDICA

Según lo anunció públicamente el 10 de septiembre de 2005 en su página web¹¹ la Presidencia de la República de Colombia, la sociedad Alpina S.A. celebró con el gobierno colombiano el primer contrato de estabilidad jurídica, relacionado con nuevas inversiones por cerca de 25 millones de dólares.

A continuación se presentará esquemáticamente una conceptua-

lización sobre este tipo particular de contrato, su naturaleza jurídica, una referencia a los sujetos contratantes, la mención de los elementos esenciales que se deben reunir y una descripción del contrato en sí mismo considerado.

3.1 Concepto

Los contratos de estabilidad jurídica son acuerdos celebrados entre los inversores, nacionales o extranjeros, y el Estado colombiano, cuyo objeto consiste en garantizar *"...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..."*.¹²

En tales contratos debe hacerse una referencia expresa y taxativa a las normas y a las interpretaciones vinculantes que respecto de ellas hayan efectuado autoridades administrativas, todo lo cual debe ser determinante de la inversión, vale decir, que las normas indicadas, cuya estabilidad y vigencia se garantiza por medio del contrato debe ser de tal entidad que sin su existencia y alcance regulatorio probablemente la inversión no se hubiera efectuado.

3.2 Naturaleza jurídica

Tales contratos son de naturaleza pública, en la medida en que son ce-

10. Artículo 15 del decreto 2080 de 2000.

11. Disponible en Internet: <http://www.presidencia.gov.co/prensa_new/sne/2006/enero/24/07242006.htm>

12. Artículo 1 inciso 2º de la Ley 963 de 2005.

lebrados por el Estado colombiano y, por lo tanto, estarán sujetos a la Ley 80 de 1993¹³ y sometidos a la jurisdicción contencioso-administrativa, salvo que en ellos se pacte una cláusula compromisoria.¹⁴

3.3 Sujetos contratantes

De una parte, este tipo de contratos los pueden celebrar los inversionistas, tanto nacionales como extranjeros, ya sean personas naturales o jurídicas, incluidos los consorcios, que cumplan los requisitos esenciales señalados en el artículo 4º de la Ley 963.

Y, de otra parte, el Estado colombiano, representado por "...el ministro del ramo en el que se efectúe la inversión...",¹⁵ conforme lo disponga el Comité de Estabilidad Jurídica.

Dicho comité será apoyado por una Secretaría Técnica, la cual se encuentra a cargo de la Dirección de Productividad y Competitividad del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

3.4 Requisitos esenciales

Para poder celebrar los contratos de estabilidad jurídica, los inversores deberán cumplir los siguientes requisitos calificados como esenciales:

3.4.1 *Solicitud*

El inversionista deberá presentar, ante la Secretaría Técnica del Comité de Estabilidad Jurídica, una solicitud que, de acuerdo con el artículo 3º del Decreto 2950 de 2005, debe contener la siguiente información:

- Identificación plena del inversionista.
- Su capacidad para actuar.
- Manifestación expresa del inversionista sobre el origen lícito de los recursos de la nueva inversión o de la ampliación de la existente.
- Manifestación expresa del inversionista de no haber sido condenado o sancionado administrativamente, en Colombia o en el extranjero, por conductas de corrupción.
- Descripción detallada del proyecto de inversión en el que se debe incluir la modalidad de la inversión, acompañada de los estudios de factibilidad técnica, financiera y económica que sustenten la adecuación del proyecto al Documento Conpes 3366 del 1º de agosto de 2005.
- Determinación de la cuantía de la inversión y descripción detallada del plazo para efectuarla. Si la inversión se va a efectuar de una manera fraccionada se debe establecer un cronograma que refleje los plazos y montos correspondientes.
- Transcripción de las normas (artículos, incisos, ordinales, numerales, literales, párrafos) y de las interpretaciones administrativas vinculantes respecto de las cuales se solicita la estabilidad.¹⁶
- Exposición de las razones que demuestran la importancia y el

13. Así lo señala el artículo 8º del Decreto 2950 de 2005.

14. Artículo 7 de la Ley 963 de 2005.

15. Artículo 4º letra f) de la Ley 963 de 2005.

16. Artículo 3º de la Ley 963 de 2005.

carácter determinante sobre la decisión de las normas y de las interpretaciones administrativas vinculantes, de conformidad con el Documento Conpes 3366 de 2005.

- Determinación justificada del término propuesto de duración de contrato.
- Forma de pago de la prima.
- Número de empleos que durante la vigencia del contrato se proyecta generar.

El Comité de Estabilidad Jurídica aprobará o no la solicitud y la comunicará al peticionario a través del Ministerio del ramo en el que se efectúe la inversión.

3.4.2 El carácter de la inversión

La inversión a que se debe referir el contrato de estabilidad jurídica debe tratarse de una inversión nueva, vale decir, aquel proyecto que inicie operaciones con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 963, o de la ampliación de una inversión preexistente, señalándose el plazo máximo para efectuarla y el término de duración del contrato.

3.4.3 El monto de la inversión

El monto de la inversión nueva o el de ampliación de la existente debe ser igual o superior a la suma de siete mil quinientos salarios mínimos legales mensuales vigentes (7.500 smlmv),¹⁷ lo cual implica que para el 2005 dicho monto fue de algo más de 2.861 millones de pesos y para el 2006 de

3.060 millones de pesos. Posiblemente para el 2007 la cifra esté cercana a los 3.200 millones de pesos.

3.4.4 Actividades en las que se puede realizar la inversión

El artículo 2º de la ley 963 señala, con un carácter no limitativo, las actividades en las que se pueden efectuar nuevas inversiones o ampliar las existentes, así: "...*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, en general, toda actividad que apruebe el Comité de Estabilidad Jurídica, con la salvedad de las actividades a que se refiere el artículo 6º del Decreto 2080 de 2000, a saber: i) Actividades de defensa y seguridad nacional y ii) Procesamiento, disposición y desecho de basuras tóxicas, peligrosas o radiactivas no producidas en el país.

De igual manera, y de forma expresa, se excluyen las inversiones extranjeras de portafolio.

3.4.5 La prima

El inversionista que decida celebrar un contrato de estabilidad jurídica con el Estado colombiano, 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

17. Artículo 2º de la Ley 963 de 2005.

realice en cada año, de acuerdo con el cronograma aprobado.

3.4.6 Cumplimiento de obligaciones adicionales

El inversionista deberá cumplir con una serie de deberes específicos relacionados con:

- Las disposiciones legales y reglamentarias de la actividad objeto de la inversión, así como con el pago puntual de obligaciones tributarias, sociales y laborales.
- Las normas ambientales.
- Obligaciones legales y reglamentarias de orden tributario y laborales que surjan con ocasión de lo dispuesto por la Ley 963.

3.5 El contrato de estabilidad jurídica

3.5.1 Contenido

La Secretaría Técnica elaborará la minuta del contrato y la remitirá tanto al solicitante como al ministro del ramo para que sucesivamente suscriban el contrato.

El contrato contendrá las siguientes cláusulas:¹⁸

- Identificación plena de los contratantes.
- Descripción del proyecto de inversión y fijación de su cuantía.
- Plazo máximo y cronograma para realizar la inversión.
- Término de duración del contrato.

- Monto, plazo y forma de pago de la prima.
- Transcripción de las normas respecto de las cuales se brindará estabilidad
- Obligación del inversionista de realizar la inversión nueva o de ampliar la existente
- Deber de cumplir con el pago de obligaciones tributarias, sociales y laborales
- Obligación de cumplir con las normas ambientales
- Causales de terminación anticipada del contrato
- Posibilidad de cesión o subrogación del contrato, previa autorización del Comité de Estabilidad Jurídica
- Otras cláusulas que fueren pertinentes

3.5.2 Duración del contrato

El término de duración del contrato no podrá ser inferior a tres (3) años ni podrá ser superior a veinte (20) años.

3.5.3 Suscripción

El contrato será suscrito por el Ministro del ramo en el que se efectúe la inversión, quien no podrá delegar la atribución, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha del acta del Comité de Estabilidad Jurídica en la que conste la aprobación de la celebración correspondiente del contrato.

18. Artículo 8° del Decreto 2950 de 2005.

La fecha de suscripción determina el comienzo de la vigencia del contrato.

3.5.4 Registro

El contrato deberá ser registrado ante el Departamento Nacional de Planeación.

IV. CONCLUSIONES

A raíz de la expedición de la Ley 963 de 2005, por la cual se introdujo la posibilidad de celebrar los denominados 'contratos de estabilidad jurídica', vale decir, aquellos por medio de los cuales a los inversionistas nacionales o extranjeros el Estado les garantiza que no se les modificarán las normas que fueron determinantes de su inversión, siempre y cuando las identifiquen en los contratos y cumplan otros requisitos esenciales, se puede vaticinar que la inversión extranjera directa, en especial, tenderá a elevar sus índices actuales de crecimiento.

Los inversores deberán acreditar, entre otros aspectos, que la inversión a que se hará referencia en el citado contrato es nueva o que se trata de la ampliación de una inversión preexistente, por un monto igual o superior a 7.500 salarios mínimos legales mensuales vigentes (\$3.060 millones del 2006), comprometiéndose a pagar una prima equivalente al uno por ciento (1%) de la inversión, de conformidad con un cronograma de pago, teniéndose presente que los contratos tendrán un término de duración que oscila entre tres y veinte años.

De esta manera, los beneficios que traerá consigo la celebración de estos contratos se pueden apreciar por partida doble: de una parte, los in-


versionistas gozarán de estabilidad y seguridad jurídicas y, de otra, el Estado colombiano garantizará que la inversión productiva permanecerá en el país, al tiempo que se podrá atraer significativamente inversión extranjera directa.

No sobra advertir que esta temática constituye un escenario propicio para adelantar investigaciones interdisciplinarias en el futuro inmediato, tanto desde la perspectiva de los tratados de libre comercio sobrevivientes, como de los efectos que produzca la reforma tributaria en vigor.

BIBLIOGRAFÍA

1. Álvarez Londoño, L. F. & Galán Barrera, D. R. (2002). Derecho Internacional Privado (Parte General). Estudios de Derecho Internacional 4 CEDI. (1ª reimpresión). Bogotá: Javegraf, Pontificia Universidad Javeriana.
2. Lafont Pianetta, P. 2004. Manual de Contratos. Contratación Internacional T. 3. Bogotá: Ediciones del Profesional.
3. Linares Cantillo, A. (1992). Apuntes en torno al nuevo régimen general de las inversiones de capital del exterior en Colombia.
4. Naciones Unidas. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) (mayo, 2006). La inversión extranjera en América Latina y el Caribe.
5. Organization for Economic Cooperation and Development. (2006). Promoting Private investment for Development. The Role of ODA. (DAC Guidelines and Reference Series). París: OECD.

Páginas web citadas

6. <http://www.eclac.cl/cgi-bin/getProd.asp?xml=/publicaciones/xml/4/24294/P24294.xml&xsl=/ddpe/tpl/p9f.xsl&base=/tpl/top-bottom.xsl>
7. <http://www.oecd.org/dataoecd/23/40/36566902.pdf>
8. http://www.presidencia.gov.co/prensa_new/sne/2006/enero/24/07242006.htm 

SECCIÓN: EL CASO DEL TRIMESTRE

En cada una de las entregas de la revista incluimos un caso seleccionado de los mejores presentados por los estudiantes de posgrado de la Universidad Icesi en el trimestre anterior. Incluimos además comentarios acerca del caso presentados por profesores.

La base de datos «Casos Facultad de Ciencias Económicas y Administración, Universidad Icesi», está disponible a profesores de las facultades de administración del país y el exterior.

Son de nuestro interés los comentarios sobre el uso que hagan de este caso

El editor

