

COMO CITAR ESTE ARTÍCULO:

García-Giraldo, J.S. (2015). Los contratos de estabilidad jurídica en una economía global, un análisis de derecho comparado para el caso de Colombia, Perú y Chile. *Revista Jurídicas*, 12 (1), 78-95.

DOI: 10.17151/jurid.2015.12.1.6.

Recibido: 19 de enero de 2015

Aprobado: 27 de abril de 2015

LOS CONTRATOS DE ESTABILIDAD JURÍDICA EN UNA ECONOMÍA GLOBAL, UN ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO PARA EL CASO DE COLOMBIA, PERÚ Y CHILE

JUAN SEBASTIAN GARCÍA-GIRALDO** |

RESUMEN

La actividad económica no puede resolver todos los problemas sociales, ampliando sin más la lógica mercantil, por lo tanto en los últimos años los Estados han generado una serie de mecanismos de estabilización jurídica que promueven la inversión extranjera; inversión, considerada como la piedra angular para alcanzar el desarrollo. Colombia expidió la Ley 963 de 2005, por medio de la cual se le permite al Estado suscribir contratos de estabilidad jurídica con el objetivo primordial de incentivar la inversión extranjera. El presente artículo de investigación presenta un análisis de derecho comparado de los contratos de estabilidad jurídica en una economía globalizada y su implementación en otros países de América Latina como es el caso de Perú y Chile.

PALABRAS CLAVE: contratos de estabilidad jurídica, desarrollo, economía globalizada, estabilidad jurídica, inversión extranjera.

* Especialista en Derecho Administrativo. Universidad de Caldas, Manizales, Colombia.
E-mail: jusegagi@hotmail.com.
ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-9806-738X>.

THE LEGAL STABILITY CONTRACTS IN A GLOBAL ECONOMY, A COMPARATIVE LAW ANALYSIS FOR THE CASE OF COLOMBIA, PERU AND CHILE

ABSTRACT

Economic activity cannot solve all social problems through the simple application of commercial logic. So in recent years the States have generated a series of legal stabilization mechanisms that promote foreign investment which is considered a cornerstone for the achievement of development. Colombia issued Law 963 of 2005 which allowed the State to sign legal stability contracts with the primary objective of encouraging foreign investment. This paper presents a comparative law analysis of legal stability contracts in a globalized economy and their implementation in other Latin America countries, as it is the case of Peru and Chile.

KEY WORDS: legal stability contracts, development, global economy, legal stability, foreign investment.

INTRODUCCIÓN

El presente artículo expone el análisis jurisprudencial y de derecho comparado de la figura de los contratos de estabilidad jurídica. La importancia de adelantar este artículo radica en la necesidad permanente de actualización de aquellos que se encuentran inmersos en el derecho, ya que frecuentemente aparecen nuevas figuras jurídicas que deben ser comprendidas y analizadas en el contexto sistemático del ordenamiento jurídico colombiano e internacional.

En este sentido, partiendo de la identificación inicial de los postulados de la Ley 963 de 2005 —la cual crea y regula los contratos de estabilidad jurídica en el país— se ha establecido como objetivo principal de estudio: presentar un análisis jurisprudencial y de derecho comparado de la validez de dicha forma de contratación. Por tanto, al ser un estudio de derecho comparado, los aspectos puntuales y accesorios de la norma en cuestión no serán desarrollados a cabalidad debido a que este no es un trabajo sobre los contratos de estabilidad jurídica en sí mismos, sino un acercamiento a cómo esta figura jurídica se ha desarrollado en países como Colombia, Perú y Chile; lo anterior, ya que en Colombia existen estudios suficientes sobre los aspectos centrales de esta forma de contratación.

EL CONCEPTO DE ESTABILIDAD JURÍDICA EN UNA ECONOMÍA GLOBALIZADA

Con el auge de la economía liberal en los últimos 20 años los grandes industriales e inversionistas de los países más desarrollados, decidieron lanzarse a la caza de los mercados extranjeros tanto para el consumo como para la adquisición de materias primas. Asimismo, muchos países en vías de desarrollo como Brasil, India, Indonesia, Malasia han adoptado a la ‘tecnocracia’¹ como el trampolín para incursionar en la economía global mundial, generando una alta competencia y un mercado global nunca antes visto.

Por su parte la posición de un país como Colombia, al no contar con una tecnocracia establecida ni con una plataforma industrial como la de los países desarrollados o en vías de desarrollo, ha generado que la incursión en los mercados mundiales sea relativamente lenta; sin embargo, esto no quiere decir que, hoy en día, no exista un gran empuje para que Colombia posea una mayor participación en los mercados mundiales.

¹ La tecnocracia o “gobierno de los técnicos” se caracteriza por la implementación de las políticas económicas y neoliberales. “De esta manera, los populismos neoliberales de los años 80 y 90 llevaron a cabo un difícil acto de equilibrio entre, por un lado, las expectativas de las masas y por otro, las exigencias de ‘responsabilidad fiscal’ demandadas por poderosos actores internacionales tales como el Banco Mundial y el IMF. Mientras intentaban acallar el clamor de las masas por medio del uso de la retórica populista y la adopción esporádica de medidas en beneficio de los sectores populares, dejaban la conducción de la economía en manos de equipos tecnocráticos que estaban en plena sintonía con el llamado “Consenso de Washington”” (Silva, 2010, p. 8).

A su vez participar en la globalización no solo consta de “dejar salir”, sino también de “dejar entrar”. Por lo que debemos hablar de reciprocidad. Por ello para el país ha resultado más importante permitir el ingreso de capitales y bienes extranjeros, al no contar con los recursos suficientes ni con una plataforma industrial consolidada capaz de incursionar en los diversos y altamente competitivos mercados internacionales.

El proceso de globalización económica que ha vivido Colombia en los últimos años después del gobierno de César Gaviria y la promulgación de la Constitución de 1991, trajo consigo la disminución patente del papel del Estado en la economía²; permitiendo paralelamente un fortalecimiento de la inversión extranjera; todo esto, en términos jurídicos, implicó la necesidad de ofrecer mayores facilidades y ventajas a la hora de generar inversión con el compromiso de cumplir las denominadas “reglas de juego” en materia económica y crear una normativa estable que generase menos riesgos políticos y de orden público; pues solo así, se permitiría una ganancia económica real y estable a futuro.

Ahora bien, también debe destacarse que ese manejo económico estatal no puede desarrollarse en un marco de completa autonomía, porque ello sería desconocer los condicionamientos propios de una economía globalizada en la que los Estados deben inscribirse, por lo menos con la prudencia que imponen los caros y relevantes propósitos de la soberanía nacional. (Marín Vélez, 2006, p. 15)

Por tal motivo, esta nueva concepción macroeconómica de Estado está llamada a intervenir el funcionamiento económico en aspectos tales como la seguridad, las políticas públicas y de relaciones exteriores, el sector tributario, el régimen de contratación privada y pública, las estructuras de control de las funciones públicas entre otras.

A todo este andamiaje se le denomina “confianza inversionista”³, jurídicamente: ¿hacia dónde se dirigen estos nuevos beneficios?; básicamente, apuntan en dos direcciones: (i) posibilitar un ingreso fluido de inversionistas extranjeros y sus capitales para su incursión en el mercado interno—producción o comercialización— y (ii) posibilitar la configuración jurídica de negocios en el país a través de una configuración societaria sin mayores restricciones, derechos claros y seguros de

² Diversos analistas consideran que el papel del Estado en la economía se ha visto relegado a tan solo cuatro áreas, las cuales son: (i) la provisión de bienes de carácter público; (ii) la regulación permanente de los mercados; (iii) la generación de medidas que procuren estabilidad económica y (iii) la búsqueda del bienestar social.

³ Las políticas en materia de inversión extranjera han evolucionado profundamente en las últimas dos décadas, especialmente en los países en vías de desarrollo. Mientras que las décadas de los sesenta y setenta se caracterizaron por la tendencia a restringir la entrada de capitales foráneos a partir de los años ochenta y, particularmente, de los noventa, estas políticas han estado encaminadas a promover y a atraer la inversión extranjera. Según estudios realizados por las Naciones Unidas, cerca del 95 por ciento de los países han realizado modificaciones a sus legislaciones con el objetivo de facilitar los flujos de inversión extranjera. Además, se firmaron 1857 tratados bilaterales de inversión desde el año 2000 hasta la fecha; cinco veces más que los registrados en la década de los 90.

propiedad o todos aquellos que aseguren una renta, formas contractuales flexibles, claridad en la determinación de posibles daños y su indemnización, el menor control posible de poder en los mercados, propuestas de resolución de conflictos no dilatorias, posibilitar el flujo de recursos humanos y de capital sin mayores requisitos, reducción de cargas impositivas, flexibilización de costos laborales y estabilidad y seguridad jurídica.

De esta forma, algunas modalidades contractuales, de indudable impacto social directo, resultan frecuentemente intervenidas por nuevas disposiciones legales, adoptadas bien por el poder legislativo o bien por el ejecutivo, situación frecuente en relación con el contrato de arrendamiento de bienes inmuebles, el contrato de trabajo, el contrato de transporte público de pasajeros, el contrato de prestación uniforme para la prestación de servicios públicos domiciliarios, entre otros. (Marín Vélez, 2006, p. 15)

Asimismo, la protección de la estabilidad jurídica⁴ a las inversiones se vislumbra como uno de los factores más influyentes a la hora de invertir. Ahora bien, muchos inversionistas cuyos capitales son relevantes para el desarrollo económico de cualquier país, deben considerar la estabilidad de las normas que regularán sus negocios en sus destinos financieros puesto que así conocerán de antemano que no les serán modificadas las famosas “reglas de juego”, teniendo la certeza de que les serán respetados sus derechos adquiridos.

En palabras del analista García de Enterría (2011), esto:

no impide al legislador modificar las regulaciones generales con el fin de adaptarlas a las exigencias del interés público, pero sí le obliga a dispensar su protección, en caso de alteración sensible de situaciones en cuya durabilidad podían legítimamente confiar los afectados. Esta modificación legal obliga a la administración a proporcionarles, en todo caso, el tiempo y los medios para equilibrar su posición o adaptarse a la nueva situación, lo que dicho de otro modo implica una condena de los cambios bruscos adoptados por sorpresa sin las cautelas aludidas. (p. 375)

Bajo esta perspectiva económica se puede afirmar que la expedición de la Ley 963 de 2005, encaja a cabalidad con los postulados económicos establecidos por el Estado para generar una mayor inversión extranjera en Colombia; promoviendo así, el bienestar social, la generación de empleo y el desarrollo de toda la infraestructura nacional.

⁴ El concepto de estabilidad jurídica, presupone una normativa clara que genera en los inversionistas la confianza necesaria en las autoridades estatales frente a sus inversiones. La estabilidad jurídica también requiere de certeza y previsibilidad debido a que gracias a estos principios, los inversores tienen la convicción de que no sufrirán arbitrariedades por parte del legislador. Por tanto, el objetivo principal de la estabilidad jurídica apunta a la generación de confianza en los inversionistas extranjeros.

En este orden de ideas, el Estado colombiano se ha inclinado por establecer un mecanismo —contratos de estabilidad jurídica— que promueva y afecte de forma positiva la inversión extranjera, tratando de crear el ambiente necesario para el desarrollo económico.

En especial, este mecanismo es bastante efectivo teniendo en cuenta que, en general, se trata de economías en donde los cambios normativos son especialmente habituales, generando un ambiente de incertidumbre y duda a la hora de tomar decisiones de inversión. (Ruíz y Criales, 2010, p. 280)

CONTRATOS DE ESTABILIDAD JURÍDICA ¿EL FUTURO DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA?

Colombia posee la dudosa tendencia legislativa de hacer modificaciones de tanto en tanto a la legislación, especialmente si hablamos en materia tributaria⁵, con el objetivo de aumentar los ingresos tributarios por medio de la modificación o sustitución de beneficios fiscales en aras de asegurar las finanzas públicas a corto y mediano plazo.

Lo anterior, ha generado cierto clima de inestabilidad e incertidumbre para la ejecución de grandes proyectos en materia de inversión extranjera; principalmente, si tenemos en cuenta que por lo general los grandes proyectos económicos suelen extenderse con el tiempo transcurriendo incluso una gran cantidad de años.

Es así como la figura de los contratos de estabilidad jurídica permite a los inversionistas tener seguridad en la aplicación de determinada normativa —las cuales son determinantes al momento de tomar una decisión a la hora de invertir— durante un plazo de tiempo establecido. Es decir:

lo que pretende el gobierno es que el inversionista tenga la confianza y seguridad de que aquellos incisos, párrafos o artículos específicos de las leyes o actos administrativos, que sean trascendentales para conformar su decisión de invertir, no le sean modificados en su detrimento. (Ruíz y Criales, 2010, p. 280)

Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia C-320 de 2006 define a la estabilidad jurídica de la siguiente manera:

⁵ En palabras de los analistas Juan Guillermo Ruíz y Mario Noel Criales, en Colombia entre los años 1983 y 2006 se presentaron nueve reformas tributarias, a saber: 1983, 1986, 1990, 1992, 1995, 1998, 2000, 2003 y 2006; presentándose una reforma tributaria cada dos años y medio como promedio, a esto le debemos sumar la última reforma tributaria de 2012.

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.

Anteriormente en Colombia la estabilidad jurídica era entendida como estabilidad tributaria; sin embargo, después de la promulgación de la Ley 963⁶, el mecanismo para garantizar la estabilidad jurídica es por medio de la celebración de los contratos de estabilidad jurídica. Aquí vale la pena aclarar que son verdaderos contratos, es decir no son simples actos administrativos, ya que estos son celebrados por medio de la voluntad conjunta del inversionista y del Estado. Tal afirmación es acorde con la definición que de contrato estatal trae la Ley 80 de 1993 (en su artículo 32), de la cual se puede deducir que es suficiente que en la celebración del contrato sea parte una entidad del Estado para que la figura contractual adquiera la naturaleza de estatal.

Al respecto Juan Ángel Palacio (2003), afirma que en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública cuando hablamos de contrato estatal nos acogemos a un criterio orgánico para su distinción:

con lo cual, en adelante, sólo interesará, para determinar su naturaleza, que una de las partes del contrato sea una entidad estatal de las que define el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, independientemente del régimen privado o administrativo por el que haya de regirse. Tal ubicación lo hará, en principio, posible de control ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa para las controversias contractuales y la

⁶ Posteriormente el Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES) expidió los Documentos 3366 y 2950, por medio de los cuales estipulaba las consideraciones técnicas para la evaluación de solicitudes de celebración de contratos de estabilidad jurídica (Documento 3366), además de la creación del Comité de Estabilidad Jurídica como la máxima autoridad nacional para decidir sobre la suscripción de los contratos en mención (Documento 2950).

ejecución y cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato.
(p. 33)

Por tal motivo, los contratos de estabilidad jurídica que son introducidos dentro del ordenamiento jurídico en virtud de la Ley 963, son vistos como una nueva especie de acuerdos celebrados entre los inversionistas extranjeros y el Estado colombiano con el fin de garantizar el principio de seguridad jurídica para promover la inversión extranjera. Como lo expresó la Corte Constitucional en la sentencia 320 de 2006:

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.

En este orden de ideas, los contratos de estabilidad jurídica tienen como características principales las siguientes: (i) se debe indicar de manera taxativa la normativa que se considera determinante al momento de realizarse la inversión; (ii) el valor de la inversión deberá superar el monto establecido por la ley⁷; (iii) el inversionista debe pagarle al Estado una prima equivalente al 1 % del valor total de la inversión; (iii) la duración del contrato debe ser entre 3 y 20 años; (iv) no son objeto de este contrato la normativa relacionada con seguridad social, normas tributarias dictadas bajo estados de excepción o relativas a los impuestos indirectos, las normas que regulan el sector financiero y las normas que regulan el régimen de tarifas de los servicios públicos.

Así pues, en materia de inversión,

la solicitud de contrato de estabilidad jurídica debe estar justificada por un compromiso de inversión presente o futura que supere los 7.500 salarios mínimos mensuales legales vigentes (equivalente a \$3.727 millones de pesos o, aproximadamente, US \$1.7 millones de dólares). El período para realizar la inversión debe ser claramente definido en la solicitud de aprobación del contrato. Es necesario determinar, en forma actualizada, si la empresa durante el período de inversión se encuentra en período preoperativo o no. (Ruíz y Criales, 2010, p. 289)

En cuanto a la prima su pago puede llegar a ser negociado con el gobierno, ya que su objetivo fundamental es la de compensar al Estado por los beneficios recibidos por el inversionista. No obstante,

surge la discusión de si la prima pagada por la estabilización de normas beneficia al proyecto incluido en la solicitud del acuerdo de estabilización, o al contribuyente mismo, independientemente

⁷ El monto establecido por la ley es de 150000 UVT, para establecer el valor del UVT debemos remitirnos a los artículos 50 y 51 de la Ley 1111 de 2006.

de los valores y proyectos empresariales desarrollados durante el plazo de estabilización. En nuestra opinión, el marco normativo de los contratos de estabilidad ampara a los contribuyentes y no a los proyectos. En consecuencia, si el Estado aprueba un proyecto de inversión determinando un precio por la estabilización, debería entenderse que la inversión hizo elegible al contribuyente y la prima pagada le dio el derecho a estabilizar las normas por un plazo durante el cual ese contribuyente, independientemente de los montos de la inversión, deberá entenderse amparado por las normas estabilizadas. (Ruíz y Criales, 2010, p. 289)

Por su parte, el artículo 12 del Decreto 2950 de 2005 establece la posibilidad de la devolución de la prima pagada al inversor. Esto sucede en el caso de la terminación anticipada del contrato por la cesación de pleno derecho de las obligaciones contractuales debido a la declaración de nulidad y/o a la inexecutableidad de la totalidad de las normas e interpretaciones contempladas en el contrato.

A su vez, y dado el caso que de común acuerdo entre las partes se dé por terminado el contrato, como consecuencia de la pérdida parcial o total de la inversión producto de la fuerza mayor o del caso fortuito, el inversionista deberá pagar únicamente el valor de la prima en proporción al término de la vigencia contractual ejecutada. Asimismo, la norma agrega que si el inversor ha pagado una proporción mayor a la que debería, le asistirá el derecho a que se le reintegre lo pagado de más o en exceso. Por el contrario, si lo ya pagado es de una cuantía menor, entonces debe cancelar lo que faltare.

Por otra parte, y a pesar de las ventajas aparentes que presenta la Ley 963, esta ha sido demandada en varias ocasiones por inconstitucionalidad entre los diversos motivos se destacan los siguientes: la violación del derecho a la igualdad; sobre qué tribunal debería dirimir los conflictos surgidos a causa de los contratos de estabilidad jurídica⁸ y en especial demandas reiteradas hacia el artículo 1°.

El artículo en mención establece que:

mediante estos contratos, el Estado garantiza a los inversionistas que los suscriban, que si durante su vigencia se modifica en forma adversa a éstos algunas 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.

⁸ En diferentes pronunciamientos la Corte ha declarado exequibles los diversos apartes de la ley demandados. Resaltando las sentencias C-242 de 2006, donde se declara que esta ley no viola el derecho a la igualdad; la sentencia C-961 de 2006, en la que la Corte considera constitucional establecer un tribunal de arbitramento regido por la legislación colombiana para dirimir los casos que surjan por la celebración de contratos de estabilidad jurídica.

Para tratadistas como Carlos Naranjo Flórez (2007), esta norma, según la honorable Corte, admite dos interpretaciones:

una según la cual la disposición limita la potestad normativa de las entidades estatales y extrae a los inversionistas del cumplimiento de la Constitución y la ley, y otra según la cual las entidades estatales conservan la potestad normativa, sin perjuicio de las acciones a que tengan derecho los accionistas. (p. 356)

Al respecto la Corte Constitucional en sentencia C-320 de 2006, y respaldada en los planteamientos de analistas como Juan Jacobo Calderón que apoyan el segundo tipo de interpretación, establece:

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.

Así las cosas, el interés primordial de los contratos de estabilidad jurídica es el de ofrecer a los inversionistas una serie de acciones legales en caso de que el Estado modifique la normativa bajo la cual se firmo el contrato en especial en el campo tributario; no obstante, no limita las facultades legales y constitucionales que poseen todos los órganos estatales. Como lo argumenta Juan Ángel Palacio (2003), estos contratos concuerdan con las características y,

con la definición que de contrato estatal trae la Ley 80 de 1993, en su artículo 32, inciso primero, del cual se colige que es suficiente que en la celebración del contrato sea parte una entidad pública, para que la figura contractual adquiera la naturaleza estatal. (p. 33)

Además, debemos tener en cuenta que a la par de la Ley 80 coexisten múltiples regímenes en la contratación colombiana con una gran cantidad de excepciones

dispersas en gran variedad de leyes y decretos que hacen más difícil el análisis de la contratación estatal en Colombia.

Ahora bien, habiendo clarificado que los contratos de estabilidad jurídica son contratos públicos, cabe resaltar que el objetivo fundamental de la Ley 963 es el de buscar la denominada fuente de estabilización jurídica; la cual permite el ‘congelamiento’ de las normas que, en la mayoría de los casos, es entendido como el contrato de estabilidad jurídica en sí mismo. En este sentido, Los instrumentos de estabilización son definidos como: “todos los mecanismos, contractuales o de otro tipo, que buscan sujetar las estipulaciones del contrato a condiciones económicas y legales específicas que las partes consideran apropiadas al momento de perfeccionar el contrato” (Cameron, 2006, p. 28).

La Corte también se ha pronunciado al respecto en sentencia C-961 de 2006, afirmando que los contratos de estabilidad jurídica son contratos públicos.

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.

Sin más, los contratos de estabilidad jurídica son contratos públicos debido a su objeto y naturaleza; la cual no es otra que buscar la inversión, ya sea nacional o extranjera en aras del interés público.

Con base en lo anterior, y tras la celebración de un contrato de estabilidad jurídica, esto no implica que el inversionista quede por fuera del ordenamiento jurídico sino que sigue bajo el poder normativo estatal. Empero, en relación con la normativa objeto del contrato de estabilidad jurídica, el Estado debe limitarse a exigirle las normas que se aplican al texto del contrato sin que el inversionista se vea afectado por sus modificaciones posteriores; en otras palabras, lo que se garantiza es la confianza inversionista bajo el supuesto de que se respetará la ley, pues es esta después de todo la que permitió en primera instancia que se suscribiera este tipo de contrato.

Varios países latinoamericanos han acudido a este mecanismo de estabilización, no obstante su regulación ha sido distinta a la colombiana. Chile y Perú utilizan contratos de estabilidad jurídica

uniformes en cuanto a su redacción, alcance normativo y duración del contrato lo cual limita el poder de negociación del inversionista. (Castaño y Galeano, 2011, p. 76)

En definitiva, se requiere una necesaria armonización entre los intereses estatales y los intereses del inversionista extranjero; aunque cabe aclarar que para una gran variedad de expertos, como Andrea Shemberg (2008), este mecanismo “ha caído en desuso a favor de las más modernas cláusulas de equilibrio económico” (p. 7). Por tal motivo se hace necesario analizar cómo ha sido su implementación en los países latinoamericanos que se acogieron como Colombia a esta figura jurídica, dígase caso Perú y Chile.

LOS CONTRATOS DE ESTABILIDAD JURÍDICA EN PERÚ Y CHILE

En el Perú a este tipo de mecanismos contractuales se les denomina “contratos ley” o “convenios de estabilidad jurídica”, los cuales han adquirido un amplio desarrollo en los últimos años. Esta clase de convenios constituyen una serie de medidas para fomentar la inversión extranjera con el fin de satisfacer las necesidades públicas; donde se le asegura al inversor foráneo de que el régimen jurídico permanecerá inalterable durante un determinado período de tiempo, de modo que las futuras modificaciones de la legislación con posterioridad a la celebración del contrato no le serán aplicadas.

Los “contratos ley” se encuentran plasmados por la Constitución peruana de 1993, en el artículo 62:

la libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.

La legislación de estabilidad del Perú permite actualmente a los inversionistas garantías hasta por diez años o más, si hablamos de concesiones, protegiéndolos de cualquier cambio en determinadas políticas públicas claves.

De acuerdo con la UNCTAD (2010), “la elegibilidad es distinta dependiendo del sector. La minería, la energía, los hidrocarburos y la infraestructura tienen los acuerdos más favorables” (p. 27). Por tanto,

los contratos ofrecen garantías contractuales hasta por diez años (o más en el caso de las concesiones) que protegen frente a cualquier cambio en ciertas políticas claves [...] La garantía de estabilidad de diez años abarca la legislación sectorial (con algunas variaciones en las industrias reguladas), el trato nacional, el impuesto de renta corporativo, la libre transferencia al exterior de utilidades, el acceso al tipo de cambio más favorable a la entrada y salida de divisas, y el impuesto sobre la renta pagadero sobre los dividendos u otras formas de participación en las utilidades. Los contratos también ofrecen estabilidad con respecto a las normas laborales y los sistemas de promoción de las exportaciones (sistema de devolución). (UNCTAD, 2010, p. 26)

Este tipo de “contratos ley” ofrecen también estabilidad con respecto a la normativa laboral; en materia de renta⁹, el inversionista tiene la oportunidad —eso sí, en una sola ocasión— de adoptar el régimen jurídico general vigente cuando este sea más ventajoso. Igualmente, los derechos en virtud de ese contrato son transferibles automáticamente (UNCTAD, 2010).

Cabe aclarar que ninguna autoridad administrativa puede celebrar este tipo de contratos en cualquier momento y bajo cualquier circunstancia. Por el contrario los contratos ley no poseen la característica de libertad contractual como la tienen los contratos ordinarios, sino que están sujetos a una serie de factores necesarios para su concertación, además deben hacerse bajo un contexto determinado para su aplicación e interpretación.

El alcance de la estabilidad jurídica otorgado por los contratos ley es variado debido a que existe un régimen general regulado por los Decretos Legislativos 662¹⁰ y 757¹¹, al igual que una serie de regímenes sectoriales diversos como el Decreto 757; el cual, en su artículo 40, establece lo siguiente:

los convenios que se celebran al amparo del artículo 12 del Decreto Legislativo No. 662 pueden tener por objeto también garantizar la estabilidad del régimen tributario aplicable a las empresas receptoras de la inversión, exclusivamente en cuanto a los impuestos cuya materia imponible esté constituida por la renta de las empresas, siempre y cuando el monto total de las nuevas inversiones, recibidas por la empresa sea mayor al 50% de su capital y reservas y esté destinado a la ampliación de la capacidad productiva o al mejoramiento tecnológico.

⁹ En el caso de la estabilidad respecto del impuesto de renta corporativo, debe tratarse de una inversión nueva o de una ampliación superior al 50 % del capital pactado con anterioridad.

¹⁰ Aprueba el régimen de estabilidad jurídica para la inversión extranjera.

¹¹ Aprueba la ley marco para el crecimiento de la inversión privada.

Asimismo, se podrá celebrar tales convenios cuando se trate de la transferencia de más del 50% de las acciones de las empresas comprendidas en la actividad empresarial del Estado.

Así pues, tratándose de concesiones de servicios públicos y de obras de infraestructura, los contratos ley de estabilidad jurídica se pueden extender por todo el plazo de la concesión el cual puede ser hasta por 30 años¹².

Por su parte, los contratos de estabilidad jurídica o “contratos ley” se encuentran normados en Chile desde 1974 por medio del Decreto Ley 600; el cual ha recibido muy pocas modificaciones desde entonces¹³. El artículo 3° del citado decreto, promulga:

las autorizaciones de inversión extranjera constarán en contratos que se celebrarán por escritura pública y que suscribirán, por una parte, en representación del Estado de Chile, el Presidente del Comité de Inversiones Extranjeras cuando la inversión requiera de un acuerdo de dicho Comité o el Vicepresidente Ejecutivo en caso contrario, y por la otra, las personas que aporten capitales extranjeros, quienes se denominarán “inversionistas extranjeros” para todos los efectos del presente decreto ley.

En los contratos se fijará el plazo dentro del cual el inversionista extranjero deberá efectuar la internación de estos capitales. Este plazo no excederá de 8 años en las inversiones mineras y de 3 años en las restantes. Con todo, el Comité de Inversiones Extranjeras, por acuerdo unánime, podrá en el caso de inversiones mineras, extender el plazo hasta doce años, cuando se requieran exploraciones previas, considerando la naturaleza y duración estimada de éstas, como asimismo, en el caso de inversiones en proyectos industriales o extractivos no mineros por montos no inferiores a US\$ 50.000.000, moneda de los Estados Unidos de América, o su equivalente en otras monedas extranjeras, extender el plazo hasta 8 años cuando la naturaleza del proyecto así lo requiera.

El presente decreto tiene como principios fundamentales: (i) el trato sobre los inversionistas extranjeros; (ii) su libre acceso a los mercados nacionales y (iii) la poca participación del Estado en las actividades mercantiles de los inversionistas.

La inversión extranjera en Chile, a diferencia de los otros países analizados, goza de un alto nivel de seguridad jurídica debido al Decreto Ley 600; así que el Estatuto del Inversionista y los contratos ley suscritos con base en este otorgan al inversionista un marco legal de gran seguridad, estabilidad y —lo más importante— permanencia de las “reglas de juego”. Al respecto, la UNCTAD (2010) plantea:

¹² El término de los contratos de estabilidad jurídica en Colombia es de 20 años.

¹³ Los cambios introducidos al Decreto Ley 600 han sido en virtud de la Ley 20.026, publicada en el Diario Oficial el 16 de junio de 2005, la cual fue modificada por la Ley 20.097 del 8 de abril de 2006.

los contratos de estabilidad en Chile ofrecen garantías con respecto a los términos y condiciones del régimen jurídico, reglamentario y de política aplicable a la inversión. También prevén el trato no discriminatorio cualquier forma de IDE (inversión extranjera directa), la tenencia indefinida y el control de activos, los derechos de transferencia (remesas de utilidades, reparación de capital, la adquisición de divisas a los tipos de cambio interbancarios vigentes y un impuesto corporativo *garantizado* hasta por 20 años, junto con el derecho a beneficiarse de los tipos impositivos más favorables que se aprueben posteriormente. Chile no exige que los inversionistas especifiquen con antelación las modificaciones del régimen que pudieran repercutir en sus inversiones. (p 27)

Un contrato ley no puede ser alterado unilateralmente por el Estado chileno y tiene la misma fuerza jurídica que una ley; a su vez, los beneficios de este tipo de contratos son otorgados a cualquier tipo de inversión —incluyendo la compra de empresas existentes— dando un trato preferencial a los inversionistas extranjeros sobre los nacionales, por ejemplo: las empresas pueden mantener sus ingresos por exportaciones en cuentas bancarias *escrow account*¹⁴ fuera de Chile con el fin de cubrir pagos por concepto de intereses, dividendos, regalías y compras de bienes intermedios y de capital.

A la par del Decreto Ley 600 en Chile, también tienen que ver con la estabilidad jurídica los denominados “Acuerdos de Promoción y Protección de Inversiones” (APPis)¹⁵; los cuales son una garantía adicional para los inversionistas, específicamente, permitiéndoles acceder a primas preferenciales a los seguros contra riesgos no comerciales que ofrecen las diversas agencias internacionales.

Gracias a la conjunción del Decreto Ley 600 y los APPis, y la poca legislación en cuanto a contratación estatal (en contraste con Colombia), Chile a diferencia de la gran mayoría de países latinoamericanos ha sido muy eficiente a la hora de atraer inversión extranjera; sin olvidar que también cumple con los siguientes requisitos que debe tener todo país a la hora de ser atractivo para la inversión de capital foráneo: (i) adecuado clima de inversión; (ii) regulaciones que eviten la discriminación y otorguen seguridad jurídica; (iii) facilidad de ingreso y salida de capitales y (iv) dinamismo de la economía que desemboque en un adecuado riesgo país¹⁶.

¹⁴ Una cuenta *escrow account* (cuenta de garantía o fideicomiso), es una cuenta bancaria para mantener separado el dinero que es propiedad de otros. Abogados y agentes de bienes raíces están obligados a mantener cuentas en custodia para el dinero del cliente y no mezclarlo con el dinero de sus propios fondos.

¹⁵ Los APPis garantizan fundamentalmente el derecho de propiedad, la libre transferencia de capitales y utilidades y la no discriminación; estableciendo así, un mecanismo para la solución de controversias.

¹⁶ El adecuado riesgo país se mide por las clasificaciones formales que efectúan las agencias internacionales, además de la trayectoria que está siguiendo el país y aunado a la confiabilidad que este despierte; Chile fue calificada por Moody's y Fitch Rating con la nota A+, Perú fue calificado como BBB- y Colombia tiene una calificación de BB+, siendo el de menor calificación de los tres.

Finalmente, tanto en Perú como en Chile, los “contratos ley” no pueden ser modificados por la legislación ni por medida alguna en las garantías otorgadas por estos contratos debido a que estos son:

definidos en la ley como “Adhesión”, por tanto, no eran objeto de negociación y su contenido específico fue aprobado mediante Decreto Supremo —en ambos países— [...]. En este “Contrato” se establece claramente condiciones que le dan la naturaleza inmutable a las garantías y mecanismos de promoción de la inversión, lo cual ha resultado ser la base fundamental de la estabilidad. (Polo, 2006, p. 11)

CONCLUSIÓN

Es innegable que en muchos países de América Latina, a pesar de implementarse una serie de políticas públicas que tienden hacia un mayor desarrollo, las dificultades económicas, sociales y políticas todavía continúan; sin olvidar los graves problemas de corrupción —narcotráfico, bandas criminales y grupos guerrilleros—¹⁷ que aquejan a nuestros países; todo esto, ha generado que muchos de ellos sean poco atractivos en materia de inversión extranjera.

Sin embargo, son todos estos inconvenientes los que impulsan a los Estados latinoamericanos a implementar las estrategias posibles para atraer la inversión extranjera; aunque, no debemos olvidar que, para la mayoría de los inversionistas, unos incentivos son más atractivos que otros. Por esta razón, países como Colombia, Chile y Perú han brindado protección y estabilidad jurídica a los inversionistas por medio del contrato de estabilidad jurídica o contratos ley.

El uso de esta figura contractual ha sido considerado como una de las mejores estrategias para fomentar la inversión, aunque en el caso colombiano es una herramienta mucho más nueva puesto que en Chile se implementó desde 1974 y en Perú desde 1993. Así, la ejecución de esta figura ha permitido que se establezcan una serie de garantías y derechos tales como la invariabilidad de regímenes tributarios, la transferencia libre de capital u otras formas de inversión.

No obstante, al igual que ocurre con cualquier mecanismo para promover las inversiones, la estabilidad jurídica requiere del acompañamiento de otra serie de incentivos como son: la fortaleza institucional; la credibilidad de su población en las autoridades; el nivel de competitividad y la capacitación del recurso humano.

¹⁷ Con base en el *Doing Business 2010* del Banco Mundial, Colombia fue líder junto con República Dominicana en la implementación de reformas para favorecer la inversión de capital; empero, debido a sus problemas de orden público, esto evitó que estuviese a la par de Chile como uno de los destinos preferidos en materia de negocios en la región.

En suma, y partiendo del análisis de derecho comparado de los contratos de estabilidad jurídica o contratos ley, podemos concluir que tres aspectos diferencian el caso peruano del colombiano: primero, en Perú no hay necesidad de pagar una contraprestación por la ejecución del mismo (en Colombia se paga una prima del 1 %); segundo, el contrato ley peruano garantiza la estabilización del régimen general del impuesto de renta y el régimen de libre disponibilidad de divisas, es decir se mira la normativa como un todo, mientras que en Colombia se estabilizan normas particulares de forma taxativa sin la garantía de que serán incluidas dentro del contrato; tercero, el régimen peruano da prioridad a las empresas inversionistas o receptoras de inversión a la hora de suscribir los convenios.

Finalmente, desde el punto de vista chileno, y al igual que en el caso peruano, la estabilización jurídica está atada a la realización de inversiones y no requiere del pago de ninguna prima; lo que ha generado un mayor crecimiento y desarrollo en las últimas décadas.

Aunque la estabilización jurídica no es el único factor determinante para fomentar la inversión, si puede llegar a ser de gran importancia a la hora de atraer a aquellos inversionistas que priorizan el respeto por las “reglas de juego” frente a la incertidumbre normativa.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Cameron, P. (2006). *Stabilisation in investment contracts and changes of rules in host countries: Tools for oil & gas investors*. Houston, USA: Association of International Petroleum Negotiators.
- Castaño, J. y Galeano, P. (2011). Los contratos de estabilidad jurídica en Colombia: ¿una verdadera herramienta para la protección de los intereses del inversionista extranjero y del Estado colombiano? *Journal International Law*, 2, 68-106.
- García de Enterría, E. (2011). *Curso de derecho administrativo*. Madrid, España: Civitas Ediciones.
- Corte Constitucional. Sentencia C-320 de 2006. Magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Constitucional. Sentencia C-961 de 2006. Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil.
- Marín Vélez, A. (2006). Los contratos de estabilidad jurídica en Colombia. En L. Correa (Comp.). *Algunos problemas de la contratación privada*. Medellín, Colombia: Universidad de Medellín.
- Naranjo Flórez, C. (2007). La contratación estatal en el régimen interno. En M. A. Restrepo (Ed.). *El derecho administrativo en los albores del siglo XXI*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Palacio Hincapié, J.Á. (2003). *La contratación de las entidades estatales*. Bogotá, Colombia: Librería Jurídica.
- Polo, C. (2006). *Los ejes centrales para el desarrollo de una minería sostenible*. Santiago de Chile, México: CEPAL.
- Ruíz, J.G. y Criales, M. (2010). El alcance jurídico de la estabilización de las normas tributarias. En L. Cruz de Quiñones (Ed.). *Lecciones de derecho tributario*. Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario.
- Shemberg, A. (2008). *Stabilization clauses and Human Rights. A research project conducted for IFC and the United Nations Special Representative to the Secretary General on Business and Human Rights*.

New York, USA: United Nations, International Finance Corporation.

Silva, P. (2010). *Tecnocracia y gobernabilidad democrática en América Latina*. San José, Costa Rica: FLACSO.

UNCTAD. (2010). *Análisis de la política de inversión extranjera en Colombia*. Bogotá, Colombia: UNCTAD.