

CONTRATOS DE ESTABILIDAD JURÍDICA EN COLOMBIA. ANALISIS DE LA LEY 963 DE 2.005

Con todas las gabelas tributarias otorgadas en los últimos años, como las nuevas zonas francas, la deducción por inversión en activos fijos, las exenciones por inversiones sectoriales (hoteles, cultivos de tardo rendimiento) y sobre todo los contratos de estabilidad jurídica, el gobierno limitó el margen de maniobra para realizar futuros ajustes tributarios. En otras palabras, se amarró las manos y se las ató a las próximas administraciones que requieran, por cualquier motivo, aumentar los ingresos de la Nación por la vía impositiva.¹

Resumen

La legislación colombiana en materia tributaria es bastante cambiante. En las últimas dos décadas hubo modificaciones sustanciales en la estructura normativa de los principales impuestos. Ocho Reformas Tributarias en 17 años orientadas a procurar un mayor recaudo, pero que no estructuraron un sistema coherente que garantice el deber de contribuir y tampoco ayudaron a crear un espacio de transparencia donde impere el Principio de Seguridad Jurídica, entendido como certeza del derecho positivo aplicable. Las múltiples reformas crearon una legislación confusa, con un tejido normativo que sufre una variación constante, por lo cual el protagonismo de la interpretación oficial de la Administración, vía conceptos, toma especial importancia. De modo indudable uno de los factores primordiales para el desarrollo de una inversión, lo constituye un panorama normativo claro y en particular la incidencia fiscal de las operaciones. Por este motivo y con el único objeto de estimular el crecimiento económico y el bienestar social de Colombia, promoviendo nuevas inversiones y la ampliación de las existentes se crean, bajo la ley 963 de 2.005 los Contratos de Estabilidad Jurídica; un acuerdo de voluntades mediante el cual el Estado garantiza a un inversionista la estabilidad de ciertas normas jurídicas, A cambio, el inversionista realiza una inversión previamente definida y paga una prima o precio. Este trabajo pretende hacer un análisis de la Ley 963, con el fin de

¹ Semana.com ©2008 – Impuestos a la Carta

determinar si esta estrategia que acoge el Gobierno permite salvaguardar los intereses del inversionista al mismo tiempo que protege la soberanía del Estado colombiano.

Palabras Claves: *Contratos de Estabilidad Jurídica, inversionista, Ley 963 de 2.005.*

Abstract

Colombian legislation on taxation is quite changeable. In the last two decades there substantial changes in the regulatory structure of the main taxes. Eight tax reforms in 17 years aimed to seek greater collection, but not a coherent structured to ensure the duty to contribute and also helped to create a space where transparency reigns principle of legal certainty, the sense of certainty of the law applicable . The many reforms created a confusing legislation, a regulatory tissue undergoes constant change, so the role of the official interpretation of the Directors, by concepts, takes on special importance. So undoubtedly one of the main factors for the development of an investment, it is a clear regulatory landscape and particularly the tax incidence of operations. For this reason and for the sole purpose of stimulating economic growth and social welfare of Colombia, promoting new investments and expansion of existing ones are created, under 963 of 2005 lay Legal Stability Contracts, a voluntary agreement by the which the state guarantees a certain stability investor legal rules, in exchange, the investor makes an investment previously defined or pay a premium price. This paper aims to analyze the Law 963, to determine if this strategy allows welcomes the Government to safeguard the interests of investors while protecting the sovereignty of the Colombian state.

Keywords: Legal Stability Contracts, investor, Law 963 of 2005.

En el entorno económico actual globalizado, en transformación constante y acelerada, los países se han vuelto jugadores de una red global que compiten por conseguir recursos y posicionarse en el mercado como un punto atractivo que permita cumplir con las perspectivas de desarrollo socioeconómico sostenible. Como consecuencia, esta competencia ha llevado a buscar estrategias que permitan a todos los sectores

económicos, mostrar una serie de ventajas competitivas a los inversionistas, dentro de estas está brindar estabilidad jurídica. ¿Pero que tan acertado resulta brindar esta estabilidad jurídica en nuestro país?

La estabilidad jurídica es un fenómeno que surge de la interacción de los agentes económicos y los instrumentos legales, en vista que un inversionista que desee implementar un proyecto a mediano y largo plazo buscará un país que ofrezca la mayor estabilidad legal posible, dado que en muchos países las circunstancias de orden social y/o político generan constantes cambios en la legislación. Así, por ejemplo, a partir de la década de los ochenta, la economía colombiana experimenta cambios sustanciales, que tuvieron como objetivo modernizar la economía e incursionar en los mercados internacionales. Las reformas estructurales que se llevaron a cabo fueron de tipo fiscal, laboral, cambiario, financiero y comercial (apertura comercial); en materia tributaria, entre 1980 y 2003, se llevaron a cabo ocho reformas tributarias y lo cierto es que a pesar de que estas reformas han logrado incrementar los ingresos del Estado, no han logrado incrementar la productividad de los impuestos de manera permanente.

En América Latina, muchos países han instaurado estas políticas de estabilidad con el fin mantener las condiciones de inversión determinantes para los inversionistas nacionales y extranjeros de tal forma que se incrementen dentro del país.

En el caso de Panamá, se otorgan registros automáticos a las inversiones nacionales o extranjeras iguales o superiores a US\$2'000.000 que se realicen en el sector del turismo, la industria, la agricultura, la agroforestal, la infraestructura de los servicios públicos, la minería y el petróleo. El Ministerio de Comercio se encarga de realizar el registro con el que se le garantiza al inversionista que gozará de estabilidad jurídica en materia tributaria nacional y municipal, laboral, libre transferencia de capitales, aduanera y exportadora. Se concede la estabilidad por diez años, excepto en cuanto a impuestos municipales, que se otorga por cinco años, y sólo puede ser variada en casos de utilidad pública o interés social, de lo contrario el inversionista será indemnizado.²

² GUZMAN, Erika. PARRA Ana. Estabilidad Jurídica: La experiencia Colombiana en los primeros cinco (5) años de vigencia de la Ley 963. Abril de 2.010

En Perú, se 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 USD\$5'000.000 que se realicen en cualquier sector, o USD\$10'000.000 en el sector de minería e hidrocarburos. US\$10'000.000 en el sector de minería e hidrocarburos y se garantiza la estabilidad por diez años mediante un convenio.

Chile, por su parte, incentiva por medio de contratos de inversión solamente inversiones extranjeras que sean efectuadas en cualquier sector. Los contratos de inversión establecen estabilidad jurídica al impuesto de 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 diez años, o hasta por veinte años cuando la inversión sea en un proyecto extractivo y su monto sea igual o superior a USD\$50'000.000.³

En Ecuador, se promueve la celebración de contratos de inversión para inversiones nacionales o extranjeras de monto igual o superior a USD\$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 diez años cuando la inversión se efectúa en una empresa ya existente, o por veinte años si se constituye una empresa nueva.

Colombia no fue ajena a este tipo de estrategias, Es por ello, que en el año 2005, el gobierno colombiano emite la Ley 963, con la cual se instaura una Ley de Estabilidad Jurídica para los inversionistas en Colombia.

Esta ley establece los contratos de Estabilidad Jurídica con el fin de promover las inversiones nuevas y ampliar las existentes en el territorio colombiano, aplicables a personas naturales, jurídicas e incluso a consorcios.

³ Ibid., p. 26

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.⁴

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. 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.

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), lo cual implica que para el 2005 dicho monto fue de algo más de 2.861 millones, comprometiéndose a pagar una prima equivalente al uno por ciento (1%) de la inversión⁵, de conformidad con un cronograma de pago, teniéndose presente que los contratos tendrán un término de duración que oscila entre tres y veinte años.

Para poder ser aprobado el contrato de estabilidad jurídica se deberá presentar la solicitud del contrato de estabilidad jurídica, con un estudio donde se demuestre el origen de los recursos, junto a una descripción detallada de la actividad, y los estudios de factibilidad, planos y estudios técnicos que el proyecto requiera o amerite, y el número de empleos que se proyecta generar, luego de entregar la debida documentación el comité de estabilidad jurídica aprueba o desaprueba la solicitud, en la cual si se aprueba debe estar explícito el compromiso de la inversión, los años de duración del proyecto, los

⁴ Ley 963 de 2005, Artículo 1.

⁵ Ley 963 de 2005, Artículo 2.

artículos de las normas a estabilizar, el monto de la prima técnica y su forma de pago, y comprometerse a cumplir con las normas que regulen su actividad económica, pagar puntualmente al estado y cumplir con las normas de el medio ambiente.

De esta manera, los beneficios que se plantearon al permitir la celebración de estos contratos se estimaron por partida doble: de una parte, los inversionistas gozarían de estabilidad y seguridad jurídicas y, de otra, el Estado colombiano garantizaría que la inversión productiva permanecerá en el país, al tiempo que se podrá atraer significativamente inversión extranjera directa. Ahora bien, ¿Realmente constituyeron una herramienta para proteger los intereses de los inversionistas y del estado?

Los contratos de estabilización jurídica establecidos en la ley 963 de 2005, en el campo internacional hacen parte de las llamadas Cláusulas de Congelamiento, las cuales pretenden congelar las leyes existentes desde el momento en que se suscribe el contrato hasta su terminación y evitar que el contenido de los mismos sea modificado.⁶ Este tipo de cláusulas han sido criticadas e inclusive han caído en desuso porque afecta la soberanía del estado, en el evento en que modifiquen normas que requieran cambios en las condiciones de los contratos firmados.

Esto se ve claramente con ley 963 de 2005, según la cual se garantizará estabilidad cuando haya un cambio legislativo que afecte negativamente al inversionista, puesto que no es explícita en indicar los criterios con los cuales se considera que los cambios serían perjudiciales para el inversionista, en este orden de ideas ¿Quién determina esto? ¿El estado o el inversor?

Tengamos en cuenta además que la protección a las empresas firmantes de este tipo de contratos aplica sobre las normas, solo en el evento que les sean desfavorables. En el caso de que las nuevas normas sean favorables, podrían acogerse a ellas, lo cual, no permitiría en ningún momento compensación de las normas tributarias y realmente los contratos irían encaminados a disminuir el ingreso fiscal del estado.

⁶ Castaño Juliana, Galeano Paola. Contratos de Estabilidad Jurídica en Colombia ¿Una verdadera herramienta para la protección de los intereses del inversionista extranjero y del estado colombiano? Vol. 2. Junio de 2.011. Bogotá, Colombia.

Ante esta situación el gobierno se pronuncia: “La ley 963 de 2005, no 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 la estabilidad jurídica. Es decir, no se está garantizando una inmutabilidad del ordenamiento jurídico, por eso la ley 963 del 2005 no puede ser entendida como una cesión del derecho de soberanía, como lo afirma el demandante.”⁷

Si hacemos un repaso por los contratos de estabilidad firmados hasta la fecha en nuestro país, observamos que la mayoría de estos prevén estabilidad en materia tributaria, especialmente en lo que respecta al Impuesto de Renta, “como es de esperarse, a la fecha, más del 90% de las normas estabilizadas corresponde a normas de carácter tributario. De forma recurrente se encuentra la estabilización de las normas relacionadas con deducciones —en particular aquella del 40% por inversión en activos fijos reales productivos—, las normas relativas al impuesto al patrimonio, la tarifa del impuesto Impuestos de renta, las reglas relacionadas con la determinación de la base gravable para el impuesto de renta y las normas relacionadas con las ganancias ocasionales, entre otras. En segundo lugar, las normas que más se estabilizan son las del régimen aduanero, en particular en lo relacionado con las zonas francas y las reglas aplicables a otras figuras aduaneras, tales como los usuarios aduaneros permanentes. Algo más del 8% de las normas estabilizadas corresponden a esta área”.⁸

“El problema es que estos contratos restringen el poder tributario de los gobiernos subsiguientes y por ende, afectan la potencialidad de su recaudo futuro”⁹ Esto sin contar con los grandes beneficios que se les da a las zonas francas, las cuales además de bajar la tarifa de impuestos del 33% al 15%, podrán utilizar el 40% de las inversiones en Activos Fijos como deducciones, además de esto, según el analista Mauricio Cabrera tenemos que el 60% de las inversiones ya se pensaban realizar. Es el claro ejemplo de la Refinería de Cartagena, cuya fase previa inició de 2007 a 2.010, y es en este último año que se firma el contrato de estabilidad y de Comertex SA, en el cual ya se había invertido antes de firmar el contrato.

⁷ Sentencia C-320 de 2006. Corte Constitucional

⁸ Contratos de estabilidad jurídica: algunas consideraciones prácticas. Ruíz, Juan Guillermo. Villaveces, Sebastián.

⁹ Revista Semana, entrevista a ex director de Impuestos Julio Roberto Piza.

Es visto que los beneficios tributarios si han contribuido al incremento de la confianza del inversionista y al incremento de las inversiones extranjeras en Colombia, claro esta, que estos beneficios a largo plazo desmejorarán el flujo de caja del estado. Tal vez por esta situación, que el gobierno del actual presidente, Juan Manuel Santos, promulga la ley 1430 de 2.010, con la cual desmonta a partir del año 2.011, la deducción de inversión en activos fijos para nuevos contratos y limita a una deducción de 3 años a las entidades que hayan presentado solicitud de contratos anteriores a noviembre 10 de 2.010.

Si analizamos los contratos de estabilidad firmados en relación con los empleos que se pretendían generar, observo que en varios casos no se hace referencia a empleos a generar, tales como Refinería de Cartagena y Alpina; en alguno de ellos se refiere solo a empleos indirectos, como es el caso de Bavaria, y en un caso en particular, Comertex, promete generar 35 empleos indirectos y 30 directos: ¿Qué son 30 empleos directos en comparación del beneficio de deducción del 40% de una inversión que ya planeaba realizarse, y que de hecho ya se venía realizando antes de que esta entidad obtuviera este contrato de estabilidad?

Analizando específicamente el caso de la empresa Nouvelle Colombia EU, vemos claramente que es uno de los casos en los cuales ya la inversión planteada para la deducción ya se venía realizando, puesto que el contrato se firmó el 22 de Junio de 2.010 y las inversiones a realizar se proyectaron a partir del año 2008, sin embargo, se observa que de acuerdo a los activos declarados por esta empresa en el período de 2.008 a 2.011, la inversión planteada no corresponde con la indicada en el contrato, es así como , para el año 2.008 por ejemplo, se convino una inversión de \$30.875.892.000¹⁰ y solo se reportaron la declaración de renta de ese año activos fijos por valor de \$17.033.187.000¹¹, teniendo en cuenta que esta cifra además de contener activos fijos reales productivos, incluye los muebles y equipos necesarios para el funcionamiento de la empresa, lo cual no hace parte de la inversión que se estipuló en el contrato. Para el año 2.009, se observa que se declaran activos fijos por menor valor que en el año 2.008, puesto que la cifra desciende a \$16.103.479.000¹². Esta situación a simple vista demuestra que la inversión

¹⁰ Ministerio de Comercio Industria y Turismo. Contrato de Estabilidad Jurídica EJ-06 de 2010.

¹¹ Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. Declaraciones Tributarias Nouvelle Colombia EU.

¹² Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. Declaraciones Tributarias Nouvelle Colombia EU.

respectiva a este año y al anterior no se realizó, sino que por el contrario, al existir un menor valor fiscal de los activos fijos puede presumirse que se han vendido. Aun así en el año 2009, si se hace uso de la deducción por inversión en activos fijos reales productores de renta que estipula el artículo 240-1 del Estatuto Tributario, y se deducen un valor de \$7.731.558.000, por lo que esta empresa se ahorró aproximadamente un valor de \$1.160.000.000 en impuesto de renta.

Siguiendo ahora con el contrato de ETB, el cual firmado el 31 de Marzo de 2.008, con inversiones proyectadas a partir del año 2.007, es otro caso donde se evidencia apoyo a inversiones que ya se están realizando, presenta como compromiso en el contrato generar en promedio 67 empleos directos del año 2007 a 2011 y 26 a partir de 2.012 hasta que finalice el contrato¹³, se observa claramente en los informes de gestión emitidos por esta entidad que las acciones han sido claras en la reducción de costos de personal, puesto que en el año 2007, presentan una cifra de 4.221 empleados y al finalizar el año 2.010 termina con 2.730 empleos directos.

Como certeza de esto se cita las aseveraciones presentadas en los informes de Gestión de 2.007 y 2008: *“El indicador Ingresos por Empleado para el año 2007 fue de US\$175.790, el cual mejoró con respecto al año anterior en aproximadamente US\$16 mil dólares. Esta mejoría se debe a la reducción en 109 empleados de su planta de personal que se acogieron al plan voluntario de retiro y principalmente por efecto de la reducción en la Tasa Representativa del Mercado - TRM.” “La planta de personal de la empresa ETB S.A. E.S.P. cuenta con 4.089 empleados, dieciocho (18) menos que el año 2007 La planta total para el periodo 2008, corresponde a: 84 Directivos, 812 Administrativos y 3.139 empleados Técnico - Operativos, con un gasto de salarios más prestaciones sociales por valor de \$155.106 millones para una reducción de \$11.751 millones frente al año anterior.*¹⁴.

¹³ Ministerio de Comercio Industria y Turismo. Contrato de Estabilidad Jurídica EJ-04 de 2.008.

¹⁴ Informe de Gestión ETB año 2.007 y 2.008

Para el año 2.010, ETB planeó un plan de retiro voluntario con el fin de reducir costos de empleados, donde logró la disminución de 613 empleados, pasando de 3.505 empleados a 2.730, logrando disminuir costos de \$58.932 millones de pesos anuales¹⁵,

La finalidad de estos ejemplos, es poder ver, como afecta el flujo de caja del estado este tipo de contratos, puesto que si por cada empresa con la que se firma se dejan de recaudar por año un monto como el mencionado, ¿Cómo espera el estado recuperar los dineros que dejan de pagar estos contribuyentes? ¿Realmente existe una política fiscal clara para el manejo de los contratos que muestre garantías para el estado y al mismo tiempo al inversionistas? ¿Realmente estos ahorros en impuestos se ven generados en beneficios tales como generación de empleos, condiciones favorables al personal, manejo ambiental o es un simple aliciente al capital de los inversores?

Como conclusión, 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 se viven en Colombia, el riesgo político, que si bien ha disminuido, es altísimo, es indispensable ofrecer garantías jurídicas y económicas para lograr la confianza. 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. Los contratos de estabilidad jurídica son un mecanismo de carácter jurídico que generan impactos de tipo económico y político, pero, como herramienta jurídica, el análisis de la Ley 963 de 2005, es complejo. Resulta incongruente que una norma denominada de estabilidad jurídica, que busca proporcionar seguridad jurídica, genere a su vez tanta incertidumbre al respecto del flujo de caja del estado a largo plazo.

¹⁵ Informe de Gestión ETB año 2.010

BIBLIOGRAFIA

CASTAÑO, Juliana. GALEANO, Paola. Los Contratos de Estabilidad Jurídica en Colombia: ¿Una verdadera herramienta para la protección de los intereses del inversionista extranjero y del Estado colombiano? Junio de 2.011.

Concepto jurídico del 27 de septiembre de 2006. Asunto: Sentencia C-320/06

Decreto 133 de 2006. Por el cual se deroga el h) del artículo 8° del Decreto 2950 de 2005

Decreto 1478 de 2008 modifica el decreto Por la cual se modifica el Decreto 2950 de agosto 29 de 2005.

Decreto 2950 de 2005 reglamenta la ley 953 de 2005

Decreto 624 DE 1989

Documento Conpes 3366 2005

Documento Conpes 3406 2005

GUZMAN, Erika. PARRA Ana. Estabilidad Jurídica: La experiencia Colombiana en los primeros cinco (5) años de vigencia de la Ley 963. Abril de 2.010

Estatuto Tributario

Ley 963 de 2005 ley de estabilidad jurídica de julio 8 “Por la cual se instaura una Ley de Estabilidad Jurídica para los inversionistas en Colombia”

QUIROGA, Edgar Andrés. VILLEGAS, María Alexandra Villegas. La constitucionalidad de los contratos de estabilidad jurídica desde la perspectiva del análisis económico del derecho. Junio de 2.008.

Resolución 0002 del 20 de junio de 2008. Por la cual se modifica la Resolución No. 01 de 16 de diciembre de 2005 expedida por el Comité de Estabilidad Jurídica

Resolución 01 del 16 de diciembre de 2005, Por la se expide el reglamento de funcionamiento del Comité de Estabilidad Jurídica.

Resolución 2233 del 05 de octubre de 2005. Por la cual se determina la Secretaría Técnica del Comité de Estabilidad Jurídica.

Sentencia C-242 de 2006. Monto exigido para ser parte en contratos de estabilidad jurídica no viola la igualdad.

Sentencia C-320-06 Exequibilidad a la norma

Sentencia C-961 de 2006. Conflictos de Ley de Estabilidad Jurídica se rigen por la ley colombiana.

VILLAVECES, Juanita. ANZOLA, Marcela. Análisis crítico de la Ley 963 sobre estabilidad jurídica al inversionista. Octubre de 2.005

RUÍZ, Juan Guillermo. VILLAVECES, Sebastián. Contratos de estabilidad jurídica: algunas consideraciones prácticas.