

**ANÁLISIS DE LA LEY DE ESTABILIDAD JURIDICA EN COLOMBIA A PARTIR
DEL DERECHO A LA LIBRE COMPETENCIA ECONOMICA**

MARIA SUSANA VILLOTA BENAVIDES

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
CENTRO DE INVESTIGACIONES Y ESTUDIOS SOCIOJURIDICOS
ESPECIALIZACION EN DERECHO ADMINISTRATIVO
SAN JUAN DE PASTO
2010**

**ANÁLISIS DE LA LEY DE ESTABILIDAD JURIDICA EN COLOMBIA A PARTIR
DEL DERECHO A LA LIBRE COMPETENCIA ECONOMICA**

MARIA SUSANA VILLOTA BENAVIDES

**Trabajo de grado presentado como requisito parcial para optar al título de
Especialista en Derecho Administrativo**

**Asesor:
Dr. JAVIER A. GUZMAN NOGUERA**

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
CENTRO DE INVESTIGACIONES Y ESTUDIOS SOCIOJURIDICOS
ESPECIALIZACION EN DERECHO ADMINISTRATIVO
SAN JUAN DE PASTO
2010**

Las ideas y conclusiones presentadas en este trabajo de grado son
responsabilidad exclusiva del autor.

Artículo 1º Acuerdo No. 324 de Octubre 1 de 1966 emanado del H. Consejo
Académico de la Universidad de Nariño

Nota de Aceptación

Firma del presidente del jurado

Firma del jurado

Firma del jurado

San Juan de Pasto, Marzo de 2010

DEDICATORIA

A mi Dios...

CONTENIDO

| | pág. |
|---|------|
| INTRODUCCIÓN..... | 12 |
| 1. ANÁLISIS DEL CONCEPTO DE LIBRE COMPETENCIA ECONOMICA..... | 14 |
| 1.1 HISTORIA Y CONCEPTO DEL DERECHO A LA LIBRE COMPETENCIA | 14 |
| 1.2. MARCO NORMATIVO DE LA LIBRE COMPETENCIA | 17 |
| 1.3. PRONUNCIAMIENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL..... | 20 |
| 1.3.1. Naturaleza del Derecho a la libre competencia económica | 20 |
| 1.3.2. Límites al derecho de la libre competencia económica..... | 21 |
| 1.3.3. Aspectos subjetivo y objetivo de la libre competencia económica..... | 23 |
| 1.3.4. Regulación de prácticas deshonestas | 23 |
| 1.3.5. Libertades asociadas a la libre competencia económica | 24 |
| 1.3.6. Garantía del derecho a la libre competencia económica en la contratación estatal | 24 |
| 1.4. PRONUNCIAMIENTOS DEL CONSEJO DE ESTADO | 25 |
| 2. EL RÉGIMEN DE ESTABILIDAD JURÍDICA EN COLOMBIA | 28 |
| 2.1. LA INVERSION EXTRANJERA EN COLOMBIA | 28 |
| 2.2. RAZONES QUE SUSTENTAN LOS REGÍMENES DE ESTABILIDAD JURIDICA | 32 |
| 2.3. ANÁLISIS DE LA LEY 963 DE 2005..... | 36 |
| 2.3.1. El contrato de estabilidad jurídica y sus partes | 36 |
| 2.3.2. Finalidad de los contratos de estabilidad jurídica..... | 37 |
| 2.3.3. Objeto del contrato de estabilidad jurídica | 37 |

| | |
|--|----|
| 2.3.4. Requisitos esenciales de los contratos de estabilidad jurídica..... | 38 |
| 2.3.5. Contenido y suscripción del contrato de estabilidad jurídica..... | 40 |
| 2.3.6. Término de duración y causales de terminación del contrato de estabilidad jurídica | 42 |
| 2.3.7. Inhabilidad para suscribir contratos de estabilidad jurídica..... | 42 |
| 2.3.8. Registro de los contratos de estabilidad jurídica..... | 43 |
| 3. APORTES JURISPRUDENCIALES AL RÉGIMEN DE ESTABILIDAD JURÍDICA EN COLOMBIA | 45 |
| 3.1. PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES ACERCA DE LA LEY 963 DE 2005..... | 45 |
| 3.1.1. SENTENCIA C-155 DE 2007 | 45 |
| 3.1.2. SENTENCIA C- 961 DE 2006..... | 51 |
| 3.1.3. SENTENCIA C-320 DE 2006..... | 55 |
| 3.1.4. SENTENCIA C-242 DE 2006..... | 59 |
| 3.2. ANÁLISIS TEMÁTICO DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL | 63 |
| 4. CRÍTICAS Y PERSPECTIVAS SOBRE EL TEMA DE LA ESTABILIDAD JURÍDICA | 69 |
| 4.1. ANÁLISIS DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DE ESTABILIDAD JURIDICA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA LIBRE COMPETENCIA ECONOMICA..... | 69 |
| 5. CONCLUSIONES | 80 |
| 6. RECOMENDACIONES..... | 84 |
| BIBLIOGRAFÍA | 85 |

GLOSARIO

COMPETENCIA ECONÓMICA: Puede entenderse como la rivalidad entre los agentes que participan en el mercado. En teoría económica se entiende como la existencia de muchos agentes cuyas acciones individuales no modifican los precios del mercado. En el modelo económico Colombiano, se rige por el principio de libertad, lo cual supone que estos agentes puedan concurrir libremente al mercado y cuentan con la garantía de que exista un marco jurídico que establezca condiciones de igualdad para los competidores.

CONTRATO DE ESTABILIDAD JURÍDICA: Acuerdo de voluntades entre el Estado Colombiano y un inversionista nacional o extranjero, cuyo propósito es garantizar al inversionista que lo suscriba 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...”¹

CONTROL CONSTITUCIONAL: mecanismos de revisión de la adecuación de las leyes y demás actos del Estado o de los particulares a la Constitución o ley suprema de cada país. Teniendo en cuenta quien realiza el control, se puede clasificar en: Sistema concentrado (se delega la función a un organismo específico), Sistema difuso, (el control puede realizarlo cualquier tribunal del país), y sistema mixto.

IDONEIDAD: Este juicio pretende establecer si el instrumento de intervención es legítimo en el marco del derecho. Es decir, el juez debe corroborar si la intervención se dirige a alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, contrastando la medida y la teleología estatal.

ECONOMIA DE MERCADO: Organización explícita y asignación de la producción y el consumo de bienes y servicios que surge del juego de la oferta y la demanda, con una intervención del Estado para garantizar el acceso de bienes, imponer precios en determinados productos considerados como de primera necesidad, imponer tasas y tributos.

NECESIDAD: Este subprincipio pretende verificar que el instrumento de intervención, además de ser idóneo, sacrifique de la menor manera el derecho intervenido, es decir, que de todos los instrumentos posibles se haya elegido el que menos afecta al derecho.

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

PROPORCIONALIDAD: Este juicio pretende verificar si la medida considerada idónea y necesaria, representa en términos de bienestar colectivo un beneficio superior a la mengua, restricción, limitación o afectación del derecho intervenido.

TEST DE IGUALDAD: instrumento que permite establecer si una situación en particular diferencia o discrimina, es decir, si con ella se vulnera el principio constitucional de la igualdad, para lo cual tiene en cuenta criterios como

RESUMEN

La ley de estabilidad jurídica en Colombia, por medio de la cual se busca atraer e incrementar la inversión nacional y extranjera al país, constituye un instrumento de intervención del legislador cuyo propósito es incrementar el desarrollo económico y mejorar la calidad de vida de los habitantes. Esta norma se expide en el marco del modelo económico implementado a través de la Constitución Política de 1991, y por tanto, debe corresponder al criterio de libertad de competencia económica, y en general, a todos los principios y derechos constitucionales, los cuales irradian todo el ordenamiento jurídico.

En este contexto, la ley de estabilidad jurídica, como instrumento de intervención económica, debe sujetarse al control de constitucionalidad para determinar si su articulado corresponde a la normativa constitucional. Este control partirá del análisis de la proporcionalidad y razonabilidad de la norma, teniendo en cuenta que la ley introduce un trato diferenciado para los inversionistas en razón del monto de sus inversiones.

Por tanto, los fallos de constitucionalidad deben ser evaluados a la luz de estos conceptos, después de pasar por la verificación de la idoneidad de la medida legislativa para lograr los fines que la sustentan. Igualmente, dichos fallos deberán fundamentarse en la verificación del respeto por el derecho colectivo a la libre competencia, atendiendo al carácter económico de la norma.

PALABRAS CLAVE: Libre competencia económica, contratos de estabilidad jurídica, control constitucional, principio de igualdad, estímulo a las inversiones.

ABSTRACT

The law of artificial stability in Colombia, by means of which is looked for to attract and to increase the national investment and foreigner to the country, constitutes an instrument of the legislator's intervention whose purpose is to increase the economic development and to improve the quality of the inhabitants' life. This norm is sent in the mark of the economic pattern implemented through the Political Constitution of 1991, and therefore, it should correspond to the approach of freedom of economic competition, and in general, to all the principles and constitutional rights, which irradiate the whole juridical classification.

In this context, the law of artificial stability, like instrument of economic intervention, it should be held to the control of constitutionality to determine if their articulate one corresponds to the normative one constitutional. This control will leave of the analysis of the proportionality and razonabilidad of the norm, keeping in mind that the law introduces a treatment differed for the investors in reason of the amount of its investments.

Therefore, the shortcomings of constitutionality should be evaluated analyzed by the light of these concepts, after going by the verification of the suitability of the legislative measure to achieve the ends that sustain it. Equally, this shortcomings will be based in the verification of the respect by the collective right to the free competition, assisting to the economic character of the norm.

KEY WORDS: Liberate economic competition, contracts of artificial stability, constitutional control, principle of equality, I stimulate to the investments.

INTRODUCCIÓN

La sociedad en la que vivimos se mueve cada vez más hacia procesos globalizantes que desafían las barreras territoriales para integrarse con otros pueblos. La esfera de lo económico no es ajena a este devenir y marca trascendentales pautas de interacción que entregan en manos de nuestro país cada vez mas posibilidades de desarrollo y crecimiento.

En este contexto, nuestro país, conocedor de las situaciones difíciles que enfrenta, ha adoptado a lo largo del tiempo decisiones políticas y legislativas con las que aportan al desarrollo de la economía de mercado y propenden por mejorar la calidad de vida de los asociados. Así, la ley de estabilidad jurídica se constituye en una prueba de este interés gubernamental por estimular a los inversionistas nacionales o extranjeros para que desarrollen sus proyectos empresariales en Colombia, y para que amplíen los existentes.

El propósito de dicha ley es por lo tanto, permitir a diferentes empresarios su participación en el mercado, misma que de conformidad con la disposición contenida en el artículo 333 Constitucional, debe estar regida por el criterio de libertad de competencia económica, el cual mas allá de corresponder al modelo económico adoptado por el Constituyente de 1991, se erige como un derecho de connotaciones especiales, por ser al mismo tiempo individual y colectivo, y por radicarse en cabeza no solo de empresario sino también de consumidores y usuarios.

Aunado a lo anterior, se destaca que tal como se puede leer en el artículo 1º de la Constitución Nacional, Colombia se ha constituido como un Estado Social y Democrático de Derecho, democrático, participativo y pluralista, en el cual debe prevalecer el interés general, dentro de un marco jurídico que garantice la justicia del orden político, económico y social.

Por las anteriores razones, es forzoso concluir que todas las decisiones adoptadas por el Estado Colombiano, aun aquellas de carácter netamente económico, están llamadas a corresponder a los parámetros constitucionales, las cuales irradian todo el ordenamiento jurídico. Así, la ley 963 de 2005, por la cual se instaura el régimen de estabilidad jurídica debe ajustarse a este criterio, y puede ser objeto de control constitucional para garantizar la verdadera vigencia y supremacía de la Constitución.

De esta manera, el objeto del presente trabajo se dirige a realizar un análisis detallado de la ley 963 de 2005 a la luz de las disposiciones constitucionales con las que se relaciona. Para esto, será menester iniciar con un estudio acerca de la libertad de competencia económica, a partir de aportes doctrinales y jurisprudenciales, y con el fin de entender su dimensión y trascendencia.

Posteriormente, se realizará una descripción crítica de la ley de estabilidad jurídica y se analizará la jurisprudencia de la Corte Constitucional alrededor de este tema. Por último se presentan algunos aportes personales acerca de la constitucionalidad de la ley de estabilidad jurídica y de la importancia del control constitucional en esta materia.

Lo que se pretende, es proponer criterios alternativos sobre los mecanismos y las posibilidades de incentivar la inversión en Colombia, sin que ello sea razón para que se vulneren principios y derechos fundamentales, o para que se desconozcan fines que le son inherentes al Estado.

Naturalmente, se entiende que frente a la gran mayoría de medidas de intervención económica adoptadas por el legislador existirán siempre discrepancias que se originan en la especificidad de la ciencia jurídica y de las ciencias económicas, por cuanto cada una de estas cuenta con pautas propias de su disciplina y juzga de diferente manera un mismo suceso. No obstante, ello no es un impedimento para lograr la complementación entre lo uno y lo otro en aras de que las políticas económicas correspondan en la realidad a este modelo de Estado.

Es así como surge la iniciativa del trabajo que se presenta, cuyo interés radica en la defensa del los derechos individuales y colectivos plasmados en la Carta Política vigente, máxime si se tiene en cuenta que los contratos de estabilidad jurídica se suscriben entre el inversionista y el Estado Colombiano, el cual está llamado a ser garante y de todos los ciudadanos.

De esta manera, la investigación realizada corresponde al campo del derecho administrativo, constitucional y económico, porque integra elementos de cada una de estas ramas para abordar la temática planteada.

1. ANÁLISIS DEL CONCEPTO DE LIBRE COMPETENCIA ECONOMICA

Hablar de libre competencia económica requiere sin lugar a dudas, un esfuerzo por recapitular la historia, no solo de los procesos económicos que le dieron origen al concepto, sino también de los criterios que se han adoptado a lo largo del tiempo alrededor del tema. Es por ello que la parte inicial de este trabajo se dedicará de forma exclusiva a entender la noción de libre competencia económica, comprender la evolución que ha tenido en nuestro país y la relación que guarda con el modelo económico vigente. Para tal efecto será necesario acudir tanto a la doctrina como a la jurisprudencia de las Altas Corporaciones, a fin de esclarecer cuales son las principales precisiones que se deben tener en cuenta al momento de estudiar el verdadero significado de régimen de libre competencia.

1.1 HISTORIA Y CONCEPTO DEL DERECHO A LA LIBRE COMPETENCIA

Es pertinente iniciar afirmando que la libre competencia económica es inevitablemente el producto del modelo de producción capitalista que tuvo su aparición en el mundo Europeo en el transcurso del siglo XVIII, y que estuvo precedido fundamentalmente por la aparición del liberalismo político y el liberalismo económico, corrientes de pensamiento que dieron lugar al modelo de Estado Liberal Burgués y al capitalismo, respectivamente. En este contexto se impone la concepción de las libertades humanas como naturales del hombre, y el deber ineludible del Estado y de los particulares de respetarlas, siendo las de mayor trascendencia la igualdad de los seres humanos y la libertad de iniciativa privada.

A partir de los nuevos criterios de la época inicia paulatinamente la desaparición de las asociaciones de comerciantes que habían surgido y caracterizaban al Antiguo Régimen, cuyo objetivo primordial era monopolizar la actividad privada comercial, y que hasta el momento había impedido el desarrollo de actividades de esta naturaleza por parte de sectores sociales diferentes a los comerciantes.

Como resultado del proceso de replanteamiento de la visión económica, se expide en Francia la ley 2ª de 1791 por medio de la cual se estableció legalmente el régimen de la libre competencia económica y la libertad de comercio. Sólo a partir de este momento los países aledaños dan un paso también a la consagración legal de los derechos derivados de la libertad de comercio consolidando con ello la plataforma para la implementación del naciente régimen de producción capitalista.

Ahora bien, se necesitó además el reconocimiento de derechos complementarios y la imposición de algunas limitaciones que garantizaran el respeto de aquellos, los cuales se pueden resumir así:

- a) Reconocimiento, protección e inviolabilidad de la propiedad privada, entendiendo que ello incluye la posibilidad de controlar y dominar los recursos.
- b) Reconocimiento, protección e inviolabilidad de la libertad de empresa, entendida como la posibilidad de toda persona de emprender una actividad económica y productiva con sus propios recursos, y que además abarcaba la libertad de escoger profesión u oficio, la libertad de asociación y la libertad de establecimiento.
- c) Reconocimiento, protección e inviolabilidad de la libertad de competencia económica, lo cual comprende la posibilidad de los individuos de intervenir en el mercado, es decir, acudir libremente al mismo para participar del intercambio de productos, bien sea como empresario, quien debe garantizar el suministro de bienes y/o servicios, o bien, del usuario o consumidor, quien debe realizar una elección libre de dichos bienes y servicios para satisfacer sus necesidades.

En este escenario empiezan a gestarse las concepciones sobre la necesidad de evitar las conductas que estorban el normal desarrollo de la actividad económica y en general, del funcionamiento del mercado, bajo el entendido de que las mismas atentan contra las libertades propias del ser humano.

Poco a poco el concepto de libre competencia económica fue tomando mayor importancia por permitir el incremento en el ofrecimiento de bienes y servicios y la obtención de utilidades económicas para el empresario. De esta forma, se convirtió en una noción imprescindible para la etapa de acumulación denominada el post-capitalismo, en la cual se plantearon las ventajas de facilitar el acoplamiento de los diferentes factores productivos como la mano de obra, la maquinaria, la propiedad, el conocimiento, entre otros, tornándose en el alma del comercio o el motor de la economía.

Fue así como empezó entonces la regulación de la libre competencia no solo a nivel de cada país sino también a nivel global -por medio de la Organización Mundial del Comercio-, y a nivel regional y subregional en los procesos de integración, comprendiendo que la libertad de comercio debía desarrollarse también mas allá de los límites geográficos de cada nación y en beneficio de productores, empresarios y consumidores, y que por tanto, era necesario abrir las fronteras en aras de ampliar el mercado.

En este contexto se posiciona la doctrina del liberalismo económico según la cual la libertad de competencia es el medio para resolver el conflicto entre el individualismo egoísta y el bien común, es decir que, ningún empresario debería

poseer un poder económico exageradamente superior a sus contrincantes en el mercado, pues sus derechos de participar en éste se limitan con el mismo derecho que también está radicado en cabeza de los demás ciudadanos, siendo por tanto innecesaria la intervención del Estado en la materia, y dejando la regulación al libre juego del mercado.

Sin embargo, los resultados de esta concepción no fueron los esperados y resultó evidente la necesidad de intervención estatal para reglamentar las conductas permitidas en el marco de la libre competencia, y las prohibidas o que se oponen a la estabilidad de la economía de mercado. Dicha intervención debía proteger los derechos básicos como el ejercicio de la actividad económica libre, el ejercicio de la libertad de cada agente competidor para ofrecer al público condiciones de contratación favorables y ventajas comerciales, y la libertad de los consumidores y usuarios para elegir los bienes y servicios a contratar, sin perder de vista que todo esto debe obedecer a objetivos socialmente deseables.

Para el caso Colombiano, la regulación de la libre competencia está consagrada en el artículo 333 de la Constitución Nacional de 1991, que hace parte del Título XXII del capítulo I, el cual se refiere expresamente al régimen económico, a través del cual es posible ver la economía del país como un sistema que garantiza la libertad de empresa y de mercado. Resulta lógico entonces que estas disposiciones constitucionales revisten importancia mayúscula porque forman parte de la Constitución Económica, es decir, consagran principios que determinan en cierta medida la organización del Estado y establecen cual es el tratamiento que el sistema económico le da a la propiedad y a la iniciativa privada, que se limita con la intervención estatal establecida para alcanzar otros fines de rango superior y que atienden al modelo de Estado Social de Derecho y buscan democratizar la economía y transformarla en una economía social de mercado, en procura del bien común.

Ahora bien, ya abordando el tema de la Constitución Económica, y para dar mayor claridad a la importancia que el mismo reviste, y destacar la trascendencia de dicho concepto en el desarrollo de la economía del país, es menester citar la definición que ofrece la Corte Constitucional en sentencia C-265 de 1994, en la que al hablar del tema de refirió a un *“conjunto de normas constitucionales que ordenan la vida económica de la sociedad y establecen el marco jurídico esencial para la estructuración y funcionamiento de la actividad material productiva, señalando los fundamentos esenciales que deberán tener en cuenta los operadores económicos”*.²

Así, las normas constitucionales que se mencionan, además de otras que a lo largo de la carta política aluden al tema de la economía nacional, resultan de vital trascendencia porque están destinadas a regular aspectos conexos con la

² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-265 de 1994. Mag. Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero.

intervención del Estado como mecanismo para racionalizar la economía, los monopolios permitidos por razones de soberanía nacional o interés social o como medio para alcanzar una finalidad de interés público, y la regulación de los servicios públicos, que, por ser inherente a la finalidad social del Estado, deben satisfacer las necesidades básicas de la comunidad.

Por otra parte, en armonía con lo dispuesto en el mentado artículo 333, el artículo 88 de la Carta Política incluye entre los derechos e intereses colectivos el de la libre competencia económica, permitiendo con ello que se proteja a través de las acciones populares que posteriormente fueron reglamentadas por la ley 472 de 1998. Con ello se materializa una noción fundamental referente a la necesidad de dar una protección especial a un derecho cuya trascendencia es innegable y cotidiana, pues entraña un conjunto de actividades que aportan al desarrollo económico y social, y que son realizadas de una u otra manera por un significativo número de personas unidas por un interés común, razón por la cual no resultaría lógico que se le privara de una protección especial, y de un medio de defensa que además de ser preventivo puede también llegar a ser restitutorio si la situación lo amerita, en beneficio de la colectividad, protegiéndola y previniendo los posibles daños y perjuicios que ésta pueda llegar a sufrir.

En este orden de ideas, cabe destacar que la Corte Constitucional ha sido clara al afirmar que *“La Constitución ha elevado la libre competencia a principio rector de la actividad económica, en beneficio de los consumidores y de la misma libertad de empresa”*³, entendiendo la libertad de empresa como la posibilidad efectiva de cada participante del mercado, de concurrir al mismo en contienda con los demás a fin de ofrecer y vender bienes o servicios a los consumidores y conformar una clientela, con sujeción a las normas que regulen la materia, pues como lo ha definido la misma Corte la competencia se entiende como el *“estado perpetuo de rivalidad entre quienes pretenden ganar el favor de los compradores en términos de precios y calidad.”*⁴

1.2. MARCO NORMATIVO DE LA LIBRE COMPETENCIA

De esta manera, por la especial importancia de este elemento del mercado, que puede entenderse como un factor de hecho tanto como de derecho, el legislador se ha ocupado de regular el tema, y ha expedido algunas normas entre las que se puede citar la ley 155 de 1995 por la cual se dictan disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas, el decreto 2153 de 1992 por el que se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio, la ley 256 de 1996 por la cual se dictan normas sobre competencia desleal, el decreto 3446 de 1982 sobre la protección al consumidor, el decreto 991 que contiene normas de derechos antidumping, y

³ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-240 de 1993, Mag. Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-535 de 1997, Mag. Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

finalmente, la ley 1340 expedida en el año 2009 por la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia.

Sin embargo, a este respecto cabe hacer una anotación inicial y es que, a juicio personal, la normatividad existente en la actualidad no es suficiente ni idónea para evitar la violación de la libre competencia económica, pues innegablemente se limita en gran medida a la definición de las conductas que atenten contra este derecho desde la óptica de los propios empresarios, y busca además consagrar beneficios y garantías para consumidores, sin atender a otro tipo de conductas que sin lugar a dudas pueden derivar en violación al derecho de la libre competencia, ni a las necesidades de los pequeños comerciantes que participan en el mercado. Quiere esto decir que las normas a las que se ha hecho referencia aluden únicamente a la conducta de los empresarios que eventualmente se constituya en violatoria de la libre competencia, pero desconocen por completo la posibilidad de que en algunas ocasiones se la acción u omisión de las autoridades lo que genere una violación a este derecho de la colectividad.

No por esto puede decirse que dichas normas no representen un gran avance en materia de protección de la competencia, y que hasta el momento han sido herramientas al servicio de productores, distribuidores y consumidores, lo cual se explica por los fines que persiguen, mismos que se concretan en la mejora de la eficiencia del aparato productivo nacional, la garantía de libre escogencia de los consumidores en el mercado, la posibilidad de las empresas de participar libremente en el mismo, y con ello, la posibilidad de que exista variedad de precios y calidades en los bienes y servicios.

Para explicar lo dicho vale la pena resaltar que, tal como lo sostiene la Corte Constitucional, en sentencia C-815 de 2001:

*“la libre competencia se presenta cuando un conjunto de empresarios, en un marco normativo de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos, factores empresariales y de producción, en la conquista de un mercado determinado, bajo el supuesto de la ausencia de barreras de entrada o de otras prácticas restrictivas que dificulten el ejercicio de una actividad económica lícita”.*⁵

Por lo tanto, debe plantearse la posibilidad de que la violación a la libre competencia económica no se derive exclusivamente de la comisión de las conductas que la ley restringe a los empresarios, sino que puede ser el resultado de la ausencia de un “marco normativo de igualdad de condiciones” que garantice la concurrencia de dichos empresarios al mercado, sin que solo algunos de ellos cuenten con protecciones especiales y garantías excepcionales, máxime si se

⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-815 de 2001, Mag. Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil.

tiene en cuenta que los principios del Estado Social le obligan a propender por la armonía entre dicha libertad y la función social que le es propia.

En consecuencia, dicho “marco normativo de igualdad de condiciones” debe asegurar que en el mercado se pueda alcanzar un estado de competencia *real, libre y no falseada*, en beneficio no solo del empresario sino también de los consumidores, quienes finalmente recibirán mejores ofertas de bienes y servicios, y verán garantizado su derecho a la libre elección. Además, este marco normativo de igualdad de condiciones al que alude la Corte Constitucional, está encaminado a evitar la configuración de monopolios por fuera de las disposiciones legales, las prácticas restrictivas de la competencia y el abuso de la posición dominante, entendiendo estas posibilidades como medios idóneos para producir distorsiones en el sistema económico competitivo.

De esta manera, resulta evidente que el marco normativo debe contener las regulaciones propias de un derecho que inevitablemente presenta dos facetas complementarias entre sí, pues es un derecho individual pero también debe entenderse como un derecho colectivo y por tanto amerita una protección y una regulación especial.

Por lo anterior, es apenas comprensible que dentro del marco normativo de igualdad de condiciones deban existir normas que respalden la doble faceta de la libre competencia económica, que den paso abierto al desarrollo de algunas conductas propias de la economía de mercado, y normas que restrinjan específicamente aquellas que se oponen al normal funcionamiento del mismo, lo cual corresponde al Estado en ejercicio de su obligación de intervenir en algunas esferas de la economía. En palabras de la Corte se puede leer:

“a la luz de los principios expuestos, el Estado, para preservar los valores superiores, puede regular cualquier actividad económica libre introduciendo excepciones y restricciones sin que por ello pueda decirse que sufran menoscabo las libertades básicas que garantizan la existencia de la libre competencia...en este contexto y supuesto el espacio de concurrencia económica en una determinada actividad, el Estado debe evitar y controlar todo aquello que se oponga a la libertad económica, dentro de lo cual está aquello que pueda constituir una restricción de la competencia.”⁶

Ahora bien, habiendo delimitado ligeramente el tema de la libre competencia económica en lo que tiene que ver con su historia, definición y marco normativo, es propicio proceder a realizar un breve análisis jurisprudencial para conocer los criterios más relevantes que han sido expuestos en los fallos de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado respecto al mismo.

⁶ Ibid.

1.3. PRONUNCIAMIENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Sin lugar a dudas la Corte Constitucional ha abordado el tema de la libre competencia económica desde un criterio garantista que, en la mayoría de los casos, armoniza este derecho de naturaleza individual y colectiva con las necesidades propias del mercado. Los principales enfoques abordados por esta corporación a través de sus fallos se pueden resumir de la siguiente manera:

1.3.1. Naturaleza del Derecho a la libre competencia económica. En sentencia SU-182 de 1998, y previo análisis de la titularidad que poseen las personas jurídicas y en especial las de derecho público sobre los derechos fundamentales que admita su naturaleza, la Corte llega a una conclusión sin precedente, pues al analizar el tema de la igualdad de oportunidades en el uso del espectro electromagnético, consagrado en el artículo 75 constitucional, manifiesta que la libertad de empresa, la libertad económica y la libre competencia derivan directamente o se constituyen como una expresión específica del derecho fundamental a la igualdad de trato ante la ley, y en consecuencia, pueden protegerse a través de la acción de tutela, así como pueden protegerse los demás derechos fundamentales de las personas jurídicas y naturales.

No sobra advertir que esta sentencia contiene un salvamento de voto presentado por los Magistrados Antonio Barrera Carbonell, Eduardo Cifuentes Muñoz, Fabio Morón Díaz y Vladimiro Naranjo Mesa, quienes se oponen a la posición mayoritaria y afirman que bajo ninguna consideración se puede calificar a estos como derechos fundamentales, pues esta connotación no les ha sido conferida por el Constituyente; y mucho menos es viable pretender que las entidades públicas puedan hacer uso de la acción de tutela que consagra la Constitución Nacional y que está dirigida a proteger a los particulares frente a las actuaciones del Estado. En conclusión, esta sentencia presenta un criterio no unificado por la Corporación, y además, no puede desconocerse que las razones que sustentan el salvamento de voto contienen en realidad fundamentos jurídicos suficientes y razonables a la luz de la teoría constitucional moderna.

Contraria a la posición adoptada por la Corte en el anterior fallo, posteriormente se ha reiterado que la libre competencia económica es un derecho colectivo que desde ningún punto de vista puede entenderse como fundamental.

Así se puede leer en la sentencia T-375 de 1997⁷ en la que al revisar un fallo de tutela, la Corte Constitucional afirma: *“que la libertad de competencia y la libre competencia, son derechos que no tienen el carácter de fundamentales y que, por ende, sus vulneraciones no son objeto de la acción de tutela.”*

⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-375 de 1997, Mag. Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

En consecuencia, en la actualidad, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado han unificado el criterio de la no fundamentabilidad del derecho a la libre competencia económica y por ende, su protección únicamente debe buscarse a través de las acciones colectivas que ha desarrollado la Constitución y la ley, teniendo en cuenta los móviles del constituyente.

1.3.2. Límites al derecho de la libre competencia económica. Por otra parte, entre los aportes jurisprudenciales que vale la pena destacar en referencia al tema de la libre competencia económica está el relacionado con las limitaciones propias de este derecho. En la revisión de las sentencias alusivas a la materia se encuentra que existe un criterio unificado al respecto y que ha permanecido desde los primeros pronunciamientos realizados a partir de la expedición de la Constitución de 1991 hasta la actualidad, razón por la cual se convierten en razones de gran importancia y que forzosamente han de tenerse en cuenta dentro de los debates que involucren una discusión alrededor del derecho a la libre competencia. El argumento referido surge de la preocupación de esta corporación por encontrar un punto de equilibrio entre el interés privado y el común, sobre todo si se evalúa la actividad humana y la estatal a la luz de las reglas del mercado y de la actividad económica, por lo que la Corte ha trazado los siguientes lineamientos:

“Es verdad que la Constitución establece la libre competencia como principio, que ella plasma la libre iniciativa privada y la libertad de empresa, que la libertad económica está garantizada y que la gestión estatal debe cristalizarse en medidas que impidan su obstrucción o restricción, en especial si, éstas surgen merced al predominio de productores u oferentes de productos o servicios considerados en particular.

Pero insiste la Corte en que la Carta Política no ha acogido un modelo económico determinado, exclusivo y excluyente, y en que sus normas deben ser interpretadas de manera armónica y coherente, evitando posiciones absolutas, por lo cual la libertad del individuo se encuentra atemperada en la preceptiva constitucional por la prevalencia del interés colectivo (artículo 1º), por las competencias de intervención y regulación a cargo del Estado (artículos 333, 334 y 335 C.P.) y por los principios de razonabilidad y proporcionalidad que la doctrina de esta Corte ha prohijado.

En un Estado Social de Derecho, dentro del cual el Poder Público asume responsabilidades tales como la racionalización de la economía, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo, no menos que la de promover la productividad y la

competitividad, y que tiene a su cargo la orientación de la política económica hacia el desarrollo armónico de las regiones (artículo 334 C.P.), la libre competencia no puede erigirse en derecho absoluto ni en barrera infranqueable para la actividad de intervención del Estado. Esta se debe dar, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de bienes, todo lo cual implica indudables limitaciones, correctivos y controles para la iniciativa particular. Se trata, al fin y al cabo, de realizar fines esenciales del Estado como los de promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (Preámbulo y artículo 2º C.P.), en ejercicio de un papel dinámico y activo inherente a su función básica de dirección general de la economía (artículo 334 C.P.)⁸

Para concluir, la injerencia del Estado se justifica en la medida que busca alcanzar los fines que le son propios, como los indicados en los artículos 333 y 334 superiores, sin que por ello pueda considerarse vulnerado el derecho a la libre competencia económica o a la libertad de empresa, pues la intervención estatal está llamada a responder a criterios de necesidad y proporcionalidad.

Como se puede notar, este criterio inspira muchas de las decisiones legislativas en materia económica, las cuales se adaptan a la necesidad de intervención del Estado en diferentes áreas que llevan implícito el desarrollo de la libre competencia. Ocurre lo propio con los diferentes pronunciamientos de jueces y magistrados que al decidir los asuntos puestos en su conocimiento retoman insistentemente las palabras de la Corte, bien dentro de las acciones de constitucionalidad, o bien dentro de las acciones populares que se adelantan ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

Para delimitar la anterior argumentación la Corte ha anotado también que las limitaciones introducidas por el Estado no pueden tener una naturaleza arbitraria o carecer de una justificación razonable, pues lo cierto es que su legitimidad depende de que se encuentren contenidas en una disposición legal y que bajo ninguna circunstancia afecten el núcleo fundamental del derecho.⁹ Es decir, las limitaciones al derecho deben estar apoyadas en motivos adecuados y suficientes para limitar los procesos de creación y funcionamiento de las empresas, lo cual se entiende por cuanto *“el derecho consagrado en el artículo 333 de la Constitución no solo entraña la libertad de iniciar una actividad económica, sino de mantenerla o proseguirla en condiciones de igualdad y libertad”*¹⁰

⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-398 de 1995. M.P. José Gregorio Hernández

⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-1262 de 2000, Mag. Ponente Carlos Gaviria Díaz

¹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-291 de 1994. Mag. Ponente Dr. Eduardo Cifuentes.

Sobre el tema de la limitación de la ley es procedente traer a colación las palabras de la sentencia T-240 de en la que se afirmó que corresponde a la ley prohibir, o en caso de ser necesario, autorizar, las conductas o prácticas que tengan por efecto impedir, obstaculizar o falsear la libre competencia en cualquiera de los mercados de bienes y servicios, pues este es el mecanismo para conformar y mantener un mercado eficiente y asegurar la condición individual y colectiva de la libre competencia, evitando el abuso de la posición dominante, entendiendo por “posición dominante” el poder del mercado que le permite a un agente económico actuar con independencia de sus competidores, por lo menos dentro de un grado relativamente amplio y apreciable.

1.3.3. Aspectos subjetivo y objetivo de la libre competencia económica. A manera de complemento de la definición y alcance que se ha descrito en relación con la libre competencia, es menester traer a colación la sentencia C-535 de 1997¹¹, en la que la Corte Constitucional diferencia entre el aspecto subjetivo y el objetivo de la libre competencia. Desde el primer punto de vista se entiende como un derecho individual que al igual que los demás derechos, consagra facultades y obligaciones. Desde el segundo criterio, la libre competencia debe comprenderse como un sistema de pautas superiores que orientan el actuar de los sujetos económicos y que deben ser activamente cuidadas por los poderes públicos, cuya primera misión institucional es la de mantener y propiciar la existencia de mercados libres.

En consecuencia, la Carta Fundamental, al consagrar la libre competencia como un pilar de la economía, asume que es una forma eficaz de promover los intereses de los consumidores y el funcionamiento eficiente de los mercados. Esta es la razón por la que la ley debe limitar el alcance de la libre competencia y específicamente, evitar el abuso que cualquier persona pueda hacer de su posición dominante en el mercado nacional, lo cual además abarca el deber del legislador de no propiciar situaciones en las que las empresas más favorecidas gocen de mayores privilegios dando lugar al abuso de su posición.

1.3.4. Regulación de prácticas deshonestas. Como se explicó en renglones anteriores, la competencia desempeña un papel fundamental en la economía social de mercado, como un medio para respaldar los intereses particulares de los empresarios, y como mecanismo para garantizar la protección del interés público relacionado con la satisfacción de la comunidad en lo que respecta a la adquisición de bienes y servicios. Por ello, la Carta Fundamental impuso al Estado el deber de impedir que se obstruya o se restrinja la libertad económica por medio de prácticas deshonestas, las cuales son básicamente las siguientes, cada una con su respectiva regulación legal: i) prácticas colusorias entre empresarios para

¹¹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-535 de 1997, Mag. Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

restringir la competencia, ii) el abuso de la posición dominante, y iii) la competencia desleal entre empresarios.¹²

1.3.5. Libertades asociadas a la libre competencia económica. En sentencia C-1125 de 2008 la Corte Constitucional manifiesta que a fin de garantizar la función social que es inherente a la libre competencia económica, entendida como un derecho de todos que supone responsabilidades, es necesario que el Estado garantice algunas libertades básicas y cuya existencia es imperiosa para que pueda hablarse de libre competencia, las cuales son: *“(i) la libertad de acceso al mercado y la multiplicidad de empresarios, con las excepciones y restricciones que por ley mantiene el Estado sobre determinadas actividades; (ii) la libertad de los agentes competidores para ofrecer los bienes y servicios producidos con las condiciones y ventajas comerciales que estimen oportunas; y (iii) la libertad de los consumidores o usuarios para elegir el producto que más le convenga según sus intereses y para contratar con cualquiera de los agentes oferentes, los bienes o servicios que requieren”*.¹³

De lo anterior se puede concluir que la libre competencia económica, además de exigir la condición de permitir la libre concurrencia de los agentes del mercado, se desarrolla a partir de las libertades que señala la Corte, pues ellas guardan estrecha relación con la libertad de participar en el mercado regulado por el Estado para ofrecer los bienes y servicios y en beneficio de la libre elección de consumidores y usuarios. Es decir, las libertades mentadas en la sentencia representan en sí mismas la composición del concepto de libre competencia, y por ello el Estado debe velar por su perfecto aseguramiento.

1.3.6. Garantía del derecho a la libre competencia económica en la contratación estatal. Un análisis de la jurisprudencia de esta corporación permite concluir que el primer fallo que se profiere en relación con el tema en cuestión data del año 1996, en el que al revisar una acción de tutela concluye el alto tribunal que dentro de la contratación pública de obras se viola la libre competencia económica y la igualdad de oportunidades si se establece en el pliego de condiciones la residencia del oferente como un factor de calificación, pues no se encuentra probado que ello garantice una mayor recaudo de impuestos, un incremento de empleo en la región o una mejora de la hacienda municipal, sino que se constituye evidentemente en una medida que afecta la libre competencia y desconoce el mérito real de las propuestas de quienes no pertenecen al municipio de residencia de la entidad contratante.¹⁴

¹² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-616 de 2001, Mag. Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil.

¹³ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-1125 DE 2008, Mag. Ponente Dr. Humberto Sierra Porto

¹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-147 de 1996, Mag. Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

1.4. PRONUNCIAMIENTOS DEL CONSEJO DE ESTADO

En lo que respecta a los fallos del Consejo de Estado debe comentarse en primer lugar que los criterios son uniformes respecto a los que sostiene la Corte Constitucional, por ello se observa que existen nociones reiteradas relacionadas con la naturaleza del derecho de la libre competencia, y el papel del Estado frente al mismo por medio de la actividad del legislador.

Como criterio adicional a los señalados por la Corte se destaca la afirmación que la libre competencia económica no es un derecho que nace con la Constitución de 1991 y el modelo de mercado que por medio de ella se instauró, sino que había sido consagrado en el artículo 75-9 del Código de Comercio, cuya expedición tuvo lugar en el año 1971. Sin embargo, en un criterio personal, lo cierto es que la consagración en la constitución de 1991 revela la mayor importancia del derecho y la funcionalidad del mismo en medio de la economía de mercado, pues se eleva el concepto a rango constitucional y con ello se proporciona medios de defensa judiciales más adecuados y expeditos, y además, se lo reviste de una connotación especial al considerarlo simultáneamente un derecho individual y colectivo.

Por otra parte, al abordar el tema de la definición de la libre competencia, el Consejo de Estado manifiesta que se trata de un interés colectivo que supone la ausencia de obstáculos entre competidores en el ejercicio de una actividad económica lícita y que por tanto, excluye toda forma de prácticas anti-concurrenciales que puedan desvirtuarla.¹⁵

En cuanto a la naturaleza del derecho, el Consejo de Estado se ha pronunciado para afirmar que no se puede considerar como un derecho de primera generación, ni aun bajo el entendido que la libertad de empresa, la iniciativa privada y la libre competencia sean una manifestación del derecho a la libertad o a la igualdad, por ende, no resulta viable su protección por medio del mecanismo de la tutela¹⁶, siendo lo procedente hacer uso de las acciones populares establecidas en el ordenamiento jurídico para tal fin.

Esta corporación retoma el concepto que de libre competencia económica ofrece la Corte Constitucional, y la caracteriza como la competencia real, libre y no falseada que facilite al empresario obtener lucro individual y generar beneficios de calidad y precio para el consumidor. Este derecho, al lado de la libertad de empresa constituye el doble contenido de la libertad económica, y reitera esta

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de Octubre 01 de 2008, Rad. 2500-23-26-000-2004-01856-01 (AP). Consejero Ponente **Dr. Ruth Stella Correa Palacio**

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de Febrero 21 de 2007, Rad. 76001-23-31-000-2005-00549-01 (AP), Consejero Ponente **Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez**

Corporación que es el régimen económico el que consagra dicha libertad, junto con la intervención del Estado y los derechos de propiedad.

También señala el Consejo de Estado que la ley debe fijar los límites a la libertad económica, los cuales están llamados a corresponder al interés general sobre el particular, es decir, los fines de dicha intervención se concretan en la racionalización de la economía, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la preservación de un ambiente sano, la garantía de un orden económico justo, la distribución equitativa de oportunidades y los beneficios del desarrollo. Dicha intervención tiene lugar a través de la función del legislador, porque la afectación de derechos y garantías solo puede tener fundamento en el principio de representación popular¹⁷. Sin embargo, en pronunciamiento que data del año 2004 esta Corporación manifestó que las restricciones a este derecho no pueden provenir solo del legislador, sino que también pueden derivarse de un mandato de intervención.

Ahora bien, en lo referente a las acciones populares establecidas en la Carta Fundamental como medio de defensa de los derechos colectivos, el Consejo de Estado establece como requisito que en el momento de descender al caso concreto la afectación realmente trascienda del ámbito individual al colectivo¹⁸, y que en estos procesos la carga de la prueba siempre corresponderá al actor.

Por último, no se pueden dejar de lado los fallos relacionados con el régimen de libre competencia en relación con la prestación de los servicios públicos, pues el Consejo de Estado al respecto ha manifestado que las limitaciones en materia de servicios públicos domiciliarios son constitucionalmente válidas en aras del interés general y del bien común, debido a que su prestación es función principalísima del Estado¹⁹. Si la intervención del Estado no se opone a los fines de la libre competencia, y atiende a que esta no debe entenderse como una barrera infranqueable para la función estatal en las diferentes esferas de la economía, máxime debe entenderse así cuando se trata de la prestación de servicios públicos como el de telefonía y el transporte. Además, cabe precisar que en lo que atañe a los servicios públicos domiciliarios se aplican las normas particulares del consumo previstas en el régimen legal de la materia, y solo excepcionalmente deberá acudir a las normas generales previstas para otros sectores económicos²⁰. Respecto de éste régimen especial contenido en la ley 142 de 1994, el Consejo de Estado afirma que incluye varias disposiciones que

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta, Sentencia de Abril 27 de 2006, Rad. 11001-03-06-000-2006-0027-00 (1728), Consejero Ponente Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de Mayo 21 de 2008, Rad. 76001-23-31-000-2005-01423-01 (AP), Consejero Ponente Dr. Ramiro Saavedra Becerra.

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Primera, Sentencia de Junio 14 de 2001, Rad. 11001-03-24-000-2000-6421-01 (6421), Consejero Ponente Dr. Camilo Arciniegas Andrade

²⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de Agosto 15 de 2007, Rad. 8800123-31-000-2005-00004-01 (AP), Consejero Ponente Dra. Ruth Stella Correa Palacio

desarrollan el concepto de la libre competencia, tales como los artículos 2, 3, 6 y 10, y que son el desarrollo del artículo 365 de la Constitución Nacional por el cual se garantiza el régimen de competencia para este sector, que abarca la libertad de empresa, la libre concurrencia y la protección del usuario²¹.

Una vez realizadas las anteriores consideraciones, y con el propósito de continuar con el análisis del tema objeto de este trabajo, se procederá a hacer un estudio acerca del régimen de estabilidad jurídica que la ley 963 de 2006 ha consagrado, para posteriormente analizarlo en relación con los conceptos que se han recogido sobre libre competencia económica.

²¹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de Agosto 13 de 2008, Rad. 25000-23-27-000-2004-00888-01 (AP), Consejero Ponente Dra. Ruth Stella Correa Palacio

2. EL RÉGIMEN DE ESTABILIDAD JURÍDICA EN COLOMBIA

Una vez concluido el análisis de la libre competencia económica desde una perspectiva histórica, y su desarrollo en el ordenamiento jurídico Colombiano, es preciso dar paso al estudio del régimen de estabilidad jurídica en nuestro país, y específicamente de la ley 963 de 2005. Para tal efecto, se iniciará con un breve recuento de la historia de la inversión extranjera en Colombia, lo cual permitirá esbozar algunas de las razones que motivaron la expedición de la ley en comento, y comprender los aspectos positivos y negativos de la normatividad en cuestión, y finalmente se hará una descripción de los elementos más significativos de la mencionada ley y los decretos que la reglamentan.

2.1. LA INVERSION EXTRANJERA EN COLOMBIA

Inicialmente debe decirse que en Colombia, al igual que en algunos de los países de Suramérica, han sido múltiples los intentos por afianzar la inversión nacional y extranjera, bajo el entendido que la misma es una de las formas de generar empleo, abrir las fronteras hacia los intercambios productivos, aprovechar los avances tecnológicos a menor costo, y en general, propiciar el desarrollo sostenible desde las diferentes áreas de la economía.

Específicamente, en el caso Colombiano la preocupación por atraer y mantener la inversión extranjera ha girado alrededor de diferentes factores sociales, políticos, económicos y legales, que afectan de manera directa los resultados económicos que pueden obtener los inversionistas luego de incursionar en el mercado de nuestro país. En este escenario, la situación de conflicto interno en la que se encuentra sumida la nación hace varias décadas se erige como una de las causales por las que muchas de las grandes empresas internacionales prefieren abrir sus caminos hacia países cuya situación social es notoriamente más estable; sin embargo, tampoco se puede negar que dichas empresas prefieren invertir en aquellos lugares en que las normas jurídicas presentan mayor estabilidad y son más beneficiosas para el sector económico, lo que permite concluir que la seguridad jurídica juega un papel de gran importancia en el tema de las inversiones económicas y puede en algunos eventos tornarse más definitiva en relación con la situación política y social. Para ratificar lo dicho vale decir que los inversionistas extranjeros sienten mayor temor de invertir en Colombia por los cambios de legislación que les atañe, que por la situación de violencia interna.

De la misma manera, criterios como los antes mencionados son tenidos en cuenta por los inversionistas nacionales, quienes, conocedores de la situación jurídica declinan en sus intentos de expandir sus mercados dentro del territorio Colombiano y prefieren mantener las condiciones de sus empresas o buscar posibilidades de crecimiento por fuera de estas fronteras. Por tanto, es menester

concluir que la inestabilidad jurídica es un elemento que entorpece las inversiones y con ello el crecimiento económico, y sus efectos se observan no solo respecto de los inversionistas extranjeros, sino también de los nacionales, no únicamente frente a la posibilidad de incursionar con nuevas inversiones sino incluso en la posibilidad de ampliar las inversiones existentes.

Pese a lo anterior, no se puede olvidar que las inversiones en territorios ajenos han tenido lugar entre los comerciantes desde el año 2500 a.C., cuando los sumerios buscaban contactos y filiales en otros espacios para negociar con sus mercancías y asegurar sus ganancias. Los mecanismos utilizados en aquella época para reducir el riesgo eran básicamente la vinculación con familiares y conocidos en dichos territorios que asuman la función de recibir, almacenar y vender los productos, asegurando con ello que las ganancias no se pierdan. Posteriormente, en la segunda mitad del siglo XIX, se vivió desde Inglaterra el auge de la expansión económica, cuando este país determinó enviar sus capitales hacia Estados Unidos, Latinoamérica y algunas colonias de Asia, tratándose inicialmente de elementos de infraestructura y posteriormente de petróleo.

Poco a poco esta tendencia de la expansión económica y las inversiones en territorio extranjero se fue difundiendo a través de los diferentes pueblos, y los mercados por fuera de las barreras nacionales despertaron gran interés entre los comerciantes del mundo, por lo cual se hizo indispensable que cada nación propiciara las condiciones necesarias para atraer al inversionista foráneo.

Con el paso del tiempo, países como Gran Bretaña abrieron paso a las inversiones en los países de Europa, aun cuando todavía no contaban con el desarrollo suficiente para incrementar el monto de sus inversiones y utilizar la tecnología idónea para facilitar estos procesos. Posteriormente fueron los Estados Unidos quienes incursionaron en proyectos de expansión y de apertura de mercados trasnacionales, llegando así a algunos países de América Latina y de sus colonias con ferrocarriles, gas, infraestructura, entre otros productos.

Ahora bien, todos los comerciantes que deseaban expandir sus mercados hacia el extranjero necesitaban condiciones de seguridad suficientes para asumir los riesgos que ello implicaba, por cuanto abrir mercados necesita mucho más que ofrecer desde determinado lugar productos o servicios para la libre escogencia del público, y entraña complicaciones de diferentes naturalezas que deben ser evaluadas por el mercader. Frente a esta evidente necesidad, y luego de haber evaluado múltiples riesgos y haber establecido los posibles mecanismos para mitigarlos, la Europa Occidental incursionó en la expedición de nuevas leyes que protegieran la inversión y regularan el uso de las utilidades, marcando con ello una nueva pauta para aportar a la expansión de los mercados, y presentando un ejemplo ante el mundo de cómo coadyuvar a ello a partir de mecanismos jurídicos. En Colombia el proceso fue diferente porque el impacto de las inversiones extranjeras no fue muy significativo en sus inicios y las repercusiones en el

desarrollo económico tampoco fueron de gran magnitud. Se levantó una ola de hostilidad en contra de los extranjeros y las migraciones y la noción de seguridad estaba íntimamente relacionada con la idea de no expropiación, por lo que se buscaron mecanismos que permitan movilizar el capital y las utilidades sin ningún tipo de compensación por parte del Estado. Solo a partir del siglo XX el Estado tomó medidas para regular el tema de la inversión extranjera y en este contexto se creó la Oficina de Control de Cambios en 1931, se impusieron como obligatorios los registros previos de control de capital extranjero en 1947, y en 1951 se estableció que todo capital importado tenía la obligación de ser registrado para tener derecho a la repatriación o giro. Como se puede observar, el alcance de esta legislación no llegó más allá de crear mecanismos para conocer los movimientos de capital y condicionar su repatriación al cumplimiento del registro.

En 1967, bajo el gobierno de Carlos Lleras Restrepo se dictó el Decreto Ley 444, por el cual se expidió el Estatuto Cambiario, cuya vigencia se extendió hasta el año de 1991, y su objeto se concretó en la protección del desarrollo económico y social y en el equilibrio cambiario. Este cuerpo normativo buscaba atraer la inversión extranjera hacia el país y armonizar los intereses particulares de los inversionistas con los generales de la economía nacional que se caracterizaba por un alto grado de proteccionismo y una marcada tendencia a la industrialización. Las disposiciones más significativas del mentado Estatuto Cambiario hacían relación al tipo y calidad de la inversión extranjera, y los criterios de aprobación y utilización de los registros, así como un régimen específico para las empresas petroleras y mineras, a quienes no se les impuso la obligación de reintegrar todo el valor del crudo, permitiéndoles con esto transferir sus utilidades al exterior.

Posteriormente, en el año 1973, se prohibió la participación extranjera en proyectos de infraestructura física, servicios públicos y saneamiento básico, así como nuevas inversiones en la banca comercial. Esta política fue el resultado de la Decisión 24 del Pacto Andino de la fecha, lo cual afianzó los criterios manejados hasta el momento de restringir el ingreso del capital extranjero al país. Igualmente, la decisión que se comenta obligaba a los empresarios extranjeros a vender parte de sus activos con el propósito de que sus empresas se convirtieran en empresas mixtas, y el Estado estableció el monto máximo para el giro de utilidades y remesas de capitales, así como decretó que las empresas extranjeras solo tenían acceso a créditos de corto plazo, de conformidad con el Acuerdo de Cartagena.

En la época mencionada también se prohibieron las operaciones de bolsa como modalidad de inversión extranjera, y todas las inversiones se sujetaron al registro por parte del Departamento Nacional de Planeación.

En la década de los ochenta surgieron algunas transformaciones en la reglamentación encaminadas a facilitar la entrada de capitales y de giros. La Decisión 220 del Acuerdo de Cartagena en 1987, aumentó el derecho de giro de las utilidades del inversionista extranjero, aprobó la inversión extranjera en

algunos sectores productivos antes restringidos y permitió a los países del Pacto Andino diseñar sus políticas particulares de tratamiento al capital extranjero.

Con el paso del tiempo se lograron algunos cambios en la concepción del gobierno frente a las inversiones extranjeras, y es así como en la década de los noventa se da un giro en la reglamentación para facilitar el ingreso de las empresas foráneas al país. Se redujo la tasa de tributación, se estableció como obligatoria la autorización previa únicamente para las inversiones en el sector de servicios públicos y defensa nacional, y en general, se eliminó gran cantidad de limitaciones que se habían impuesto en la década anterior. Con este avance legislativo, se estableció la igualdad de condiciones para los inversionistas extranjeros y los nacionales en casi la totalidad de los sectores productivos, y se abolieron los límites a los giros de utilidades y de capital. Las barreras arancelarias no escaparon de esta nueva política económica y fueron reducidas, así como también se logró la flexibilización en el mercado laboral.

Cabe advertir que todos estos cambios y otros relacionados con el tema, se produjeron en un ambiente de apertura económica y comercial que paulatinamente se fue extendiendo hasta llevar a los gobierno a la adopción de medidas como la firma de tratados de libre comercio con otros pueblos, y cuyos objetivos se concretaron básicamente en la eliminación de las barreras arancelarias y no arancelarias al comercio.

Se puede decir entonces que en la década de los noventa la estrategia económica se concretó en desarrollar un marco legal competitivo, proteger las inversiones contra los riesgos políticos y promover las posibilidades de inversión. Progresivamente se abolió la discriminación entre los inversionistas nacionales y los extranjeros en relación al tratamiento y las oportunidades de inversión, y en ese contexto se eliminaron las autorizaciones especiales que las normas consagraban como requisito adicional a los inversionistas extranjeros para instaurar sus empresas en Colombia. De la misma forma, se liberalizaron los derechos cambiarios y fueron eliminados los topes máximos de utilidades, de capital y de pagos por transferencia de tecnologías. Las posibilidades de inversión para empresas de otros países se extendieron a todos los sectores de la economía Colombiana, y surgieron los acuerdos económicos que minimizaban el riesgo político de los inversionistas, pactando seguros contra la expropiación, la inconvertibilidad de la moneda y los daños ocasionados por la violencia.

Finalmente, cabe anunciar que estas transformaciones conceptuales y normativas tuvieron lugar en un clima en el que se encontraba en proceso de gestación la Constitución Política del año 1991, misma que en lo atinente al régimen económico, consagró la libre competencia como un derecho individual y colectivo, y en términos generales, fijó el marco para que el legislador establezca mejores condiciones a favor de la atracción de inversiones desde otros países. Así, las inversiones extranjeras entre los años 1991 a 1994 pasaron de 457 millones de

dólares a 1.928 millones de dólares, dirigidas especialmente al sector petrolero y financiero²².

2.2. RAZONES QUE SUSTENTAN LOS REGÍMENES DE ESTABILIDAD JURIDICA

Como se puede observar, no han sido pocos los intentos por viabilizar y mejorar las condiciones de la inversión extranjera en Colombia, y los avances alcanzados en la década de los noventa se convirtieron en grandes pasos hacia el reconocimiento de la igualdad entre inversionistas nacionales y foráneos, y hacia la mejora de las condiciones de estos últimos respecto a la situación en que se encontraban en años anteriores. Pese a ello, innegable resulta que no fueron suficientes los anotados cambios para alcanzar los objetivos propuestos, y no hubieran sido útiles para responder a las nuevas concepciones económicas en la materia, y que encuentran plena aplicación y vigencia en la actualidad.

Pese a las transformaciones anotadas se mantuvieron algunos factores legales e institucionales que afectaban las inversiones extranjeras, tales como la estabilidad del gobierno, las condiciones socio económicas, la oportunidad de inversión, el conflicto interno y externo, la corrupción, la participación del ejército en política, y las tensiones religiosas, étnicas, burocráticas y legales. Estos factores constituían criterios a evaluar por parte de los inversionistas porque dan cuenta de los riesgos políticos y la calidad de las instituciones del país. Es decir, además de los peligros propios de cada empresa y aquellos de carácter netamente económico, como el tamaño del mercado, los costos laborales y la apertura comercial, existían latentes los riesgos relacionados con la seguridad, la estabilidad del gobierno, las leyes y la calidad de la burocracia. Por lo tanto, de alguna manera se puede sugerir que, el clima de seguridad que requieren los inversionistas está determinado especialmente por la certeza que la ley y su aplicación puede darles, y de la permanencia de dicha ley en el tiempo.

Realizadas las anteriores consideraciones se observa que la seguridad jurídica está relacionada directamente con la confianza que se tenga en las instituciones legales, y surge de su estabilidad en el tiempo; además, su efectividad, es decir, la confianza en dichas instituciones, no es el resultado de procesos impositivos sino que se produce por la misma ley y se afianza en los mecanismos que el legislador ha diseñado para su cumplimiento. Por tanto, se entiende que las políticas y actuaciones de los gobiernos determinan las oportunidades e incentivos que se presentan a las empresas, afectando los costos, los riesgos y los límites a la competencia, factores que influyen de forma directa la decisión del inversionista.

²² VILLAVECES NIÑO, Juanita y ANZOLA GIL, Marcela. Análisis crítico de la ley 963 sobre estabilidad jurídica. En: Serie Documentos, No. 80, octubre de 2005. Bogotá.

Según el Banco Mundial, la principal preocupación de los inversionistas extranjeros son los riesgos asociados con la política de un país y el entorno político regional, los cuales son valorados por encima de los riesgos endógenos de la inversión, como la incertidumbre acerca de la respuesta de los clientes y de la competencia. Por esto, una de las recomendaciones a sugerir será la búsqueda de mecanismos para establecer credibilidad, fomentar la confianza pública y la seguridad, así como asegurar que las políticas económicas se adapten a las circunstancias fácticas de lugares y momentos concretos. El propósito perseguido se concretaría en generar confianza en las instituciones y decisiones del Estado, así como en el marco normativo y legal, e implementar políticas que susciten credibilidad entre la población por corresponder a las necesidades del entorno.

En conclusión, la historia, la teoría y la práctica dejan de manifiesto la importancia de la seguridad en el campo de las relaciones económicas, entendiendo que la seguridad jurídica es una de las más importantes expresiones de dicho concepto. En este sentido, la estabilidad jurídica desde el punto de vista de los inversionistas se entiende, por un lado, como la posibilidad de contar con un régimen normativo que garantice la aplicación de determinadas normas relacionadas con las obligaciones tributarias y con los derechos y obligaciones derivadas de la propiedad, y por el otro, es decir, desde la óptica del Estado, se materializa en el compromiso con las metas de competitividad, crecimiento y desarrollo económico, a fin de ofrecer garantías a los inversionistas. En otras palabras, la estabilidad jurídica no se obtiene con la expedición de una ley ni puede confundirse con la ley en sentido material, más bien, la estabilidad jurídica es útil cuando corresponde a los principios de igualdad ante la ley y protección del interés general, y en todo caso, debe propender por crear horizontes de confianza estables en el tiempo que permitan reducir los riesgos, es decir, la seguridad jurídica se entiende como el contexto en el que se adoptan decisiones individuales o en otras palabras, es el resultado de una fusión entre el sistema normativo y las conductas sociales.

Atendiendo los criterios aludidos, diferentes países, entre los que se puede mencionar a Colombia, han incursionado en la expedición de normas de estabilidad jurídica. A manera de ejemplo se puede citar a Ecuador, Argentina, Perú, Panamá, Uruguay, Venezuela y Chile. Los resultados de estas medidas legislativas han sido óptimos, y como ejemplo vale mencionar el caso Chileno, pues según las estadísticas oficiales, más del 81% de la inversión extranjera comprendida entre los años 1990 y 2004 se dio gracias a la ley de estabilidad de ese país²³.

La Corte Constitucional, en sentencia C-320 de 2006 realiza un recuento acerca de los contratos de estabilidad jurídica en el derecho comparado, y con el

²³ MORA RESTREPO, Santiago. LEY DE ESTABILIDAD JURIDICA. Disponible en Internet: www.yocreoencolombia.com/articulos/2006/ley_estabilidad_juridica.html. 2006

propósito de ilustrar la situación de algunos países latinoamericanos es pertinente retomar algunos de sus apartes:

“En derecho comparado latinoamericano, de igual manera, es común hallar leyes de estabilidad jurídica, enfocadas a aspectos tributarios. Así, en Chile, en 1974 se profirió, mediante Decreto Ley núm. 600, el “Estatuto de la Inversión Extranjera”²⁴, según el cual los inversionistas extranjeros tenían derecho a que, “en sus respectivos contratos”, se estableciera que se les mantendrían invariables, por diez años contados a partir de la instalación de la empresa, “una tasa del 42% como carga impositiva efectiva total a la renta. considerando para estos efectos los impuestos de la Ley de Renta que corresponde aplicar conforme a las normas legales vigentes a la fecha de celebración del contrato”. Dichos contratos eran suscritos por un Comité de Inversiones Extranjeras, quedando facultado el inversionista a renunciar a la invariabilidad, integrándose al régimen impositivo común.

De manera semejante, en Perú, mediante Decreto Supremo núm. 162 de 1992, se aprobó el “Reglamento de los Regímenes de Garantía a la Inversión Privada”, según el cual se otorgan determinadas garantías de estabilidad jurídica en diversas materias, tales como, régimen tributario, libre disponibilidad de divisas, derecho de libre remesa de utilidades y régimen de contratación. Al respecto, cabe precisar que la estabilidad jurídica en aspectos tributarios implica la suscripción de un convenio cuyo objeto consiste en que “quienes se encuentren amparados por convenios de estabilidad jurídica se les seguirá aplicando la misma legislación que regía al momento de la suscripción del convenio, sin que les afecten las modificaciones que se introduzcan a la misma sobre materias y por el plazo previsto en dicho convenio, incluida la derogatoria de las normas legales, así se trate de disposiciones que resulten menos o más favorables”²⁵.

Posteriormente en Ecuador se expidió la Ley núm. 46 del 19 de diciembre de 1997 sobre “Promoción y garantía de inversiones”²⁶, la cual en su Título VII, dispone que, los titulares de inversiones sean estos nacionales o extranjeros, “tendrán derecho a beneficiarse de la estabilidad tributaria, entendida como el mantenimiento, por un período determinado, de la tarifa aplicable del impuesto a la renta existente al

²⁴ Estatuto de la Inversión Extranjera, Decreto Ley núm. 600 de 1974, *Sistema de Información sobre Comercio Exterior*, 2006.

²⁵ Decreto Supremo núm. 162 de 1992, “Reglamento de los Regímenes de Garantía a la Inversión Privada”, *Sistema de Información sobre Comercio Exterior*, 2006.

²⁶ Ley núm. 46 del 19 de diciembre de 1997 sobre “Promoción y garantía de inversiones”, *Sistema de Información sobre Comercio Exterior*, 2006.

momento de efectuarse la inversión”, estabilidad que se extiende por un período de 10 años. Adicionalmente, la mencionada ley prevé la suscripción de unos contratos de inversión con el Ministerio de Comercio Exterior, Industrialización y Pesca, los cuales son elevados a escritura pública.

Al año siguiente, Panamá expidió una ley de estabilidad jurídica de las inversiones, según la cual “Las personas naturales o jurídicas, que lleven a cabo inversiones en Panamá, gozarán por un plazo de diez años de beneficios de estabilidad jurídica, estabilidad tributaria nacional, estabilidad tributaria municipal así como estabilidad de los regímenes aduaneros, estabilidad en el régimen laboral. Para este fin se crea en el Ministerio de Comercio e Industria, el Consejo Consultivo de Estabilidad Jurídica de las Inversiones, integrado por representantes de los diferentes entes empresariales panameños”²⁷, siendo necesario para acogerse a los beneficios de la ley, invertir la suma mínima de dos millones de balboas.

En este orden de ideas, con el correr de los años, los países latinoamericanos han venido adoptando leyes de estabilidad jurídica caracterizadas por (i) buscar atraer capitales extranjeros hacia sectores claves de sus economías; (ii) enfocarse hacia aspectos tributarios; (iii) disponer la suscripción de convenios o contratos entre los inversionistas y el correspondiente Estado, cuyo objeto consiste en que, por determinado tiempo, a los primeros se les continuarán aplicando las leyes vigentes al momento de la celebración de aquéllos mas no las normas posteriores; (iv) en ciertos casos, se ha previsto que el inversionista pueda renunciar al tratamiento tributario más favorable.”²⁸

En Colombia, la medida se adoptó en el año 2005 a través de la ley 963, por la cual se expidió el régimen de estabilidad jurídica, y fue la empresa Alpina la que por primera vez se acogió a dicha normatividad. Para dar mayor claridad acerca de las razones por las cuales se expide dicha normatividad debe explicarse que las finalidades perseguidas con la misma son las siguientes:

“(i) estimular nueva inversión que contribuya al crecimiento del país del orden del 4% anual; (ii) responder a una de las necesidades más apremiantes de los inversionistas, cual es, hacerle frente a los riesgos jurídicos derivados de cambios normativos imprevisibles; y (iii) lograr un

²⁷ Ley de Estabilidad Jurídica núm. 54 del 22 de septiembre de 1998, *Sistema de Información sobre Comercio Exterior*, 2006.

²⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-320 de 2006, Mag. Ponente Dr. Humberto Antonio Sierra Porto

equilibrio entre los intereses de los inversionistas y el interés general, en el sentido de que “se mantiene intacta la capacidad legislativa del Congreso y la capacidad regulatoria del Ejecutivo, pues mediante los contratos de estabilidad jurídica se congelan temporalmente las normas determinantes en los mismos, pero de ninguna manera se le impide al Congreso continuar legislando o al Ejecutivo implementar las normas determinadas en los contratos”²⁹.

Dichos fines fueron expresados en la ponencia para primer debate en la Comisión Tercera de la Cámara de Representantes, y se retoman posteriormente por la jurisprudencia de nuestro país al realizar los juicios de constitucionalidad de la ley.

2.3. ANÁLISIS DE LA LEY 963 DE 2005

Para la comprensión de la ley de estabilidad jurídica Colombiana era indispensable realizar el breve estudio comprendido en renglones anteriores, el cual se constituye en algunos de los precedentes y fundamentos de la norma citada, y permite comprender la situación de las inversiones en este país desde tiempos pasados. Por lo tanto, a fin de entender la figura en estudio, se realizará una conceptualización sobre estos contratos, su naturaleza jurídica, los sujetos contractuales, los elementos esenciales y el trámite al que se encuentran sujetos.

2.3.1. El contrato de estabilidad jurídica y sus partes. Inicialmente debe decirse que los contratos de estabilidad jurídica son acuerdos celebrados entre los inversores, bien sean nacionales o extranjeros, y el Estado Colombiano a través de sus diferentes Ministerios, tal como se desprende de la lectura del artículo 2° de la ley 963 de 2005. Este tipo de contratos puede describirse válidamente como negocios jurídicos bilaterales, sinalagmáticos, onerosos y de tracto sucesivo, celebrados entre un inversionista y el Estado, siempre que el primero cumpla los requisitos de ley.

Los inversionistas a que se alude pueden ser personas naturales o jurídicas, o consorcios, que realicen inversiones nuevas o amplíen las existentes en el territorio nacional, por un monto igual o superior a la suma de 7500 s.m.m.l.v., y para desarrollar las actividades que señala la ley, es decir, las de tipo turístico, industrial, agrícola, de exportación, agroforestal, minero, 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 del recurso hídrico, entre otras que sean aprobadas por el Comité que crea la misma ley, con exclusión expresa de las inversiones extranjeras de portafolio, las cuales tienen por objeto realizar

²⁹ Ponencia para primer debate al proyecto de ley 15 de 2005 Senado “Por la cual se instaura la ley de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia”, Gaceta del Congreso núm. 283 del 20 de mayo de 2005.

transacciones en el mercado público de valores, es decir, en títulos o valores inscritos en el Registro Nacional de Valores, por medio de un fondo de inversión de capital extranjero, constituido por personas naturales o jurídicas.

2.3.2. Finalidad de los contratos de estabilidad jurídica. Sin lugar a dudas, y tal como se explicó anteriormente, la finalidad que se persigue con este tipo de contratos especiales que realiza el Estado Colombiano se circunscribe a la atracción y ampliación de la inversión en el territorio nacional, pues el gobierno considera que las inversiones son una forma de dinamizar la economía y promover el desarrollo sostenible a largo plazo, así como de atraer tecnología desarrollada que contribuya al funcionamiento de diferentes áreas de la industria y el comercio. Igualmente, se entiende que en la actualidad es necesario fomentar la actividad económica como un mecanismo de generación de empleo cuya consecuencia inmediata es la mejora en la calidad de vida de los asociados, a partir del uso de los diferentes recursos que existen en el territorio o que pueden ser adquiridos desde afuera para su explotación.

Así mismo, se considera que la seguridad jurídica, la seguridad física y la buena rentabilidad son factores determinantes para atraer proyectos de inversión al país, por tanto, la norma en comento se diseña como un instrumento para tal fin, es decir, como un estímulo a los inversionistas para desarrollar sus proyectos económicos en este territorio. En consecuencia, es posible concluir que esta herramienta jurídica no solo se ha diseñado para atraer la inversión extranjera sino que también busca retener la actualmente vinculada, garantizando la permanencia de capital productivo en el territorio.

Literalmente, el artículo primero de la ley de estabilidad jurídica reza: “*se establecen los contratos de estabilidad jurídica con la finalidad de promover inversiones nuevas y de ampliar las existentes en el territorio nacional*”.³⁰

2.3.3. Objeto del contrato de estabilidad jurídica. El objeto de este contrato se concreta en acordar que las normas que hayan sido identificadas por los inversionistas en estos acuerdos como determinantes de su inversión, no le serán aplicables en caso de que por la actuación del legislador sean modificadas en forma tal que les perjudique, y en consecuencia, permanecerá su aplicación por el término pactado en el contrato, y en beneficio del inversionista.

En este sentido, puede afirmarse que, tal como lo dispone el artículo 3° de la ley de estabilidad jurídica, este tipo de contratos, cuya naturaleza es por esencia pública, versan sobre las leyes, decretos, los actos de carácter general de la administración pública nacional, dentro de los cuales se incluyen los proferidos por las corporaciones autónomas regionales y por las comisiones de regulación, así como las interpretaciones vinculantes que de las mismas hagan las autoridades

³⁰ COLOMBIA, Ley 963 de 2005, artículo 1°

administrativas competentes, siempre que éstas hayan sido determinantes en la inversión que se promueve.

Ahora bien, cabe anotar que la ley 963 de 2005 en su artículo 11 establece unas limitaciones específicas a tener en cuenta para la celebración de estos acuerdos, y dispone que los mismos deben ser acordes con los derechos, garantías y deberes constitucionales, y con los tratados internacionales ratificados por el Estado Colombiano. La misma disposición establece de forma taxativa que no se podrán suscribir este tipo de pactos en relación con normas que integren el régimen de seguridad social, la obligación de declarar y pagar los tributos o inversiones forzosas que el Gobierno Nacional declare bajo estados de excepción, los impuestos indirectos, la regulación prudencial del sector financiero y el régimen tarifario de los servicios públicos. Igualmente, la disposición mentada señala que la estabilidad no puede recaer sobre normas que hayan sido declaradas inconstitucionales o ilegales durante el término de duración del contrato.

El documento Conpes 3366 de 2005, dispone que las normas amparadas en los contratos de estabilidad jurídica, cuya vigencia sea menor a la duración del contrato, sólo gozarán de protección por el término de vigencia de la norma respectiva.

En conclusión, y con el propósito de delimitar el objeto de los contratos que se estudia, debe anotarse que los mismos buscan mantener los efectos de la ley en el tiempo aun a pesar de que esta cambie, y no hay lugar a entender que su propósito es hacer cumplir las leyes, pues no sería este el mecanismo jurídico idóneo para tal efecto.

Acorde con lo señalado en renglones anteriores es menester reiterar que la naturaleza de los contratos en estudio es pública porque los mismos son suscritos por el Estado Colombiano, por ende, se encuentran sujetos a las disposiciones de la ley 80 de 1993³¹ y las demás normas que la modifiquen o adicionen, y su conocimiento corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, excepto en aquellos eventos en que se haya pactado cláusula compromisoria al tenor de lo dispuesto en el artículo 7° de la ley que regula la materia, caso en el cual se establecerá un tribunal de arbitramento nacional que se regirá exclusivamente por las leyes colombianas.

2.3.4. Requisitos esenciales de los contratos de estabilidad jurídica. El artículo 4° de la ley 963 de 2005 ordena que este tipo de contratos deberán cumplir con requisitos esenciales, mismos que se pueden resumir de la siguiente manera:

³¹ Así lo dispone el Decreto 2590 de 2005 en su artículo 8°

- Solicitud para la celebración del contrato. Esta debe ser presentada ante la Secretaría Técnica del Comité de Estabilidad Jurídica, y deberá contener la información de que trata el artículo 3° del Decreto 2950 de 2005, por el cual se reglamenta parcialmente la ley 963 del mismo año. Por lo tanto, la solicitud deberá contener:
 - a) Identificación plena del inversionista y su capacidad para actuar.
 - b) Manifestación expresa sobre la licitud de los recursos con los que se realizará la nueva inversión o se ampliará la existente.
 - c) Manifestación expresa del inversionista de no haber sido condenado o sancionado administrativamente por conductas de corrupción en Colombia o en el extranjero.
 - d) Descripción detallada del proyecto de inversión, incluyendo la modalidad de la misma, los estudios técnicos, financieros y económicos que sustenten el proyecto de acuerdo al documento Conpes 3366 de Agosto 01 de 2005.
 - e) Determinación de la cuantía de la inversión y del plazo para efectuarla, o el cronograma que contenga plazos y montos en caso de tratarse de una inversión fraccionada.
 - f) Transcripción de las normas e interpretaciones administrativas vinculantes respecto de las cuales se solicita la estabilidad. Deberá explicarse las razones que demuestren la importancia y el carácter determinante sobre la decisión, de conformidad con el documento Conpes 3366 de 2005.
 - g) Determinación justificada del término propuesto de duración del contrato.
 - h) Forma de pago de la prima de que trata el artículo 5° de la ley 963 de 2005.
 - i) Número de empleos que durante la vigencia del contrato se proyecta generar.
- La inversión que se pretenda realizar debe ser nueva -entendida como aquella cuyo inicio sea posterior a la entrada en vigencia de la ley de estabilidad jurídica-, o debe tratarse de la ampliación de una inversión ya existente, caso en el cual deberá señalarse el plazo máximo para efectuarla y el término de duración del contrato.
- Deberá indicarse el monto de la inversión o de la ampliación que se pretenda realizar, mismo que de conformidad con la ley debe ser igual o superior a la suma de siete mil quinientos salarios mínimos legales mensuales vigentes (7500 s.m.m.l.v.), lo cual implica que para el año 2009 se trata de 3'687.000.000.
- La solicitud deberá corresponder a la inversión o ampliación permitida por la ley, teniendo en cuenta que el artículo 2° de la misma contiene una lista

enunciativa de cuáles son las actividades en las que se puede realizar la inversión o la ampliación, excluyendo expresamente las inversiones extranjeras de portafolio, y aquellas a las que se refiere el artículo 6° del Decreto 2080 de 2008, es decir, las actividades de defensa y seguridad nacional y el procesamiento, disposición y desecho de basuras tóxicas, peligrosas o radioactivas no producidas en el país.

- El monto, plazo y forma de pago de la prima que deberá pagar el inversionista, la cual se cancela a favor de la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por un valor igual al 1% del valor de la inversión que se realice en cada año, de acuerdo con el cronograma aprobado, excepto cuando se trate de proyectos que contemplen periodo de improductividad, caso en el cual el valor será el equivalente a 0.5% de la inversión efectuada en el respectivo periodo. En todo caso, el plazo para el pago de la prima no podrá exceder el término de duración del respectivo contrato de estabilidad jurídica, al tenor de lo dispuesto en el artículo 10 de la ley.

La prima se pagará proporcionalmente en caso de producirse una terminación anticipada del contrato causada por la cesación de pleno derecho de las obligaciones del contrato debida a la declaración de nulidad y/o inexequibilidad de las normas e interpretaciones contempladas en el contrato.

- El párrafo del artículo 4° de la ley 963 de 2005 consagra que además de los requisitos anteriores, el inversionista que pretenda acogerse a los beneficios de dicha ley deberá cumplir las obligaciones adicionales, las cuales están específicamente relacionadas con las disposiciones legales y reglamentarias propias de la actividad a que corresponde la inversión, así como el pago puntual de las obligaciones tributarias, sociales y laborales; las normas ambientales y, las obligaciones legales y reglamentarias de orden tributario y laboral que surjan con ocasión de lo dispuesto por la ley de estabilidad jurídica.
- En el evento de presentarse subrogación o cesión del proyecto de inversión, el nuevo titular deberá contar con la aprobación del Comité de Estabilidad Jurídica, para efectos de mantener los derechos y obligaciones derivados de estos contratos.

2.3.5. Contenido y suscripción del contrato de estabilidad jurídica. La minuta del contrato será elaborada por la Secretaría Técnica del Comité de Estabilidad Jurídica, quien lo remitirá tanto al solicitante como al Ministro del Ramo para su suscripción.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 8° del Decreto 2950, el contrato de estabilidad jurídica deberá contener las cláusulas contractuales generales a que

haya lugar, y específicamente deberá incluir, al menos las siguientes cláusulas, teniendo presente que en todo caso se regirá por lo contenido en la ley 80 de 1993:

- Identificación de las partes
- Descripción del proyecto de inversión y de su cuantía
- Plazo máximo y cronograma para realizar la inversión, el cual deberá incluir los periodos de improductividad cuando los haya.
- Monto, plazo y forma de pago de la prima
- Transcripción de las normas e interpretaciones administrativas vinculantes sobre las cuales se pacta estabilidad

Obligaciones del inversionista de:

- Realizar una inversión o ampliar una existente, tal como haya sido aprobada por el Comité de Estabilidad Jurídica
- Cumplir las disposiciones legales y reglamentarias propias de la actividad en la cual realizará la inversión
- Pagar puntualmente los impuestos, tasas y contribuciones, y en general, los cargos sociales y laborales que surjan con ocasión de la ejecución del proyecto de inversión
- Cumplir las normas estatales que orientan, condicionan y determinan la conservación, uso, manejo y aprovechamiento del medio ambiente y los recursos naturales
- La estipulación de la terminación anticipada del contrato de estabilidad jurídica por el incumplimiento injustificado de las obligaciones que del mismo se deriven para el inversionista, o por el no pago oportuno de la prima, o por no realizar oportunamente la inversión o la ampliación de la inversión
- La estipulación de que la subrogación del contrato o cesión de la titularidad de la inversión solo podrá realizarse previa consentimiento del Comité de Estabilidad Jurídica

Debe anotarse que el literal h) del artículo 8° del Decreto 2950 de 2005, que consagraba como contenido del contrato la obligación del inversionista de cumplir con los compromisos particulares relativos a los beneficios económicos y sociales del proyecto, fue derogado por el Decreto Nacional 133 de 2006.

Por último, la suscripción del contrato deberá realizarse en el término máximo de 10 días hábiles siguientes a su aprobación. La minuta será remitida al peticionario, quien deberá devolverla al Ministro del Ramo en un periodo de 5 días hábiles, o podrá renunciar a la solicitud de celebración del contrato. El Ministro del ramo firmará la minuta en los 10 días hábiles siguientes a su recibo. En caso de que el peticionario no manifieste expresamente su renuncia a la suscripción del contrato y tampoco devuelva la minuta con la firma respectiva, se entenderá que ha

renunciado a su solicitud, y no podrá presentar otra que verse sobre el mismo proyecto de inversión. La fecha de suscripción determina el comienzo de la vigencia del contrato.

Finalmente, en relación con el tema de la negociación y suscripción del contrato, debe decirse que el documento Conpes 3366 de 2005 establece la posibilidad de llegar a acuerdos entre las partes firmantes, lo cual se ve como el respeto por la autonomía contractual y la libertad dentro de los límites de la ley. Dicho documento reza:

“...de acuerdo con el principio de competencia discrecional del Estado en la suscripción de los contratos de estabilidad jurídica, el Comité tiene la potestad de negociar con el inversionista solicitante los términos específicos del contrato en cuanto a las normas incluidas en él, la duración del contrato, la forma de pago de la prima y los compromisos de impacto económico y social adquiridos por la parte inversionista. El objeto de esta negociación es evitar que la no adopción del contrato, desincentive la realización de la inversión.”³²

2.3.6. Término de duración y causales de terminación del contrato de estabilidad jurídica. El artículo 9° del Decreto 2950 de 2005 dispone que el término de duración corresponderá a lo determinado por el Comité de estabilidad jurídica, teniendo en cuenta el proyecto de inversión y los criterios establecidos en el documento Conpes respectivo. En todo caso, en armonía con lo dispuesto en el artículo 6° de la ley 963 de 2009, el término de duración no podrá ser inferior a tres (3) años ni superior a veinte (20).

Igualmente, el decreto 2950 de 2005 establece que las causales de terminación del contrato son: i) el vencimiento del término del contrato, ii) unilateral y anticipadamente por parte de la Nación en los eventos en que el solicitante no haya realizado oportunamente la inversión, o pagado el valor de la prima, o en general, por el incumplimiento injustificado de las obligaciones que le son propias, o por estar incurrido en causales de inhabilidad contempladas en el artículo 9° de la ley 963 de 2005; iii) por mutuo acuerdo de los contratantes y, iv) por la cesación de pleno derecho de las obligaciones del contrato debida a la declaración de nulidad y/o inexecutable de la totalidad de las normas e interpretaciones contempladas en el mismo.

2.3.7. Inhabilidad para suscribir contratos de estabilidad jurídica. La ley 963 de 2005 expresamente consagra en su artículo 9° como causal de inhabilidad para suscribir o ser beneficiarios de los contratos de estabilidad jurídica, haber sido condenado mediante sentencia ejecutoriada o sancionados mediante acto

³² Colombia, Consejo Nacional de Política Económica y Nacional, Departamento Nacional de Planeación, Documento Conpes 3366 de 2005.

administrativo en firme, por conductas de corrupción que sean consideradas punibles por el ordenamiento jurídico nacional, sin importar la fecha de la sanción, ni que la conducta haya sido cometida en territorio nacional o extranjero.

2.3.8. Registro de los contratos de estabilidad jurídica. Corresponde al Departamento Nacional de Planeación llevar el registro de los contratos de estabilidad jurídica firmados, las normas que estos amparan, los montos de las inversiones protegidas, y el efecto fiscal anual derivado de los mismos. Dicha entidad deberá informar anualmente acerca de este registro al Congreso de la República.

A este respecto el documento Conpes 3366 de 2005 estipula la obligación de ejercer auditoría sobre los contratos celebrados en virtud de la ley 963 de 2005, en los siguientes términos:

“El inversionista solicitante del contrato de estabilidad contratará por su cuenta una auditoría que revisará y certificará anualmente el cumplimiento de los compromisos adquiridos en el contrato, e informará los resultados de la auditoría al Departamento Nacional de Planeación y al Comité de Estabilidad Jurídica.

En el contrato deberá quedar establecida esta responsabilidad de la parte inversionista y la de responder a las solicitudes adicionales de información requeridas por cualquiera de los miembros del Comité.

La función de auditoría puede ser ejercida por el Revisor Fiscal, cuando sea del caso.

El Estado garantizará la confidencialidad de la información empresarial suministrada para tal efecto.”³³

Se han señalado los aspectos más significativos de la ley 963 de 2005 y de los decretos reglamentarios, con el propósito de comprender cuales son las características fundamentales del régimen de estabilidad jurídica en Colombia, y cuáles son los procedimientos y requisitos con que debe cumplir cada inversionista que aspire a suscribir un contrato de esta naturaleza. Sin lugar a dudas, un análisis formal de la norma en comento arrojaría algunas críticas relacionadas con la conceptualización que la misma incluye, el papel del Estado en estos contratos, las funciones del Comité de Estabilidad jurídica y su discrecionalidad, y las normas aplicables en casos de vacíos normativos de la ley; sin embargo, el propósito del presente trabajo es el análisis de la ley a la luz del derecho a la libre competencia económica, y para tal efecto los anteriores renglones nos ofrecen un panorama amplio y suficiente para destacar algunos

³³ Ibidem.

puntos específicos a partir de los cuales se puede desarrollar el objetivo propuesto, dejando para otra oportunidad el análisis de la técnica legislativa empleada en la creación de la norma.

3. APORTES JURISPRUDENCIALES AL RÉGIMEN DE ESTABILIDAD JURÍDICA EN COLOMBIA

En líneas anteriores fue posible sentar las bases teóricas que serán de utilidad en este capítulo para presentar una recopilación de la jurisprudencia que la Corte Constitucional ha emitido en relación con los contratos de estabilidad jurídica en Colombia, y específicamente con la ley 963 de 2005.

Dicha jurisprudencia se encuentra concentrada en cuatro fallos de la Corte que se examinarán detenidamente, no con el propósito de elaborar una línea jurisprudencial sino de conocer los criterios que esta Corporación ha manejado sobre el tema. Por tanto, dicho análisis no se realizará en torno a un problema jurídico determinado sino a todos los que se hayan planteado en las respectivas demandas de constitucionalidad.

Este análisis de la jurisprudencia permitirá posteriormente realizar algunos aportes personales en relación con el tema objeto del presente trabajo, por ofrecer un panorama amplio de los elementos teóricos que giran alrededor del régimen de estabilidad jurídica y la libre competencia en Colombia.

Así, el presente capítulo encuentra su justificación en la inminente necesidad de evaluar la ley 963 de 2005 desde el criterio de su constitucionalidad, pues el estudio de la misma no puede limitarse a una descripción de su articulado, lo cual carecería de sentido si no se contrasta con las disposiciones constitucionales.

Por las anteriores razones se presenta a continuación una descripción pormenorizada de los fallos proferidos por la Corte Constitucional en la materia, y finalmente, se extraerán las conclusiones a que haya lugar.

3.1. PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES ACERCA DE LA LEY 963 DE 2005

La sentencia C-155 de 2007 constituye el último pronunciamiento realizado por la Corte Constitucional en relación con el tema de la ley de estabilidad jurídica, y en ella se aborda ligeramente el tema de la libre competencia económica, por lo tanto a continuación se presenta su ficha descriptiva, tal como se hará con los fallos que le anteceden.

3.1.1. Sentencia C-155 DE 2007:

LA DEMANDA

En esta sentencia se resuelven diversas demandas que se acumulan por la similitud de sus pretensiones, las cuales se presentan en contra del artículo 7° de la ley de estabilidad jurídica en cuanto dispone que de existir cláusula compromisoria “se establecerá un tribunal de arbitramento nacional regido exclusivamente por leyes colombianas.”. Los argumentos de las demandas son los que se presentan a continuación:

- La norma acusada contiene una decisión arbitraria del legislador que desconoce tratados internacionales ratificados por Colombia como la Convención de Washington de 1965, incorporada al derecho interno por medio de la Ley 267 de 1996, la cual establece que la mayoría de los árbitros no pueden tener la nacionalidad del Estado Contratante. Manifiestan que el carácter temporal y voluntario de la justicia arbitral no atenta contra los principios constitucionales del Estado Colombiano.
- La norma acusada no estima el carácter voluntario del arbitramento, el cual ha sido reiterado por la Corte Constitucional en las Sentencias C-294 de 1995 y C-330 de 2000. Citan también las Sentencias C-242 de 1997, C-060 y C-330 de 2000, C-060 de 2001 y C-878 de 2005, y tiene como fundamento la libre y espontánea manifestación de la voluntad de las partes para constituir el tribunal de arbitramento. Desconoce además el inciso final del artículo 116 de la Constitución Política según el cual las partes acuden al arbitramento de manera voluntaria, a través de un contrato que es ley para las partes y fuente de obligaciones, de acuerdo con el artículo 1502 del Código Civil. En consecuencia, al desconocerse el principio de autonomía de la voluntad y libertad contractual, se desconoce la dignidad humana.
- La disposición acusada vulnera el principio de igualdad de oportunidades porque impone cláusulas a favor del Estado Colombiano y en contra del inversionista extranjero contratante, por lo tanto, las partes no están en condiciones de igualdad para pactar el arbitramento, y con ello se materializa situaciones injustas y discriminatorias.
- La norma impide desarrollar la libertad de empresa y la libre competencia económica, pues las empresas multinacionales no estarán interesadas en invertir en Colombia en esas condiciones, lo cual limitará el crecimiento económico y el beneficio general. Dicha norma, a juicio de los demandantes, desconoce los derechos constitucionales y legales, ya que la decisión arbitral equivale a la decisión jurisdiccional.
- Afirman los demandantes que de conformidad con el artículo 116 del Decreto 1818 de 1998 el arbitramento es voluntario y corresponde a las partes fijar los efectos y consecuencias de la decisión arbitral, así como determinar las normas procesales y sustanciales aplicables a los

arbitramentos internacionales, de conformidad con el artículo 117 de la misma norma.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Inicialmente, la Corte evalúa si en el presente caso existe cosa juzgada constitucional, en la medida en que la expresión demandada ya había sido objeto de análisis de constitucionalidad en la sentencia C-961 de 2006. En la sentencia que se analiza la corporación determinó que frente a los cargos de violación del principio de voluntariedad del arbitramento, de la autonomía contractual y del derecho al acceso a la administración de justicia, así como frente al cargo de violación del principio de igualdad de oportunidades, existe cosa juzgada relativa absoluta, pues desde tales criterios la norma fue declarada exequible, con fundamento en las siguientes razones:

- Dado que el contrato de estabilidad jurídica recae sobre normas nacionales, la sujeción a la ley colombiana y a un tribunal de arbitramento nacional no excede la capacidad de configuración normativa del legislador en esta materia, la cual es amplia en asuntos de tipo económico, más aún si guarda relación directa con la contratación del Estado. En la medida que el legislador no hizo obligatorio el arbitramento, respetó el principio de voluntariedad y la autonomía de la voluntad de las partes, quienes podrán decidir libremente si someten sus controversias a la justicia arbitral”
- El inversionista nacional y el inversionista extranjero tienen la misma posibilidad de pactar el arbitramento previsto en la ley y están sometidos a idénticas restricciones. En consecuencia, no hay desconocimiento del principio de igualdad de oportunidades.

En relación con el cargo de desconocimiento de mandatos constitucionales que ordenan la integración internacional del Estado (Artículos 9º, 226 y 227 C.P.) y violación de tratados internacionales suscritos por Colombia (Convenio de Washington y de Nueva York y Tratados Bilaterales de Inversión, especialmente), la Corte manifestó que no hay cargo porque los tratados internacionales no son razones de inconstitucionalidad, por tanto no se estudia la acusación, en otras palabras, los tratados internacionales suscritos por Colombia en materia económica y de integración comercial no son parámetros de constitucionalidad de las leyes pues tal condición únicamente ha sido prevista en la Constitución para los tratados y convenios internacionales que reconocen derechos humanos y prohíben su limitación en estados de excepción y para aquéllos que definen los límites territoriales del Estado, al tenor de lo dispuesto en los artículos 93 y 101 Constitucionales.

Argumenta la Corte también que la convención de Washington de 1965 regula el “arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados”, y obedeció a la necesidad de establecer bases de cooperación internacional para lograr el desarrollo económico a través de la función que en este campo desarrollan las inversiones internacionales de carácter privado. En este sentido, la convención propende por los mecanismos de solución de controversias como la conciliación y el arbitramento internacionales en lo referente a las inversiones que ostenten tal naturaleza, motivo por el cual es innegable el carácter económico de dicho instrumento. En consecuencia, por la naturaleza de la convención es forzoso concluir que la misma no integra el bloque de constitucionalidad y por ende no es procedente su confrontación con la norma acusada.

En lo que atañe al cargo de violación de los derechos adquiridos en virtud de normas anteriores a la disposición demandada -Ley 315 de 1996 y Decreto 1818 de 1998, principalmente-, que ya permitían pactar arbitramento internacional y escoger la ley aplicable al caso, la Corte considera que no existe cosa juzgada por no haber sido propuesto en la demanda que se resolvió a través de la sentencia C- 961 de 2006. En este punto la Corporación explica que:

“Tales ordenamientos, además de no ser parámetros de constitucionalidad, se refieren a una materia que, como la generalidad de asuntos que corresponde regular al Congreso, no goza de inmunidad frente a la posibilidad de modificación, derogación o subrogación de la ley.

De esta forma, aún si existiera contradicción entre tales regulaciones y la expresión acusada, lo cual corresponde a un problema de aplicación de la ley, no puede sostenerse que aquéllas confieren un derecho adquirido e indefinido de pactar una cláusula compromisoria en las condiciones allí previstas, para regular eventuales y futuros conflictos de contratos que ni siquiera han nacido a la vida jurídica. Además, la Corte no encuentra en la expresión acusada una derogatoria de lo previsto en la Ley 315 de 1996 ni en el Decreto 1818 de 1998 sobre arbitramento internacional, sino la expedición de un régimen especial para determinados contratos en que será parte el Estado, lo cual, por tanto, tampoco tiene vocación de afectar retroactivamente las cláusulas compromisorias y los compromisos válidamente pactados al amparo de dichas disposiciones.³⁴”

³⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-155 de 2007, Magistrado Ponente Dr. Álvaro Tafur Galvis

DECISION

Por las razones expuestas anteriormente, y por las que se habían explicado en la sentencia C-961 de 2006, la Corte considera que los cargos deben ser despachados negativamente, y en consecuencia resuelve declarar exequible, la expresión “En este caso, se establecerá un tribunal de arbitramento nacional regido exclusivamente por leyes colombianas” que hace parte del artículo 7º de la Ley 963 de 2005, por los cargos formulados y analizados.

ACLARACIÓN DE VOTO

Los magistrados Marco Gerardo Monroy Cabra y Rodrigo Escobar Gil presentan su aclaración de voto a esta sentencia, quienes consideran que si bien la providencia deja claridad acerca de la voluntariedad de pactar una cláusula compromisoria en los contratos de estabilidad jurídica, no se hace un pronunciamiento acerca del evento en que las partes no manifiesten la forma como resolver los conflictos que se originen con ocasión de dicho contrato, caso en el cual se considera que se puede acudir a los Tratados vigentes entre Colombia y el Estado al cual pertenece el inversionista respectivo, o en subsidio, a las normas de conflicto del ordenamiento jurídico Colombiano, pues este es el resultado de la armonización de los artículos 7 y 11 de la ley 963 de 2005 y lo previsto en el artículo 9º Constitucional, misma que resulta acorde con el principio *pacta sunt servanda*. En dicha aclaración de voto literalmente se puede leer:

“Se debe atender primero al acuerdo de las partes en los contratos de estabilidad jurídica para decidir voluntariamente el modo de solucionar la controversia. Pero, si no hay acuerdo y subsiste la diferencia hay que aplicar el modo de solución de controversias previsto en el Tratado respectivo, o en subsidio las normas de conflicto o que el juez colombiano considere pertinentes para resolver la controversia”³⁵

ACLARACIÓN Y SALVAMENTO DE VOTO

El magistrado Humberto Sierra Porto realiza una aclaración y un salvamento de voto en los siguientes términos:

Reitera lo dicho en cuanto a que los derechos y las obligaciones de los inversionistas extranjeros están regulados, bien por la ley, o bien por un tratado internacional, mas no por ambas de manera simultánea, dejando libertad a las conveniencias de las partes.

³⁵ Ibidem.

El magistrado salva su voto en el sentido de que a su juicio, una adecuada interpretación del artículo 7° de la ley 963 de 2005 evidencia que:

“...(ii) si las partes no pactan la cláusula compromisoria su controversia será sometida a jueces y leyes colombianas; y (iii) el inversionista extranjero que haya celebrado un contrato de estabilidad jurídica con el Estado colombiano, no habiendo pactado cláusula compromisoria, no puede después ampararse directamente en el texto de un tratado internacional de protección a la inversión extranjera. En otras palabras, si el inversionista extranjero celebra un contrato de estabilidad jurídica, su relación jurídica con el Estado colombiano se regula por la Ley 963 de 2005 y no por los tratados bilaterales de protección a los inversionistas foráneos”³⁶.

ACLARACION DE VOTO

En su pronunciamiento referente a la sentencia C-155 de 2007, el magistrado Cepeda Espinoza alude a la aplicación del principio de voluntariedad contenido en el artículo 116 de la Constitución Nacional, y en virtud del mismo reitera que a la luz de la norma acusada es facultativa la inclusión de la cláusula compromisoria en los contratos de estabilidad jurídica.

El Dr. Manuel Cepeda también expresa su apego a la aclaración de voto realizada por los magistrados Rodrigo Escobar Gil y Marco Gerardo Monroy Cabra, en lo relativo a la armonización de los artículos 7 y 11 de la ley 963 de 2009, pero difiere en considerar que el arbitraje referente a un contrato de estabilidad jurídica que contenga cláusula compromisoria, versa sobre las diferencias en torno a dicho contrato, es decir, tiene un objeto específico y diferente al arbitraje contemplado en los tratados internacionales ratificados por el Estado Colombiano.

Finalmente, el magistrado manifiesta que la norma acusada no excluye la aplicación de los tratados internacionales de protección de inversiones en el ámbito correspondiente definido en el propio tratado, el cual ha de interpretarse en armonía con las demás normas pertinentes.

Como colofón, se expresa en la aclaración de voto que la sentencia hace alusión a los tratados internacionales principalmente, pero no por ello es viable pretender que los inversionistas nacionales no puedan acogerse a los contratos de estabilidad jurídica y a la cláusula compromisoria de que trata el artículo 7° de la ley 963 de 2005.

³⁶ Ibidem.

OTRAS ACLARACIONES DE VOTO

Frente a la sentencia en estudio se presentaron otras aclaraciones de voto por parte de los magistrados Jaime Araujo Rentería y Jaime Córdoba Triviño, quienes se remiten a los pronunciamientos que realizaron frente a las sentencias proferidas por la Corte Constitucional en anteriores oportunidades con ocasión del tema en estudio. Por lo tanto, tales argumentos serán reseñados en este trabajo al abordar el resumen de las sentencias respectivas.

3.1.2. Sentencia C- 961 DE 2006

LA DEMANDA

En el libelo demandatorio, el demandante solicita se declare inexecutable el aparte del artículo 7° de la ley 963 según el cual en caso de pactarse una cláusula compromisoria en el contrato de estabilidad jurídica, *“se establecerá un tribunal de arbitramento nacional regido exclusivamente por leyes colombianas.”*

A juicio del demandante dicha disposición vulnera el principio de voluntariedad previsto en el artículo 116 de la Constitución Nacional, así como el “principio del debido acceso a la administración de justicia”, contemplado en el artículo 229 superior.

Afirma que la suscripción de un convenio arbitral debe ser resultado de una voluntad libre y espontánea de las partes, y que la norma mentada impone límites que riñen con la Carta Política porque fija condiciones que no corresponden al legislador sino a los contratantes, quienes tienen la función de habilitar los árbitros.

Además, el libelista considera que se rompe el principio de igualdad de oportunidades en relación con los inversionistas extranjeros, pues las partes deberían tener la posibilidad de discutir el contenido de la cláusula compromisoria. En este sentido, los privilegios que se dan al Estado Colombiano le impiden al inversionista extranjero tener un real acceso a la administración de justicia.

Igualmente, expresa el demandante que la norma vulnera la convención de Washington sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre estados y nacionales de otros estados, y también los acuerdos bilaterales de inversión en los que se pacta que la mayoría de los árbitros no podrán tener la nacionalidad del estado contratante y que resolverán los asuntos de conformidad con las normas acordadas por las partes.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La Corte manifiesta que es razonable y proporcional la medida legislativa según la cual el tribunal de arbitramento sea regido por leyes colombianas, pues si los contratos de estabilidad jurídica tienen por objeto la normatividad nacional, en el evento de presentarse controversias entre las partes sobre los elementos del derecho colombiano, no sería lógico tratar de resolverlos a partir de una normatividad distinta a la nacional. Además, someter el arbitramento a las leyes Colombianas se justifica en la medida en que el contrato de estabilidad jurídica se celebra y se ejecuta en el territorio Colombiano, ya que se trata de promover las inversiones nuevas y de ampliar las existentes en el territorio nacional.

Por otra parte, la Corte encuentra razonable que un tribunal de arbitramento regido por leyes colombianas sea, además, nacional, porque ello garantiza conformidad entre con la legislación y con el lugar de ejecución del contrato. Además, el legislador tiene facultades para reglamentar estas materias y por lo mismo, el control de constitucionalidad no es tan estricto, máxime si la norma está encaminada a cumplir el interés nacional y salvaguardar el patrimonio público que podría menoscabarse si se tuvieran que sufragar los costos de un tribunal internacional y a propósito de una ley que justamente pretende mejorar las condiciones económicas.

En lo referente al principio de voluntariedad mencionado por el demandante, la Corte afirma que:

“La elección que el legislador ha hecho a favor de las leyes colombianas y del carácter nacional del tribunal de arbitramento, aún cuando implican restricciones a la autonomía de la voluntad no constituyen alternativas ilegítimas ni cercenan el principio de voluntariedad que guía la convocación del Tribunal. El procedimiento legislativo que condujo a la expedición de la Ley 963 de 2005 así lo demuestra, pues en un principio se propuso, imperativamente, la inclusión de la cláusula compromisoria a fin de que cualquier conflicto que surgiera se sometiera al tribunal de arbitramento. Más adelante, sin embargo, “se estableció que la decisión de pactar una cláusula compromisoria fuera de común acuerdo entre las partes, y de esta manera se superó la eventual inconstitucionalidad de este artículo, por cuanto la Corte Constitucional ha declarado inconstitucionales cláusulas compromisorias de carácter obligatorio”. El legislador, pues, descartó la obligatoriedad del arbitramento y conservó el principio de voluntariedad que les permite a las partes del contrato de estabilidad jurídica decidir libremente si habilitan o no los árbitros, pero en caso de optar por la convocatoria del tribunal tendrán que someterse a la

*regulación legal, conforme a la cual el tribunal debe ser nacional y regirse por leyes colombianas.*³⁷

Finalmente, en la providencia se puede leer que con el aparte acusado de la norma no se vulnera el derecho de acceso a la administración de justicia porque las partes del contrato de estabilidad jurídica conservan la posibilidad de pactar o no la cláusula compromisoria, y si deciden no hacerlo, sus controversias serán de conocimiento de la justicia estatal, y específicamente, de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

DECISIÓN

Por las razones expuestas la Corte declara exequible por los cargos analizados la expresión “*En este caso se establecerá un tribunal de arbitramento nacional regido exclusivamente por leyes colombianas*”, que hace parte del artículo 7° de la Ley 963 de 2005.

ACLARACION DE VOTO

Los Magistrados Marco Gerardo Monroy Cabra y Rodrigo Escobar Gil presentaron aclaración a sus votos indicando que:

*“En cuanto la controversia se limite a la discusión de la normatividad jurídica que se considera determinante de la inversión el artículo 7° permite la cláusula compromisoria y si las partes en su autonomía la aceptan se debe establecer un tribunal nacional de arbitraje regido exclusivamente por la ley colombiana. Sin embargo, si la controversia versa sobre otros aspectos como la existencia o no de los requisitos esenciales del contrato de estabilidad jurídica, o terminación anticipada del contrato, en otras cuestiones derivadas de la inversión extranjera nueva o anterior a la Ley 963, es posible pactar arbitraje internacional en aplicación del artículo 11 que exige “respetar los tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano” dentro de los cuales están incluidos los tratados sobre inversión extranjera vinculantes para Colombia.*³⁸”

La razón que sustenta esta apreciación es que las controversias que pueden originarse con ocasión de los contratos de estabilidad jurídica no solo recaen sobre la normatividad que en los mismos se incluyó como determinante, sino que además se puede suscitar alrededor de otros aspectos como la existencia de los

³⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-961 de 2006. Mag. Ponente Rodrigo Escobar Gil

³⁸ Aclaración de voto a la sentencia C-961 de 2006

requisitos esenciales del contrato, el cumplimiento del mismo, o su terminación, a manera de ejemplo.

En el libelo también se puede leer que el sentido de la aclaración del voto se dirige a que se debe realizar una interpretación armónica entre los artículos 7 y 11 de la ley de estabilidad jurídica y partir de que su finalidad no solo es promover la inversión extranjera sino también incentivar la nacional, bien se trate de inversiones nuevas o de ampliaciones a las existentes.

ACLARACION DE VOTO

El magistrado Jaime Araujo Rentería también aclaró su voto frente a la sentencia C-961 de 2006 con fundamento en que, a juicio del magistrado, el artículo 7° de la ley de estabilidad jurídica con la finalidad de dirimir las controversias derivadas de los contratos de estabilidad jurídica y por tanto, no se refiere a los tratados, y se justifica que se trate de tribunales nacionales regidos por normas nacionales, sobre todo cuando se trata de una ley que ofrece tantos privilegios a los inversionistas extranjeros.

ACLARACION DE VOTO

El magistrado Manuel Cepeda Espinosa aclara su voto y expresa su aceptación por las razones que se pueden leer en el escrito de aclaración de los magistrados Rodrigo Escobar Gil y Marco Gerardo Monroy Cabra, específicamente en lo relacionado con la interpretación armónica de los artículos 7 y 11 de la ley 963 de 2005.

En cuanto a los procesos arbitrales manifiesta que el arbitraje que tiene lugar en virtud de una cláusula compromisoria presente en un contrato de estabilidad jurídica versa sobre las diferencias en torno a dicho contrato, en consecuencia, tiene un objeto específico y diferente al arbitraje contemplado en los tratados internacionales ratificados por el Estado Colombiano.

3.1.3. Sentencia C-320 DE 2006:

LA DEMANDA

El demandante solicita la declaratoria de inexecutable de algunos apartes de la ley de estabilidad jurídica, bajo el argumento que las mismas conducen a que a través de un contrato se limiten las competencias del Congreso para interpretar, reformar y derogar leyes, y se le conceden tales atribuciones al Comité de Estabilidad Jurídica, lo cual también ocurre en cierta medida con la potestad reglamentaria que recae en cabeza del Presidente de la República.

En criterio del demandante, las normas vulneran el principio de igualdad porque beneficia a personas poseedoras de grandes capitales durante un periodo determinado de tiempo, en contravía incluso de lo dispuesto en el artículo 95 Superior según el cual *“Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes”*.

Complementariamente afirma el demandante que las normas acusadas contrarían el artículo 3° Superior por desconocer que la soberanía reside exclusivamente en el pueblo y se ejerce a través del Congreso de la República, y que además, no puede ser limitada ni interrumpida por un contrato por el cual se conviertan las meras expectativas en derechos.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

En primer lugar, la Corte analiza el cargo de violación del principio de igualdad, para concluir que el mismo fue objeto detallado de análisis en la sentencia C-242 de 2006, por lo tanto decide acogerse a la parte resolutoria de dicha providencia. Manifiesta expresamente que: *“En efecto, para la Corte la diferenciación prevista en la ley para ciertos inversionistas se encuentra justificada constitucionalmente y no vulnera el derecho a la igualdad, en cuanto a las actividades económicas que cubre y los destinatarios de esas medidas de estabilidad jurídica”*³⁹.

En lo referente a la competencia del legislador para regular el régimen de inversión en Colombia sostiene el Alto Tribunal que en virtud de la intervención estatal el legislador cuenta con facultades de configuración normativa en la materia, máxime si se valora que el capital extranjero en Colombia tiene incidencia en diversos sectores de la economía, generando beneficios para los particulares y para las empresas nacionales. Según la providencia, la estabilidad

³⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 320 de 2006. Mag. Ponente Dr. Humberto Antonio Sierra Porto

jurídica no debe confundirse con la inmutabilidad del ordenamiento jurídico, sino a la permanencia provisional de la aplicación de un régimen jurídico en virtud de un contrato estatal cuyo objeto es mantener determinado marco normativo favorable en beneficio de los grandes inversionistas que asumen un mayor riesgo de pérdida. Según la Corte, la verdadera fuente de la estabilidad jurídica no se encuentra en la ley sino en el contrato que se suscribe entre el inversionista y el Estado, por lo que no se amparan meras expectativas sino los derechos contractuales.

Igualmente, manifiesta que la ley no faculta a los inversionistas a incumplir la Constitución o la ley, y por tanto, no desconoce los principios democráticos y de soberanía popular porque no se opone a que los representantes del pueblo manifiesten la voluntad del mismo en un momento histórico determinado mediante la expedición de leyes. En la sentencia se puede leer:

“En este orden de ideas, la Corte declarará exequible el artículo 1º de la Ley 963 de 2005, por el cargo analizado en esta sentencia, en el entendido de que los órganos del Estado conservan plenamente sus competencias normativas, incluso sobre las normas identificadas como determinantes de la inversión, sin perjuicio de las acciones judiciales a que tengan derecho los inversionistas.”⁴⁰

Finalmente, la providencia dispone que la ley acusada no conduce a que los contratos de estabilidad jurídica afecten las condiciones laborales de los trabajadores, por ello, las normas laborales que se expidan con posterioridad a la suscripción del contrato e impliquen un avance en la materia, deberán aplicarse de forma inmediata a las relaciones que los trabajadores tengan con inversionistas nacionales o extranjeros.

DECISIÓN

La Corte declaró exequible el artículo 1º de la Ley 963 de 2005, en el entendido que los órganos del Estado conservan sus competencias normativas, incluso sobre las normas identificadas como determinantes de la inversión, *“sin perjuicio de las acciones judiciales a que tengan derecho los inversionistas.”* Igualmente declaró exequible *“por el cargo global analizado”* (violación de la soberanía del Estado y de la facultad del Congreso de modificar las leyes), los apartes acusados de los artículos 2º, 3º, 4º y 6º de la Ley 963 de 2005, referentes al monto de la inversión, las normas objeto del contrato de estabilidad jurídica, el contenido de la solicitud de suscripción del contrato, la conformación del Comité competente para su estudio y la duración de los contratos.

⁴⁰ *Ibíd*em

SALVAMENTO DE VOTO

En esta oportunidad el Magistrado Alfredo Beltrán Sierra manifiesta su disconformidad con la decisión mayoritaria de la Corte con apoyo en los argumentos que habían sido esgrimidos en el salvamento de voto que en su momento presentó contra la sentencia C-.242 de 2006, y que para este nuevo evento se pueden sintetizar de la siguiente forma:

Las normas declaradas exequibles por esta sentencia, y en general, todo el cuerpo normativo contenido en la ley 963 de 2005 violan grave y palmariamente la Constitución Nacional, porque limita a futuro las facultades del legislador en virtud del un pacto por el cual el Congreso de la República se abstiene de ejercer la función legislativa, desconociendo con ello el principio de soberanía popular. Manifiesta el Dr. Beltrán Sierra que con leyes como la 963 de 2005 se da lugar a una petrificación normativa favorable únicamente a los intereses de los inversionistas privados, aun cuando los cambios legislativos favorezcan el interés general.

Considera el magistrado disidente que con los contratos de estabilidad jurídica se deja a un lado la primacía de la Constitución y se sustituye el deber de nacionales y extranjeros de acatar la norma de normas y las demás leyes que conforman el ordenamiento jurídico Colombiano, desconociendo con ello el texto del artículo 4° Superior.

Finalmente se puede leer en el escrito que contiene el salvamento de voto, que el artículo 3° de la parte resolutive de la sentencia C-320 de 2006 deja evidente la posibilidad de que los inversionistas privados queden legitimados para demandas y obtener las indemnizaciones correspondientes cuando el Congreso legisle lo que a ellos les resulte desfavorable.

ACLARACION DE VOTO

El magistrado Jaime Córdoba Triviño aclara su voto con relación a la sentencia C-320 de 2006 en el sentido de considerar que el artículo 2° de la ley 963 de 2005 es inconstitucional por violar el principio de igualdad en la libre competencia al consagrar un trato desigual a favor de un sector de la economía que corresponde a un grupo de grandes inversionistas, es decir, excluyendo renglones de inversión sin demostrar una razón suficiente que lo justifique. La exclusión de beneficios para algunos operadores del mercado que de antemano se encuentran en situación menos privilegiada constituye un indicio de inequidad de la norma.

En lo demás, el salvamento de voto reitera lo dicho por el Magistrado respecto de la sentencia C-242 de 2006, y a manera de colofón me permito citar el siguiente

aparte de su escrito, que resumen su posición jurídica frente a la ley de estabilidad jurídica en Colombia:

“En estos términos, la intervención unilateral que realiza el Estado a través de una norma que excluye de un trato privilegiado otras actividades igualmente productivas, sin que exista para ello un sustento racional o razonable, puede calificarse objetivamente como arbitraria, inaceptable, o no soportable frente al principio de igualdad que debe regir la libre competencia. La norma genera así una ventaja competitiva a favor de unos operadores específicos en el mercado, lo que a su vez introduce una grave e ilegítima distorsión al ejercicio de la libre competencia.”⁴¹

SALVAMENTO DE VOTO

El magistrado Jaime Araujo Rentería salva su voto en la sentencia C-320 de 2006, y además de reiterar las razones presentadas en el salvamento de voto contra la sentencia C-242 de 2006, expone las siguientes:

En primer lugar, considera que el Congreso no puede negociar la voluntad general, ni renunciar a su facultad legislativa por determinado tiempo y frente a ciertas materias.

En segundo lugar, la modificación legal adversa al inversionista no genera efectos frente a los contratos de estabilidad jurídica, contrario a lo que ocurriría con las modificaciones que le sean favorables.

En tercer lugar, el contrato de estabilidad jurídica no mantiene un equilibrio entre las partes, propio de los contratos sinalagmáticos, sino que todos los beneficios recaen en el inversionista, quien solo en el caso de incumplir sus obligaciones se vería expuesto a la terminación del mismo. Además, el inversionista conserva su derecho de reclamar la indemnización cuando acredite haber sufrido perjuicios, posibilidad con la que definitivamente no cuenta el Estado.

Finalmente, considera que con la ley de estabilidad jurídica se afectan los intereses del país, y por tratarse de acuerdos a largo plazo se afecta no solo la potestad legislativa respecto de ciertas materias, sino también la macroeconomía de los futuros gobiernos, pues se trata de un mandato al legislador del futuro, en cuanto dichos contratos no podrían afectarse ni siquiera por la Ley del Plan de Desarrollo.

⁴¹Aclaración de voto a la Sentencia C-320 de 2006, Mag. Jaime Córdoba Triviño

3.1.4. SENTENCIA C-242 DE 2006

LA DEMANDA

El demandante señala diversas normas de la ley 963 de 2005 que a su juicio vulnera el principio de igualdad contenido en el artículo 13 de la Constitución Nacional debido a las siguientes razones:

- La ley 963 de 2005 solo permite algunas personas pueden acudir a los contratos de estabilidad jurídica, lo cual dependerá de que ostenten la calidad de inversionista y del capital que posean. Además, dichos contratos están reservados a algunos sectores de la economía, y su duración es limitada con topos mínimos y máximos fijados por la ley. Es decir, la ley delimita no solo los destinatarios del contrato sino también las condiciones del mismo, lo cual, al parecer del demandante carece de toda justificación.
- La norma acusada no se adapta al ordenamiento constitucional ni siquiera aplicando el test de igualdad. No existe igualdad ante la ley si la misma norma determina
- La norma acusada no se adapta al postulado de la libre competencia económica, la cual se concibe como la esencia misma del desarrollo económico, pues no se entiende como un grupo de personas con poder económico puedan beneficiarse de una inmovilidad jurídica, frente a otras que pueden ser sus propios competidores y que posiblemente no cuentan con el capital suficiente para beneficiarse de la ley de estabilidad jurídica. Por tanto, el demandante considera que la norma no se adapta al criterio según el cual la igualdad es relacional y no absoluta, pues frente a un mismo grupo de destinatarios de la ley se introduce una discriminación injustificada e irracional.
- La ley vulnera el principio de igualdad, pues por un lado pretende incentivar la inversión, y por el otro exige una prima y restringe la posibilidad de pactar estabilidad en algunas materias tributarias y financieras.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

En aras de resolver el problema jurídico planteado por el demandante, la sala pasa a realizar un test de igualdad frente a las disposiciones que se acusan de violatorias de este principio.

En primer lugar, la Corte analiza la legitimidad de las medidas adoptadas, y concluye lo siguiente: La normatividad acusada es legítima porque persigue fines específicos como la estimulación de nuevas formas de inversión, la atención de las necesidades apremiantes de los inversionistas, y el equilibrio entre los intereses de estos y el interés general. Estos propósitos resultan no solo legítimos,

sino además, acordes con el derecho al trabajo, a la propiedad y a la libertad de empresa, los cuales conforman el tríptico económico.

Además, la Corte sustenta su argumento en el artículo 1° Superior, y afirma que es legítima la medida legislativa porque desarrolla el principio fundante del Estado Social de Derecho, cual es el de la prevalencia del interés general, que está imbricado con el fin que corresponde al Estado de promover la prosperidad general, tal como lo define el artículo 2° de la Norma Superior. También afirma la Corte que la norma acusada es legítima porque corresponde al Estado asumir la dirección general de la economía, según el artículo 334 del mismo cuerpo normativo, y por ello el Congreso puede determinar libremente quienes son los destinatarios de las normas, los cuales, en el caso sub examine, se concretan en un sector de la sociedad que dedica sus esfuerzos a obtener recursos financieros para invertirlos en las actividades permitidas por la ley y económicamente susceptibles de estímulo estatal, teniendo en cuenta que la selección de dichos destinatarios y de las áreas de inversión se realiza a partir de la necesidad de proteger ciertas actividades y de fomentar otras que permitan lograr el bienestar general y mejorar la calidad de vida de la población.

Finalmente, en lo que atañe a la legitimidad de la norma, la providencia explica que el término mínimo y máximo que la ley señala para los contratos de estabilidad jurídica obedece al fin de evitar la anarquía de los acuerdos que se celebren, permitiéndoles a las partes contar con la suficiente flexibilidad para determinar al periodo de tiempo por el cual regirá el contrato.

En cuanto a la proporcionalidad de la medida legislativa la Corte expresa que:

“el propósito de la ley es el de promover la inversión y que para ello el Estado se hace responsable frente a la sociedad y a los agentes económicos que intervienen en la ejecución de los planes de desarrollo, la Sala encuentra que la cuantía de 7.500 smlmv⁴² resulta proporcional al esfuerzo estatal y a la responsabilidad de los particulares, quienes en muchas ocasiones tendrán que asociarse para ser beneficiados con las cláusulas del contrato de estabilidad jurídica.”

y posteriormente se puede leer:

“Por lo tanto, diferenciar a los inversionistas atendiendo a una cuantía mínima de capital para ser cobijados con la ley que se examina, resulta proporcional y adecuado al fin que se persigue, más aún

⁴² Mediante el decreto No. 4686 del 21 de diciembre de 2005, el Gobierno Nacional fijó el salario mínimo legal mensual vigente para el año 2006 en la suma de cuatrocientos ocho mil pesos (\$ 408.000.00). Es decir, la suma mínima que podría aportar un inversionista que decidiera acogerse en este año a los beneficios de la ley 963 de 2005, sería de tres mil sesenta millones de pesos (\$ 3.060.000.000.00).

cuando el mismo hace parte de un proyecto macroeconómico, para el cual se requieren capitales e inversiones de una magnitud adecuada al desarrollo económico requerido por la comunidad y auspiciado por el Estado. El monto mínimo de la inversión (7.500 smlmv) y los sectores en los cuales ella se deberá llevar a cabo (art. 2º., ley 963 de 2005), atienden a los estudios efectuados por el Departamento Nacional de Planeación, entidad que en el año 2005 publicó el documento titulado: “VISIÓN COLOMBIA SEGUNDO CENTENARIO: 2019”.

DECISION

De esta manera, la Corte concluye que es procedente declarar la exequibilidad de las expresiones acusadas, únicamente respecto de los cargos formulados y analizados en relación con el derecho a la igualdad.

Así, la Corte declaró exequible la expresión “...el Estado garantiza a los inversionistas que los suscriban, que si durante su vigencia se modifica en forma adversa a estos alguna de las normas que haya sido identificada en los contratos como determinante de la inversión, los inversionistas tendrán derecho a que se les continúen aplicando dichas normas por el término de duración del contrato respectivo” del artículo 1º de la ley, así como el artículo segundo y el inciso segundo del artículo tercero.

SALVAMENTO DE VOTO

El magistrado Jaime Córdoba Triviño salvó su voto respecto de la sentencia C-242 de 2006, con los siguientes criterios:

- No se demuestra una razón suficiente que justifique el trato desigual que propone la norma a favor de los grandes inversionistas.
- La norma contiene un principio de inequidad al excluir de determinados beneficios a algunos operadores económicos que previamente se encuentran en una situación menos privilegiada que aquellos a quienes ampara el beneficio. La Corte no desvirtuó este principio de inequidad.
- La norma acusada atenta contra el principio de igualdad en la libre competencia económica, el cual es fundamento de un sistema económico equitativo, eficiente y productivo. Por tanto, el daño trasciende a un efecto normal de una medida de intervención económica hasta convertirse en un indicio de inequidad que debe ser desvirtuado mediante la identificación de un motivo suficiente para su expedición.

- La norma contiene un indicio de arbitrariedad no desvirtuado por la Corte en su fallo, y que también afecta el principio de igualdad, que debe tenerse como el límite a la intervención estatal que se requiere para la regulación de la economía. Si bien es cierto la providencia invoca el contenido del artículo 334 de la Carta, no se le hacen producir los efectos que le corresponde en materia de racionalización de la economía y distribución equitativa de oportunidades. La Corte no desvirtúa la mencionada arbitrariedad, y no se expone ningún criterio lógico que justifique la exclusión de actividades que son igualmente productivas.

SALVAMENTO DE VOTO

A la sentencia C-242 de 2006 el Magistrado Alfredo Beltrán Sierra presenta también su salvamento de voto en los siguientes términos:

Las normas declaradas exequibles en virtud de la referida sentencia implican en el futuro una limitación al ejercicio de la potestad legislativa, lo cual no puede admitirse a la luz de la Constitución Política. El contrato de estabilidad jurídica presente obligar al Estado, y específicamente al Congreso de la República, a abstenerse de ejercer la función pública de interpretar, reformar y derogar las leyes, misma que le corresponde en virtud del artículo 150 constitucional. En tal sentido, las normas declaradas exequibles omiten el principio de la soberanía nacional, la cual se entiende como inalienable e innegociable.

El Doctor Beltrán Sierra manifestó:

“Es evidente, que si una norma se incluyó entre aquéllas que puedan ser objeto de ese singular tipo contractual, el Estado queda obligado a no modificarla en forma adversa al contratista, lo que quiere decir que si lo hace incurrirá en responsabilidad por el incumplimiento del contrato. Es decir, se sustituye la soberanía popular por las cláusulas contractuales con inversionistas que, además, sólo admitirán que se legisle cuando las normas no le sean “adversas a éstos”. Toda otra legislación resultará ilegítima, aun cuando el Estado invocara para dictarla su condición de soberano, pues ésta habrá desaparecido”⁴³

En consecuencia, el salvamento del voto realizado por el magistrado en mención se dirige a expresar su disconformidad con la figura de los contratos de estabilidad jurídica, por considerar que los mismos afectan de manera grave a la soberanía del Estado y viola ostensiblemente a la Constitución y el principio de dignidad nacional.

⁴³ Salvamento de voto a la sentencia C-242de 2006,

SALVAMENTO DE VOTO

El Magistrado Jaime Araujo Rentería salvó también su voto por considerar que El legislador no puede renunciar a legislar durante un periodo de tiempo determinado ni respecto de materias específicas, ni siquiera con fundamento en las finalidades a las que alude la ley, pues permitirlo atenta contra la soberanía del Estado.

Afirma el magistrado que si bien se permitiera la estabilidad jurídica para los inversionistas, la misma debería referirse tanto a los aspectos favorables como a los que no lo son, tales como las cargas laborales, pues tal como está redactada la ley únicamente fija beneficios para los inversionistas que no arriesgan nada con sus proyectos.

En lo atinente al derecho a la igualdad manifiesta en su escrito que el Estado debe proteger a las personas que se encuentren en situación de debilidad manifiesta y adoptar medidas encaminadas a alcanzar la igualdad efectiva. Por tanto, las normas acusadas sobre estabilidad jurídica no cumplen con tal precepto por establecer beneficios en una sola vía, es decir, para ciertos inversionistas, sin considerar a trabajadores y otros sectores sociales.

Finalmente, se considera que las normas demandas privilegian una interpretación judicial como vinculante, y solo incluye declaraciones de inconstitucionalidad, dejando de lado las declaraciones de constitucionalidad condicionada.

3.2. ANÁLISIS TEMÁTICO DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Anteriormente se presentó un recuento de las sentencias de constitucionalidad que la Corte ha proferido en relación con el tema de la ley de estabilidad jurídica Colombiana. Sin embargo, con el propósito de ofrecer mayor claridad sobre el tema a continuación se expone brevemente los problemas jurídicos que se abordaron en dichos pronunciamientos y las respuestas que la Corte dio a cada uno de ellos, lo cual permitirá llegar a posteriores conclusiones acerca de los mismos.

Así, se precisa inicialmente que son cuatro los problemas jurídicos que ocupan la atención de la Corte en las ocasiones señaladas, los cuales a lo máximo se abordan en dos ocasiones, lo que impide hablar de la existencia de verdaderas líneas jurisprudenciales al respecto, teniendo en cuenta que existe un número mínimo de pronunciamientos frente a cada uno de ellos y que corresponden, además, a un periodo de tiempo bastante limitado.

Pese a lo anterior, y en aras de facilitar la comprensión del tema, se presenta a continuación la determinación de los cuatro problemas jurídicos a los que se ha aludido, y se ubica la decisión de la Corte en un extremo de solución jurídica,

incluyendo las aclaraciones y los salvamentos de votos respectivos, sin que se trate de la técnica propia de las líneas jurisprudenciales, para posteriormente presentar algunas conclusiones.

Cuadro 1: Graficación del problema jurídico No. 1

| <p>Respuesta 1:</p> <p style="text-align: center;">SI</p> | <p>Problema jurídico:</p> <p style="text-align: center;">¿El aparte contenido en el artículo 2° de la ley 963 de 2005, según el cual solo podrán suscribir contratos de estabilidad jurídica los inversionistas cuya inversión o ampliación supere los 7500 smmlv, desconoce el derecho a la igualdad contenido en la Constitución Nacional?</p> | <p>Respuesta 2:</p> <p style="text-align: center;">NO</p> |
|---|---|--|
| <ul style="list-style-type: none"> • Salvamento de voto a la sentencia C-320 de 2006. Magistrados: Jaime Córdoba Triviño, Alfredo Beltrán Sierra y Jaime Araujo Rentería • Salvamento de voto a la sentencia C-242 de 2006. Magistrados Jaime Córdoba Triviño, Alfredo Beltrán Sierra y Jaime Araujo Rentería | | <ul style="list-style-type: none"> ❖ Sent. C-320 de 2006. MP. Humberto Sierra Porto ❖ Sent. 242 de 2006. MP. Clara Inés Vargas Hernández |

Cuadro 2: Graficación del problema jurídico No. 2

| | | |
|---|--|---|
| <p>Respuesta 1:</p> <p style="text-align: center;">SI</p> | <p>Problema jurídico:</p> <p>¿El artículo 7° de la ley 963 de 2005, en el cual se exige que el Tribunal de Arbitramento se rija por las leyes nacionales en caso de haberse pactado cláusula compromisoria en el contrato de estabilidad jurídica, desconoce el principio de voluntariedad del arbitramento y el derecho de acceso a la justicia?</p> | <p>Respuesta 2:</p> <p style="text-align: center;">NO</p> |
| <ul style="list-style-type: none"> • Salvamento de voto a la sent. C-155 de 2007. Magistrado Humberto Sierra Porto | | <ul style="list-style-type: none"> ❖ Sent. C-155 de 2007 MP. Álvaro Tafur Galvis • Aclaración de voto de la sentencia C-155 de 2007. Magistrados Marc Gerardo Monroy Cabra, Rodrigo Escobar Gil, Manuel Cepeda Espinosa, Jaime Araujo Rentería y Jaime Córdoba Triviño ❖ Sent. C- 961 de 2006. MP. Rodrigo Escobar Gil • Aclaración de voto a la sentencia C-961 de 2006. |

| | | |
|--|--|---|
| | | Magistrados Marco Gerardo Cabra, Escobar Araujo Manuel Espinosa, Monroy Rodrigo Gil, Jaime Rentería, Cepeda |
|--|--|---|

Cuadro 3: Graficación del problema jurídico No. 3

| Respuesta 1: | Problema jurídico: | Respuesta 2: |
|---|---|--|
| SI | ¿La figura de los contratos de estabilidad jurídica, regulados por la ley 963 de 2005, desconoce las facultades del Congreso en materia de configuración legislativa y con ello el principio de soberanía popular? | NO |
| <ul style="list-style-type: none"> • Salvamento de voto a la sentencia C-320 de 2006. Magistrados Alfredo Beltrán Sierra y Jaime Araujo Rentería. • Salvamento de voto a la sentencia C-242 de 2006. Magistrados Alfredo Beltrán Sierra y Jaime Araujo Rentería | | <ul style="list-style-type: none"> ❖ Sent. C-320 de 2005. MP. Humberto Sierra Porto • Aclaración de voto a la sentencia C-320 de 2006. Magistrado Jaime Córdoba Triviño, |

Cuadro 4: Graficación del problema jurídico No. 4

| Respuesta 1: SI | Problema jurídico: ¿El artículo 7° de la ley 963 de 2005 debe ser declarada inexecutable por desconocer los tratados internacionales ratificados por Colombia en materia de arbitraje en el sector económico? | Respuesta 2: NO |
|---|---|---|
| <ul style="list-style-type: none"> • Salvamento de voto a la sent. C-155 de 2007. Magistrado Humberto Sierra Porto | | <ul style="list-style-type: none"> ❖ Sent. C- 155 de 2007. MP. Álvaro Tafur Galvis • Aclaración de voto de la sentencia C-155 de 2007. Magistrados Marc Gerardo Monroy Cabra, Rodrigo Escobar Gil, Manuel Cepeda Espinosa, Jaime Araujo Rentería y Jaime Córdoba Triviño ❖ Sent. C-961 de 2006. MP. Rodrigo Escobar Gil • Aclaración de voto a la sentencia C-961 de 2006. Magistrados Marco Gerardo Monroy Cabra, Rodrigo Escobar Gil, Jaime Araujo Rentería, Manuel Cepeda Espinosa |

Finalmente, a partir de la información presentada en este capítulo, se extraen algunas conclusiones personales relacionadas con la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de estabilidad jurídica, las cuales se pueden resumir así:

La jurisprudencia de la Corte Constitucional que se forma como resultado de la revisión que este tribunal hace respecto de los contratos de estabilidad jurídica y la constitucionalidad de la ley que los regula, se caracteriza por reiterar la legitimidad y conveniencia de la norma, tanto desde su concepción como de su racionalidad jurídica, e igualmente, defiende la pertinencia económica de esta figura jurídica, considerando los fines para los que fue creada. Es decir, las decisiones adoptadas por la Corte Constitucional en torno a la ley de estabilidad jurídica guardan uniformidad y mantienen como elemento común estar precedidas de la ponderación de los fines perseguidos con la norma y de la potestad legislativa para implementar este tipo de medidas que hacen parte de las políticas de intervención económica.

Pese a ello, también se puede observar que existen acentuadas discrepancias entre los miembros de la Corte, pues en todas las sentencias se presentan aclaraciones y salvamentos de voto que dejan de manifiesto la disconformidad con las decisiones adoptadas y las razones de dichas decisiones. A juicio de los magistrados disidentes, la Corte realizó en las sentencias C-242 y C-320 de 2006, una interpretación y un examen restringido de la norma, y en todo caso, se limitó a verificar la idoneidad del instrumento de intervención económica, sin entrar en una evaluación exhaustiva sobre la proporcionalidad de la medida y el ámbito de violación de derechos como la libertad de competencia, la libertad de empresa y la iniciativa privada. Igualmente, frente a las sentencias C-961 de 2005 y C-155 de 2007, se presentan salvamentos de voto que llegan hasta el punto de considerar que la figura del contrato de estabilidad jurídica es *per se* inconstitucional, independientemente de las condiciones que se fijen para el mismo, pues limita con las facultades del legislador y con ello desconoce la soberanía popular.

Como se puede notar, si bien es cierto las decisiones de la Corte son uniformes, no ocurre lo propio con la posición jurídica que cada uno de sus integrantes defienden, lo que deja ver la complejidad del tema y las diferentes posiciones que pueden surgir alrededor del mismo, sobre todo si se valora que resulta de gran importancia para la vida económica del país.

Por las razones anteriores, se considera pertinente que el estudio de dicha normatividad se realice a la luz de los derechos de raigambre constitucional que por su naturaleza económica podrían verse directamente afectados por la norma en cuestión. De esta manera, se dará paso en el siguiente capítulo a desarrollar este propósito.

4. CRÍTICAS Y PERSPECTIVAS SOBRE EL TEMA DE LA ESTABILIDAD JURÍDICA

Luego de haber realizado un estudio detallado del derecho a la libre competencia económica, la ley de estabilidad jurídica y la jurisprudencia que la Corte Constitucional ha emitido alrededor de estos temas, es preciso realizar algunas anotaciones personales sobre la correspondencia que existe entre estas tres nociones jurídicas.

Ahora bien, por tratarse de una temática estrechamente ligada a la intervención económica, y considerando que la ley de estabilidad jurídica está dirigida a lograr, a través del incremento de las inversiones en Colombia, un desarrollo económico sostenible, es necesario que exista armonía entre la misma y la Carta Política, y específicamente, con las disposiciones constitucionales que integran nuestra Constitución Económica, pues los propósitos de la ley, su aplicación y sus resultados, mal podrán separarse de dichos preceptos.

Este es el motivo por el que el análisis constitucional de la normatividad en cuestión no debería limitarse a la comparación de ésta con el derecho a la igualdad, sino que trascendiendo a los derechos fundamentales, está llamado a realizarse bajo la óptica del derecho a la libre competencia económica, en el entendido de que las normas expedidas por el legislador deben concordar no solo con los derechos de primera generación sino con todo el cuerpo Constitucional que se entiende como norma de normas.

Por las anteriores razones, el presente capítulo se destinará a evaluar la ley de estabilidad jurídica desde el derecho de la libre competencia económica, entendida como criterio rector de la economía nacional y a su vez, como derecho constitucional. Para tal propósito serán de gran utilidad las nociones doctrinales, legales y jurisprudenciales que se presentaron acerca de la ley de estabilidad jurídica y la competencia económica, por lo tanto, lo que se presenta a continuación es la armonización teórica y conceptual de estos temas, a fin de realizar algunas críticas y propuestas de carácter académico.

4.1. ANÁLISIS DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DE ESTABILIDAD JURIDICA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA LIBRE COMPETENCIA ECONOMICA

Como se pudo observar en el capítulo anterior, la jurisprudencia de la Corte Constitucional es reiterada en relación con el tema de la no afectación del derecho a la igualdad en virtud del artículo 2º de la ley 963 de 2005 que establece que podrán suscribir contratos de estabilidad jurídica aquellos inversionistas cuyas

inversiones sean iguales o superiores a la suma equivalente a 7500 smmlv. En otras palabras, no se puede desconocer que en sus fallos la Corte hace un gran esfuerzo argumentativo en torno a este problema jurídico, sin embargo, en un criterio personal, las razones que motivaron las decisiones del alto Tribunal pueden ser replanteadas desde otras perspectivas jurídicas.

En este sentido, si bien a primera vista el problema planteado gira alrededor del derecho a la igualdad porque la norma introduce una diferencia de trato para los inversionistas en virtud del monto de sus inversiones, es necesario ir más allá y sobrepasar los límites de los derechos fundamentales para entrar en el terreno del derecho colectivo a la libre competencia, el cual, si bien es cierto, contiene entre sus componentes conceptuales la igualdad, no se agota en este criterio. En consecuencia, se realizarán algunas anotaciones sobre el derecho a la igualdad en relación con la ley de estabilidad jurídica para dar paso más adelante al análisis del artículo 2º de la ley 963 de 2005 a partir del derecho a la libre competencia económica.

Sin lugar a dudas el derecho a la igualdad goza de una especial protección en un Estado Social de Derecho, y se constituye incluso como uno de sus pilares, porque corresponde a la teología misma de este modelo de Estado, y además, porque es una garantía que nace en la potestad soberana en cabeza del pueblo. De esta manera, el postulado de la igualdad deja de ser solamente un derecho para convertirse en un principio llamado a irradiar todas las actuaciones del Estado y de los particulares, incluidas las actuaciones desplegadas en ejercicio de la función legislativa.

Esta igualdad, elevada a rango constitucional, no solo puede estar consagrada formalmente y entenderse como igualdad ante la ley, sino que debe garantizarse de forma real, material y efectiva; en otras palabras, no resulta suficiente en el Estado Social de Derecho la consagración normativa de este principio sino que el mismo debe materializarse a través de diferentes situaciones fácticas en las que se desarrolle su núcleo esencial.

En virtud de lo anterior, el reconocimiento constitucional del derecho a la igualdad lleva intrínseca la necesidad de introducir en el ordenamiento jurídico mandatos de promoción, intervención, prohibición u obediencia, tal como lo ha señalado la Corte Constitucional en la sentencia T-591 de 1992, en la que al referirse a los elementos de este principio precisó:

“Este principio está consagrado como derecho fundamental en el artículo 13 de nuestra Constitución y contiene seis elementos, a saber: 1) Un principio general: todas las personas nacen libres e iguales ante la ley y recibirán la misma protección y trato ante las autoridades; 2) Prohibición de discriminaciones: este elemento pretende que no se otorguen privilegios, se niegue el acceso a un

*beneficio o se restrinja el ejercicio de un derecho a un determinado individuo o grupo de personas de manera arbitraria o injustificada, por razón de su sexo, raza, origen nacional o familiar, sus opiniones o convicciones expresadas en ejercicio de las libertades protegidas constitucionalmente como la libertad de expresión, de cultos o de conciencia; 3) El deber del Estado de promover condiciones para lograr la igualdad real y efectiva; 4) La posibilidad de conceder ventajas a grupos disminuidos o marginados; 5) Una especial protección a favor de aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, y 6) La sanción de abusos y maltratos que se cometen contra personas en debilidad manifiesta.*⁴⁴

A partir de esta anotación jurisprudencial en la que la Corte define los componentes del derecho a la igualdad es posible analizar detalladamente el artículo 2º de la ley de estabilidad jurídica. Así, en primer lugar, se observa que la norma en cuestión transgrede la obligación de conceder un trato igualitario a las personas que aspiran a desarrollar un proyecto de inversión, pues limita tal posibilidad a favor de los grandes inversionistas que cuentan con un significativo capital. En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, es evidente que la ley 963 de 2005 concede un privilegio a un determinado grupo de personas, en perjuicio de quienes no cuentan con los recursos económicos suficientes para hacer parte de él. De esta manera, el Estado no cumple con su deber constitucional de lograr condiciones de igualdad real y efectiva, aun cuando es conocedor de la situación económica de la gran mayoría de las personas que habitan en el territorio Colombiano, incluso de las empresas que han iniciado sus actividades comerciales sin que les haya sido posible prosperar debido a diferentes factores y especialmente a los de tipo monetario. Incluso, no solo se observa un trato privilegiado a favor de los grandes inversionistas sino que además, el legislador no adopta ninguna medida encaminada a llegar a un equilibrio a través de beneficios o prerrogativas a favor de los grupos menos privilegiados en razón de su actividad económica.

Ahora bien, es pertinente aclarar que bajo ningún criterio se podría pretender que en virtud del derecho a la igualdad se garanticen condiciones iguales para todos los asociados, pues ello desconocería las elementales y necesarias diferencias que existen entre unos y otros. La misma Corte Constitucional se ha pronunciado acerca de la necesidad de un trato diferenciado en circunstancias específicas en que las condiciones individuales de cada persona así lo exijan, aclarando que se trata de una situación compleja que debe ceñirse a algunos criterios de interpretación jurídica contenidos en el test de igualdad. En palabras de la Corte se puede leer:

⁴⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-591 de 1992. Mag. Ponente Dr. Jaime Sanin Greffensten

“La determinación sobre una eventual vulneración del principio de igualdad por un trato normativo diferenciado entre situaciones fácticas y/o jurídicas idénticas es un asunto complejo, que requiere de la aplicación de unos específicos criterios hermenéuticos contenidos en el denominado test de igualdad.

Con base en él, el trato diferenciado para que se pueda considerar constitucionalmente legítimo, debe reunir las siguientes condiciones: i.) supuestos de hecho diversos, ii.) finalidad en la diferencia de trato, iii.) legitimidad o validez constitucional en la finalidad propuesta, iv.) que los supuestos de hecho diversos, la finalidad perseguida y el trato desigual otorgado guarden una coherencia o eficacia interna, es decir una racionalidad entre ellos y v.) que el trato desigual sea proporcionado (evidencie una relación de adecuación) con los supuestos de hecho diversos y la finalidad pretendida.”⁴⁵

Siguiendo los lineamientos trazados por la Corte Constitucional en la sentencia citada se puede concluir que el trato desigual que introduce el artículo 2º la ley 963 de 2005 a los inversionistas en razón del monto de sus inversiones, cumple con algunos requisitos de los que ha señalado la jurisprudencia, pues así se desprende de la lectura de los fallos documentados en el capítulo anterior.

Sin embargo, lo cierto es que resulta debatible que el trato desigual aludido sea proporcionado a los supuestos de hecho diferentes que deben existir entre los inversionistas y a la finalidad pretendida con la norma. En otras palabras, si el propósito de la ley es la atracción y la permanencia de inversiones en el territorio Colombiano, como mecanismo para mejorar la situación económica general y propiciar un desarrollo económico sostenible, no puede desconocerse que las pequeñas y medianas empresas juegan también un papel importante en tal objetivo, pues proporcionalmente a su organización, capital y estructura generan nuevas posibilidades de empleo, coadyuvan a la circulación monetaria, contribuyen con tributos, y pueden ser focos a través de los cuales se atraigan otros beneficios como la innovación en tecnología y la apertura de los mercados.

De esta manera, los supuestos de hecho entre los inversionistas no son lo suficientemente diferentes como para crear un trato desigual atendiendo solo al valor de sus inversiones y desconociendo otros criterios en los que resultan similares. Esto es, los beneficios que puede reportar una gran empresa también pueden ser percibidos por parte de las pequeñas y medianas empresas guardando las proporciones. De aquí en adelante, aunque existe una finalidad en la diferencia de trato, y dicha finalidad pueda considerarse constitucionalmente legítima, la misma carece del primer requisito jurisprudencial anotado, y con ello

⁴⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-043 de 2002. Mag. Ponente Dr. Álvaro Tafur Galvis

pierde toda validez, esto es, no tiene como punto de partida supuestos de hecho realmente diferentes.

Sumado a lo anterior se tiene que si las condiciones entre los inversionistas no son lo suficientemente diferentes para generar un trato diferenciado legítimo, la medida no es proporcional pues desconoce absolutamente las condiciones similares y favorables que se mantienen entre estos. De esta manera, y por cuanto es innegable que la ley de estabilidad jurídica puede ser un instrumento adecuado a los fines perseguidos en cuanto propende por garantizar un ambiente de seguridad jurídica, podría pensarse en adoptar medidas que resulten verdaderamente proporcionadas al propósito de la norma y en las que sea igualmente proporcionada la afectación al núcleo esencial del derecho a la igualdad.

Por supuesto, y tal como se esbozó anteriormente, no sería jurídicamente viable pretender que la estabilidad jurídica sea una posibilidad a la que cualquier inversionista pueda acceder, pues no se puede olvidar que la finalidad de la función legislativa se concreta en la regulación de diferentes situaciones que cambian de conformidad con los tiempos, y que por ello, las normas deben cambiar según las necesidades específicas de la sociedad., lo cual se obstaculizaría en gran manera si cualquier inversionista pudiera suscribir contratos de estabilidad jurídica. Abrir tal posibilidad sería tanto como admitir que las nuevas normas aplicables en este campo están destinadas a no surtir efecto alguno, o que el legislador debe dejar de cumplir la función que le ha sido encomendada por el Constituyente.

No obstante, tampoco es jurídicamente aceptable asumir posiciones extremas que no logren armonizar los derechos reconocidos constitucionalmente y los fines del Estado, y en tal sentido, deberían adaptarse las medidas de intervención económica a la realidad social de nuestro país. Por esta razón es fundamental, tal como lo expresa la Corte Constitucional, que la medida adoptada por el legislador se someta al análisis de su razonabilidad, respecto del cual el máximo tribunal ha manifestado:

“La constatación de la mencionada razonabilidad de la medida diferenciadora tiene también su propia metodología valorativa, que permite verificar la existencia de un objetivo en el trato diferenciado, la validez constitucional del mismo y la proporcionalidad entre el trato y el fin perseguido. A su vez, esta proporcionalidad resulta de la adecuación de los medios escogidos para alcanzar el fin propuesto, de la necesidad de los mismos para la consecución de ese fin y de que “el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionales más importantes”. Esto último se explica aún más cuando la Corte puntualiza que “el principio de proporcionalidad busca que la medida no sólo tenga fundamento

*legal, sino que sea aplicada de tal manera que los intereses jurídicos de otras personas o grupos no se vean afectados, o que ello suceda en grado mínimo*⁴⁶

A partir de éste aparte jurisprudencial vale la pena analizar la razonabilidad de la medida diferenciadora que se adopta por medio de la ley 963 de 2005, y al respecto se puede decir:

En primer lugar, es notorio que existe un objetivo que se persigue con la norma mentada, cual es el de incrementar las inversiones en Colombia, mismo que a la luz de la Constitución resulta válido porque está dirigido a promover la prosperidad general.

En segundo lugar, en lo que atiende a la proporcionalidad de dicho objetivo con la medida de intervención adoptada, deberá decirse que es indispensable llevar a cabo el análisis desde las dos perspectivas que señala la jurisprudencia, es decir, a partir de un criterio de adecuación del medio para alcanzar el fin propuesto, por una parte, y por la otra, a partir de un criterio de la necesidad del medio para alcanzar el fin perseguido, siempre que con ello no se sacrifiquen principios constitucionales mas importantes.

En cuanto a la adecuación de la medida para alcanzar el fin propuesto puede afirmarse que ofrecer condiciones de seguridad a los inversionistas si promueve el incremento de las inversiones y garantiza un mayor desarrollo económico. Sin embargo, en cuanto a la necesidad de la medida para alcanzar el fin perseguido debe decirse que este podría cumplirse sin que el trato diferenciado sea excluyente en la proporción que lo es, e incluso, el propósito de incrementar las inversiones en el territorio Colombiano se cumpliría de manera mas eficaz si el climax de seguridad que ofrece la ley de estabilidad jurídica se extiende a inversiones que siendo significativas para el país no equivalen a la suma de 7500 smmlv. En esta medida, no es necesaria la restricción y el trato diferenciado en razón del monto de la inversión para alcanzar el fin propuesto, y con ello se puede concluir que la medida adoptada por el legislador no es proporcional ni razonable a la luz de los postulados constitucionales.

En conclusión, se observa que con el artículo 2^a de la ley 963 de 2005 se sacrifica el principio constitucional de la igualdad, pese a que sin lugar a dudas, este derecho fundamental debe permear todo el ordenamiento jurídico y todas las decisiones del Estado y solo puede verse afectado en razón de una necesidad indiscutible.

Por otra parte, en lo que respecta al derecho a la libre competencia económica debe decirse al tenor de lo reseñado en el primer capítulo de este trabajo, que este derecho contiene en si mismo el derecho a la igualdad, y por tanto, es

⁴⁶ Ibidem

necesario que en sede de control constitucional se evalúe si ha sido desconocido por el legislador. Nótese que en las sentencias citadas en el capítulo tercero de este trabajo no se hace un análisis exhaustivo alrededor de este derecho, aun cuando por la naturaleza de la ley en cuestión debe verificarse que su contenido no sea desconocido.

Por lo tanto, será menester recordar que el derecho a la libre competencia económica se define por esencia como la posibilidad de un conjunto de empresarios de participar en el mercado libremente, en un marco normativo de igualdad de condiciones, bajo el supuesto de que no existan barreras de entradas, o prácticas restrictivas que dificulten el ejercicio de una actividad económica lícita. Pese a ello, la diferenciación contenida en el artículo 2° de la ley 963 de 2005 no puede entenderse como un “marco normativo de igualdad de condiciones” y por el contrario, introduce un marco normativo de desigualdad innecesaria y que no logra justificarse ni aun en la argumentación de un fallo de constitucionalidad.

La libre competencia supone entonces dos dimensiones, la primera como derecho de los empresarios de gozar de un escenario de libertad para ejercer una actividad económica en la que puedan ofertar las condiciones y ventajas comerciales que estime oportunas en el mercado, y la segunda, como un sistema de libertades y limitaciones a la libertad individual de empresa en aras de mantener una economía social de mercado, constituyéndose como el principal derecho de los consumidores en el marco del modelo económico.

Solo a partir del respeto por estos criterios, y siempre que existan condiciones de libertad e igualdad, se determinan los precios gracias a la confluencia de la oferta y la demanda. En consecuencia, si se rompe dicha igualdad al introducir privilegios comparativos a un determinado grupo de personas, se podría generar una desviación en el poder del mercado, de forma tal que incida directamente en estos, hasta llegar incluso al paso de unos precios de competencia a unos precios de monopolio, que unido al interés de recuperar el valor de la inversión –prima anual- genera el escenario propicio para el enriquecimiento particular a costa de la reducción de beneficios económicos para el consumidor, afectando la economía en su conjunto.

En este sentido, se puede afirmar que el artículo 2ª de la ley de estabilidad jurídica crea un escenario en el que no es posible promover una competencia real, libre y no falseada, pues pone a determinados sujetos del mercado en una situación ventajosa que afecta el normal funcionamiento del mismo, es decir, que acaba con los preceptos de la economía de libre mercado.

De esta manera, se observa que aun cuando la ley de estabilidad jurídica se desenvuelve en el ámbito económico, desconoce los preceptos constitucionales relativos al régimen económico Colombiano. En otras palabras, la limitación contenida en el artículo 2° de la ley 963 de 2005 se opone abiertamente a la

libertad de competencia, porque establece condiciones más beneficiosas para unos pocos inversionistas y origina beneficios comparativos que le garantizan alcanzar una mejor posición en el mercado y obtener los mejores resultados a menores costos. Por el contrario, es el pequeño empresario quien se ve enfrentado a asumir las inestables condiciones jurídicas del país y con ello, a participar en el mercado en una situación de inferioridad que difícilmente podría superarse si se mantiene su situación.

No puede entonces considerarse que la ley de estabilidad jurídica se ajuste al criterio de la libre competencia económica, pues es evidente que lejos de eliminar las barreras de hecho y de derecho que existen para los inversionistas al acceder al mercado, crea una nueva barrera y genera una situación de discriminación para el más desfavorecido. Contrario a lo constitucionalmente esperable, la ley no crea un trato privilegiado para quien se encuentra en situación de inferioridad, sino a favor de quien cuenta con las mejores condiciones para obtener un provecho del mercado en el que participa. Es decir, la normatividad en cuestión no alcanza el esperado equilibrio entre los intereses particulares y el interés común, desconociendo con ello que este es el propósito de todas las medidas legislativas que introduzcan una limitación al ejercicio del derecho de la libre competencia económica.

De esta manera, se llega a concluir que el mismo legislador ha dificultado el ejercicio de una actividad económica lícita a quienes más necesitan de apoyos y medidas de intervención económica para optimizar sus resultados. Con esto, la aspiración de obtener un lucro individual mengua, y en general, se acaban con las garantías que el mercado y el Estado deben ofrecer a los consumidores. Esto es la gestión legislativa que debería cristalizarse en medidas que impidan la obstrucción o restricción de este derecho, no se ha cumplido bajo estos parámetros sino desconociendo la verdadera esencia de este derecho.

Por otra parte, y tal como se advirtió desde el primer capítulo de este trabajo, la consagración del derecho a la libre competencia económica obedece al modelo económico adoptado por el constituyente en 1991, y fija los parámetros a los que deben ceñirse las actuaciones de los particulares y del Estado. No obstante, el trato desigual injustificado que contiene el artículo 2º de la ley 963 de 2005 se aparta de dicho modelo que se caracteriza por ser participativo y democrático, y por respaldar la iniciativa privada y la actividad económica en relación con el bien común, el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

Es decir, el artículo 2º de la ley 963 de 2005 no se adapta a los deberes de los poderes públicos, y específicamente al deber del legislador, el cual se concreta en promoverla producción y la competencia económica, y adoptar los mecanismos necesarios para la distribución equitativa de posibilidades. Además, desconoce que, tal como se anotó en el primer capítulo, la primera misión institucional de los

poderes públicos se concreta en mantener y propiciar la existencia de mercados libres.

Igualmente, la discriminación de la ley 963 de 2005 a favor de los grandes inversionistas, desconoce la obligación del Estado de garantizar la igualdad en las relaciones económicas, y de propender por un orden económico justo, por tanto, la medida diferenciadora, pretendiendo promover la prosperidad general, desecha propósitos de mayor envergadura como la justicia y la igualdad, es decir, el fin perseguido sacrifica disposiciones constitucionales que le son superiores, ya que sin éstas no hay lugar a considerarse como una sociedad próspera. En términos de la jurisprudencia de la Corte se puede decir entonces que el trato desigual de la ley de estabilidad jurídica sacrifica valores y principios constitucionalmente más importantes y con mayor peso que el principio que se pretende satisfacer, por tanto, es una medida que no se ajusta a los criterios de razonabilidad ni de proporcionalidad.

Nótese incluso que la norma ni siquiera establece cual es la finalidad a la que se destinará la prima que el inversionista debe pagar de forma anual, aun cuando resultaría lógico que si uno de los propósitos de la ley es mejorar la calidad de vida y el bienestar general el dinero recaudado por concepto de las contraprestaciones se afecte con una destinación específica dirigida por ejemplo, a soportar programas de estímulo empresarial, protección al trabajo, inversión social u otras necesidades de la colectividad.

Por otra parte, la ley 963 multicitada tampoco impone al inversionista obligaciones directamente relacionadas con el fin perseguido, es decir, con la promoción de la prosperidad general. Ni siquiera se incluyen entre las condiciones que el proyecto de inversión genere un número mínimo de empleos directos o indirectos, y tampoco lo conmina a implementar políticas de distribución de las utilidades como compensación al uso de sus privilegios. En consecuencia, el resultado esperable de la ley es un crecimiento económico debido al incremento de las inversiones, pero esto no implica de ninguna manera que aumente la calidad de vida de los asociados como una consecuencia directa, ni tampoco el bienestar general de la población, por cuanto el crecimiento económico por sí solo no genera bienestar.

Es evidente entonces que la Corte en sus fallos se limitó a realizar un escrutinio leve al aplicar el test de igualdad, es decir, su argumentación se dirige únicamente a demostrar la idoneidad de la medida, la cual, como se ha demostrado a lo largo de este trabajo, no se pone en tela de juicio ni se pretende desvirtuar. Por supuesto, dicha interpretación del máximo órgano constitucional es aplicable a las normas de contenido económico, pero no puede hacerse de forma dogmática cuando las medidas de intervención sacrifiquen, limiten o disminuyan un derecho de naturaleza fundamental como lo es el de la igualdad, pues en tal evento, podría pensarse que emerge una presunción de inconstitucionalidad de la norma que crea un privilegio, y por tanto, debe desvirtuarse dicha presunción a partir de un

análisis estricto y amplio en relación con la legitimidad de la medida, tanto por su proporcionalidad como por su necesidad.

No sobra reiterar que aun cuando el juicio que se propone está encaminado a valerse de criterios materiales y superar la formalidad de la idoneidad de la medida diferenciadora, no se desconoce que no existen derechos absolutos, y que ni la igualdad ni el derecho a la libre competencia se escapan de este postulado. Por ende, estos derechos también pueden ser objeto de regulación siempre que esta suponga su mínima afectación o reduzca de la menor manera su satisfacción.

En tales casos será indispensable entonces que el control constitucional, entendido como la *“Oposición dialéctica jurídico-política que se hace de una norma, hecho u omisión frente a la Constitución con el objeto de verificar su conformidad y compatibilidad con los postulados superiores”*⁴⁷, sea estricto y cumpla materialmente los propósitos para los que ha sido diseñado, teniendo en cuenta no solo argumentos de estricta sujeción jurídica sino también de conveniencia política, es decir, realizando una verdadera confrontación entre derecho y poder. No puede ser de otra manera si se entiende que los ámbitos de dicho control abarcan diferentes esferas entre las que se encuentra el tema económico, razón por la cual, las políticas y medidas de esta naturaleza, cuando son materializadas en el ordenamiento a través de normas en sentido amplio, son susceptibles de control y producto de ello pueden ser modificadas, morigeradas, alteradas y hasta eliminadas, bajo el entendido que constituyen un instrumento de intervención de los derechos de los ciudadanos.

Por lo tanto, la propuesta referente al control de constitucionalidad que debe recaer sobre las normas de estabilidad jurídica no pretende que los magistrados de la Corte, desconocedores en gran medida de la disciplina económica, adopten decisiones populistas, sino mas bien que exista una interdisciplinaria en sus fallos, y éstos se fundamenten no solo en un principio de autoridad cuyo punto de partida es la supremacía constitucional, sino que se adapten a las conveniencias políticas y sociales, apoyados en la colaboración de expertos en materia económica.

Por último, no sobra decir que no se puede dudar de la necesidad de impulsar a los inversionistas nacionales y extranjeros para que implementen sus proyectos productivos en nuestro país, lo cual será cada vez mas necesario en esta economía globalizada, sin embargo, es posible que los estímulos se concreten en medidas como el tratamiento preferencial tributario, la eliminación de aranceles, el trato en condiciones homogéneas para inversionistas foráneos, la concesión de beneficios, entre otros, siempre que tales medidas superen los juicios de proporcionalidad y razonabilidad, y desarrollen los postulados de este Estado social y democrático de derecho.

⁴⁷ OLMOS QUINTERO, Gregorio. Sistemas de control constitucional. Madrid: s.n., 2004. p.60.

Específicamente, en cuanto a la estabilidad jurídica que requiere todo inversionista, debe decirse que el papel del Estado Colombiano debe dirigirse a buscar mecanismos que permitan generar credibilidad y confianza pública, teniendo en cuenta que la estabilidad jurídica no se obtiene con la expedición de una ley, sino que corresponde al principio de igualdad ante la ley y la protección general, comprendiendo que es el resultado de una fusión entre el sistema normativo nacional y las conductas sociales.

5. CONCLUSIONES

La libre competencia es uno de los resultados del modelo de producción capitalista que inició en el transcurso del siglo XVIII y se caracterizó por acoger los criterios del liberalismo político y económico. Así, la Constitución de 1991, consagra en su artículo 333 la libre competencia como uno de principio rector del régimen económico. Además, la Carta Política determina que es un derecho colectivo y así mismo, un derecho individual, y goza de especial protección. Por lo tanto, las medidas de intervención adoptadas por el legislador en materia económica no pueden desconocer su contenido y alcance so pena de ser inconstitucionales.

Existe acuerdo entre la Corte Constitucional, como órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, y el Consejo de Estado en su condición de órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en que el derecho de la libre competencia económica requiere como condición indispensable, la existencia de un marco jurídico de igualdad que le permita a los actores del mercado participar en el mismo para entregar sus esfuerzos, factores empresariales y de producción en su conquista, considerando que no deben existir barreras ni condiciones que dificulten el ejercicio de una actividad económica lícita. En consecuencia, si no existe dicho marco normativo de igualdad se vulnera este derecho y se desconoce que el mismo le es propio al modelo económico vigente, es decir, que la violación del derecho no se derivaría de la actividad de un empresario que incurre en las conductas prohibidas por la ley, sino de la acción u omisión del propio legislador.

Al igual que los demás derechos consagrados en la Constitución Política, la libre competencia económica no se puede considerar como un derecho absoluto, por tanto, el legislador puede introducir limitaciones en aras de alcanzar los fines del Estado, y alcanzar de esta manera un equilibrio entre el interés privado y el bien común. Por tanto, los límites a la libre competencia económica, para ser constitucionalmente legítimos deben dirigirse a racionalizar la economía, mejorar la calidad de vida de los habitantes, distribuir equitativamente las oportunidades y los beneficios del desarrollo, promover la productividad y competitividad y orientar la política económica hacia el desarrollo armónico de las regiones.

El Estado Colombiano, como mecanismo para mejorar la calidad de vida de los habitantes y promover la productividad y competitividad, ha considerado necesario incentivar al inversionista nacional y extranjero para que implementen sus proyectos económicos en este territorio. Sin embargo, es de común conocimiento que en Colombia existen diversos factores de orden económico, político, social y jurídico que detienen a los empresarios a invertir en Colombia. Es en este contexto que el legislador promulgó la ley 963 de 2005, cuyo propósito es atraer las

inversiones garantizando a los inversionistas una estabilidad normativa a través de la figura del contrato de estabilidad jurídica, es decir, asegurando que en caso de que las normas que motivaron su inversión cambien de forma que le perjudiquen, las mismas no le serán aplicables durante un término de tiempo previamente pactado y que puede oscilar entre 3 y 20 años.

La ley 963 de 2005, por la cual se establece el régimen de estabilidad jurídica es un instrumento de intervención económica que introduce un trato diferenciado entre los empresarios en razón del monto de sus inversiones, pues únicamente les permite suscribir contratos de estabilidad jurídica a aquellos cuyas inversiones superen el valor correspondiente a 7500 smmlv. Ahora bien, esta medida legislativa debe ser analizada en juicio de constitucionalidad por cuanto sacrifica algunos derechos constitucionales, es decir, resulta fundamental realizar un control constitucional que verifique su correspondencia con la Carta Política.

El contrato de estabilidad jurídica se suscribe entre el inversionista y el Estado Colombiano, específicamente, el Ministro del Ramo al que pertenezca la inversión. Su objeto se concreta en garantizarle al empresario la estabilidad en la aplicación de las normas que le motivaron a invertir, y su duración puede oscilar entre 3 y 20 años. Este contrato debe cumplir con algunos requisitos esenciales descritos por la ley, y posteriormente se suscribe por las partes en el término máximo de 10 días hábiles siguientes a su aprobación por parte del Comité de Estabilidad Jurídica. La ley inhabilita para suscribir este tipo de contratos a aquellas personas que hayan sido sancionadas por conductas de corrupción, y así mismo introduce causales especiales de terminación.

La Corte Constitucional en su función de ser guardadora de la Carta Política ha proferido cuatro fallos de constitucionalidad en relación con la ley de estabilidad jurídica, mismos en los que se destacan cuatro problemas jurídicos diferentes cuya *ratios decidendi* se puede resumir de la siguiente manera:

- a) los tratados internacionales suscritos por Colombia en materia económica y de integración comercial no son parámetros de constitucionalidad de las leyes pues tal condición únicamente ha sido prevista en la Constitución para los tratados y convenios internacionales que reconocen derechos humanos y prohíben su limitación en estados de excepción y para aquéllos que definen los límites territoriales del Estado, al tenor de lo dispuesto en los artículos 93 y 101 Constitucionales, por esta razón no hay desconocimiento de los mandatos constitucionales que ordenan la integración internacional del Estado, ni violación de los tratados internacionales suscritos por Colombia;
- b) Dado que el contrato de estabilidad jurídica recae sobre normas nacionales, la sujeción a la ley colombiana y a un tribunal de arbitramento nacional no excede la capacidad de configuración normativa del legislador en esta

materia, la cual es amplia en asuntos de tipo económico, más aún si guarda relación directa con la contratación del Estado. En la medida que el legislador no hizo obligatorio el arbitramento, respetó el principio de voluntariedad y la autonomía de la voluntad de las partes, quienes podrán decidir libremente si someten sus controversias a la justicia arbitral;

- c) En virtud de la intervención estatal el legislador cuenta con facultades de configuración normativa en la materia, máxime si se valora que el capital extranjero en Colombia tiene incidencia en diversos sectores de la economía, generando beneficios para los particulares y para las empresas nacionales. Según la providencia, la estabilidad jurídica no debe confundirse con la inmutabilidad del ordenamiento jurídico, sino a la permanencia provisional de la aplicación de un régimen jurídico en virtud de un contrato estatal cuyo objeto es mantener determinado marco normativo favorable en beneficio de los grandes inversionistas que asumen un mayor riesgo de pérdida; y,
- d) La normatividad acusada es legítima porque persigue fines específicos como la estimulación de nuevas formas de inversión, la atención de las necesidades apremiantes de los inversionistas, y el equilibrio entre los intereses de estos y el interés general. Estos propósitos resultan no solo legítimos, sino además, acordes con el derecho al trabajo, a la propiedad y a la libertad de empresa, los cuales conforman el tríptico económico.

En todos los pronunciamientos de la Corte Constitucional se presentan aclaraciones y salvamentos de voto, de lo cual se puede inferir que no hay acuerdo respecto a la constitucionalidad de la ley de estabilidad jurídica, y ello constituye un motivo para que sea procedente examinarla desde criterios diferentes. Algunos magistrados disidentes comparten su criterio en cuanto a que dicha norma desconoce el principio de igualdad, o la soberanía popular, e incluso, algunos de ellos llegan a considerar que no es ajustado a la Constitución Política este tipo de contratos.

El tema de la estabilidad jurídica en Colombia está estrechamente ligado a la intervención económica, y por tanto es necesario que exista armonía entre la misma y la Carta Política. Por ello, el análisis constitucional de la norma no debería limitarse a la comparación de ésta con el derecho a la igualdad, sino que trascendiendo a los derechos fundamentales, está llamado a realizarse bajo la óptica del derecho a la libre competencia económica, en el entendido de que las normas expedidas por el legislador deben concordar no solo con los derechos de primera generación sino con todo el cuerpo Constitucional.

El trato desigual que contiene la norma en relación con los inversionistas no es proporcionado en relación con los supuestos de hecho diferentes que deben existir y la finalidad pretendida con la norma. Es decir, si el propósito de la ley es la

atracción y la permanencia de inversiones en el territorio Colombiano, como mecanismo para mejorar la situación económica general y propiciar un desarrollo económico sostenible, no puede desconocerse que las pequeñas y medianas empresas juegan también un papel importante en tal objetivo, pues proporcionalmente a su organización, capital y estructura generan nuevas posibilidades de empleo, coadyuvan a la circulación monetaria, contribuyen con tributos, y pueden ser focos a través de los cuales se atraigan otros beneficios como la innovación en tecnología y la apertura de los mercados. Por tanto, aunque existe una finalidad en la diferencia de trato, y dicha finalidad puede considerarse constitucionalmente legítima, la misma carece del primer requisito de la proporcionalidad, y con ello pierde toda validez constitucional.

De ninguna manera se puede pretender que todo tipo de inversionista pueda acceder al beneficio de la seguridad jurídica, pues ello desconocería la finalidad de la función legislativa y las cambiantes situaciones sociales que ameritan los cambios normativos. De igual forma, tampoco es adecuado que la norma no logre armonizar los derechos reconocidos constitucionalmente y los fines del Estado, y en tal sentido, deberían adaptarse las medidas de intervención económica a la realidad social de nuestro país.

La diferenciación contenida en el artículo 2° de la ley 963 de 2005 vulnera el derecho de la libre competencia económica, pues no puede entenderse como un “marco normativo de igualdad de condiciones” y por el contrario, introduce un marco normativo de desigualdad innecesaria y que no logra justificarse ni aun en la argumentación de los fallos de constitucionalidad de la Corte. En este sentido, pese a que la ley de estabilidad jurídica es un instrumento de intervención económica, desconoce los preceptos constitucionales relativos al régimen económico Colombiano. En otras palabras, la limitación contenida en el artículo 2° de la ley 963 de 2005 se opone abiertamente a la libertad de competencia, porque establece condiciones más beneficiosas para unos pocos inversionistas y origina beneficios comparativos que le garantizan alcanzar una mejor posición en el mercado y obtener los mejores resultados a menores costos. Por el contrario, es el pequeño empresario quien se ve enfrentado a asumir las inestables condiciones jurídicas del país y con ello, a participar en el mercado en una situación de inferioridad que difícilmente podría superarse si se mantiene su situación.

Frente a esta problemática el deber del Estado es buscar mecanismos jurídicos que impulsen a los inversionistas a radicar sus empresas en Colombia y a ampliar las existentes, siempre que tales mecanismos no sacrifiquen principios constitucionales de forma innecesaria, y en consecuencia, superen los juicios de idoneidad, proporcionalidad y razonabilidad, y desarrollen los postulados de este Estado social y democrático de derecho.

6. RECOMENDACIONES

La ley de estabilidad jurídica es una medida legislativa de gran importancia en este sistema económico cada vez más globalizado, y ofrece grandes beneficios como brindar un clima de seguridad jurídica para los inversionistas nacionales y extranjeros, e incrementar con ello el desarrollo económico del país. Por esta razón, la norma que regula el tema, esto es, la ley 963 de 2005, debe corresponder a los postulados de la Constitución de 1991, y no solo a los derechos fundamentales sino también a los derechos colectivos y a los criterios aplicables en materia económica. En este sentido, es el legislador quien inicialmente deberá propender porque las las normas que expide se adecuen al ordenamiento constitucional.

Sin embargo, también es la Corte Constitucional la que asume una papel de gran trascendencia frente al tema, pues en su condición de guardana de la Constitución deberá siempre verificar la exequibilidad de las normas, no desde un criterio de mera formalidad, sino realizando análisis complejos en los que se armonicen los criterios políticos, jurídicos y económicos, cuando sea del caso. Solo así, se puede lograr que aquellas normas que se configuran como elementos de intervención estatal en el sector económico no sacrifiquen principios constitucionales cuya jerarquía sea mayor al propósito que se pretende cumplir.

Por tanto, la recomendación de este trabajo se concreta en que el análisis jurisprudencial de la ley de estabilidad jurídica Colombiana debe ir mas allá de la mera verificación de la idoneidad del instrumento, y partir del trato diferenciador que establece la norma para determinar si el mismo no sacrifica injustificadamente el derecho a la igualdad y a la libre competencia económica. En tal evento, corresponde al Estado buscar otras alternativas jurídicas a partir de las cuales se pueda satisfacer la necesidad imperiosa de aportar al desarrollo económico, y sobre todo, de generar confianza en todos los organismos que hacen parte del sistema jurídico nacional.

BIBLIOGRAFÍA

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA.

GALAN BARRERA, Diego Ricardo. Los contratos de estabilidad jurídica: un estímulo a la inversión extranjera en Colombia. En: Estudios gerenciales, Universidad ICESI, Vol. 22, No. 101, Octubre- Diciembre de 2006.

OLMOS QUINTERO, Gregorio. Sistemas de control constitucional. Madrid: s.n, 2004. 180 p.

VILLAVECES NIÑO, Juanita y ANZOLA GIL, Marcela. Análisis crítico de la ley 963 sobre estabilidad jurídica. En: Serie Documentos, No. 80, octubre de 2005. Bogotá.

Fuentes Jurisprudenciales:

CONSEJO DE ESTADO, Sección Primera, Sentencia de Junio 14 de 2001, Rad. 11001-03-24-000-2000-6421-01 (6421), Consejero Ponente Dr. Camilo Arciniegas Andrade

_____, Sala de Consulta, Sentencia de Abril 27 de 2006, Rad. 11001-03-06-000-2006-0027-00 (1728), Consejero Ponente Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce

_____, Sección Tercera, Sentencia de Febrero 21 de 2007, Rad. 76001-23-31-000-2005-00549-01 (AP), Consejero Ponente Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez

_____, Sección Tercera, Sentencia de Agosto 15 de 2007, Rad. 8800123-31-000-2005-00004-01 (AP), Consejero Ponente Dra. Ruth Stella Correa Palacio

_____, Sección Tercera, Sentencia de Mayo 21 de 2008, Rad. 76001-23-31-000-2005-01423-01 (AP), Consejero Ponente Dr. Ramiro Saavedra Becerra

_____, Sección Tercera, Sentencia de Agosto 13 de 2008, Rad. 25000-23-27-000-2004-00888-01 (AP), Consejero Ponente Dra. Ruth Stella Correa Palacio

_____, Sección Tercera, Sentencia de Octubre 01 de 2008, Rad. 2500-23-26-000-2004-01856-01 (AP). Consejero Ponente Dra. Ruth Stella Correa Palacio

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-240 de 1993, Mag. Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

_____, Sentencia C-265 de 1994. Mag. Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero.

_____, Sentencia T-291 de 1994. Mag. Ponente Dr. Eduardo Cifuentes

_____, Sentencia C-398 de 1995. M.P. José Gregorio Hernández

_____, Sentencia T-147 de 1996, Mag. Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

_____, Sentencia C-535 de 1997, Mag. Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

_____, Sentencia T-375 de 1997, Mag. Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

_____, Sentencia C-1262 de 2000, Mag. Ponente Carlos Gaviria Díaz

_____, Sentencia C-616 de 2001, Mag. Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil

_____, Sentencia C-815 de 2001, Mag. Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil

_____, Sentencia C-1125 DE 2008, Mag. Ponente Dr. Humberto Sierra Porto

Decreto 2950 de 2005

Decreto 133 de 2006

Decreto 1474 de 2008

Documento Conpes 3366 de 2005

Documento Conpes 3406 de 2005

Ley 963 de 2005