

Bogotá D.C., Septiembre 13 de 2019

Honorable Representante
JUAN CARLOS LOZADA VARGAS
PRESIDENTE
Comisión Primera Constitucional Permanente
Cámara De Representantes
Ciudad

REF: Ponencia para primer debate PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO NO. 122 DE 2019 CÁMARA “Por medio del cual se promueve la seguridad jurídica tributaria y se dictan otras disposiciones”.

Respetado doctor:

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 174 y 175 de la Ley 5ª de 1992 y en atención a la designación efectuada por la Mesa Directiva de la Comisión Primera de la Cámara de Representantes, nos permitimos presentar informe de ponencia para primer debate, PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO NO. 122 DE 2019 CÁMARA “Por medio del cual se promueve la seguridad jurídica tributaria y se dictan otras disposiciones”.

Cordialmente,

JULIO CESAR TRIANA QUINTERO
Representante a la Cámara
Departamento del Huila

ALEJANDRO ALBERTO VEGA PÉREZ
Representante a la Cámara
Departamento del Meta

JUANITA GOEBERTUS ESTRADA
Representante a la Cámara
Bogotá D.C

I) SOBRE EL PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO N° 122 DE 2019/C

Este proyecto de Acto Legislativo es de autoría de los congresistas: H.S. Santiago Valencia González , H.S. Fernando Nicolás Araújo Rumié , H.S. Paloma Valencia Laserna , H.S. Gabriel Jaime Velasco Ocampo H.R. Edward David Rodríguez Rodríguez , H.R. Oscar Leonardo Villamizar Meneses , H.R. Jennifer Kristin Arias Falla , H.R. Gabriel Jaime Vallejo Chujfi , H.R. Yenica Sugein Acosta Infante , H.R. César Augusto Lorduy Maldonado , H.R. Álvaro Hernán Prada Artunduaga , H.R. Edgar Alfonso Gómez Román , H.R. Juan Fernando Espinal Ramírez , H.R. Juan David Vélez Trujillo , H.R. Buenaventura León León , H.R. José Jaime Uscátegui Pastrana , H.R. Álvaro Henry Monedero Rivera , H.R. Enrique Cabrales Baquero , H.R. Edwin Gilberto Ballesteros Archila y otros.

El objetivo del proyecto de Acto Legislativo es adicionar dos incisos al artículo 333 de la Constitución Política con el fin de garantizar el principio de seguridad jurídica tributaria mediante la implementación de contratos de estabilidad jurídica que podrán ser firmados entre el ente privado y el Gobierno Nacional.

II) EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Para efectos de la organización de los argumentos que motivan la presente ponencia negativa, esta exposición de motivos se dividirá en tres partes: la primera, relacionada con la necesidad de la elevación a rango constitucional de la figura de los contratos de estabilidad jurídica , la segunda, acerca de la facultad legislativa del Congreso de la República y la tercera relacionada con los efectos de la seguridad jurídica en la actividad económica.

1. Sobre la Constitucionalización de los Contratos de Estabilidad Jurídica

El objeto del proyecto de acto legislativo es la constitucionalización de la figura de los Contratos de Estabilidad Jurídica, lo cual, en nuestro criterio, resulta innecesario por cuánto la posibilidad de suscribir este tipo de acuerdos ya ha sido consagrada mediante leyes de la república. En una primera oportunidad, mediante la Ley 963 de 2005, derogada por la Ley 1607 de 2012, y en nuevamente, mediante la Ley 1943 de 2018, más conocida como ley de financiamiento actualmente vigente, tal como se explica a continuación.

a. La Ley 963 de 2005

De conformidad con lo previsto en la Ley 963 de 2005, los contratos de estabilidad jurídica se crearon con el fin de promover la inversión nueva en Colombia mediante un mecanismo de “congelamiento” de un cierto número de normas acordado entre el Gobierno Nacional y el ente privado. En el artículo 1° de esta ley se establece que:

“...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.”

Este mecanismo de promoción a la inversión tiene el objetivo de “congelar” ciertas normas para que si en el futuro surgen cambios en la legislación en materia tributaria, que afecten de manera negativa a la persona privada, éstos puedan abstenerse a las condiciones iniciales en las que firmaron el contrato por cierto periodo de tiempo (3 a 20 años) con el fin de salvaguardar su inversión.

Esta ley establecía una estructura de comité para evaluar y aprobar el contrato de estabilidad jurídica que se otorgaría, creaba los requerimientos para poder acceder al contrato como el monto de inversión, la obligación de declarar las normas que serían “congeladas”, el ministerio con el que se firmaría el contrato, la duración del contrato, las inhabilidades para contratar, las limitaciones sobre normas del régimen de seguridad social, y las disposiciones sobre las que se reglamentaría la prima que se pagaría a favor de la nación.

b. Sobre la reforma tributaria del 2012 (Ley 1607 de 2012)

Si bien la Ley 963 de 2005 entró en vigencia el 8 de julio de 2005 bajo el mandato del entonces Presidente, Álvaro Uribe Vélez y el entonces Ministro de Hacienda y Crédito Público, Alberto Carrasquilla Barrera, fue derogada siete años después mediante el artículo 166 de la Ley 1607 de 2012 *“Por la cual se expiden normas en materia tributaria y se dictan otras disposiciones”* – Reforma Tributaria de 2012.

En la exposición de motivos del proyecto de ley con el cual se dio trámite a la Reforma Tributaria del 2012 (PL 166 de 2012 – Gaceta 666/2012), se hace énfasis a lo largo del documento sobre la importancia de generar una reforma que disminuyera los índices de desigualdad y el desempleo en Colombia, específicamente a través de la reorganización de la distribución de la carga tributaria, favoreciendo a la población de menores ingresos y facilitando la inclusión de la población más vulnerable a la economía formal; de igual manera, planteaba mejorar la competitividad de nuestras empresas, especialmente aquellas que utilizan intensivamente la mano de obra, para que continúen creando empleo. De esta forma, se planteaba que una sección de la ley estuviera dedicada al establecimiento de normas antievasión y antielusión.

“En relación con las normas antiabuso, esta propuesta de reforma incluye diversos mecanismos de control del abuso destinados a aumentar el recaudo y fortalecer la cultura de cumplimiento tributario. Para que el sistema tributario realmente tenga posibilidades efectivas de combatir las prácticas abusivas, requiere que las autoridades administrativas y judiciales puedan cuestionar la validez de

transacciones que no tienen propósitos de negocios distintos a la reducción de impuestos.”

En razón de la estructura de esta reforma se definía derogar mediante el artículo 95 (Gaceta 666/2012 – Proyecto Radicado) la ley 963 de 2005. Este artículo fue aprobado en los 4 debates del Congreso y pasó a ser el artículo 166 de la Ley 1607 de 2012:

“Artículo 166. Deróguese la Ley 963 del 8 de julio de 2005 por medio de la cual se instauró una ley de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia.

PARÁGRAFO 1o. *No obstante lo anterior, tanto las solicitudes que se encuentren radicadas ante el Ministerio de Comercio Industria y Turismo, así como los procedimientos administrativos que se encuentren en curso en el momento de entrada en vigencia de la presente ley, deberán ser tramitados de acuerdo con la Ley 963 de 2005, modificada por la Ley 1450 de 2011 y todos sus decretos reglamentarios vigentes, las cuales continuarán vigentes solo para regular los contratos vigentes y las solicitudes en trámite de aprobación a la fecha de entrada en vigencia de la presente hasta que se liquide el último de los contratos.*

PARÁGRAFO 2o. *Los contratos de estabilidad jurídica en ejecución a la fecha de la promulgación de la presente ley continuarán su curso en los precisos términos acordados en el contrato hasta su terminación.*

c. Ley de financiamiento (Ley 1943 de 2018)

Es de anotar que la Ley 1943 de 2018 “por la cual se expiden normas de financiamiento para el restablecimiento del equilibrio del presupuesto general y se dictan otras disposiciones” , ya trata el tema del régimen tributario en renta para las llamadas mega inversiones, las cuales tienen un tratamiento preferencial para inversiones nuevas y la estabilidad jurídica para quienes desarrollen determinados proyectos, prohijando estabilidad a estos beneficios en caso de que se modifiquen en el futuro de modo adverso al inversionista, la reforma incluye la posibilidad de suscribir mediante la DIAN contratos de estabilidad tributaria con el Gobierno Nacional. Al tenor señala: “Se establecen los contratos de estabilidad tributaria sobre los nuevos proyectos de Mega-Inversiones que sean desarrollados en el territorio nacional. Mediante estos contratos, el Estado garantiza que los beneficios tributarios y demás condiciones consagrados en el artículo 235-3 de este Estatuto aplicarán por el término de duración del contrato, si se modifica de forma adversa el artículo 235-3 y/u otra norma de carácter tributario nacional que tenga relación directa con este”.

Para mayor precisión se transcriben al tenor los dos artículos que garantizan estas inversiones mediante los beneficios referidos:

“Artículo 67. *Adiciónese el artículo 235-3 al Estatuto Tributario, el cual quedará así:*

Artículo 235-3. Mega-Inversiones. *A partir del 1° de enero de 2019, los contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios que generen al menos doscientos cincuenta (250) nuevos empleos directos y realicen nuevas inversiones dentro del territorio nacional*

con valor igual o superior a treinta millones (30.000.000) UVT en cualquier actividad industrial, comercial y/o de servicios, cumplirán las obligaciones tributarias sustantivas correspondientes al impuesto sobre la renta y complementarios, siguiendo los parámetros que se mencionan a continuación:

Las inversiones deben hacerse en propiedades, planta y equipo, que sean productivos o que tengan la potencialidad de serlo. Las inversiones se deben hacer en un período máximo de cinco (5) años gravables. Si transcurrido el plazo, el contribuyente no cumple con el requisito de la inversión, se reconocerá una renta líquida por recuperación de deducciones sobre las cantidades efectivamente invertidas en propiedades, planta y equipo, en la declaración de impuesto sobre la renta del quinto año. Los requisitos y formas de las inversiones de que trata este inciso serán reglamentadas por el Gobierno nacional.

1. La tarifa del impuesto sobre la renta y complementarios para los contribuyentes que realicen las nuevas inversiones, sean personas naturales o jurídicas, residentes o no residentes, será del 27%. Lo anterior sin perjuicio de las rentas provenientes de servicios hoteleros, las cuales estarán gravadas a la tarifa del 9%.

2. Los contribuyentes que realicen las nuevas inversiones, sean personas naturales o jurídicas, residentes o no residentes, podrán depreciar sus activos fijos en un período mínimo de dos (2) años, independientemente de la vida útil del activo.

3. Los contribuyentes que realicen las nuevas inversiones, sean personas naturales o jurídicas, residentes o no residentes, no estarán sujetos al sistema de renta presuntiva consagrado en los artículos 188 y siguientes del Estatuto Tributario.

4. En caso que las inversiones sean efectuadas a través de sociedades nacionales o establecimientos permanentes, las utilidades que estas distribuyan, no estarán sometidas al impuesto a los dividendos. Cuando los dividendos o participaciones correspondan a utilidades, que de haberse distribuido hubieren estado gravadas, conforme a las reglas de los artículos 48 y 49 del Estatuto Tributario, estarán sometidos a la tarifa del 27% sobre el valor pagado o abonado en cuenta. El impuesto será retenido en la fuente, sobre el valor bruto de los pagos o abonos en cuenta por concepto de dividendos o participaciones.

5. Los proyectos de Mega-Inversiones de que trata el presente artículo no estarán sujetas al impuesto al patrimonio consagrado en el artículo 292-2 del Estatuto Tributario o aquellos que se creen con posterioridad a la entrada en vigor de la presente ley.

Parágrafo 1°. El presente régimen aplicará para aquellas inversiones realizadas con anterioridad al 1 de enero de 2024, por un término de veinte (20) años contados a partir del periodo gravable en el cual el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo notifique el acto administrativo reconociendo el carácter de Mega-Inversión para el nuevo proyecto, de acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno nacional.

Parágrafo 2°. Los inversionistas que ejecuten proyectos relacionados con la evaluación y exploración de recursos naturales no renovables, tales como la exploración, desarrollo y construcción de minas, y yacimientos de petróleo, no podrán solicitar calificación al Régimen Tributario en Renta para MegaInversiones.

Artículo 68. Adiciónese el artículo 235-4 al Estatuto Tributario, el cual quedará así:

Artículo 235-4. Estabilidad tributaria para MegaInversiones. Se establecen los contratos de estabilidad tributaria sobre los nuevos proyectos de Mega-Inversiones que sean desarrollados en el territorio nacional. **Mediante** estos contratos, el Estado garantiza que los beneficios tributarios y demás condiciones consagrados en el artículo 235-3 de este Estatuto aplicarán por el término de duración del contrato, si se modifica de forma adversa el artículo 235-3 y/u otra norma de carácter tributario nacional que tenga relación directa con este.

Parágrafo 1°. Los contratos de estabilidad tributaria podrán ser suscritos por los contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios de que trata el artículo 235-3 de este Estatuto, con la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Parágrafo 2°. Los contratos de estabilidad tributar la deberán cumplir con la totalidad de los siguientes requisitos:

a) El inversionista realizará el proceso de calificación del proyecto como MegaInversión ante el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, de acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno nacional.

b) Una vez el inversionista haya sido notificado del acto administrativo del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, por medio del cual se reconoce el carácter de Mega-Inversión del nuevo proyecto, presentará una solicitud de contrato a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN). El Gobierno nacional reglamentará los documentos que se deben anexar a la solicitud.

c) En los contratos se establecerá que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) tendrá facultades de auditoría tributaria, y del avance y cumplimiento del proyecto de inversión.

d) En los contratos de estabilidad tributaria se deberá establecer el monto de la prima a que se refiere el parágrafo 3 del presente artículo, la forma de pago y demás características de la misma.

Parágrafo 3°. El inversionista que suscriba un contrato de estabilidad tributaria pagará a favor de la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público una prima equivalente al 0,75% del valor de la inversión que se realice en cada año durante el

periodo de cinco (5) años de que trata el artículo anterior de la presente ley, que en cualquier caso no puede ser inferior a treinta millones (30.000.000) UVT.

Parágrafo 4°. *Los contratos de estabilidad tributaria empezarán a regir desde su firma y permanecerán vigentes durante el término del beneficio consagrado en el artículo 235-3 de este Estatuto.*

Parágrafo 5°. *La no realización oportuna o retiro de la totalidad o parte de la inversión, el no pago oportuno de la totalidad o parte de la prima, el estar incurso en la causal del parágrafo 6° del presente artículo, o el incumplimiento de las obligaciones tributarias sustanciales o formales, dará lugar a la terminación anticipada del contrato.*

Parágrafo 6°. *No podrán suscribir ni ser beneficiarios de los contratos de estabilidad tributaria quienes hayan sido condenados mediante sentencia ejecutoriada o sancionados mediante acto administrativo en firme, en el territorio nacional o en el extranjero, en cualquier época, por conductas de corrupción que sean consideradas punibles por la legislación nacional.*

Parágrafo 7°. *Los contratos de estabilidad tributaria aplican solamente para los beneficios y condiciones tributarias señaladas en el artículo 235-3 de este Estatuto. Por lo tanto, los contratos no conceden estabilidad tributaria respecto de otros impuestos directos, impuestos indirectos, impuestos territoriales u otros impuestos, tasas y contribuciones, o elementos de impuestos, tasas y contribuciones que no hayan sido definidos expresamente en el artículo 235-3 de este Estatuto.*

La estabilidad tributaria tampoco podrá recaer sobre las disposiciones de este artículo que sean declaradas inexequibles durante el término de duración de los contratos de estabilidad tributaria”.

En resumen, en la Ley de financiamiento ya se incluyó un **régimen tributario especial por 20 años contados a partir del período gravable en el cual el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo notifique el acto administrativo, reconociendo dichas mega inversiones**, el cual aplica para inversiones realizadas antes del primero de enero de 2024 en cualquier actividad industrial, comercial y/o de servicios; con unas condiciones para su acceso tales como la realización de nuevas inversiones dentro del territorio nacional con valor igual o superior a 30.000.000 de UVT (\$1.028.100.000.000 para 2019), la generación de 250 empleos directos y cuyas inversiones se realizarán en un período máximo de 5 años en propiedad, planta y equipo, que sean productivos o tengan la potencialidad para serlo; por su parte los beneficios son la exclusión del impuesto al patrimonio; la tarifa de renta del 27 % (las rentas provenientes de servicios hoteleros seguirán con una tarifa del 9 %), la exclusión de renta presuntiva, entre otros.

Respecto a la jurisprudencia constitucional es importante señalar que hay decisiones sobre las medidas para garantizar la estabilidad jurídica a los inversionistas extranjeros. Las

sentencias C-242 de 2006 y C-320 de 2006 declararon que los contenidos de la Ley 963 de 2005 eran constitucionales pues se fundamentaban en la libertad de configuración legislativa del Congreso en materia económica y buscaban mejorar el ambiente para la inversión internacional. No obstante, hay que precisar dos elementos que son determinantes al momento de analizar el razonamiento y la decisión de la Corte Constitucional al respecto. Primero, a diferencia del presente PAL, la Ley 963 de 2005 establece un piso para las inversiones beneficiarias de la medida de estabilidad; asimismo, los inversionistas debían suscribir una prima a favor de la Nación; y, las controversias producto de la inversión se debían resolver en la justicia doméstica. Estas condiciones, en alguna medida, permitían equilibrar el beneficio otorgado con la contraprestación recibida por la Nación y justificaban, a juicio de la Corte, un trato diferente; en segundo lugar, que en virtud de los cargos formulados, el asunto que estudió la Corte se refería a la presunta vulneración del principio de igualdad, mas no a los principios de la tributación contenidos en el artículo 363 de la Constitución.

De acuerdo con lo señalado en el texto del Proyecto de Acto Legislativo 122 de 2019, este *“propende por garantizar la seguridad jurídica tributaria y la estabilidad jurídica; Lo anterior como factores que juegan un papel importante y, son a su vez esenciales puesto que abren la ventana a un desarrollo económico mucho más dinámico”*. No obstante, dada la existencia y vigencia actual de las normas precitadas, se encuentra que ya tenemos esa seguridad jurídica tributaria y estabilidad jurídica en la Ley de Financiamiento, lo que coincide con el objetivo del proyecto de acto legislativo, en contar con *“ámbitos de confianza legales, que permita mucho más la inversión al país y que dicho capital intervenga activamente en sectores de la economía (finanzas, industria, comercio, hidrocarburos y servicios, entre otros), para obtener grandes beneficios”* para el crecimiento y expansión del país.

En consecuencia, teniendo en cuenta que han sido dos leyes las que ya se han ocupado de permitir la suscripción de los contratos de estabilidad jurídica, los ponentes consideramos innecesaria su constitucionalización, máxime si se considera que incluso la misma Constitución Política ha sido modificada en más de 40 oportunidades en apenas 28 años de existencia, lo que revela que la inestabilidad tributaria en Colombia obedece a un problema estructural y el Estado seguirá modificando las normas tributarias hasta solucionar esta situación.

Una reforma legal que prohíba elevar los tributos puede ser derogada por otra norma de la misma jerarquía. No es posible, ni deseable, llevar las normas tributarias a un rango constitucional. Aun si ello fuera posible, como ya se dijo, la misma Constitución puede ser modificada. Como lo afirma Dixit (2003), en la medida en que es posible cambiar las reglas después de fijadas, las soluciones institucionales a los problemas de compromiso creíble

están en sí mismas sujetas a problemas de compromiso creíble; credibilidad que no se gana con la mera constitucionalización de una figura jurídica sino con el verdadero compromiso en el largo plazo en la protección de las inversiones por parte de los gobiernos nacionales con independencia de su espectro ideológico o de las necesidades inmediatas de financiación que pueden, igualmente, motivar una modificación a la Carta Magna en el futuro, razones por las que presentamos ponencia negativa a esta iniciativa

d. Sobre la implementación de los CEJ en Colombia

De acuerdo a lo propuesto por Azuero et al 2016 en el artículo “*Contratos de estabilidad jurídica en Colombia: un análisis desde la economía de la información y la economía política*”¹, la implementación de los CEJ en Colombia es atribuible a varias posibles hipótesis entre las que se encuentran:

- Los CEJ como un contrato de seguro para los inversionistas: Ambas partes tienen la misma información e incertidumbre respecto de las normas tributarias y aduaneras que se encontrarán vigentes a largo plazo en el país. Esto posibilita la firma del contrato porque una de las partes tiene una aversión superior al riesgo que la otra.
- Los CEJ como una señal de compromiso al inversionista: En razón de que se presenta un problema de información asimétrica entre la voluntad y la capacidad que tiene el Gobierno de mantener el marco tributario y el escepticismo de los inversionistas.
- los CEJ como un problema de consistencia intertemporal: Se crean porque el gobierno busca maximizar los resultados de niveles de inversión en el corto plazo, ofreciendo una estabilidad jurídica mediante un contrato. Tanto el Gobierno como los empresarios saben que la estabilidad general no es realista.

A lo largo del documento se centran en exponer las razones por las que se buscó implementar este modelo en el país, sobre lo cual se concluye:

“De acuerdo a las discusiones presentadas, es posible concluir que los CEJ no pueden interpretarse ni como un contrato de seguro (transacción en condiciones de información simétrica entre dos agentes con aversión diferente al riesgo), ni como una señal del Gobierno sobre su compromiso con la estabilidad tributaria. Las explicaciones que ofrecemos, y que no necesariamente son incompatibles entre ellas, explican la existencia y creación de los CEJ entre el 2005 y el 2014, como expresión de un problema de consistencia intertemporal del Gobierno, o como la creación de un sistema de redistribución de ingresos y de generación de rentas, en el que resultaron beneficiados los empresarios firmantes.”

¹ Azuero, F., Guzmán, A., & Trujillo, M. (2017). Contratos de Estabilidad Jurídica en Colombia – CEJ: Un análisis desde la economía de la información y la economía política. *Innovar*, 27(63), 125-140. doi:<https://doi.org/10.15446/innovar.v26n63.60673>

Los CEJ como seguro se implicarían que tanto el gobierno como el inversionista no tienen forma de proyectar el comportamiento y la dinámica de los tributos y los gastos para vigencias futuras. Sobre lo cual, se conoce que tanto el gobierno como los inversionistas que podrían acceder a los contratos (inversionistas con un considerable músculo financiero) tienen equipos técnicos que conocen la dinámica y funcionamiento de los tributos lo suficiente como para lograr proyectar su comportamiento hasta cierto punto. Si se consideraran un seguro, tendrían que igualmente proyectarse basando el monto de protección con el beneficio esperado por el inversionista, sin embargo la ley 963 estableció que la prima se basaría en un porcentaje de la inversión hecha, mas no sobre las ganancias que éstas podrían generar, esto también podría prestarse para escenarios donde el inversionista subestime su inversión y pague una prima menor a la que le correspondería.

Si se tratara que los CEJ se entienden como un mensaje de compromiso por parte del gobierno a los inversionistas, se debe tener en cuenta que:

“Añádase a lo anterior que el propio Gobierno encontró una manera legal de eludir el cumplimiento de la estabilidad tributaria, aun frente a empresarios que hubieran firmado los contratos. La reforma del impuesto al patrimonio decretada por la Ley 1370 del 2009 tomó la forma de creación de un "nuevo impuesto", diferente al estabilizado en los contratos, que había sido establecido en la Ley 1111 del 2006. Quienes habían firmado estos contratos, según interpretación de la DIAN (2010), deberían pagar el nuevo impuesto, que era diferente al que se había estabilizado.”

Se evidencia que la inestabilidad tributaria en Colombia es un problema estructural, y el Estado deberá cambiar esas normas hasta solucionar esta situación. Si se le promete al inversionista que se mantendrán las condiciones de ciertas normas con el fin de asegurar su inversión con los CEJ, no se está en realidad garantizando la estabilidad mediante estos contratos, pues el inversionista estaría sujeto a la incertidumbre de la creación de nuevas normas que no queden contempladas bajo el contrato, en la constante búsqueda de estabilidad en el recaudo por parte del Estado.

Sobre la tercera hipótesis se habla de los CEJ como un mecanismo de obtener inversión sin recurrir al endeudamiento crediticio:

“Para el caso de los CEJ, la consistencia intertemporal emerge en el momento en que el Gobierno anticipa que el aumentar los tributos para financiar gastos adicionales disminuirá los niveles de inversión, pero al mismo tiempo sabe que no está en capacidad de reducir los tributos, ni de comprometerse a no subirlos, porque ello afectará su capacidad de acometer gastos que van a favorecer su período de gestión.”

La solución para la necesidad de recursos se puede abordar mediante el incremento de impuestos y financiar la diferencia con emisión de deuda adicional, de manera que ese

desequilibrio se afronte en vigencias futuras lejanas, pero esto solo aumentaría el costo de la deuda del Estado a largo plazo, la cual estaría sujeta a las variaciones en el mercado. La segunda solución puede estar en la forma de los CEJ, en los que se ofrecen a un número mínimo de inversionistas (no podría ser un número alto en razón a que se renunciaría a subir los tributos en general), de esta forma los inversionistas estarían dispuestos a invertir en el momento ya que esto garantizaría un seguro al incremento de impuestos en el futuro. Como consecuencia, se aumentan los recursos y el gobierno logra hacer más inversión.

“El costo del estímulo, como en el caso de la emisión de deuda, lo asumirán Gobiernos futuros, que no tendrán la posibilidad de aumentar impuestos a los empresarios firmantes. Lo asumirán también los empresarios no firmantes, en la medida en la que el Gobierno, para mantener su nivel de gastos, podrá subirles a estos los tributos en proporciones más altas, para compensar lo que no se va a recibir por parte de los firmantes. El valor del stock de capital de estos empresarios disminuirá, y esa disminución contrarresta en todo o en parte el incremento en la inversión que han realizado los empresarios firmantes.”

A la misma conclusión llegan Castaño y Galeano 2011² sobre la función de los CEJ:

“Con la sentencia C-320 de 2006 se cerró la discusión sobre la validez de los CEJ, sin embargo, la Corte Constitucional advirtió que el Estado conserva sus poderes regulatorios en todo momento a pesar de que haya una garantía de inmodificabilidad de sus leyes. Con dicha providencia, el alto tribunal, en aras de proteger el interés general, le resta confiabilidad a los CEJ y por tanto, se observa que el compromiso que contrae el gobierno en los CEJ es ante todo una política tendiente a promover la inversión antes que una verdadera restricción a la modificación de sus normas.”

“Una predicción es que el resultado de un cambio legislativo perjudicial al inversionista sobre una norma laboral estabilizada, terminaría en el pago de una indemnización en vez del congelamiento de la ley. Sin embargo, aun si el Estado efectivamente paga la indemnización, se cuestionaría sin lugar a dudas la confiabilidad de los CEJ, y el respeto del Estado colombiano por los compromisos adquiridos. Con ello, se demuestra nuevamente que para el Estado colombiano al igual que para el inversionista, hubiese sido mejor adoptar un mecanismo de equilibrio económico mediante el cual el inversionista desde antes de firmar el contrato tiene claro que el Estado es libre para hacer cambios normativos aplicables aun a las inversiones estabilizadas sin perjuicio de la indemnización o de las demás consecuencias que el mismo contrato previó.”

² Castaño, J. Galeano, P. (2011) Los contratos de estabilidad jurídica en Colombia: ¿Una verdadera herramienta para la protección de los intereses del inversionista extranjero y del estado colombiano? EAFIT Journal of International Law. Vol. 2, 01. | January - June 2011 Colombia. [\[en línea\]](#)

Como último caso se expone lo propuesto por Rojas 2017, en razón al uso de los CEJ y el principio de equidad horizontal³:

“Así las cosas, los CEJ vulneraron el principio tributario de equidad horizontal, porque contribuyentes iguales recibieron del Estado un tratamiento tributario desigual favoreciendo más a quienes firmaron CEJ frente a quienes no firmaron estos contratos. Entre otras razones, porque existió una barrera legal que restringió el beneficio (artículo 2 de la Ley 963 de 2005) solo a aquellas personas o empresas que realizaran inversiones nuevas por el equivalente a 7.500 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Es decir, se discriminó en contra de los pequeños inversionistas.

Si a lo anterior le adicionamos el hecho de que por su inconveniencia fiscal, los CEJ fueron abolidos por la Ley 1607 de 2012, tal cual se decidió en Perú, entonces, podemos concluir sin temor a equivocarnos que los CEJ fueron un mecanismo adicional para acceder a mayores beneficios tributarios, toda vez que su fundamento jurídico de estabilizar las reglas del juego tributario fue absolutamente contraproducente porque desestabilizó el régimen tributario al violentar la regla de oro de todo régimen tributario que consiste en que el Estado garantizará la equidad horizontal entre los contribuyentes.”

De estos análisis generados a partir de la implementación de la Ley 963 de 2005, podemos concluir que si bien los CEJ comprenden un mecanismo para atraer la inversión, no representan un verdadero seguro para los inversionistas ni una herramienta de incremento de la inversión a largo plazo para el estado colombiano.

2. Sobre la facultad de configuración legislativa del Congreso de la República

a. Sobre la sentencia C-320 de 2006

Consideramos que a la luz de la Sentencia de la referencia el Congreso pierde al amplio margen de configuración normativa en materia de regulación extranjera, la cual pasa a manos exclusivas del Gobierno Nacional al tenor del articulado propuesto en el Proyecto de Acto Legislativo; la sentencia precisa lo siguiente: *“En virtud de la intervención del Estado en la economía, el legislador dispone de un amplio margen de configuración normativa en materia de regulación de la inversión extranjera en Colombia. En efecto, el capital extranjero en nuestro país interviene activamente en vastos sectores de su economía (finanzas, industria, comercio, hidrocarburos y servicios, entre otros), lo cual, sin lugar a equívocos, trae grandes beneficios para el país y, particularmente, para las empresas nacionales, en cuanto colabora decididamente con su crecimiento, desarrollo y expansión. La amplia facultad de que dispone el legislador para regular la inversión extranjera o nacional en Colombia, bien sea*

³ Rojas, C. Barreto, N. (2017) Los contratos de estabilidad jurídica (CEJ) para los inversionistas en Colombia | un caso de debilidad jurídica y estatal. Tesis de Maestría en Derecho Económico. Pontificia Universidad Javeriana. [\[en línea\]](#)

mediante leyes o instrumentos internacionales, no puede (i) desconocer la Constitución, en especial, los derechos fundamentales, como tampoco los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, muy particularmente, aquellos referentes a los derechos de los trabajadores. De igual manera, le está vedado al legislador (ii) establecer mecanismos de protección a la inversión foránea que impliquen el reconocimiento y pago de indemnizaciones pecuniarias irrazonables, desproporcionadas, exorbitantes o infundadas, que atenten contra la salvaguarda del interés general; (iii) que despojen a los jueces nacionales de sus competencias constitucionales; y (iv) que impliquen una vulneración del principio de separación de poderes”.

Frente a la sentencia se sugiere que como Congreso no tenemos la facultad de proteger los derechos fundamentales, ni los tratados internacionales suscritos y ratificados por Colombia en especial los derechos de los trabajadores, ya que se le da, como se reitera esta potestad única y exclusivamente al Gobierno Nacional; no podemos tampoco establecer mecanismos de protección a la inversión foránea que impliquen el reconocimiento y pago de indemnizaciones pecuniarias irrazonables, desproporcionadas, exorbitantes o infundadas, que atenten contra la salvaguarda del interés general; de la misma manera mecanismos para proteger a los jueces nacionales para que no sean despojados de sus competencias constitucionales; y finalmente consideramos que habría en principio una vulneración al principio de separación de poderes.

Frente al artículo 13 de la norma superior, los contratos de estabilidad jurídica, no podría el legislador establecer los criterios para otorgarle un tratamiento diferente y más favorable a un determinado grupo de inversionistas y sopesarlo con la inversión de sus capitales en el país y el impulso del desarrollo económico y social del conjunto de la población, incluyendo, por supuesto, la más desfavorecida, tal y como lo advierte la Sentencia: *“La selección de sectores productivos concretos por el legislador en relación con los cuales se pueden celebrar contratos de estabilidad jurídica con quienes decidan realizar inversiones nuevas o ampliar las existentes, a condición de que el monto invertido sea igual o superior a 7.500 smlmv. En efecto, si bien el artículo 13 Superior establece el deber de propender por la realización de una igualdad material, en el sentido de adoptar medidas positivas a favor de los grupos discriminados y marginados, el cumplimiento de tal obligación de rango constitucional no se opone a que el legislador pueda otorgarle un tratamiento diferente, y más favorable, a un determinado grupo de inversionistas, quienes (i) asumen elevados riesgos físicos y económicos; (ii) deben suscribir una prima a favor de la Nación; (iii) aceptan someter sus controversias a la justicia colombiana; y (iv) sobre todo, con la inversión de sus capitales en el país están impulsando el desarrollo económico y social del conjunto de la población, incluyendo, por supuesto, la más desfavorecida”.*

Finalmente advertir que tampoco podría el Congreso de la República garantizar y proteger los derechos y las condiciones laborales de los trabajadores, toda vez, como se ha venido advirtiendo porque la Constitución autoriza al Gobierno Nacional a realizar tales contratos sin la mediación de la democracia representativa que configura el poder legislativo, ya que los contratos de seguridad jurídica “...para los inversionistas en Colombia, no puede conducir a la suscripción de contratos estatales que afecten las condiciones laborales de los trabajadores. De allí que las normas laborales que, con posterioridad a la suscripción del contrato de estabilidad jurídica, conlleven un avance en la materia a favor de los trabajadores, deberán aplicarse inmediatamente a las relaciones que éstos tengan con los inversionistas nacionales o extranjeros. En otras palabras, uno es el ámbito de aplicación de la ley y otro aquel de las obligaciones contractuales asumidas por el Estado”.

b. Los principios del sistema tributario

El artículo 363 de la Constitución establece que los principios por los que se debe regir el sistema tributario son la equidad, la eficiencia y la progresividad. En reiterada jurisprudencia la Corte Constitucional ha definido el contenido y alcance de dichos principios (entre otras, las sentencias C-643 de 2002 y C-664 de 2009). Al respecto, frente al principio de equidad ha señalado que “es la manifestación del derecho fundamental de igualdad en esa materia y por ello proscrib[e] formulaciones legales que establezcan tratamientos tributarios diferenciados injustificados tanto por desconocer el mandato de igual regulación legal cuando no hay razones para un tratamiento desigual, como por desconocer el mandato de regulación diferenciada cuando no hay razones para un tratamiento igual.” Por su parte, respecto al principio de progresividad ha afirmado que consiste en que “quienes tienen mayor patrimonio y perciben mayores ingresos aporten en mayor proporción al financiamiento de los gastos del Estado; es decir, se trata de que la carga tributaria sea mayor entre mayores sean los ingresos y el patrimonio del contribuyente.” Por último, respecto al principio de eficiencia ha precisado que “implica que debe existir una relación de equilibrio entre los costos que la administración debe asumir para el recaudo del tributo y las sumas recaudadas, es decir, se trata de generar el mayor recaudo al menor costo.”

La constitucionalización de la estabilidad jurídica para los inversionistas desconoce, principalmente, los principios de equidad y de progresividad. Por una parte, constitucionaliza un tratamiento diferenciado incondicionado y sin suficiente fundamento que permita justificar una reforma constitucional de tal envergadura, a pesar de la evidencia que muestra que la medida implementada “además de tener un costo fiscal importante, no parece verse compensado por mayor inversión y generación futura de ingresos” (pp. 66)⁴. Asimismo, parte de un presupuesto que no está suficientemente justificado y es que se incentiva la inversión;

⁴ Comisión de Expertos para la Equidad y la Competitividad Tributaria (2015). Informe Final Presentado al Ministro de Hacienda y Crédito Público.

no obstante, como lo señala el DNP (p. 156)⁵ “se concedió estabilidad a empresas que estaban dispuestas u obligadas, a adelantar las inversiones” en la medida en que “a los contribuyentes respectivos se les había adjudicado

previamente licitaciones públicas”. En vista de lo anterior, no existe un argumento suficiente que permita concluir que es posible otorgar un trato diferenciado, de manera genérica a cualquier inversión internacional, en desmedro del recaudo fiscal.

Por otra parte, respecto al principio de progresividad, si en gracia de discusión se asume que el objeto de la medida es incentivar las mega inversiones, resulta preocupante que no sean sujetos de tributación en casos de futuras reformas tributarias necesarias para la estabilidad financiera del Estado; es de la naturaleza de las actividades económicas de un Estado, y por esa vía, de su legislación fiscal, estar sujeta a procesos de cambio y adaptación “que dificultan no solo su conocimiento y comprensión sino, lo que es más importante, la previsibilidad del tributo” (p. 132)⁶. Así, en tanto no se precisan las condiciones en las que se concedería la estabilidad tributaria, sino que por el contrario se fija en una norma constitucional, no es posible determinar la temporalidad de la medida y las circunstancias en que se revocaría o se extinguiría, lo que desconoce la necesidad del Estado para ajustar sus mecanismos de recaudo y poder, por esa camino, materializar el principio de progresividad.

En suma, establecer una medida que crea una situación desigual entre los contribuyentes requeriría, cuanto menos, establecer unas condiciones fijas para su aplicación y no afectar el recaudo de manera injustificada. La medida propuesta en el PAL 122 de 2019 contrario a incentivar la inversión internacional conduce a desconocer los principios de equidad y progresividad del sistema tributario, además de no estar sustentado en evidencia contundente sobre su potencialidad para incentivar la inversión.

c. Sobre el principio democrático, la separación de poderes y el sistema de frenos y contrapesos

El legislador debe garantizar la realización de la igualdad material, la cual deja en manos del ejecutivo, para adoptar las medidas que considere necesarias sin que el Congreso de la República de Colombia pueda realizar acto alguno, pues la autorización que propone el articulado es taxativa y se le da esa facultad al ejecutivo, al tenor de la –Sentencia C 320 de 2006, lo podemos advertir de la siguiente manera:

“... al artículo 13 Superior establece el deber de propender por la realización de una igualdad material, en el sentido de adoptar medidas positivas a favor de los grupos

⁵ Departamento Nacional de Planeación (2012). Levantamiento de una línea de base y elaboración de una evaluación de operaciones de los instrumentos para incentivar la inversión en Colombia - Zonas Francas y Contratos de Estabilidad Jurídica. Econometría S.A

⁶ Insignares, R. "Los principios constitucionales del sistema tributario" En: Rodríguez, J. R. P. (Ed.). (2015). La obligación tributaria y sus fundamentos constitucionales. U. Externado de Colombia

discriminados y marginados, el cumplimiento de tal obligación de rango constitucional no se opone a que el legislador pueda otorgarle un tratamiento diferente, y más favorable, a un determinado grupo de inversionistas, quienes (i) asumen elevados riesgos físicos y económicos; (ii) deben suscribir una prima a favor de la Nación; (iii) aceptan someter sus controversias a la justicia colombiana; y (iv) sobre todo, con la inversión de sus capitales en el país están impulsando el desarrollo económico y social del conjunto de la población, incluyendo, por supuesto, la más desfavorecida”.

Como se ve, la Corte Constitucional reconoce la potestad del legislador para otorgarle o no un tratamiento diferente y más favorable a un grupo de inversionistas, el cual queda marginado de revisar los riesgos que puedan existir en dichos contratos, el valor de la prima a favor de la Nación, el tiempo de ejecución del mismo, la revisión y los estudios que puedan llegar a establecer los costos y los beneficios del mismo, los cuales, como se insiste quedan relevados del legislador, en virtud del mandato constitucional que promueve el Proyecto de Acto legislativo.

Podría estarse vulnerando el principio democrático, como se señaló precedentemente, toda vez que el Congreso de la República, “es expresión del principio democrático. Ellas están conformadas por los representantes del pueblo, libremente electos. Las comisiones son un medio para que estos representantes se interesen y atiendan asuntos de interés tanto para la vida nacional como para los electores. Así, los representantes parlamentarios se convierten en un medio a través del cual los ciudadanos pueden cuestionar e investigar “problemas nacionales”, situaciones que han incidido en la ciudadanía como un todo” (Sentencia 19458-17), al dejarlo por fuera de la discusión y debate de los contratos de estabilidad jurídica tributaria que se le deja totalmente al ejecutivo.

Reiterando que, al no poder abordar por parte del poder legislativo, tal y como si se hizo en la Ley 963 de 2005, los presupuestos fácticos y jurídicos de la celebración de los contratos referidos, resulta ser un contrasentido en un sistema democrático que debería permitir el debate, la polémica y la viva lucha entre las partes en contienda, en un proceso competitivo y opuesto cívicamente (Sentencia 6329-17), insistiendo en la vulneración al principio democrático.

Insistimos en que se hace necesario que el legislador esté presente en el debate de la autorización a los contratos de seguridad jurídica, toda vez que es menester en ejercicio de la democracia representativa proteger los derechos laborales, al tenor de la Sentencia 320 de 2006: “La Ley de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia, no puede conducir a la suscripción de contratos estatales que afecten las condiciones laborales de los trabajadores. De allí que las normas laborales que, con posterioridad a la suscripción del contrato de estabilidad jurídica, conlleven un avance en la materia a favor de los trabajadores, deberán aplicarse inmediatamente a las relaciones que éstos tengan con los inversionistas

nacionales o extranjeros. En otras palabras, uno es el ámbito de aplicación de la ley y otro aquel de las obligaciones contractuales asumidas por el Estado”.

En una sumaria revisión del Artículo 150 de la Constitución de Colombia encontramos que el constituyente del 91 le da al congreso la potestad de representar al pueblo soberano de Colombia, al tenor del Artículo 1 de la norma superior que al texto reza: “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, **democrática, participativa** y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”, (Subrayado fuera de texto) lo cual consideramos se vulnera cuando se le da autorización al Gobierno Nacional para realizar los contratos de estabilidad jurídica, sin que medie el equilibrio de poderes con el concurso del poder legislativo: el Proyecto de Acto Legislativo vulnera los principios constitucionales de soberanía popular y participación, y contraviene las facultades atribuidas por el constituyente al legislador. Tal y como lo advertimos en algunos de los apartes del artículo precitado sobre las funciones del legislador:

- “1. Interpretar, reformar y derogar las leyes.
2. Expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones.
3. Aprobar el plan nacional de desarrollo y de inversiones públicas que hayan de emprenderse o continuarse, con la determinación de los recursos y apropiaciones que se autoricen para su ejecución, y las medidas necesarias para impulsar el cumplimiento de los mismos.
- (...)
5. Conferir atribuciones especiales a las asambleas departamentales.
- (...)
8. Expedir las normas a las cuales debe sujetarse el Gobierno para el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia que le señala la Constitución.
9. Conceder autorizaciones al Gobierno para celebrar contratos, negociar empréstitos y enajenar bienes nacionales. El Gobierno rendirá periódicamente informes al Congreso sobre el ejercicio de estas autorizaciones.
- (...)
11. Establecer las rentas nacionales y fijar los gastos de la administración.
12. Establecer contribuciones fiscales y, excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley.
13. Determinar la moneda legal, la convertibilidad y el alcance de su poder liberatorio, y arreglar el sistema de pesas y medidas.
14. Aprobar o improbar los contratos o convenios que, por razones de evidente necesidad nacional, hubiere celebrado el Presidente de la República, con particulares, compañías o entidades públicas, sin autorización previa.
- (...)

16. *Aprobar o improbar los tratados que el Gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional. Por medio de dichos tratados podrá el Estado, sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, transferir parcialmente determinadas atribuciones a organismos internacionales, que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados.*

(...)

19. *Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos:*

a. Organizar el crédito público;

b. Regular el comercio exterior y señalar el régimen de cambio internacional, en concordancia con las funciones que la Constitución consagra para la Junta Directiva del Banco de la República;

c. Modificar, por razones de política comercial los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas;

d. Regular las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público;

e. Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y la Fuerza Pública;

f. Regular el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales. Estas funciones en lo pertinente a prestaciones sociales son indelegables en las Corporaciones públicas territoriales y éstas no podrán arrogárselas.

(...)

21. *Expedir las leyes de intervención económica, previstas en el artículo 334, las cuales deberán precisar sus fines y alcances y los límites a la libertad económica.”*
(Subrayados y negritas fuera de texto)

Es claro entonces que el constituyente primario mediante el artículo 150, le dio facultades al Congreso de la República, así, mediante el numeral 9 de dicha norma para “[c]onceder autorizaciones al Gobierno para celebrar contratos, negociar empréstitos y enajenar bienes nacionales. El Gobierno rendirá periódicamente informes al Congreso sobre el ejercicio de estas autorizaciones”; según el numeral 21 para “[E]xpedir las leyes de intervención económica, previstas en el artículo 334, las cuales deberán precisar sus fines y alcances y los límites a la libertad económica”, y, se acuerdo con el numeral 16, para “[A]probar o improbar los tratados que el Gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional. Por medio de dichos tratados podrá el Estado, sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, transferir parcialmente determinadas atribuciones a organismos internacionales, que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados”, de tal manera que, con respecto a normas de la misma

naturaleza y tipología, el Congreso carecería de competencia para representar los intereses nacionales del pueblo de Colombia.

En tal sentido la Sentencia 566 de 1995 de la Corte Constitucional advierte lo siguiente: “PRINCIPIO DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO/PRINCIPIO DEMOCRATICO Se torna visible la interdependencia que existe entre el principio del Estado social de derecho y el principio democrático. El primero supone la adopción de políticas sociales que normalmente sólo a través del segundo se establecen. Las demandas por bienes y servicios formuladas por las personas, los grupos, las asociaciones, los partidos y demás formas de acción y cohesión social, se hacen presentes, compiten y se tramitan a través de los distintos mecanismos, directos e indirectos, de participación democrática. La distribución del producto social es esencialmente un asunto político, máxime si entraña gasto público y supone el ejercicio de la potestad tributaria enderezado a arbitrar los recursos para realizarlo”. (Subrayado fuera de texto) de ahí que resulte inconveniente para el Estado Social de Derecho que la Constitución per se autorice al Gobierno Nacional a realizar tales contratos sin consultar, ni debatir, ni informar al Congreso sobre el particular perdiendo en tal sentido la participación democrática.

El principio democrático, tal y como lo venimos advertimos precedentemente, es el núcleo central de nuestra constitución, toda vez que en su preámbulo se manifiesta:

“En ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente”(Subrayado fuera de texto)

Por su parte, el artículo 1 establece:

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

A su turno, en el artículo 2 se señaló:

“Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los

afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo” (Subrayado fuera de texto).

Y, finalmente, en el artículo 3 de la Carta se dispuso:

“La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece”. (Subrayado fuera de texto).

Consideramos que, al dejar de lado al poder legislativo para autorizar y solicitar informes sobre este tipo de contratos, el proyecto de acto legislativo estaría dejando un principio estructurante de la constitución cual es el principio democrático, encontrándose muy probablemente un vicio derivado de la supresión de dicho principio que es transversal y estructural del ordenamiento superior.

Mediante la Sentencia C-170/12 las Corte Constitucional sostuvo:

*“**CONSTITUCION DE 1991**-Pilares fundamentales. La Corte ha venido depurando su jurisprudencia para señalar algunos de los pilares básicos o estructurales de la Constitución de 1991, entre los cuales se destacan: (i) el principio de Estado de Derecho y la prohibición de normas ad-hoc de contenido puramente plebiscitario; (ii) la forma de Estado Social de Derecho fundado en el respeto de la dignidad humana; (iii) **el principio democrático y de supremacía constitucional**; (iv) los principios de igualdad y mérito en el acceso a la carrera administrativa; (v) los principios de democracia participativa y de soberanía popular; (v) **la separación de poderes, el sistema de frenos y contrapesos y la regla de alternancia en el ejercicio del poder**. Como se observa, estos pilares pueden tener una dimensión sustantiva, cuando están ligados a la vigencia de principios inherentes al diseño acogido por la Carta Política de 1991, como el principio democrático, la supremacía constitucional y la separación de poderes; o bien tener una dimensión orgánica, cuando se asocian a instituciones catalogadas de vitales en ese mismo modelo (presidencia de la República con alternancia en el poder, bicameralismo como expresión de la soberanía popular)”. (negritas y subrayado fuera de texto).*

Cuando el Proyecto de Acto Legislativo deja por fuera de la configuración legislativa al Congreso de la República estaría violando el principio democrático y también la separación de poderes, el sistema de frenos y contrapesos y la regla de alternancia en el ejercicio del poder, ya que como hemos reiterado deja por fuera, de rango constitucional cualquier participación del congreso para aprobar o improbar, autorizar o siquiera recibir informes sobre dichos contratos.

Cabe agregar que la precitada Sentencia advierte igualmente:

“PRINCIPIO DE SEPARACION DE PODERES-Elemento fundante de la Constitución de 1991/CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD POR SUSTITUCION DE LA CONSTITUCION EN RELACION CON EL PRINCIPIO DE SEPARACION DE PODERES-Alcance/PRINCIPIO DE SEPARACION DE PODERES EN EL ESCENARIO DE LA SUSTITUCION DE CONSTITUCION-Admite diversidad de formulaciones. *Específicamente sobre el principio de separación de poderes en el escenario de la sustitución de constitución, la Corte ha expresado que dicho principio puede tenerse como definitorio de la identidad de la Constitución de 1991, pero que es claro que el mismo admite diversidad de formulaciones, todas compatibles con el postulado básico definitorio de la identidad de la Constitución, de manera que no toda modificación de la manera como en un momento se configuró el principio en la Constitución puede tenerse como una sustitución de la misma.(...) Sobre el particular observa la Corte que cuando se introducen reformas a los instrumentos de control interorgánico previstos en la Constitución, es posible que un órgano se vea fortalecido, en contraste con otro o con otros que, como efecto de la reforma, se ven debilitados en sus competencias, o sometidos a controles más estrictos o recortados en su capacidad de vigilar o condicionar la actuación de otros. Pero mientras tales reformas se mantengan dentro del ámbito del principio de separación de poderes como eje definitorio de la identidad de la Carta Fundamental, no puede decirse que las mismas hayan dado lugar a una sustitución de la Constitución. Existe sustitución cuando se suprime el principio mismo y se reemplaza por otro distinto y de carácter opuesto. **Así, por ejemplo, ocurriría cuando una reforma condujese a la concentración de las funciones del Estado en un sólo órgano, que escaparía, por consiguiente, a cualquier esquema de frenos y contrapesos.** Lo mismo cabría decir de una reforma por cuya virtud se afirmase la plena autonomía y supremacía de un órgano que lo hiciese inmune a cualquier tipo de control por otros. En esas eventualidades se sentaría un principio incompatible con la Constitución de 1991 y el esquema de separación de poderes que se desprende de sus distintas disposiciones. Pero no ocurre lo mismo cuando dentro del esquema de la separación de los poderes y sin desnaturalizarlo, se hace una nueva distribución de competencias o se modifica la manera como operan determinados controles recíprocos entre los órganos del Estado, o se alteran las condiciones de procedencia de los mismos. Se trata de consideraciones de oportunidad y de conveniencia sobre el diseño institucional, que caben dentro del ámbito competencial del poder de reforma y que, por consiguiente, no pueden considerarse como una sustitución de la Constitución”.*

(subrayado fuera de texto).

Y, por último, se resalta que el artículo 2º del Proyecto de Acto Legislativo por el cual se propone adicionar un inciso al artículo 333 de la constitución establece: “*El Gobierno Nacional podrá celebrar contratos de estabilidad jurídica tributaria, que permitan la permanencia, renuncia o no alteración desfavorable de las condiciones legales en materia tributaria existentes al momento de la celebración del contrato*”.

Con fundamento en todo lo expuesto, en nuestro concepto, la norma así redactada, claramente contradice el principio democrático y además concentra en el ejecutivo toda posibilidad de realizar los contratos de estabilidad jurídica tributaria concentrando las funciones del Estado en un solo órgano, el ejecutivo, y de ahí que resulte vulnerado el esquema de frenos y contrapesos que es de la esencia misma de la Constitución como principio transversal y estructurante de la misma, por lo cual nos parece inconveniente consagrar una figura de como la de contratos de estabilidad jurídica en la Carta Política.

3. Sobre los efectos de la seguridad jurídica en la inversión

La literatura sobre competitividad y desarrollo industrial señala que un sistema tributario transparente y equitativo promueve el crecimiento económico de un país. Colombia ha tenido un pobre desempeño en este sentido. El país, ha tenido 14 reformas tributarias en los últimos 26 años; es decir, en promedio, cada dos años se aprueba una nueva reforma tributaria.

No obstante, el sistema tributario colombiano tiene un problema adicional y es que presenta amplios beneficios para industrias específicas que producen inequidades horizontales y distorsiones en la asignación de recursos en la economía. Entre estos se encuentran los contratos de estabilidad jurídica, que permite empresas específicas no verse afectadas por cambios producidos en reformas tributarias posteriores sobre los tributos que estabilizaron en dichos contratos.

De acuerdo con la Misión de Expertos para la equidad y la Competitividad tributaria (2015):

Uno de los mecanismos más distorsionantes de la equidad horizontal son los contratos de estabilidad jurídica, que extendieron los beneficios tributarios existentes hasta por 20 años, tales como la deducción por adquisición de activos fijos productivos, derogada en 2010 y, la tarifa de las zonas francas especiales, aún vigente.

Señala además la misión, que los beneficios producen grandes inequidades y distorsiones en la asignación de los recursos en la economía en la medida en que, o bien benefician a un sector o industria específica, a empresas específicas (frente a otras que compiten directamente con ellas) por el hecho de operar en zonas francas o estar amparadas por contratos de estabilidad jurídica.

Un proxy de cuánto le cuesta al país estas exenciones, es el costo de las deducciones por inversión en activos fijos que conservan las empresas que firmaron contratos de estabilidad jurídica, lo cual alcanza cerca del 0.08% del PIB al año. Igualmente, de acuerdo con

estimaciones recientes de la DIAN, el costo fiscal de la tarifa reducida de las zonas francas ascendió a \$200 mil millones para el año gravable 2012 y a \$128 mil millones para el 2013. Además, estas exenciones han demostrado no tener un impacto positivo sobre la inversión. Meléndez y Galindo (2010) con datos del sector manufacturero, señalan que el comportamiento positivo de la inversión entre 2002 y 2007 se explicó por desarrollos macroeconómicos como el boom de flujos de capitales durante este período y/o por la mejoría en las condiciones de seguridad, y no por la política tributaria.

El problema central de este mecanismo, es que genera distorsiones sobre la inversión, en la medida que no crea un sistema tributario más neutral y en donde se asegure la estabilidad jurídica para todos, sino que se brindan mejores condiciones a quienes los suscriban. Donde este proceso dependerá de la capacidad de negociación con la que cuentan algunas pocas empresas para firmar los contratos de estabilidad con el Gobierno.

III) PROPOSICIÓN

De conformidad con las precedentes consideraciones, se propone a los Honorables Representantes integrantes de la Comisión Primera Constitucional Permanente de la Cámara de Representantes ARCHIVAR el Proyecto de acto legislativo 122 de 2019C “*“Por medio del cual se promueve la seguridad jurídica tributaria y se dictan otras disposiciones”*”.

Cordialmente,

JULIO CESAR TRIANA QUINTERO
Representante a la Cámara
Departamento del Huila

ALEJANDRO ALBERTO VEGA PÉREZ
Representante a la Cámara
Departamento del Meta

JUANITA GOEBERTUS ESTRADA
Representante a la Cámara
Bogotá D.C.

