

CONTRATOS DE ESTABILIDAD JURIDICA – Antecedentes / CONTRATOS DE ESTABILIDAD TRIBUTARIA – Antecedente de los contratos de estabilidad jurídica

Uno de los mayores riesgos a los que están expuestos los inversionistas, tanto nacionales como extranjeros, es el de la inseguridad jurídica, es decir, el escaso grado de certeza que tienen en relación con la determinación de las normas jurídicas que han de regir determinada empresa o actividad en la cual consideren conveniente invertir una suma de dinero (generalmente cuantiosa). Dicha incertidumbre puede provenir de la enorme cantidad de normas (legales, reglamentarias, administrativas etc.) que estén vigentes en un momento dado, provenientes de autoridades de diferentes ramas y niveles, entre las cuales se suelen encontrar contradicciones, vacíos y conflictos; ora la constante expedición de nuevas disposiciones y la modificación o derogación (no siempre expresa) de las anteriores; ora de la emisión permanente de opiniones e interpretaciones judiciales y administrativas sobre el alcance de dichos preceptos por parte de varias autoridades y, frecuentemente, de alguna combinación de todos los factores mencionados. Esto hace que los inversionistas, especialmente los extranjeros, busquen mecanismos de protección frente a esa clase de inseguridad, y que los estados interesados en atraer la inversión, para aumentar su nivel general de empleo, generar riqueza, promover el desarrollo de ciertos sectores, obtener la transferencia de tecnología y recibir nuevos recursos fiscales y parafiscales, entre otros beneficios económicos y sociales, compitan a nivel internacional para ofrecer mecanismos que minimicen el riesgo jurídico del inversionista. Uno de dichos mecanismos es el de los contratos de estabilidad jurídica, que en nuestro país fueron previstos y regulados por la Ley 963 de 2005, aunque ya desde antes el legislador había diseñado esquemas similares. En efecto, puede citarse como antecedente inmediato de este mecanismo, el de los denominados “contratos de estabilidad tributaria”, que fueron creados por el artículo 169 de la Ley 223 de 1995, mediante el cual se adicionó el Estatuto Tributario con el artículo 240-1. Dicha norma consagraba un “régimen especial de estabilidad tributaria” al cual podían acogerse voluntariamente los contribuyentes del impuesto a la renta que fueran personas jurídicas, caso en el cual, durante un período de hasta diez (10) años, “cualquier tributo o contribución del orden nacional que se estableciere con posterioridad a la suscripción del contrato y durante la vigencia del mismo, o cualquier incremento a las tarifas del impuesto de renta y complementarios, por encima de las tarifas pactadas, que se decrete durante tal lapso, no le será aplicable a los contribuyentes sometidos a este régimen especial”, a cambio de pagar durante el mismo tiempo una tarifa del impuesto a la renta superior en dos puntos porcentuales (2%) a la que estuviera vigente en el momento de suscripción del contrato. (...) El artículo 240-1 del Estatuto Tributario fue derogado expresamente por el artículo 134 de la Ley 633 de 2000, con lo cual se eliminó también el “régimen especial de estabilidad tributaria” y la posibilidad de celebrar los contratos que instrumentaban el acceso a dicho régimen. Más adelante el Gobierno Nacional presentó a consideración del Congreso de la República el proyecto de ley que a la postre se convirtió en la Ley 693 de 2005.

FUENTE FORMAL: LEY 963 DE 2005

CONTRATOS DE ESTABILIDAD JURIDICA – Regulación legal

La Ley 963 fue reglamentada por el Gobierno Nacional mediante el Decreto 2950 de 2005, modificado por los Decretos 133 de 2006 y 1474 de 2008. Adicionalmente, mediante los documentos 3366 del 1º de agosto de 2005 y 3406 del 19 de diciembre del mismo año, el Consejo Nacional de Política Económica y

Social, CONPES, aprobó los lineamientos técnicos que el Gobierno Nacional, por conducto del Comité de Estabilidad Jurídica, debía tener en cuenta para la evaluación de las solicitudes de celebración de contratos de estabilidad jurídica, así como el mecanismo operativo para llevar el registro de los contratos suscritos, por parte del Departamento Nacional de Planeación, conforme a lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 963 de 2005. Posteriormente, los artículos 48 y 49 de la Ley 1450 de 2011 modificaron el artículo 5º y el párrafo del artículo 3º de la Ley 963, respectivamente, que se refieren, en su orden, a la forma de calcular la prima que los inversionistas deben pagar y al concepto de “inversión nueva” para los efectos de dicha normatividad. En desarrollo de lo dispuesto por el artículo 5º de la Ley 963 de 2005, tal como fue modificado por el artículo 48 de la Ley 1450, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público expidió la Resolución N° 1732 del 22 de junio de 2012, mediante la cual estableció la metodología para el cálculo de la prima que los inversionistas deben pagar a la Nación en esta clase de contratos. Finalmente, es importante mencionar que la Ley 963 de 2005, que autorizaba los contratos de estabilidad jurídica, fue derogada expresamente y en su integridad por el artículo 166 de la Ley 1607 de 2012. (...) Lo anterior significa que aun cuando no puede solicitarse la celebración de contratos de estabilidad jurídica después de la entrada en vigencia de la Ley 1607 de 2012, es decir, el 26 de diciembre de ese año, los contratos que se hubiesen suscrito hasta esa fecha continúan vigentes en los términos que se hayan estipulado, de conformidad con la Ley 963 y sus normas reglamentarias, y las solicitudes que se hubieran presentado hasta ese mismo día debían ser estudiadas y tramitadas a la luz de las disposiciones citadas, pudiendo dar lugar a la celebración de los contratos respectivos. Dado que, según lo previsto en el artículo 60 de la Ley 963 de 2005, los contratos de estabilidad jurídica pueden tener plazos de duración de entre tres (3) y veinte (20) años, se infiere que en la actualidad podría haber contratos de esta clase que se encuentren vigentes, incluso, hasta los años 2032 o 2033, a los cuales se les continuarían aplicando las normas referidas.

CONTRATOS DE ESTABILIDAD JURIDICA – Régimen jurídico aplicable

Como se mencionó en el acápite anterior, los contratos de estabilidad jurídica se encuentran definidos y regulados en las Leyes 963 de 2005 y 1450 de 2011, así como en los Decretos Reglamentarios 2950 de 2005, 133 de 2006 y 1474 de 2008, principalmente. Lo anterior significa, como es obvio, que este conjunto de normas de derecho público constituyen, en principio, el régimen aplicable a los citados contratos. Sin embargo, en la medida en que tales disposiciones solamente regulan los aspectos principales de dichos contratos y del trámite para celebrarlos, y que la Ley 963 no se ocupó de señalar expresamente la normatividad que se aplicaría a los contratos de estabilidad jurídica en todo lo no previsto en aquella ley, surge la duda de saber si el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública u otro régimen distinto, como podría ser, por ejemplo, el del derecho privado contenido en los Códigos Civil y de Comercio, es el llamado a regular aquellos aspectos de los citados contratos sobre los cuales guardó silencio la Ley 963 de 2005. Este punto, como se verá, resulta importante para determinar el procedimiento con el cual puede efectuarse la terminación unilateral y anticipada de estos contratos por parte de la Nación, así como los efectos jurídicos que dicha forma anormal de terminación debe producir. A este respecto, es necesario mencionar, en primer lugar, que el artículo 8º del Decreto Reglamentario 2950 de 2005 resolvió en forma expresa este interrogante, al disponer, en su parte pertinente: “Artículo 8º. El contrato de estabilidad jurídica. El contrato de estabilidad jurídica se registrará en lo pertinente por la Ley 80 de 1993 y deberá contener, al menos, las siguientes cláusulas: (...)” (...) A juicio de la Sala, cuando la norma citada señala que los contratos de estabilidad tributaria se

regirán, en lo pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, tal disposición respeta e interpreta razonablemente el marco constitucional y legal aplicable a dichos negocios jurídicos. (...) Dado que resulta indudable su carácter convencional, es claro que los contratos de estabilidad tributaria son contratos estatales, como los define el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, esto es, “actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad...”. En efecto, vale la pena recordar que los contratos de estabilidad jurídica se celebraban entre la Nación, que es una de las entidades estatales a las cuales se refiere el artículo 2º, numeral 1º, literal a) de la Ley 80, y una persona natural o jurídica (el inversionista). Por lo tanto, es evidente que estos contratos caen dentro del objeto del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, descrito así por el artículo 1º de la misma ley: “La presente ley tiene por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales”. (...) Si bien es cierto que los contratos de estabilidad jurídica son contratos especiales, en cuanto buscan un propósito particular extraño a los objetivos que normalmente persigue la contratación pública, y están sometidos a un régimen igualmente especial, comprendido principalmente por la Ley 963 de 2005 y sus normas reglamentarias, esto no significa que dichos negocios jurídicos no puedan estar sujetos simultáneamente al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, contenido en la Ley 80 de 1993 y en otras que la han modificado o complementado, como la Ley 1150 de 2007 y, en lo pertinente, la Ley 1474 de 2011; pero tampoco implica que dicho Estatuto pueda aplicarse a tales contratos de manera general e indiscriminada, justamente por su carácter especial. Por lo tanto, la aplicación del Estatuto General de Contratación Pública a los contratos de estabilidad jurídica debe ser “en lo pertinente”, como lo señala el artículo 8º del Decreto 2950 de 2005, lo cual significa que las normas de aquel estatuto solamente pueden aplicarse a dichos contratos en cuanto: (i) el asunto de que se trate no esté regulado en el régimen legal especial aplicable a los contratos de estabilidad jurídica, y (ii) la norma o el principio que se pretenda aplicar no resulte opuesto o incompatible con el texto y el “espíritu” o finalidad perseguida por la Ley 963 de 2005. Ahora bien, luego de esclarecida la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública a los contratos de estabilidad jurídica, procede ahora determinar la manera como la Nación puede terminar unilateralmente y en forma anticipada dichos contratos ante un incumplimiento del inversionista, para responder en concreto las preguntas formuladas en la consulta.

FUENTE FORMAL: LEY 963 DE 2005 / LEY 1450 DE 2011 / LEY 1607 DE 2012

TERMINACIÓN UNILATERAL Y ANTICIPADA DE CONTRATOS DE ESTABILIDAD JURIDICA Aplicación de nuevas normas legales / **CONTRATOS DE ESTABILIDAD JURIDICA – Son contratos sinalagmáticos / CONTRATOS DE ESTABILIDAD JURIDICA – Su terminación solo se produce a partir del momento en que queda en firme el acto administrativo correspondiente**

En primer lugar, es del caso aclarar que la Sala no comparte la interpretación sugerida en la consulta sobre la aplicación del artículo 18 de la Ley 80 de 1993, que regula la caducidad de los contratos estatales, a la terminación unilateral y anticipada de los contratos de estabilidad jurídica, por las razones que se exponen a continuación: (i) En primer término, debe reiterarse que los contratos de estabilidad jurídica están sometidos a un régimen especial, el cual debe aplicarse de preferencia a las normas generales contenidas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Así, aunque no puede discutirse que

entre la figura de la caducidad que consagra dicho estatuto y la terminación unilateral que regula el artículo 8º de la Ley 963 de 2005, existen importantes semejanzas, principalmente porque se trata de una especie de *sanción* que las entidades públicas pueden imponer al contratista en el evento de incurrir en un incumplimiento relevante a cualquiera de sus obligaciones, ningún principio ni regla de derecho autorizan al intérprete para convertir en “caducidad” lo que la Ley 963 califica expresamente como “terminación anticipada” del contrato, para aplicar a dicha figura el procedimiento y las consecuencias jurídicas de aquella otra institución. (ii) En segundo lugar, recuérdese que la caducidad ha sido calificada jurisprudencial y doctrinalmente como una sanción que genera determinados efectos jurídicos, uno de los cuales es que inhabilita al contratista (sea persona natural o jurídica) para celebrar nuevos contratos con el Estado por un término de cinco años, conforme a lo previsto en el artículo 8º, numeral 1º de la Ley 80 de 1993. Esta misma inhabilidad no se genera por la simple terminación unilateral y anticipada de los contratos estatales, ni siquiera porque tal decisión sea motivada en el incumplimiento del contratista, como sucede en el caso que nos ocupa. Vale la pena aclarar, sin embargo, que el incumplimiento del contratista, declarado así por una o varias entidades estatales en relación con dos o más contratos y dentro de una misma vigencia fiscal, así como el hecho de que el contratista sea objeto de dos multas y una declaratoria de incumplimiento dentro de la misma vigencia fiscal, constituyen actualmente causales de inhabilidad, la cual se extiende en estos casos por un período de tres años, según lo dispone el artículo 90 de la Ley 1474 de 2011. Pero estas causales, como se observa, son autónomas y distintas de la inhabilidad originada en la declaratoria de caducidad del contrato. Dado que tanto las normas punitivas como aquellas que consagran inhabilidades e incompatibilidades son de aplicación e interpretación restrictivas, como lo acepta mayoritariamente la jurisprudencia y la doctrina, es evidente que no puede imponerse al inversionista en los contratos de estabilidad jurídica una sanción de “caducidad” ni aplicársele la causal de inhabilidad que esta genera, so pretexto de asimilar a la caducidad la terminación unilateral y anticipada que consagra la Ley 963 de 2005. (iii) Las denominadas cláusulas exorbitantes, que establece la Ley 80 en sus artículos 14, 15, 16, 17, 18 y 19, principalmente, con excepción de la de terminación unilateral del contrato, consagrada de manera expresa y especial en el artículo 8º de la Ley 963, no son aplicables a los contratos de estabilidad jurídica, no solo porque varias de ellas resultarían contrarias a la finalidad y al objeto de dichos contratos, que pretenden justamente crear para el inversionista un ambiente de estabilidad y certeza en la aplicación de un conjunto de normas durante cierto plazo, sino principalmente porque esta clase de contratos no encuadra dentro de los tipos de contratos estatales en los que las cláusulas exorbitantes se entienden incorporadas obligatoriamente, ni en aquellos otros en los que tales estipulaciones pueden pactarse potestativamente, según las reglas previstas en el numeral 2º del artículo 14 de la Ley 80 de 1993. En consecuencia, no puede afirmarse que en los contratos de estabilidad jurídica se entienda incluida la cláusula de caducidad, ni la Nación podría, por lo tanto, efectuar dicha declaratoria. (...) Ahora bien, en armonía con lo que se ha explicado previamente sobre la terminación unilateral y anticipada de los contratos de estabilidad jurídica, que solo cuando el acto administrativo que decreta dicha terminación quede en firme, puede entenderse efectivamente terminado o extinguido el contrato de que se trate. Esto supone que, luego de tramitarse el procedimiento administrativo previsto en las normas citadas con anterioridad, respetando en todo caso los derechos a la defensa y al debido proceso del contratista afectado, el citado acto administrativo se expida, se notifique al inversionista en forma personal o por los otros medios que prevé el CPACA, se resuelva el recurso de reposición que contra dicha decisión se llegue a interponer y se notifique este segundo acto, o venza el término para presentar dicho recurso, cuando el mismo no haya sido interpuesto o

el contratista haya renunciado expresamente a este medio de impugnación. Es pertinente recordar que de conformidad con las normas antes citadas de las Leyes 80 de 1993 y 1474 de 2011, contra esta clase de actos administrativos solo procede el recurso de reposición. (...) El carácter sinalagmático que tienen los contratos de estabilidad jurídica, según lo explicado por la Corte Constitucional, no es suficiente para llegar a la conclusión de que dichos contratos deban entenderse terminados desde el momento mismo en que el contratista-inversionista incurra en un incumplimiento, así dicha terminación requiera una declaratoria posterior efectuada por la Nación. En efecto, los contratos sinalagmáticos han sido definidos como aquellos que generan obligaciones recíprocas e interdependientes para las dos partes, de tal manera que el cumplimiento de las obligaciones que corresponden a cada uno de los contratantes constituye la causa o el motivo principal por el cual se obliga la otra parte. Sobre esta clase de contratos, en el caso de los celebrados por el Estado, esta Corporación ha señalado: "La esencia de los contratos sinalagmáticos es la interdependencia de las obligaciones recíprocas. Esto es, "la obligación asumida por uno de los contratantes constituye la causa de la obligación impuesta al otro contratante, de donde se deduce que uno está obligado con el otro porque este está obligado con el primero". En esa medida, el carácter sinalagmático que ciertamente tienen los contratos de estabilidad jurídica es el que justifica precisamente que la Nación, ante un incumplimiento del contratista-inversionista, pueda darlos por terminados en forma unilateral y anticipada, pues mal podría la Nación continuar atada a sus obligaciones durante todo el plazo del contrato, principalmente aquella de mantener congeladas para el inversionista las normas e interpretaciones administrativas incluidas en el contrato como determinantes de la inversión, si el contratista no cumple, por su parte, con sus propias obligaciones. Esta afirmación resulta más contundente aun cuando el incumplimiento se refiere a la realización o el mantenimiento de la inversión ofrecida, en las condiciones que se hayan estipulado en el contrato, pues los beneficios económicos y sociales que para el país deben generar dichas inversiones son los que justifican este régimen excepcional previsto en la Ley 963 de 2005 y la celebración de los respectivos contratos. Pero lo anterior no significa que dichos contratos puedan entenderse terminados desde el mismo momento en que ocurra el presunto incumplimiento, porque la ley no ha previsto esta consecuencia, así como por las demás razones que se han explicado previamente. Como puede observarse, la terminación unilateral de los contratos estatales por parte de las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública solamente puede decretarse cuando el contrato se encuentra vigente, y produce efectos hacia el futuro (ex nunc), incluso cuando dicha decisión se adopte por estar viciado el contrato con alguna de las causales de nulidad absoluta previstas en los numerales 1º, 2º y 4º del artículo 44 de la Ley 80. Lo anterior significa que en el caso de los contratos de estabilidad jurídica, la decisión que tome la Nación de terminarlos en ciertos eventos, cuando se presente alguna de las causales previstas en el artículo 8º de la Ley 963 de 2005, solamente produce efectos a partir del momento en que quede en firme el acto administrativo que contenga dicha determinación, conforme a lo previsto en el artículo 87 del CPACA. Por lo tanto hasta esa misma fecha el respectivo contrato se encuentra vigente y, en consecuencia, el contratista-inversionista conserva el derecho de exigir que las normas y las interpretaciones administrativas que hayan sido incorporadas en el contrato como determinantes de la inversión le sigan siendo aplicadas, aunque tales normas e interpretaciones hayan sido modificadas en forma adversa a sus intereses durante la vigencia del contrato. Solo desde el día siguiente a aquel en que se produzca la firmeza del acto administrativo que decreta la terminación anticipada del contrato, el inversionista queda sujeto en su integridad a las mismas

normas e interpretaciones jurídicas que en ese momento rijan en el país para todas las personas.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: ALVARO NAMÉN VARGAS (E)

Bogotá, D.C., tres (03) de agosto de dos mil quince (2015)

Radicado número: 11001-03-06-000-2015-00041-00(2246)

Actor: MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA Y MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PÚBLICO

Los Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Minas y Energía consultan a la Sala su opinión sobre el momento en que *“pierden el carácter de estabilizadas”* las normas incluidas en los contratos de estabilidad jurídica que celebró la Nación con varios inversionistas nacionales y extranjeros, al amparo de la Ley 963 de 2005¹ y sus decretos reglamentarios, en aquellos eventos en que la Nación decide darlos por terminados en forma unilateral y anticipada, conforme a lo dispuesto por el artículo 8º de la referida ley. Asimismo la consulta se extiende a determinar cuál sería el procedimiento para efectuar la liquidación y el cobro de los tributos dejados de pagar por el inversionista, en la segunda de las hipótesis interpretativas que los ministros consultantes plantean y que más adelante se explicará.

I. ANTECEDENTES

La consulta señala que *“para garantizar la seguridad y certeza jurídica a los inversionistas”* que suscribieron contratos de estabilidad jurídica con la Nación, se requiere determinar el momento exacto en el que las normas que fueron *“estabilizadas”* o congeladas en virtud de dichos contratos dejan de aplicarse, cuando la Nación decide terminarlos de manera anticipada y unilateral, conforme a lo dispuesto en la Ley 963 y en su Decreto Reglamentario 2950 de 2005², ante un incumplimiento del contratista-inversionista a sus obligaciones estipuladas en el contrato y previstas en las normas citadas.

Sobre este punto, se recuerda en la consulta que el artículo 8º de la Ley 963 de 2005 y el artículo 11 del Decreto 2950 de 2005 facultan a la Nación para dar por terminados dichos contratos en la forma indicada, cuando el inversionista beneficiado no realice oportunamente o retire todo o parte de la inversión que se haya comprometido a efectuar, deje de pagar la totalidad o parte de la prima

¹ *“Por la cual se insta una ley de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia”.*

² *“Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 963 de 2005...”.*

pactada, incurra en la causal de inhabilidad prevista en el artículo 9º de la misma ley³, o cometa otro “*incumplimiento injustificado*” a sus obligaciones contractuales.

Luego se indica que como la ley no ha señalado expresamente y con precisión el momento en que las normas “estabilizadas” dejan de tener ese carácter y, por lo tanto, empiezan a aplicarse al inversionista las mismas disposiciones que rigen para la generalidad de las personas en la hipótesis mencionada, es decir, cuando los contratos de estabilidad jurídica son terminados en forma unilateral y anticipada por la Nación, han surgido dentro del Gobierno Nacional dos interpretaciones posibles, a saber:

- i) La primera consiste en que, ante el silencio o vacío en el que presuntamente incurrió el legislador sobre este punto, deben aplicarse las normas generales del procedimiento administrativo contenidas actualmente en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante CPACA), expedido mediante la Ley 1437 de 2011. A este respecto, los ministros consultantes recuerdan que el artículo 87 del citado código establece el momento a partir del cual los actos administrativos adquieren firmeza, y que el artículo 89 *ibídem* regula el carácter ejecutorio de los actos administrativos, al disponer que estos, una vez se encuentren en firme, pueden ser ejecutados de inmediato por parte de las autoridades competentes. Con base en este conjunto de argumentos y normas legales se llegaría a la conclusión de que los derechos y beneficios que obtienen los inversionistas que han celebrado con la Nación contratos de estabilidad jurídica solo se extinguen cuando quede en firme el acto administrativo que decreta su terminación anticipada, de tal forma que hasta esa fecha el contratista podría seguirse beneficiando de las normas jurídicas e interpretaciones congeladas para él en virtud del contrato.
- ii) La segunda interpretación consiste en que, dado el carácter *sinalagmático* que tienen estos contratos, como lo ha indicado expresamente la Corte Constitucional, especialmente en la sentencia C-320 de 2006⁴, el incumplimiento del contratista-inversionista a cualquiera de sus obligaciones hace que el contrato de estabilidad jurídica termine desde ese momento, lo cual debe ser declarado o reconocido en todo caso por la Nación, mediante un acto administrativo en firme. Sin embargo, bajo este entendimiento, lo que haría dicho acto es declarar el incumplimiento del inversionista y precisar su fecha o momento histórico, de tal manera que, a partir de ese instante, el contrato debería entenderse terminado y el contratista habría perdido el derecho de aplicar las normas “estabilizadas”. Por tal razón, desde esa fecha el inversionista estaría obligado a cumplir las disposiciones que en ese momento rijan o regían de manera general, con el consecuente deber de declarar, liquidar y pagar los tributos en la forma regulada por la ley para el común de las personas.

De esta segunda hipótesis surge, entonces, una inquietud adicional, consistente en establecer el procedimiento administrativo que debería seguirse para cobrar los tributos y demás obligaciones económicas que el inversionista y antiguo contratista hubiese dejado de pagar desde el momento en que el contrato terminó

³ “Artículo 9º. *Inhabilidad para contratar. No podrán suscribir ni ser beneficiarios de los contratos de estabilidad jurídica quienes hayan sido condenados mediante sentencia ejecutoriada o sancionados mediante acto administrativo definitivo, en el territorio nacional o en el extranjero, en cualquier época, por conductas de corrupción que sean consideradas punibles por la legislación nacional*”.

⁴ Corte Constitucional, sentencia C- 320 del 24 de abril de 2006. Expediente D-5983.

por su incumplimiento, hasta cuando quede en firme el acto administrativo que declara la terminación de dicho negocio.

Sobre este punto, la consulta recuerda el contenido del artículo 11 de la Ley 1150 de 2007⁵, referente a la liquidación de los contratos estatales, con el fin de señalar que durante esta etapa las partes, de común acuerdo, o en su defecto la entidad pública contratante en forma unilateral, pueden determinar las obligaciones que se hayan dejado de cumplir, para que después la Nación por intermedio de las entidades y dependencias competentes efectúe su cobro coactivo por el procedimiento que resulte legalmente aplicable.

Sin embargo, con respecto a este último punto advierte que se presentaría una dificultad, en el caso de las obligaciones cuyo control y cobro competen a la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, pues en algunos casos las declaraciones tributarias presentadas por los inversionistas ya se encontrarían en firme, al haberse vencido el período dispuesto en el Estatuto Tributario para que estas puedan ser revisadas.

Con fundamento en los anteriores hechos y consideraciones, los Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Minas y Energía formulan a la Sala las siguientes preguntas:

“Cuando se declara terminado unilateralmente un contrato de estabilidad jurídica, a partir de qué momento pierden para el inversionista el carácter de estabilizadas las normas jurídicas –incluidas las tributarias– contenidas en los contratos de estabilidad jurídica suscritos con la Nación

¿A partir de la fecha de firmeza del acto administrativo que declara la terminación unilateral del contrato de estabilidad jurídica?

¿A partir de la fecha del incumplimiento determinada en el acto administrativo que declaró la terminación unilateral y anticipada del contrato de estabilidad jurídica, conforme con los informes de la supervisión del respectivo contrato?

Si se considera que la fecha a partir de la cual pierden el carácter de estabilizadas las normas jurídicas contenidas en los contratos de estabilidad jurídica, es la que corresponde a la fecha del incumplimiento de las obligaciones contractuales en los términos del artículo 8 de la Ley 963 de 2005 y Decreto Reglamentario 2950 de 2005 y del contrato, en materia tributaria se consulta:

¿Cuál es el procedimiento para la liquidación y cobro de los tributos dejados de pagar desde la fecha del incumplimiento del contrato hasta la fecha de firmeza del acto administrativo que declara la terminación unilateral y anticipada del contrato de estabilidad jurídica?”

II. CONSIDERACIONES

Para dar respuesta a estos interrogantes la Sala analizará en su orden los siguientes aspectos: (i) Los contratos de estabilidad jurídica; (ii) el régimen legal aplicable a dichos contratos, y (iii) la terminación unilateral y anticipada de los contratos de estabilidad jurídica – procedimiento y efectos.

⁵ “Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos”. Aun cuando en la consulta se menciona la Ley “1450 de 2007”, debe tenerse en cuenta que tal ley no existe y que el texto de la norma transcrita corresponde realmente al artículo 11 de la Ley 1150 de 2007.

A. Los contratos de estabilidad jurídica

Uno de los mayores riesgos a los que están expuestos los inversionistas, tanto nacionales como extranjeros, es el de la inseguridad jurídica, es decir, el escaso grado de certeza que tienen en relación con la determinación de las normas jurídicas que han de regir determinada empresa o actividad en la cual consideren conveniente invertir una suma de dinero (generalmente cuantiosa). Dicha incertidumbre puede provenir de la enorme cantidad de normas (legales, reglamentarias, administrativas etc.) que estén vigentes en un momento dado, provenientes de autoridades de diferentes ramas y niveles, entre las cuales se suelen encontrar contradicciones, vacíos y conflictos; ora la constante expedición de nuevas disposiciones y la modificación o derogación (no siempre expresa) de las anteriores; ora de la emisión permanente de opiniones e interpretaciones judiciales y administrativas sobre el alcance de dichos preceptos por parte de varias autoridades y, frecuentemente, de alguna combinación de todos los factores mencionados.

Esto hace que los inversionistas, especialmente los extranjeros, busquen mecanismos de protección frente a esa clase de inseguridad, y que los estados interesados en atraer la inversión, para aumentar su nivel general de empleo, generar riqueza, promover el desarrollo de ciertos sectores, obtener la transferencia de tecnología y recibir nuevos recursos fiscales y parafiscales, entre otros beneficios económicos y sociales, compitan a nivel internacional para ofrecer mecanismos que minimicen el riesgo jurídico del inversionista.

Uno de dichos mecanismos es el de los contratos de estabilidad jurídica, que en nuestro país fueron previstos y regulados por la Ley 963 de 2005, aunque ya desde antes el legislador había diseñado esquemas similares.

En efecto, puede citarse como antecedente inmediato de este mecanismo, el de los denominados “contratos de estabilidad tributaria”, que fueron creados por el artículo 169 de la Ley 223 de 1995⁶, mediante el cual se adicionó el Estatuto Tributario con el artículo 240-1. Dicha norma consagraba un “*régimen especial de estabilidad tributaria*” al cual podían acogerse voluntariamente los contribuyentes del impuesto a la renta que fueran personas jurídicas, caso en el cual, durante un período de hasta diez (10) años, “*cualquier tributo o contribución del orden nacional que se estableciere con posterioridad a la suscripción del contrato y durante la vigencia del mismo, o cualquier incremento a las tarifas del impuesto de renta y complementarios, por encima de las tarifas pactadas, que se decrete durante tal lapso, no le será aplicable a los contribuyentes sometidos a este régimen especial*”, a cambio de pagar durante el mismo tiempo una tarifa del impuesto a la renta superior en dos puntos porcentuales (2%) a la que estuviera vigente en el momento de suscripción del contrato.

Aunque la norma citada establecía que ese tratamiento especial se otorgaría mediante la celebración de un contrato con el Estado, también preceptuaba que si el contrato no era suscrito por el Director de la DIAN dentro de los dos (2) meses siguientes a la petición del interesado, dicha “*solicitud se entenderá resuelta a favor del contribuyente, el cual quedará cobijado por el régimen especial de estabilidad tributaria*”. Adicionalmente, el mismo artículo disponía que los contribuyentes podían renunciar por una sola vez al régimen especial de estabilidad tributaria y acogerse de nuevo al régimen general.

⁶ “Por la cual se expiden normas sobre Racionalización Tributaria y se dictan otras disposiciones”.

Tales reglas llevaron a la Sección Cuarta de esta Corporación a manifestar que la celebración del contrato de estabilidad tributaria no era más que una formalidad⁷, ya que el régimen especial de estabilidad tributaria consagrado en la norma citada había sido fijado directamente por el legislador, y de este podían beneficiarse los contribuyentes personas jurídicas que así lo desearan, con la sola manifestación de su intención de acogerse a él, aun si la DIAN no respondía las solicitudes presentadas, o lo hacía por fuera del plazo previsto en la ley.

El artículo 240-1 del Estatuto Tributario fue derogado expresamente por el artículo 134 de la Ley 633 de 2000⁸, con lo cual se eliminó también el “régimen especial de estabilidad tributaria” y la posibilidad de celebrar los contratos que instrumentaban el acceso a dicho régimen.

Más adelante el Gobierno Nacional presentó a consideración del Congreso de la República el proyecto de ley que a la postre se convirtió en la Ley 693 de 2005. En la exposición de motivos de este proyecto se explicó lo siguiente sobre los contratos que se proponían⁹:

“Para promover la claridad en las reglas del juego, el Gobierno presenta la novedosa figura de los contratos de confianza inversionista, mediante la cual la Nación garantiza a quienes efectúen inversiones nuevas por montos iguales o superiores a cincuenta mil millones de pesos colombianos (\$50.000.000.000), que en caso de que sean modificadas ciertas disposiciones normativas específicamente previstas en dichos contratos, cuya estabilidad sea determinante en la decisión de inversión, estos serán indemnizados.

Lo que pretende el Gobierno es que el inversionista tenga la confianza y seguridad de que aquellos incisos, ordinales, literales, párrafos o artículos específicos de leyes o actos administrativos que sean trascendentales para conformar su decisión de invertir, no le sean modificados en su detrimento.
(...)

Los contratos son compromisos que asume libremente la Nación, representada por el Ministro de Hacienda y Crédito Público y el Ministro del ramo, para mitigar las consecuencias de cambios normativos específicos, en las condiciones y con las limitaciones previstas en el contrato. De esta manera la Nación le apuesta plenamente a la estabilidad en las reglas de juego, a la generación de inversión y al desarrollo económico y social”.

Luego de varias adiciones y modificaciones, tanto en la terminología como en el contenido de algunas de sus normas, el Congreso terminó aprobando este proyecto, que se sancionó como la Ley 963 de 2005 y cuyo artículo 1º definió los contratos de estabilidad jurídica en los siguientes términos:

“Artículo 1º. Contratos de estabilidad jurídica. Se establecen los contratos de estabilidad jurídica con la finalidad de promover inversiones nuevas y de ampliar las existentes en el territorio nacional.

Mediante estos contratos, el Estado garantiza a los inversionistas que los suscriban, que si durante su vigencia se modifica en forma adversa a estos alguna de las

⁷ A este respecto, pueden consultarse, entre otras, las sentencias del 9 y el 29 de agosto de 2002 (números internos 12050 y 12107, respectivamente), y del 10 de septiembre de 2009 (exp. N° 2500-23-27-000-2003-00810-01) del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta.

⁸ “Por la cual se expiden normas en materia tributaria, se dictan disposiciones sobre el tratamiento a los fondos obligatorios para la vivienda de interés social y se introducen normas para fortalecer las finanzas de la Rama Judicial”.

⁹ Gaceta del Congreso, año XII, N° 350 del 24 de julio de 2003, página 2.

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.

Para todos los efectos, por modificación se entiende cualquier cambio en el texto de la norma efectuado por el Legislador si se trata de una ley, por el Ejecutivo o la entidad autónoma respectiva si se trata de un acto administrativo del orden nacional, o un cambio en la interpretación vinculante de la misma realizada por autoridad administrativa competente”.

El inciso segundo de esta disposición fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-242 de 2006¹⁰, en cuanto al cargo de violar el derecho a la igualdad, y posteriormente la totalidad de la norma fue declarada exequible en forma condicionada, mediante la sentencia C-320 de 2006, “*en el entendido 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*”.

A este respecto, la Corte explica que los contratos de estabilidad jurídica obedecen a la potestad constitucional que el Congreso de la República tiene para regular la inversión nacional y extranjera, materia en la que goza de un amplio margen de configuración, dentro del cual puede crear mecanismos que incentiven o estimulen la inversión, teniendo en cuenta los beneficios económicos y sociales que esta genera. Pero la misma Corporación advierte que dichos incentivos no pueden socavar ni limitar la soberanía o la autonomía regulatoria que corresponde al Congreso de la República y a las autoridades administrativas en los asuntos de su competencia, de tal manera que la celebración de este tipo de contratos no impide al Congreso, al Presidente de la República, a las comisiones de regulación y a otras autoridades, expedir nuevas normas ni tampoco modificar o derogar las que hayan dictado previamente, por razones de interés nacional, aun si se trata de disposiciones que hayan sido calificadas como determinantes de una inversión e incluidas, por tal motivo, en un contrato de estabilidad jurídica. En dicho caso, si el cambio normativo afecta negativamente al inversionista-contratista, este tendría derecho a reclamar una indemnización de los perjuicios ocasionados¹¹.

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia C-242 del 29 de marzo de 2006. Expediente D-5932.

¹¹ Lo decidido por la Corte Constitucional en la sentencia C-320 de 2006, al condicionar la exequibilidad del artículo 1º de la Ley 963 de 2005 a que se entienda que los órganos del Estado conservan plenamente sus competencias normativas, incluso sobre las disposiciones identificadas en los contratos de estabilidad jurídica como determinantes de la inversión, “*sin perjuicio de las acciones judiciales a que tengan derecho los inversionistas*”, podría dar lugar a entender que los contratistas-inversionistas tienen derecho a reclamar indemnizaciones a la Nación por el simple hecho de que el Congreso de la República o cualquiera de los otros órganos facultados constitucionalmente para expedir normas, modifique en forma adversa a sus intereses alguna de las disposiciones que hayan sido relacionadas en tales contratos como determinantes de la inversión. Sin embargo, la Sala considera necesario aclarar que el derecho del inversionista a reclamar una indemnización requiere, además: (i) que la modificación normativa le sea aplicada y (ii) que tal hecho le ocasione un perjuicio susceptible de ser determinado y valorado económicamente. En efecto, el simple cambio normativo no constituye un incumplimiento del contrato por parte de la Nación, si no se aplica o se exige su cumplimiento al inversionista, y por otra parte, la aplicación de la nueva norma al contratista-inversionista no podría generar tampoco la responsabilidad de la Nación, si tal hecho no le ocasiona a aquel un perjuicio cierto y cuantificable. El primer aspecto aparece reflejado en la parte considerativa de la misma sentencia, como se puede leer en el siguiente pasaje: “Lo que sucede es que, al igual que con el legislador, la responsabilidad del Estado se puede ver comprometida por la aplicación de reglamentos posteriores a los inversionistas que habían suscrito contratos de estabilidad jurídica comprensivos de aquéllos, en virtud de los cuales, se les mantendrían por un determinado tiempo un régimen jurídico que consideran adecuado para la realización de la inversión” (se resalta). El segundo

En relación con la naturaleza, las características y el contenido de estos contratos, la Corte explica lo siguiente en la citada sentencia C-320 de 2006:

“Los contratos de estabilidad jurídica son de carácter administrativo, con objeto lícito, sinalagmáticos, suscrito entre el Estado y un determinado inversionista nacional o extranjero, mediante el cual, de conformidad con diversos artículos de la Ley 963 de 2005, el primero se compromete a garantizarle al segundo que, durante un determinado tiempo (entre 3 y 20 años), se le continuarán aplicando unas determinadas normas jurídicas expresas y precisas estipuladas en el texto del contrato, y sus correspondientes interpretaciones, las cuales fueron consideradas determinantes para realizar la inversión; a cambio, el inversionista se compromete a (i) llevar a cabo una nueva inversión o a ampliar una existente; (ii) presentar un estudio en el que se demuestre el origen de los recursos con los cuales se pretenden realizar las nuevas inversiones o la ampliación de las existentes, al igual que una descripción detallada y precisa de la actividad, acompañada de los estudios de factibilidad... y el número de empleos que se proyecta generar; (iii), en caso de presentarse subrogación o cesión en la titularidad de la inversión, el nuevo titular deberá contar con la aprobación de un Comité creado por la ley, para efecto de mantener los derechos y obligaciones adquiridos en los contratos de estabilidad jurídica; (iv) cumplir de manera estricta las disposiciones legales y reglamentarias que regulen la actividad vinculada con el tipo de actividad de que se trate y pagar puntualmente los impuestos, tasas y contribuciones y demás cargos sociales y laborales a que está sujeta la empresa; (v) acatar fielmente con el conjunto de normas establecidas o que establezca el Estado para orientar, condicionar y determinar la conservación, uso, manejo y aprovechamiento del ambiente y los recursos naturales; y (vi) cumplir “con todas las obligaciones legales y reglamentarias de orden tributario y laboral adquiridas de conformidad con lo dispuesto en la presente ley”.” (Se resalta).

En cuanto a los límites que la celebración de dichos contratos debe respetar, el artículo 11 de la Ley 963 de 2005 dispone:

“Artículo 11. Limitaciones a los contratos de estabilidad. Los contratos de estabilidad deben estar en armonía con los derechos, garantías y deberes consagrados en la Constitución Política y respetar los tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano.

No se podrá conceder la estabilidad prevista en la presente ley sobre normas relativas a: el régimen de seguridad social; la obligación de declarar y pagar los tributos o inversiones forzosas que el Gobierno Nacional decreta bajo estados de excepción; los impuestos indirectos; la regulación prudencial del sector financiero y el régimen tarifario de los servicios públicos.

La estabilidad tampoco podrá recaer sobre las normas declaradas inconstitucionales o ilegales por los tribunales judiciales colombianos durante el término de duración de los contratos de estabilidad jurídica”.

A lo anterior, la Corte Constitucional añadió las siguientes limitaciones en la providencia que se comenta:

“Ahora bien, la amplia facultad de que dispone el legislador para regular la inversión extranjera o nacional en Colombia, bien sea 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)

elemento se infiere de los principios generales que gobiernan la responsabilidad patrimonial, en general, y la responsabilidad del Estado, en particular.

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”.

En punto a la duración y a la terminación de tales contratos, los artículos 6º y 8º de la Ley 963 expresan lo siguiente:

*“Artículo 6º. Duración de los contratos de estabilidad jurídica. Los contratos de estabilidad jurídica empezarán a regir desde su firma y permanecerán vigentes durante el término de duración establecido en el contrato, el cual no podrá ser inferior a tres (3) años, ni superior a veinte (20) años.
(...)”*

“Artículo 8º. Terminación anticipada del contrato. 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 o el estar incurso en la causal del artículo 9º de la presente ley, dará lugar a la terminación anticipada del contrato”.

La Ley 963 fue reglamentada por el Gobierno Nacional mediante el Decreto 2950 de 2005, modificado por los Decretos 133 de 2006 y 1474 de 2008.

Adicionalmente, mediante los documentos 3366 del 1º de agosto de 2005 y 3406 del 19 de diciembre del mismo año, el Consejo Nacional de Política Económica y Social, CONPES, aprobó los lineamientos técnicos que el Gobierno Nacional, por conducto del Comité de Estabilidad Jurídica¹², debía tener en cuenta para la evaluación de las solicitudes de celebración de contratos de estabilidad jurídica, así como el mecanismo operativo para llevar el registro de los contratos suscritos, por parte del Departamento Nacional de Planeación, conforme a lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 963 de 2005.

Posteriormente, los artículos 48 y 49 de la Ley 1450 de 2011¹³ modificaron el artículo 5º y el parágrafo del artículo 3º de la Ley 963, respectivamente, que se refieren, en su orden, a la forma de calcular la prima que los inversionistas deben pagar y al concepto de “inversión nueva” para los efectos de dicha normatividad.

En desarrollo de lo dispuesto por el artículo 5º de la Ley 963 de 2005, tal como fue modificado por el artículo 48 de la Ley 1450, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público expidió la Resolución N° 1732 del 22 de junio de 2012, mediante la cual estableció la metodología para el cálculo de la prima que los inversionistas deben pagar a la Nación en esta clase de contratos.

Finalmente, es importante mencionar que la Ley 963 de 2005, que autorizaba los contratos de estabilidad jurídica, fue derogada expresamente y en su integridad por el artículo 166 de la Ley 1607 de 2012¹⁴, el cual estatuyó lo siguiente:

¹² El Comité de Estabilidad Jurídica está compuesto por: (i) el Ministro de Hacienda y Crédito Público o su delegado; (ii) el Ministro de Comercio, Industria y Turismo o su delegado; (iii) el ministro del ramo en el cual se efectúe la inversión o su delegado; (iv) el Director del Departamento Nacional de Planeación o su delegado, y (v) el director de la entidad autónoma respectiva, o su delegado, cuando en el contrato se incluyan normas expedidas por dichas entidades. El reglamento del Comité se encuentra contenido en las Resoluciones Nos. 1 de 2005 y 2 de 2008, expedidas por ese órgano, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 2950 de 2005.

¹³ “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014”.

¹⁴ “Por la cual se expiden normas en materia tributaria y se dictan otras disposiciones”.

“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 [ley] 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”. (Subraya la Sala).

Lo anterior significa que aun cuando no puede solicitarse la celebración de contratos de estabilidad jurídica después de la entrada en vigencia de la Ley 1607 de 2012, es decir, el 26 de diciembre de ese año, los contratos que se hubiesen suscrito hasta esa fecha continúan vigentes en los términos que se hayan estipulado, de conformidad con la Ley 963 y sus normas reglamentarias, y las solicitudes que se hubieran presentado hasta ese mismo día debían ser estudiadas y tramitadas a la luz de las disposiciones citadas, pudiendo dar lugar a la celebración de los contratos respectivos.

Dado que, según lo previsto en el artículo 60 de la Ley 963 de 2005, los contratos de estabilidad jurídica pueden tener plazos de duración de entre tres (3) y veinte (20) años, se infiere que en la actualidad podría haber contratos de esta clase que se encuentren vigentes, incluso, hasta los años 2032 o 2033, a los cuales se les continuarían aplicando las normas referidas.

B. Régimen jurídico aplicable a los contratos de estabilidad

Como se mencionó en el acápite anterior, los contratos de estabilidad jurídica se encuentran definidos y regulados en las Leyes 963 de 2005 y 1450 de 2011, así como en los Decretos Reglamentarios 2950 de 2005, 133 de 2006 y 1474 de 2008, principalmente. Lo anterior significa, como es obvio, que este conjunto de normas de derecho público constituyen, en principio, el régimen aplicable a los citados contratos.

Sin embargo, en la medida en que tales disposiciones solamente regulan los aspectos principales de dichos contratos y del trámite para celebrarlos, y que la Ley 963 no se ocupó de señalar expresamente la normatividad que se aplicaría a los contratos de estabilidad jurídica en todo lo no previsto en aquella ley, surge la duda de saber si el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública u otro régimen distinto, como podría ser, por ejemplo, el del derecho privado contenido en los Códigos Civil y de Comercio, es el llamado a regular aquellos aspectos de los citados contratos sobre los cuales guardó silencio la Ley 963 de 2005.

Este punto, como se verá, resulta importante para determinar el procedimiento con el cual puede efectuarse la terminación unilateral y anticipada de estos contratos por parte de la Nación, así como los efectos jurídicos que dicha forma anormal de terminación debe producir.

A este respecto, es necesario mencionar, en primer lugar, que el artículo 8º del Decreto Reglamentario 2950 de 2005 resolvió en forma expresa este interrogante, al disponer, en su parte pertinente:

“Artículo 8º. El contrato de estabilidad jurídica. El contrato de estabilidad jurídica se regirá en lo pertinente por la Ley 80 de 1993 y deberá contener, al menos, las siguientes cláusulas: (...)”. (Subraya fuera del texto).

A pesar de la claridad de lo señalado por la norma reglamentaria, la Sala considera necesario hacer algunas consideraciones adicionales sobre este punto, teniendo en cuenta, por una parte, que la función de “*expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional*”, es una competencia que la Constitución Política asigna directamente al Congreso de la República (artículo 150, inciso final), y por otra parte, que la potestad reglamentaria otorgada por la misma Carta al Presidente de la República (artículo 189, numeral 11) debe ejercerse en la medida en que sea necesaria para la debida y efectiva ejecución de la ley y sin exceder los límites expresos o implícitos de esta, como reiteradamente lo ha dicho la jurisprudencia.

Por lo tanto, es necesario analizar si lo previsto a este respecto en el artículo 8º del Decreto 2950 se aviene a lo ordenado por el legislador o si, por el contrario, desborda el marco legal que debe respetar, pues solo en el primer caso la disposición reglamentaria podría acogerse y cumplirse sin ningún tipo de reservas.

A juicio de la Sala, cuando la norma citada señala que los contratos de estabilidad tributaria se regirán, en lo pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, tal disposición respeta e interpreta razonablemente el marco constitucional y legal aplicable a dichos negocios jurídicos, por las siguientes razones:

i) En primer lugar vale la pena mencionar que, a diferencia de lo que sucedía con los “contratos de estabilidad tributaria” creados por la Ley 223 de 1995, resulta indiscutible el carácter netamente contractual o convencional de los contratos de estabilidad jurídica, razón por la cual era indispensable, para que dichos contratos se entendieran celebrados y produjeran efectos, que el inversionista y la Nación, por intermedio del Comité de Estabilidad Jurídica y el ministro del ramo, se pusieran de acuerdo sobre los aspectos esenciales del contrato y plasmaran su consentimiento por escrito. Si bien el artículo 4º, literal f) de la Ley 963 de 2005 señalaba que el ministro correspondiente debía firmar el contrato de estabilidad jurídica dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la solicitud que presentara el inversionista (siempre que dicha solicitud fuera completa y procedente), ni esa disposición ni cualquier otra de la Ley 963 o de sus decretos reglamentarios establecían que en el evento de que el contrato no se suscribiera dentro de dicho plazo debería entenderse perfeccionado o, peor aun, que se aplicara automáticamente al inversionista el régimen de estabilidad que hubiese pedido, como sí lo consagraba, en lo pertinente, el artículo 240-1 del Estatuto Tributario.

Esta interpretación fue confirmada por la Corte Constitucional en la sentencia C-785 de 2012¹⁵, en la cual, al resolver una demanda contra el artículo 1º de la Ley 1430 de 2010¹⁶, que fijó un plazo para que pudiera solicitarse la inclusión en los contratos de estabilidad jurídica de la deducción por activos fijos reales productivos consagrada a la sazón en el artículo 158-3 del Estatuto Tributario, manifestó que las solicitudes de celebración de un contrato de estabilidad jurídica no generaban derechos adquiridos, sino simples expectativas, pues tales

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-785 del 10 de octubre de 2012. Radicación D-9028.

¹⁶ “Por medio de la cual se dictan normas tributarias de control y para la competitividad”.

derechos solamente nacían a partir de la suscripción del contrato por las dos partes, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley 963 de 2005.

ii) Dado que resulta indudable su carácter convencional, es claro que los contratos de estabilidad tributaria son contratos estatales, como los define el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, esto es, “actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad...” (se destaca). En efecto, vale la pena recordar que los contratos de estabilidad jurídica se celebraban entre la Nación, que es una de las entidades estatales a las cuales se refiere el artículo 2º, numeral 1º, literal a) de la Ley 80, y una persona natural o jurídica (el inversionista). Por lo tanto, es evidente que estos contratos caen dentro del objeto del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, descrito así por el artículo 1º de la misma ley: “*La presente ley tiene por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales*”.

iii) La intención generalizadora o universalizadora de la Ley 80 de 1993 en relación con los contratos celebrados por las entidades del Estado fue explícita desde la misma presentación del proyecto de ley por parte del Gobierno Nacional, tal como puede verse en la exposición de motivos correspondiente¹⁷:

“1. Universalidad del Estatuto Contractual

La nueva ley pretende convertirse en el marco normativo de la actividad estatal en cuanto atañe a la contratación. Por ende, su estructura se caracteriza por definir y consagrar en forma sistematizada y ordenada las reglas y principios básicos que deben encaminar la realización y ejecución de todo contrato que celebre el Estado. (...)

La unidad en sus fines se logra adecuadamente por la implantación de unos principios rectores que orienten y garanticen la gestión de todo ente estatal. Por ello, el estatuto proyectado está concebido como un conjunto normativo de aplicación general, es decir, de obligatoria observancia para todos los entes y organismos del Estado de las diferentes ramas del poder público, y en sus diferentes niveles. (...)

Así pues, esta ley pretende convertirse en la general y única para el Estado en todo el territorio nacional. (...). (Negritas del original; subrayas añadidas).

iv) La concepción de los contratos de estabilidad jurídica como contratos estatales y la consecuente aplicación del Estatuto General de Contratación Pública han sido insinuadas igualmente por la jurisprudencia constitucional. En efecto, en la sentencia C-320 de 2006, antes citada, la Corte Constitucional manifestó que los contratos de estabilidad jurídica son “*de carácter administrativo*”. Igualmente, en la C-961 de 2006¹⁸, la Corte afirmó que los contratos de estabilidad jurídica son “*administrativos*” y sostuvo que la regulación contenida en la Ley 963 de 2005 obedece parcialmente a la atribución que la Constitución Política confiere al Congreso en el inciso final del artículo 150, para “*expedir el estatuto general de contratación de la administración pública*”. Como se recuerda, la denominación que la ley y la jurisprudencia daban a los contratos de las entidades públicas, antes de la Ley 80 de 1993, era la de “*contratos administrativos*” y “*contratos de derecho privado de la administración*”¹⁹.

¹⁷ Senado de la República. *Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*. OÑATE Rivero, Rafael (compilador), 1994, páginas 109 y 110.

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia C-961 del 22 de noviembre de 2006. Exp. D-6304.

¹⁹ Así puede verse en el artículo 16 del Decreto Ley 222 de 1983.

v) Si bien es cierto que los contratos de estabilidad jurídica son contratos especiales, en cuanto buscan un propósito particular extraño a los objetivos que normalmente persigue la contratación pública, y están sometidos a un régimen igualmente especial, comprendido principalmente por la Ley 963 de 2005 y sus normas reglamentarias, esto no significa que dichos negocios jurídicos no puedan estar sujetos simultáneamente al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, contenido en la Ley 80 de 1993 y en otras que la han modificado o complementado, como la Ley 1150 de 2007²⁰ y, en lo pertinente, la Ley 1474 de 2011²¹; pero tampoco implica que dicho Estatuto pueda aplicarse a tales contratos de manera general e indiscriminada, justamente por su carácter especial. Por lo tanto, la aplicación del Estatuto General de Contratación Pública a los contratos de estabilidad jurídica debe ser “*en lo pertinente*”, como lo señala el artículo 8º del Decreto 2950 de 2005, lo cual significa que las normas de aquel estatuto solamente pueden aplicarse a dichos contratos en cuanto: (i) el asunto de que se trate no esté regulado en el régimen legal especial aplicable a los contratos de estabilidad jurídica, y (ii) la norma o el principio que se pretenda aplicar no resulte opuesto o incompatible con el texto y el “*espíritu*” o finalidad perseguida por la Ley 963 de 2005.

Ahora bien, luego de esclarecida la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública a los contratos de estabilidad jurídica, procede ahora determinar la manera como la Nación puede terminar unilateralmente y en forma anticipada dichos contratos ante un incumplimiento del inversionista, para responder en concreto las preguntas formuladas en la consulta.

C. Terminación unilateral y anticipada de los contratos de estabilidad jurídica. Procedimiento y efectos en el tiempo

Tal como se enunció previamente, el artículo 8º de la Ley 963 de 2005 regula la terminación de los contratos de estabilidad jurídica en los siguientes términos:

“Artículo 8º. Terminación anticipada del contrato. 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 o el estar incurso en la causal del artículo 9º de la presente ley, dará lugar a la terminación anticipada del contrato”. (Se resalta)

Aunque la redacción de esta norma no parece suficiente, por sí misma, para concluir si la terminación anticipada de los contratos de estabilidad jurídica en los eventos descritos se produce en forma automática, es decir, apenas ocurren los hechos que la generan, o si requiere por el contrario de un acto administrativo expedido por la autoridad competente en representación de la Nación luego de surtirse una actuación o procedimiento administrativo, el análisis histórico de la disposición legal mencionada, así como su interpretación sistemática, en conjunto con otras normas que regulan dichos contratos o les son aplicables, revelará la respuesta a dicha inquietud.

El mismo estudio permitirá concluir si, en cualquiera de las dos hipótesis, los contratos deben entenderse terminados desde el momento en que el inversionista

²⁰ “Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos”.

²¹ “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”.

haya incurrido en un incumplimiento, o desde cuando quede en firme el acto administrativo que así lo establezca.

1. Antecedentes del artículo 8º de la Ley 963 de 2005. Interpretación histórica

En cuanto atañe a los antecedentes de esta norma legal, vale la pena decir que la misma no formaba parte del articulado original del proyecto de ley presentado por el Gobierno. Se incluyó en el pliego de modificaciones que se propuso para el primer debate del proyecto en la Comisión Tercera del Senado. En su versión inicial, la norma consagraba solamente dos causales de terminación anticipada de los contratos de estabilidad jurídica: (i) la no realización de la totalidad o parte de la inversión ofrecida, y (ii) la falta de pago total o parcial de la prima.

Más adelante se introdujo en el proyecto de ley una inhabilidad para la celebración de estos contratos, consistente en que el solicitante hubiera sido condenado o sancionado por delitos de corrupción en Colombia o en cualquier otro país, razón por la cual se modificó la norma sobre la terminación anticipada de los contratos, incluyendo como causal el hecho de que el contratista –inversionista incurriera en esta inhabilidad.

En el pliego de modificaciones al proyecto de ley para primer debate en la Cámara de Representantes se ajustó de nuevo la redacción de la norma y se explicó su propósito de la siguiente manera:

“Características de los contratos de estabilidad jurídica
(...)

9. Con el propósito de salvaguardar el interés general, se establecen causales de terminación anticipada del contrato (art. 8º), tales como: la no realización de la totalidad o parte de la inversión, el no pago de la totalidad o parte de la prima o el estar incurso en la cláusula anticorrupción (art. 9º).
(...)

Artículo 8º. Terminación anticipada del contrato.

Se incluye una causal que permita terminar anticipadamente el contrato cuando se retire la totalidad o parte de la inversión y cuando no se efectúe el pago oportuno de la inversión o de la prima. (...) (Negritas del original; subrayas añadidas).

Esta misma explicación aparece contenida en el informe de ponencia para primer debate en la Cámara. Con el texto propuesto en esa oportunidad fue aprobado finalmente el proyecto, sancionado como la Ley 963 de 2005

Como se puede apreciar, no fue intención del legislador establecer que los hechos previstos en el artículo 8º de la Ley 963 constituyeran causales de terminación automática o “*ipso iure*” de los contratos de estabilidad jurídica, sino, por el contrario, circunstancias que, de presentarse, permitieran a la Nación terminarlos en forma anticipada y unilateral, es decir, la facultaran para tomar esa decisión.

2. Interpretación sistemática de la norma

a. La reglamentación

La conclusión señalada en el numeral anterior se refuerza con el entendimiento o interpretación que el Gobierno Nacional hizo de dicha ley para efectos de su reglamentación, especialmente en el Decreto 2950 de 2005. Varias normas de este decreto demuestran el aserto anterior:

i) El artículo 8º menciona las cláusulas o los elementos mínimos que debían incluirse en los contratos de estabilidad jurídica, entre los cuales se encuentra: “i) La estipulación de que 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 artículo 9º de la Ley 963 de 2005, o el incumplimiento no justificado de las obligaciones previstas en el contrato, podrá dar lugar a la terminación anticipada del mismo” (subrayamos).

ii) El artículo 11 sistematiza de la siguiente forma las causales de terminación de los contratos de estabilidad jurídica:

“Artículo 11. Terminación de los contratos de estabilidad jurídica. Los contratos de estabilidad jurídica terminarán:

a) Por el vencimiento del término del contrato;

b) Anticipadamente, de manera unilateral por parte de la Nación, por la no realización oportuna o retiro total o parcial de la inversión; el no pago oportuno de la totalidad o parte de la prima; estar incurso en la inhabilidad contemplada en el artículo 9º de la Ley 963 de 2005; y por el incumplimiento injustificado de las obligaciones previstas en el contrato;

c) Por el mutuo acuerdo entre las partes;

d) 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 contrato.

Parágrafo 1º. En caso de que sean declaradas nulas o inexequibles las normas, las interpretaciones administrativas vinculantes o las normas que son objeto de dichas interpretaciones, previstas en el contrato, en los términos del inciso 3º del artículo 11 de la Ley 963 de 2005, cesarán de pleno derecho las obligaciones previstas en el mismo respecto de dichas normas o interpretaciones, desde la fecha de ejecutoria de la sentencia judicial correspondiente. Si el objeto del contrato incluye normas o interpretaciones administrativas vinculantes adicionales a las que sean anuladas o declaradas inexequibles por los tribunales, el contrato continuará vigente respecto de las mismas.

Parágrafo 2º. En todo momento el inversionista podrá someter a consideración del Comité las razones que justifiquen un retiro parcial de la inversión, así como otros incumplimientos menores del contrato, con el fin de evitar la terminación anticipada del mismo”. (Subrayas fuera del texto).

Como se observa, esta norma concibe la terminación anticipada de los contratos, en los eventos descritos en el literal b), como una decisión que debe tomar unilateralmente la Nación y que, al menos cuando la causal invocada sea el hecho de haberse efectuado un retiro parcial de la inversión o de haber incurrido el contratista en un incumplimiento “menor” de sus obligaciones, le permite expresamente a este invocar y demostrar ante el Comité de Estabilidad Jurídica que el incumplimiento (incluyendo el retiro parcial de la inversión) ha sido justificado, con el fin de evitar la terminación anticipada del contrato.

Lo anterior permite inferir claramente que, según lo establecido en la reglamentación, no todo incumplimiento del contratista–inversionista genera necesariamente la terminación anticipada del contrato, pues se requiere una evaluación sobre la gravedad del incumplimiento y sobre las circunstancias que lo generaron. Siendo así, no podría concluirse entonces que tales incumplimientos produzcan la terminación automática o “*ipso iure*” del contrato.

En contraste, cuando la terminación de dichos contratos se produce por la declaración de nulidad o la inexecuibilidad de la totalidad de las normas e interpretaciones administrativas señaladas en tales contratos como determinantes de la inversión, la norma reglamentaria sí establece (como puede verse en el literal d. y en el párrafo 1º), en concordancia con la ley y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que la terminación de los mismos se produce de “pleno derecho”, esto es, automáticamente, sin necesidad de una decisión judicial o administrativa que así lo declare.

b. Aplicación de otras normas legales y principios a la terminación unilateral de los contratos de estabilidad jurídica

El análisis de otras normas y principios que no forman parte del régimen especial de los contratos de estabilidad jurídica, pero que les son aplicables, conforme a lo señalado en la parte B) de este concepto, respaldan las mismas conclusiones.

En primer lugar, es del caso aclarar que la Sala no comparte la interpretación sugerida en la consulta sobre la aplicación del artículo 18 de la Ley 80 de 1993, que regula la caducidad de los contratos estatales, a la terminación unilateral y anticipada de los contratos de estabilidad jurídica, por las razones que se exponen a continuación:

i) En primer término, debe reiterarse que los contratos de estabilidad jurídica están sometidos a un régimen especial, el cual debe aplicarse de preferencia a las normas generales contenidas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Así, aunque no puede discutirse que entre la figura de la caducidad que consagra dicho estatuto y la terminación unilateral que regula el artículo 8º de la Ley 963 de 2005, existen importantes semejanzas, principalmente porque se trata de una especie de *sanción* que las entidades públicas pueden imponer al contratista en el evento de incurrir en un incumplimiento relevante a cualquiera de sus obligaciones, ningún principio ni regla de derecho autorizan al intérprete para convertir en “caducidad” lo que la Ley 963 califica expresamente como “terminación anticipada” del contrato, para aplicar a dicha figura el procedimiento y las consecuencias jurídicas de aquella otra institución.

ii) En segundo lugar, recuérdese que la caducidad ha sido calificada jurisprudencial y doctrinalmente como una sanción que genera determinados efectos jurídicos, uno de los cuales es que inhabilita al contratista (sea persona natural o jurídica) para celebrar nuevos contratos con el Estado por un término de cinco años, conforme a lo previsto en el artículo 8º, numeral 1º de la Ley 80 de 1993. Esta misma inhabilidad no se genera por la simple terminación unilateral y anticipada de los contratos estatales, ni siquiera porque tal decisión sea motivada en el incumplimiento del contratista, como sucede en el caso que nos ocupa. Vale la pena aclarar, sin embargo, que el incumplimiento del contratista, declarado así por una o varias entidades estatales en relación con dos o más contratos y dentro de una misma vigencia fiscal, así como el hecho de que el contratista sea objeto de dos multas y una declaratoria de incumplimiento dentro de la misma vigencia fiscal, constituyen actualmente causales de inhabilidad, la cual se extiende en estos casos por un período de tres años, según lo dispone el artículo 90 de la Ley 1474 de 2011²². Pero estas causales, como se observa, son autónomas y distintas de la inhabilidad originada en la declaratoria de caducidad del contrato.

²² “Artículo 90. Inhabilidad por incumplimiento reiterado. Quedará inhabilitado el contratista que incurra en alguna de las siguientes conductas:

Dado que tanto las normas punitivas como aquellas que consagran inhabilidades e incompatibilidades son de aplicación e interpretación restrictivas, como lo acepta mayoritariamente la jurisprudencia y la doctrina, es evidente que no puede imponerse al inversionista en los contratos de estabilidad jurídica una sanción de “caducidad” ni aplicársele la causal de inhabilidad que esta genera, so pretexto de asimilar a la caducidad la terminación unilateral y anticipada que consagra la Ley 963 de 2005.

iii) Las denominadas cláusulas exorbitantes, que establece la Ley 80 en sus artículos 14, 15, 16, 17, 18 y 19, principalmente, con excepción de la de terminación unilateral del contrato, consagrada de manera expresa y especial en el artículo 8º de la Ley 963, no son aplicables a los contratos de estabilidad jurídica, no solo porque varias de ellas resultarían contrarias a la finalidad y al objeto de dichos contratos, que pretenden justamente crear para el inversionista un ambiente de estabilidad y certeza en la aplicación de un conjunto de normas durante cierto plazo²³, sino principalmente porque esta clase de contratos no encuadra dentro de los tipos de contratos estatales en los que las cláusulas exorbitantes se entienden incorporadas obligatoriamente, ni en aquellos otros en los que tales estipulaciones pueden pactarse potestativamente²⁴, según las reglas previstas en el numeral 2º del artículo 14 de la Ley 80 de 1993²⁵. En

a) *Haber sido objeto de imposición de cinco (5) o más multas durante la ejecución de uno o varios contratos, durante una misma vigencia fiscal con una o varias entidades estatales;*

b) *Haber sido objeto de declaratorias de incumplimiento contractual en por los menos dos (2) contratos durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales;*

c) *Haber sido objeto de imposición de dos (2) multas y un (1) incumplimiento durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales.*

La inhabilidad se extenderá por un término de tres (3) años, contados a partir de la inscripción de la última multa o incumplimiento en el Registro Único de Proponentes, de acuerdo con la información remitida por las entidades públicas. La inhabilidad pertinente se hará explícita en el texto del respectivo certificado.

Parágrafo. La inhabilidad a que se refiere el presente artículo se extenderá a los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado esta inhabilidad, así como las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria”. (Resaltamos).

²³ Piénsese, por ejemplo, que si la Nación tuviese la facultad de modificar o interpretar unilateralmente los contratos de estabilidad jurídica, suprimiendo o adicionando normas que hayan sido taxativamente incorporadas a los mismos y cuyo congelamiento se pretende, o interpretándolas de distinta forma, o variando las condiciones de la inversión que los contratistas se hayan obligado a efectuar, desaparecería completamente la finalidad para la cual se celebran dichos contratos y la utilidad práctica que los inversionistas persiguen con estos.

²⁴ En relación con los contratos estatales en los cuales se entienden incorporadas obligatoriamente las cláusulas exorbitantes, con aquellos en los cuales se pueden incluir facultativamente y con los contratos en los cuales está prohibido pactar este tipo de estipulaciones, puede verse el análisis contenido en la sentencia del 17 de octubre de 2012, proferida por la Sección Tercera – Subsección A – de esta Corporación, radicación N° 73001-23-31-000-2000-01292-01(22220).

²⁵ “Artículo 14.- De los medios que pueden utilizar las Entidades Estatales para el Cumplimiento del Objeto Contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

(...)

2o. *Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.*

Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente.

consecuencia, no puede afirmarse que en los contratos de estabilidad jurídica se entienda incluida la cláusula de caducidad, ni la Nación podría, por lo tanto, efectuar dicha declaratoria.

Dado lo anterior, es claro que a la terminación unilateral y anticipada de los contratos de estabilidad jurídica no se le puede dar otro carácter distinto del que la propia ley le asigna expresamente, por lo cual la norma que resulta aplicable, en lo pertinente, es el artículo 17 de la Ley 80 de 1993 (y no el 18), que justamente regula dicha figura en los contratos estatales, de la siguiente forma:

“Artículo 17º.- De la Terminación Unilateral. La entidad en acto administrativo debidamente motivado dispondrá la terminación anticipada del contrato en los siguientes eventos:

1o. Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga.

2o. Por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista.

3o. Por interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista.

4o. Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato.

Sin embargo, en los casos a que se refieren los numerales 2o. y 3o. de este artículo podrá continuarse la ejecución con el garante de la obligación.

La iniciación de trámite concordatario no dará lugar a la declaratoria de terminación unilateral...” (se destaca).

Adicionalmente, vale la pena recordar que el artículo 45 de la Ley 80 establece para los jefes o representantes legales de las entidades estatales el deber de dar por terminados unilateralmente los contratos estatales que se encuentren viciados de nulidad absoluta, por las causales previstas en los numerales 1º, 2º y 4º del artículo 44 ibídem.

Ahora bien, dado que dichas normas consagran causales de terminación distintas de las previstas en el artículo 8º de la Ley 963, la regla que resulta aplicable a la terminación anticipada de los contratos de estabilidad jurídica es la consagrada en el primer inciso del artículo 17 de la Ley 80, según la cual dichos contratos pueden terminarse mediante “*acto administrativo debidamente motivado*”, expedido por la autoridad competente, es decir la Nación, en este caso.

Esta norma debe complementarse con otras que forman parte del Estatuto General de Contratación Pública y del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), a las cuales dicho estatuto remite.

En primer lugar es pertinente mencionar que, según lo dispuesto por el inciso final del numeral 1º del artículo 14 de la Ley 80, “*contra los actos administrativos que*

Parágrafo.- En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales”. (Subrayas ajenas al texto).

ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual que pueda intentar el contratista...” (subrayamos). Esta regla se encuentra en armonía con lo previsto en el inciso segundo del artículo 77 ibídem, conforme al cual “los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo”, y también coincide con lo normado sobre este punto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, al cual nos referiremos más adelante.

Asimismo puede mencionarse lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, que es del siguiente tenor:

“Artículo 17. Del derecho al debido proceso. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.

Parágrafo. La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales...

Parágrafo transitorio. Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas”.

Como se aprecia, el inciso primero de la norma transcrita establece el deber de garantizar el debido proceso en todas las actuaciones sancionatorias que se lleven a cabo en asuntos contractuales, en desarrollo de lo ordenado por el artículo 29 de la Carta Política²⁶.

Por último, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 volvió a regular este tema en los siguientes términos:

“Artículo 86. Imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento. Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:

a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el

²⁶ “Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal...

(...)”.

informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera;

b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad;

c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia;

d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia. La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento". (Subrayas extra-textuales).

Este precepto resulta aplicable a los contratos de estabilidad jurídica en los casos en que la intención de terminarlos anticipadamente se fundamente en el incumplimiento de las obligaciones del contratista-inversionista, principalmente aquellas relacionadas con la realización y el mantenimiento de la inversión en las condiciones ofrecidas y con el pago de la prima estipulada, pues la terminación unilateral de dichos contratos por parte de la Nación debe estar precedida lógicamente de la declaratoria de incumplimiento (así esta declaración se haga en el mismo acto administrativo), ya que la potestad que se otorga a la Nación para terminar anticipada y unilateralmente estos contratos constituye el efecto jurídico que la Ley 693 de 2005 consagra para el evento de incumplimiento por parte del inversionista.

Sobre la posibilidad de aplicar esta norma incluso a los contratos estatales suscritos con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1474 de 2011, se pronunció esta Sala en el concepto N° 2157 del 10 de octubre de 2013²⁷. En el

²⁷ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto N° 2157 del 10 de octubre de 2013, rad. N° 11001-03-06-000-2013-00384-00. En este concepto la Sala manifestó:

"En consecuencia es el artículo 86 de la ley 1474 de 2011 la norma que actualmente regula la materia, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 17 de la ley 1150 de 2007, y su aplicación a los contratos celebrados con anterioridad a su vigencia, incluido el contrato... objeto de esta consulta, es claramente procedente en aplicación de los principios de efecto general inmediato y retrospectividad de la ley, los cuales fueron explicados por la Sala respecto del artículo 17 de la ley

mismo concepto, la Sala expresó lo siguiente sobre el alcance del artículo 86 de la Ley 1474 y la finalidad perseguida con el mismo:

“Lo dispuesto en el artículo 86 de la ley 1474 podría entenderse como el desarrollo más depurado y concreto del derecho al debido proceso en materia de la adopción de medidas sancionatorias de carácter contractual, recogiendo los avances jurisprudenciales y doctrinales que se dieron desde la expedición de la ley 1150 de 2007”.

Ahora bien, en aquellos casos en que la terminación anticipada de los contratos de estabilidad jurídica no se fundamente en el incumplimiento del contratista, sino en el hecho de haber incurrido este en la causal de inhabilidad que consagra el artículo 9º de la Ley 963 de 2005, o en el hallarse incurso el contrato en una causal de nulidad absoluta de las previstas en los numerales 1º, 2º y 4º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, el procedimiento a seguir sería el previsto en los artículos 14, 17, 45 y 77 de dicha ley, en lo que resulte aplicable, así como en las normas pertinentes del CPACA.

A este respecto vale la pena detenerse en el artículo 77 de la Ley 80, que dispone en sus partes pertinentes:

“Artículo 77º.- De la Normatividad aplicable en las actuaciones administrativas. En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la Función administrativa, serán aplicables en las actuaciones contractuales. A falta de éstas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.

Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo.
(...)”.

Como se observa, esta disposición remite expresamente a “*las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la Función (sic) administrativa*”, las cuales se encontraban contenidas principalmente en el Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984) y hoy en día lo están en el CPACA. Dicha remisión debe entenderse efectuada en armonía con lo previsto en el artículo 23 de la Ley 80 de 1993, que estatuye:

“Artículo 23º.- De Los Principios de las Actuaciones Contractuales de las Entidades Estatales. Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y

1150..., pero especialmente por mandato del artículo 40 de la ley 153 de 1887, por cuya inteligencia en el tránsito de legislación de normas procesales “[l]as leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben comenzar a regir. Pero los términos que hubieren comenzado a correr, y las actuaciones y diligencias ya iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación.”

Por último, el artículo 96 de la ley 1474 de 2011 estableció un régimen de transición en donde se indica que los procesos de contratación estatal en curso, a la fecha en que entrara a regir la ley (12 de julio de 2011, según Diario Oficial No. 48.128), continuarían sujetos a las normas vigentes al momento de su iniciación. Y de otro lado, que no se generarían inhabilidades ni incompatibilidades sobrevinientes por la aplicación de las normas contempladas en la ley respecto de los procesos contractuales que se encontraran en curso antes de su vigencia.

Como puede apreciarse la norma solo contempló lo relativo a los procesos de selección y el régimen de inhabilidades y guardó silencio en relación con los contratos, lo cual significa que respecto de estos se aplican las normas generales de tránsito de legislación explicadas en los puntos precedentes”.

responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo”.

En consecuencia, no hay duda de que las actuaciones administrativas adelantadas por las entidades estatales y los actos administrativos expedidos por las mismas en desarrollo de la actividad contractual, ya sea durante el proceso de contratación, durante la ejecución del contrato o, incluso, después de su terminación pero en relación con el mismo, se rigen por las normas y principios generales consagrados hoy en día en la parte primera del CPACA, en cuanto no riñan con las disposiciones especiales contenidas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y sus normas complementarias.

Esta conclusión armoniza con lo preceptuado en el artículo 2 de la Ley 1437 de 2011: *“Las autoridades sujetarán sus actuaciones a los procedimientos que se establecen en este Código, sin perjuicio de los procedimientos regulados en leyes especiales. En lo no previsto en los mismos se aplicarán las disposiciones de este Código”.* Y en el mismo sentido, el artículo 34 ibídem dispone: *“Las actuaciones administrativas se sujetarán al procedimiento administrativo común y principal que se establece en este Código, sin perjuicio de los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales. En lo no previsto en dichas leyes se aplicarán las disposiciones de esta Parte Primera del Código”.*

Ahora bien, vale la pena recordar que el artículo 3º, numeral 1º del CPACA define así el principio del debido proceso en materia administrativa, a la luz de lo dispuesto en el artículo 29 de la Carta:

“1. En virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción.

En materia administrativa sancionatoria, se observarán adicionalmente los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones, de presunción de inocencia, de no reformatio in pejus y non bis in ídem”.

Con respecto a la aplicación de este principio en la actividad contractual del Estado, la Sala manifestó lo siguiente en el citado concepto 2157 de 2013:

“(…) la observancia del debido proceso en las actuaciones administrativas, incluyendo la contractual, es de vital trascendencia para la obtención de decisiones verdaderamente justas y adecuadas al derecho material, y tiene los siguientes alcances: (i) ser oído antes de que se tome la decisión; (ii) participar efectivamente en el proceso desde su inicio hasta su terminación; (iii) ofrecer y producir pruebas; (iv) obtener decisiones fundadas o motivadas; (v) recibir notificaciones oportunas y conforme a la ley; (vi) tener acceso a la información y documentación sobre la actuación; (vii) controvertir los elementos probatorios antes de la decisión; (viii) obtener asesoría legal; (vii) tener la posibilidad de intentar mecanismos contra las decisiones administrativas²⁸”.

Por otro lado, cabe recordar que el artículo 42 del CPACA señala el contenido mínimo que deben tener las decisiones mediante las cuales se ponga fin a las actuaciones administrativas; el artículo 66 impone el deber de notificar los actos administrativos de carácter particular; el 74 establece los recursos que pueden

²⁸ “[16] Cfr. SANTOFIMIO, Gamboa, Jaime Orlando, *Estudios sobre la reforma del Estatuto Contractual, Ley 1150 de 2007*, editorial Universidad Externado de Colombia 2009, p. 80 a 82”.

interponerse contra esta clase de actos administrativos; el artículo 87 determina cuándo se produce la firmeza de tales actos, y el 89 regula el carácter ejecutorio de los actos administrativos en firme. Por resultar especialmente pertinentes para esta consulta, se transcribe parcialmente los últimos tres artículos citados:

“Artículo 74. Recursos contra los actos administrativos. Por regla general, contra los actos definitivos procederán los siguientes recursos:

- 1. El de reposición, ante quien expidió la decisión para que la aclare, modifique, adicione o revoque.*
- 2. El de apelación, para ante el inmediato superior administrativo o funcional con el mismo propósito.
(...)*
- 3. El de queja, cuando se rechace el de apelación.
(...)”.*

“Artículo 87. Firmeza de los actos administrativos. Los actos administrativos quedarán en firme:

- 1. Cuando contra ellos no proceda ningún recurso, desde el día siguiente al de su notificación, comunicación o publicación según el caso.*
- 2. Desde el día siguiente a la publicación, comunicación o notificación de la decisión sobre los recursos interpuestos.*
- 3. Desde el día siguiente al del vencimiento del término para interponer los recursos, si estos no fueron interpuestos, o se hubiere renunciado expresamente a ellos.*
- 4. Desde el día siguiente al de la notificación de la aceptación del desistimiento de los recursos.*
- 5. Desde el día siguiente al de la protocolización a que alude el artículo 85 para el silencio administrativo positivo”.*

“Artículo 89. Carácter ejecutorio de los actos expedidos por las autoridades. Salvo disposición legal en contrario, los actos en firme serán suficientes para que las autoridades, por sí mismas, puedan ejecutarlos de inmediato. En consecuencia, su ejecución material procederá sin mediación de otra autoridad. Para tal efecto podrá requerirse, si fuere necesario, el apoyo o la colaboración de la Policía Nacional”.
(Destacamos).

Lo anterior permite concluir, entonces, en armonía con lo que se ha explicado previamente sobre la terminación unilateral y anticipada de los contratos de estabilidad jurídica, que solo cuando el acto administrativo que decreta dicha terminación quede en firme, puede entenderse efectivamente terminado o extinguido el contrato de que se trate. Esto supone que, luego de tramitarse el procedimiento administrativo previsto en las normas citadas con anterioridad, respetando en todo caso los derechos a la defensa y al debido proceso del contratista afectado, el citado acto administrativo se expida, se notifique al inversionista en forma personal o por los otros medios que prevé el CPACA, se resuelva el recurso de reposición que contra dicha decisión se llegue a interponer y se notifique este segundo acto, o venza el término para presentar dicho recurso, cuando el mismo no haya sido interpuesto o el contratista haya renunciado expresamente a este medio de impugnación.

Es pertinente recordar que de conformidad con las normas antes citadas de las Leyes 80 de 1993 y 1474 de 2011, contra esta clase de actos administrativos solo procede el recurso de reposición.

Ahora bien, podría quedar todavía una inquietud sobre este tema, que se esboza en la consulta y se sintetiza así: aunque los efectos del acto que imponga la terminación unilateral de un contrato de estabilidad jurídica solamente se produzcan y, por lo tanto, sean ejecutables cuando dicho acto quede en firme, el objeto de la decisión administrativa mencionada podría ser el de *declarar* que el contrato terminó cuando se produjo el incumplimiento del inversionista o cuando este incurrió en la inhabilidad prevista en el artículo 9º de la Ley 963 de 2005, de tal manera que dicho acto, en lugar de ser constitutivo de una situación jurídica nueva, lo que haría sería declarar o reconocer una situación ocurrida en el pasado. De acuerdo con el texto de la consulta, esta interpretación estaría en armonía con el carácter sinalagmático que la Corte Constitucional le otorga a dichos contratos.

Sin embargo la Sala no prohija esta tesis, por las siguientes razones:

i) La firmeza y la ejecutoriedad de los actos administrativos implica que, en principio y por regla general, los efectos jurídicos de los mismos solamente se producen hacia el futuro (*ex nunc*), es decir, luego de quedar en firme, salvo que la ley, en algunos casos particulares, disponga que tales efectos se generen desde el pasado (*ex tunc* o retroactivamente), como sucede, por ejemplo, con los actos administrativos que reconocen derechos que han sido adquiridos previamente por una persona, al cumplirse las condiciones o requisitos previstos en la ley, lo cual ocurre frecuentemente en materia laboral y de seguridad social, entre otras.

Dado que ni la Ley 963 de 2005 ni las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública establecen que el acto administrativo que decreta la terminación unilateral de los contratos de estabilidad jurídica o, en general, de los contratos estatales, tenga efectos retroactivos desde el momento en que se presenten las causales que permitan a las entidades estatales adoptar dicha decisión, o desde cualquier otra fecha anterior a la firmeza del acto, no es jurídicamente posible concluir que tales actos administrativos tengan efectos retroactivos, en el sentido de que se limiten a declarar que el contrato terminó en un momento pretérito. Por el contrario, lo que hace esta clase de actos es decretar u ordenar la terminación anticipada del contrato, terminación que solo se produce cuando el respectivo acto queda en firme.

ii) De esta forma lo ha entendido la doctrina de esta Sala, así como la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional al estudiar la naturaleza jurídica y los efectos del acto de terminación unilateral de los contratos estatales. En efecto, en el concepto N° 2150 de 2013, la Sala de Consulta manifestó:

“La interpretación sistemática de los artículos 14 y 17 de la ley 80, así como lo dicho por la Sala en los conceptos 1293 de 2001 y 1952 de 2009, permiten señalar que la potestad exorbitante de terminación unilateral tiene las siguientes notas características: i) ámbito temporal para realizar la terminación: durante la ejecución del contrato; ii) las situaciones fácticas que lo permiten: la paralización y la afectación grave del servicio público; iii) la finalidad: evitar dicha paralización o afectación; iv) causales de procedencia, y v) debido proceso.

i) En relación con el aspecto temporal de la terminación el contrato no puede haber finalizado o encontrarse extinguido, es decir, las obligaciones nacidas de él deben encontrarse dentro del plazo otorgado para su cumplimiento o estar pendientes de

cumplirse al tenor de lo dispuesto en el contrato. Obviamente el contrato tampoco puede encontrarse en etapa de liquidación. Por tanto, sólo es posible aplicarla en relación con contratos vigentes, puesto que es un imposible lógico dar por terminado unilateralmente un contrato que hubiese finalizado con anterioridad". (Resaltamos).

Igualmente, en sentencia del 2 de mayo de 2013, el Consejo de Estado manifestó sobre este asunto²⁹:

"i) La terminación unilateral de los contratos estatales

De tiempo atrás la jurisprudencia de esta Sección ha indicado que la potestad legalmente atribuida a las entidades estatales contratantes para que puedan dar por terminados de manera unilateral algunos contratos estatales, de conformidad con las diversas previsiones legales que se ocupan de la materia, es un género, dentro del cual, a su turno, pueden distinguirse algunas especies, las cuales, aun cuando participan de ciertas notas comunes, contienen muchos y muy variados aspectos que las diferencian entre sí.

Dentro del aludido género de la terminación unilateral de los contratos estatales por decisión de la entidad contratante, se encuentra la terminación unilateral propiamente dicha, que es la prevista en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993, de la cual se ocupará la Sala en esta oportunidad...

Esta especie de la terminación unilateral del contrato, comparte con las demás, las siguientes características:

"Como aspectos comunes a todas esas figuras se pueden señalar, entre otros, a) el hecho de que en todos esos casos es la ley la que consagra, de manera expresa, la facultad para que la entidad estatal contratante pueda realizar su declaración; b) cada una de esas figuras produce, en principio, el mismo efecto, consistente en poner fin al respectivo contrato estatal, como quiera que el objeto de todas ellas es, precisamente, el de dar por terminado el contrato estatal en cuestión; c) como corolario obligado de la característica anterior, se impone destacar que la terminación unilateral del contrato en cualquiera de sus modalidades, por razones de lógica elemental, sólo es posible aplicarla en relación con contratos vigentes, puesto que resulta ontológicamente imposible dar por terminado un contrato que ya hubiere finalizado con anterioridad; d) la declaratoria correspondiente, en cuanto debe ser adoptada por una entidad estatal en desarrollo de su actividad contractual, constituye un verdadero acto administrativo de naturaleza contractual; e) como obvia consecuencia de la nota anterior, cabe indicar que en todos esos casos el respectivo acto administrativo que pone fin a un contrato estatal de manera unilateral, será pasible de control judicial en virtud de la acción de controversias contractuales, cuyo ejercicio deberá realizarse dentro del término de caducidad establecido en la ley; f) una vez ejecutoriada la decisión administrativa que dispone o determina la finalización unilateral del correspondiente contrato estatal, será necesario proceder a la liquidación del contrato estatal en cuestión"³⁰.

Y más específicamente, al distinguir entre los efectos de la terminación unilateral de los contratos estatales por estar incursos en alguna de las causales de nulidad absoluta consagradas en los numerales 1º, 2º y 4º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, y la declaración judicial de nulidad de dichos contratos, el Consejo de Estado explicó lo siguiente en sentencia del 2 de mayo de 2007³¹:

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 2 de mayo de 2013, exp. N° 25000-23-26-000-2000-01772-01(23949).

³⁰ "[83] Remítase al pie de página 81".

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 2 de mayo de 2007, radicación N° 85001-23-31-000-1997-00339-01(15599).

“En firme la decisión administrativa de terminación unilateral del contrato, adoptada por la entidad contratante, es claro que la misma únicamente produce efectos hacia el futuro, “ex nunc”, mientras que la declaratoria judicial de nulidad absoluta, como ya se indicó, tiene como efecto retrotraer las cosas al momento de la celebración del contrato, como si éste en realidad nunca hubiere existido, es decir, que está llamada a generar efectos “ex tunc”. (Se destaca).

Vale la pena señalar que esta posición fue acogida expresamente y sin reservas por la Corte Constitucional en la sentencia T-387 de 2009³².

iii) El carácter *sinalagmático* que tienen los contratos de estabilidad jurídica, según lo explicado por la Corte Constitucional, no es suficiente para llegar a la conclusión de que dichos contratos deban entenderse terminados desde el momento mismo en que el contratista-inversionista incurra en un incumplimiento, así dicha terminación requiera una declaratoria posterior efectuada por la Nación.

En efecto, los contratos sinalagmáticos han sido definidos como aquellos que generan obligaciones recíprocas e interdependientes para las dos partes, de tal manera que el cumplimiento de las obligaciones que corresponden a cada uno de los contratantes constituye la causa o el motivo principal por el cual se obliga la otra parte. Sobre esta clase de contratos, en el caso de los celebrados por el Estado, esta Corporación ha señalado³³:

“La esencia de los contratos sinalagmáticos es la interdependencia de las obligaciones recíprocas. Esto es, “la obligación asumida por uno de los contratantes constituye la causa de la obligación impuesta al otro contratante, de donde se deduce que uno está obligado con el otro porque este está obligado con el primero”.

En esa medida, el carácter sinalagmático que ciertamente tienen los contratos de estabilidad jurídica es el que justifica precisamente que la Nación, ante un incumplimiento del contratista-inversionista, pueda darlos por terminados en forma unilateral y anticipada, pues mal podría la Nación continuar atada a sus obligaciones durante todo el plazo del contrato, principalmente aquella de mantener congeladas para el inversionista las normas e interpretaciones administrativas incluidas en el contrato como determinantes de la inversión³⁴, si el contratista no cumple, por su parte, con sus propias obligaciones. Esta afirmación resulta más contundente aun cuando el incumplimiento se refiere a la realización o el mantenimiento de la inversión ofrecida, en las condiciones que se hayan estipulado en el contrato, pues los beneficios económicos y sociales que para el país deben generar dichas inversiones son los que justifican este régimen excepcional previsto en la Ley 963 de 2005 y la celebración de los respectivos contratos.

Pero lo anterior no significa que dichos contratos puedan entenderse terminados desde el mismo momento en que ocurra el presunto incumplimiento, porque la ley no ha previsto esta consecuencia, así como por las demás razones que se han explicado previamente.

³² Corte Constitucional, sentencia T-387 del 28 de mayo de 2009, exp. T- 2.146.854. En aquella ocasión se analizó el caso de un municipio que decidió terminar unilateral y anticipadamente un contrato estatal celebrado por dicha entidad con un particular, a pesar de que ya se encontraba en curso un proceso judicial en el cual se había solicitado la declaratoria de nulidad del mismo contrato.

³³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de abril de 1999, radicación número 1013.

³⁴ Obligación que, dicho sea de paso, constituye un tratamiento absolutamente excepcional frente al deber general que tienen los habitantes de cumplir con todas las normas vigentes y las decisiones de las autoridades administrativas.

Como puede observarse, la terminación unilateral de los contratos estatales por parte de las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública solamente puede decretarse cuando el contrato se encuentra vigente, y produce efectos hacia el futuro (*ex nunc*), incluso cuando dicha decisión se adopte por estar viciado el contrato con alguna de las causales de nulidad absoluta previstas en los numerales 1º, 2º y 4º del artículo 44 de la Ley 80.

Lo anterior significa que en el caso de los contratos de estabilidad jurídica, la decisión que tome la Nación de terminarlos en ciertos eventos, cuando se presente alguna de las causales previstas en el artículo 8º de la Ley 963 de 2005, solamente produce efectos a partir del momento en que quede en firme el acto administrativo que contenga dicha determinación, conforme a lo previsto en el artículo 87 del CPACA.

Por lo tanto hasta esa misma fecha el respectivo contrato se encuentra vigente y, en consecuencia, el contratista-inversionista conserva el derecho de exigir que las normas y las interpretaciones administrativas que hayan sido incorporadas en el contrato como determinantes de la inversión le sigan siendo aplicadas, aunque tales normas e interpretaciones hayan sido modificadas en forma adversa a sus intereses durante la vigencia del contrato. Solo desde el día siguiente a aquel en que se produzca la firmeza del acto administrativo que decreta la terminación anticipada del contrato, el inversionista queda sujeto en su integridad a las mismas normas e interpretaciones jurídicas que en ese momento rijan en el país para todas las personas.

Vale la pena mencionar que esta conclusión se encuentra en perfecta armonía con la intención que tuvo el legislador al expedir la Ley 693 de 2005, tal como puede apreciarse en el informe de ponencia para segundo debate del respectivo proyecto de ley en la Cámara de Representantes, en el cual se afirmó lo siguiente³⁵:

“1. Mediante estos contratos se asegura a los inversionistas nacionales o extranjeros que los suscriban, que si durante la vigencia se modifican en forma adversa las normas o interpretaciones estipuladas en dichos contratos, estas modificaciones no les serán aplicables durante el término de duración de los mismos. Así, las normas que se señalen en el contrato como determinantes de la inversión se mantendrán incólumes durante la vigencia del contrato, aun a pesar de ser modificadas, teniendo en cuenta las excepciones que para tal efecto señala el proyecto de ley”. (Resalta la Sala).

En esa medida, cuando se trate de normas tributarias e interpretaciones a las mismas efectuadas por autoridades administrativas, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, no puede cobrar al contribuyente los impuestos directos a los que esté obligado con base en las normas e interpretaciones vigentes al momento en que el inversionista incurrió en el incumplimiento o en la inhabilidad prevista en el artículo 9º de la Ley 963, y menos aún podría exigirle el pago de intereses de mora y sanciones sobre tales sumas, pues en aquel momento el contrato de estabilidad jurídica todavía se encontraba vigente.

Sin perjuicio de lo anterior, la Sala considera necesario hacer las siguientes aclaraciones finales sobre dos (2) aspectos que se encuentran íntimamente ligados con la consulta y con la respuesta que a la misma dará la Sala:

³⁵ Gaceta del Congreso N° 318, año XIV, del 3 de junio de 2005, página 2.

1. *El deber de supervisión de los contratos estatales y, en particular, de los contratos de estabilidad jurídica*

Aparte del deber que le corresponde a los contratistas de cumplir en forma completa, adecuada y oportuna todas y cada una de las obligaciones a su cargo, estipuladas expresamente en el contrato o que deban entenderse incorporadas al mismo en virtud de la ley (Código Civil, artículo 1603), el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública impone a las entidades estatales el deber especial de supervisar en forma permanente la ejecución del contrato por parte del contratista, con el fin de verificar el estricto cumplimiento de sus obligaciones, exigir o tomar los correctivos que se requieran cuando dicho cumplimiento no se dé, y exigir la responsabilidad del contratista y de los garantes cuando se presente un incumplimiento que ocasione perjuicios a la entidad estatal.

Tal obligación está prevista en varias normas de las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011, entre otras. Por su actualidad y por regular de manera más integral este asunto, se transcribe a continuación lo que disponen, en lo pertinente, los artículos 83 y 84 de la Ley 1474:

“Artículo 83. Supervisión e interventoría contractual. Con el fin de proteger la moralidad administrativa, de prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y de tutelar la transparencia de la actividad contractual, las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor, según corresponda.

La supervisión consistirá en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico que sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercida por la misma entidad estatal cuando no requieren conocimientos especializados. Para la supervisión, la Entidad estatal podrá contratar personal de apoyo, a través de los contratos de prestación de servicios que sean requeridos.

La interventoría consistirá en el seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato realice una persona natural o jurídica contratada para tal fin por la Entidad Estatal, cuando el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen. No obstante, lo anterior cuando la entidad lo encuentre justificado y acorde a la naturaleza del contrato principal, podrá contratar el seguimiento administrativo, técnico, financiero, contable, jurídico del objeto o contrato dentro de la interventoría.

Por regla general, no serán concurrentes en relación con un mismo contrato, las funciones de supervisión e interventoría. Sin embargo, la entidad puede dividir la vigilancia del contrato principal, caso en el cual en el contrato respectivo de interventoría, se deberán indicar las actividades técnicas a cargo del interventor y las demás quedarán a cargo de la Entidad a través del supervisor.

*El contrato de Interventoría será supervisado directamente por la entidad estatal.
(...)*

Artículo 84. Facultades y deberes de los supervisores y los interventores. La supervisión e interventoría contractual implica el seguimiento al ejercicio del cumplimiento obligacional por la entidad contratante sobre las obligaciones a cargo del contratista.

Los interventores y supervisores están facultados para solicitar informes, aclaraciones y explicaciones sobre el desarrollo de la ejecución contractual, y serán responsables por mantener informada a la entidad contratante de los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando tal incumplimiento se presente.

(...)"

Con respecto a los contratos de estabilidad jurídica, en particular, es importante señalar que en el Documento CONPES 3366 de 2005 se estableció que el inversionista tendría la obligación de contratar una auditoría independiente para revisar y certificar anualmente el cumplimiento de los compromisos adquiridos en virtud del contrato, e informar los resultados al Departamento Nacional de Planeación y al Comité de Estabilidad Jurídica. En dicho documento se expresa:

"III. REGISTRO Y AUDITORIA DE LOS CONTRATOS

El Artículo 10º de la Ley ordena que estos sean registrados ante el Departamento Nacional de Planeación, "entidad que informará anualmente al Congreso de la República sobre los contratos celebrados, las normas por éstos amparadas, los montos de la inversión protegida y el efecto fiscal anual derivado de estos contratos".

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.

(...)"

Esta obligación a cargo del contratista-inversionista no exime, como es obvio, el deber que le asiste a la entidad contratante, en este caso la Nación, por intermedio del ministerio cuyo titular haya suscrito el contrato de estabilidad jurídica, de ejercer la supervisión de dicho contrato en las condiciones que establece el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (incluyendo las normas citadas de la Ley 1474 de 2011).

Dicha actividad (la supervisión del contrato), por ser de carácter administrativo, está sujeta a los principios y las normas generales que gobiernan la función administrativa, previstas en la Constitución Política, en el CPACA, en la Ley 489 de 1998 y en otras leyes, tales como los principios de responsabilidad, de coordinación, de economía y de eficacia.

Por tal razón, una vez detectado un posible incumplimiento del contratista-inversionista a cualquiera de sus obligaciones contractuales relacionadas con la ejecución o el mantenimiento de la inversión ofrecida, el pago completo y oportuno de la prima, el cumplimiento de las normas legales que regulen su actividad económica, u otras, o bien el hecho de que dicho inversionista se encuentre incurso en la inhabilidad consagrada en el artículo 9º de la Ley 963 de 2005, el ministerio respectivo debe actuar de manera ágil, eficiente y efectiva para advertir al contratista sobre el incumplimiento o la inhabilidad detectada, iniciar la actuación administrativa que corresponda y, de ser procedente, decretar la terminación anticipada y unilateral del contrato de estabilidad jurídica, con pleno respeto al principio del debido proceso, al derecho de defensa del presunto infractor y a las normas procesales que resulten aplicables, según lo que se ha explicado, pero sin incurrir por esto en omisiones, dilaciones o demoras injustificadas, ni permitir las, ya que la prolongación indebida e innecesaria de este procedimiento puede afectar de manera importante los intereses patrimoniales y extra-patrimoniales de la Nación, como los ingresos fiscales, el principio de legalidad o la moralidad administrativa.

2. La responsabilidad de los contratistas-inversionistas

El artículo 52 de la Ley 80 preceptúa:

“Artículo 52º.- De la Responsabilidad de los Contratistas. Los contratistas responderán civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la ley.

Los consorcios y uniones temporales responderán por las acciones y omisiones de sus integrantes, en los términos del artículo 7º. de esta Ley”.

En armonía con lo anterior, el artículo 4º de la misma ley incluye, entre los derechos y deberes de las entidades estatales, los siguientes:

*“(…) 2º. Adelantarán las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías a que hubiere lugar.
(…)*

*6º. Adelantarán las acciones conducentes a obtener la indemnización de los daños que sufran en desarrollo o con ocasión del contrato celebrado.
(…)”*

Teniendo en cuenta lo anterior, además de los principios y las normas generales de la responsabilidad civil contractual contenidos en el Código Civil, es claro que si el contratista en cualquier contrato estatal – y a esto no escapan los contratos de estabilidad jurídica – incumple cualquiera de sus obligaciones y dicho incumplimiento ocasiona perjuicios a la entidad estatal contratante, el mencionado contratista incurre en una responsabilidad patrimonial que se concreta en la obligación de indemnizar o resarcir los perjuicios causados a su contraparte.

Conforme a las normas citadas previamente, en tales casos las entidades estatales tienen el derecho y el deber de utilizar los mecanismos que les otorga la ley y el mismo contrato para hacer efectiva dicha responsabilidad, ya sea en el campo administrativo o en el judicial.

Por lo anterior, el incumplimiento del contratista-inversionista en los contratos de estabilidad jurídica a cualquiera de sus obligaciones puede comprometer su responsabilidad civil, si tal incumplimiento genera perjuicios a la Nación. Tal responsabilidad puede y debe ser exigida independientemente de si se decreta o no la terminación unilateral y anticipada del contrato, o del tiempo que dure el procedimiento administrativo requerido para adoptar esta decisión.

Los citados daños no podrían corresponder simplemente a lo que la Nación haya dejado de recaudar por tributos u otros ingresos como consecuencia de la ejecución del contrato de estabilidad jurídica desde que el inversionista haya incurrido en un incumplimiento, pues dicho entendimiento de su responsabilidad patrimonial equivaldría a considerar que el contrato terminó automáticamente desde ese momento y que, por lo tanto, desde entonces el contratista ya no tendría derecho a aplicar las normas que por virtud del mismo fueron congeladas o “estabilizadas”, conclusión que no es acertada desde el punto de vista jurídico, por las razones que se han expuesto.

Se deduce de lo anterior que los eventuales perjuicios, tanto el daño emergente como el lucro cesante, deben ser establecidos y cuantificados en cada caso concreto de acuerdo con las normas que resulten aplicables. Así, por ejemplo, si el

incumplimiento tiene que ver con el no pago oportuno de todo o parte de la prima acordada, la Nación podría cobrar al contratista los intereses de mora que se hayan causado sobre la respectiva suma de dinero, a la tasa pactada en el contrato o, en su defecto, a la indicada en el numeral 8º, inciso segundo del artículo 4º de la Ley 80 de 1993³⁶.

Todo lo que se ha explicado hasta el momento permite llegar a las siguientes conclusiones generales sobre el tema consultado:

- (i) Cuando la Nación decida hacer uso de su facultad de terminar unilateral y anticipadamente un contrato de estabilidad jurídica, conforme a lo dispuesto en el artículo 8º de la Ley 963 de 2005, dicho contrato no puede entenderse terminado sino el día siguiente a la fecha en la que quede en firme el acto administrativo que ordena su terminación.
- (ii) Tal acto debe expedirse luego de tramitar el respectivo procedimiento administrativo, que debe ser ágil, oportuno, eficiente y eficaz, pero que debe respetar al mismo tiempo el derecho a la defensa y el debido proceso del contratista-inversionista, las normas de la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y la Ley 1474 de 2011 que resulten aplicables, según lo que se ha explicado, y los principios y disposiciones generales de la actuación administrativa contenidos en el CPACA.
- (iii) Dado que el contrato de estabilidad jurídica se entiende vigente, en el caso planteado, hasta el día en que quede en firme el acto administrativo que decreta su terminación, las partes conservan todos sus derechos y obligaciones contractuales hasta esa misma fecha.
- (iv) En consecuencia, el inversionista puede exigir que hasta ese momento se le apliquen las normas y las interpretaciones administrativas que hayan sido identificadas taxativamente como determinantes de su inversión e incluidas expresamente en el contrato. Por contera, la Nación no puede exigirle el pago de tributos, intereses, sanciones ni, en general, obligaciones causadas en virtud de normas o interpretaciones administrativas que resulten opuestas a las indicadas en el contrato y desfavorables al inversionista, desde el momento en que este haya incurrido en un presunto incumplimiento o en la inhabilidad prevista en el artículo 9º de la Ley 963.
- (v) Lo anterior se entiende sin perjuicio de la responsabilidad que en cada caso particular surja para el contratista-inversionista por los perjuicios ocasionados a la Nación con su incumplimiento, y de aquella que corresponda a los servidores públicos de la entidad contratante por la negligencia, demora o ineficacia en el ejercicio del deber de supervisión del contrato, o en la adopción de las soluciones y correctivos necesarios, una vez detectado el incumplimiento o la inhabilidad.

Con fundamento en las precedentes consideraciones

III. La Sala RESPONDE:

³⁶ "Sin perjuicio de la actualización o revisión de precios, en caso de no haberse pactado intereses moratorios, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado".

“Cuando se declara terminado unilateralmente un contrato de estabilidad jurídica, a partir de qué momento pierden para el inversionista el carácter de estabilizadas las normas jurídicas –incluidas las tributarias– contenidas en los contratos de estabilidad jurídica suscritos con la Nación

¿A partir de la fecha de firmeza del acto administrativo que declara la terminación unilateral del contrato de estabilidad jurídica?

¿A partir de la fecha del incumplimiento determinada en el acto administrativo que declaró la terminación unilateral y anticipada del contrato de estabilidad jurídica, conforme con los informes de la supervisión del respectivo contrato?

Cuando la Nación dé por terminado en forma unilateral y anticipada un contrato de estabilidad jurídica, el contrato se entiende terminado efectivamente el día siguiente a aquel en que quede en firme el acto administrativo que decreta su terminación. Por lo tanto, a partir de ese día dejan de estar congeladas o “estabilizadas” las normas e interpretaciones administrativas que hubieran sido calificadas como determinantes de la inversión e incluidas expresamente en el contrato.

Si se considera que la fecha a partir de la cual pierden el carácter de estabilizadas las normas jurídicas contenidas en los contratos de estabilidad jurídica, es la que corresponde a la fecha del incumplimiento de las obligaciones contractuales en los términos del artículo 8 de la Ley 963 de 2005 y Decreto Reglamentario 2950 de 2005 y del contrato, en materia tributaria se consulta:

¿Cuál es el procedimiento para la liquidación y cobro de los tributos dejados de pagar desde la fecha del incumplimiento del contrato hasta la fecha de firmeza del acto administrativo que declara la terminación unilateral y anticipada del contrato de estabilidad jurídica?”

Dado que se ha negado la hipótesis en la cual se basa esta pregunta, la Sala se abstiene de responderla. Lo anterior debe entenderse sin perjuicio de la responsabilidad que surja a cargo de los contratistas-inversionistas en el evento de incumplir cualquiera de sus obligaciones contractuales, y también de aquella que corresponda a los servidores públicos de la entidad contratante por la demora, negligencia o ineficacia en el cumplimiento de su deber de supervisar permanentemente la ejecución de dichos contratos y adoptar oportunamente las medidas y correctivos que se requieran.

Remítase al Ministro de Hacienda y Crédito Público, al Ministro de Minas y Energía y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

ÁLVARO NAMÉN VARGAS
Presidente de la Sala

GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR

WILLIAM ZAMBRANO CETINA

Consejero de Estado

Consejero de Estado

LUCÍA MAZUERA ROMERO
Secretaria de la Sala