

INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA Y LA NECESIDAD DE CONSTRUIR ENTORNOS JURÍDICOS MÁS ESTABLES

FOREIGN DIRECT INVESTMENT AND THE NEED FOR A MORE STABLE LEGAL CONTEXT

✉ Por: SARA PÉREZ RENDÓN*

Fecha de recepción: 15 de septiembre de 2015

Fecha de aprobación: 29 de octubre de 2015

Resumen

Dado el avanzado proceso de globalización en el que vivimos actualmente, fenómenos como la inversión extranjera y los mecanismos de estabilidad jurídica, se han vuelto cada vez más visibles en el ámbito internacional, llegando a convertirse estos más en la regla que en la excepción. Por ello, hoy en día, tanto para los diferentes Estados como para las distintas compañías inversionistas, se ha vuelto necesario buscar una relación en términos de ganancia, donde se concilie por una parte, el interés de un Estado de atraer inversión extranjera, para lograr así un mayor desarrollo del país, y por otro lado, el interés de los inversionistas de confiar sus recursos en un entorno estable, y por supuesto rentable, acudiendo para ello a diferentes instrumentos de estabilización jurídica que permitan tal objetivo.

El presente artículo surgió de la necesidad de adquirir un conocimiento más profundo respecto a la inversión extranjera directa y los mecanismos de estabilización jurídica que se implementan a nivel nacional e internacional para aumentar el flujo de capital en diferentes países, mecanismos estos que pretenden disminuir la inestabilidad jurídica que se puede presentar en los países receptores de tales inversiones y que, en el caso de América latina, y especialmente en el Colombia, es mas latente.

* Abogada Universidad EAFIT (Medellín, Colombia). Email: sperezr1@eafit.edu.co, Artículo ganador del concurso de investigación jurídica académica Germán Cavellier, 2015-2



Palabras claves: *Inversión extranjera directa, Mecanismos de estabilización jurídica, Contratos de estabilidad jurídica, Tratados bilaterales de inversión.*

Abstract

Due to the advanced globalization process that we have nowadays, concepts such as foreign direct investment and stabilization mechanisms have become more popular and used in the international field, in which those concepts has become the rule rather than the exception. Therefore, for both State's and investment companies, its has become necessary to seek for a win – win relationship, able to conciliate the State's need to promote foreign investment in order to peruse a further development, and the protection of the foreigners' interest to invest in a stable and profitable environment, appealing for that aim to the different stabilization mechanisms.

The present paper was developed in order to get a deeper understanding about the foreign direct investment and the stabilization mechanisms used to increase the foreign capital inflow at a national and international level. Mechanisms that intent to reduce the political instability that is often present in the hosts States, and that in the case of Latin America, and particularly in Colombia case, is more visible.

Key words: *Foreign direct investment, legal mechanism of stabilization, legal stabilization contacts, bilateral investment treaties.*

Introducción

De acuerdo con la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), la inversión extranjera directa (IED en adelante) “es una categoría de inversión transfronteriza que realiza un residente de una economía (inversor directo) con el objeto de establecer un interés duradero en una empresa residente en una economía diferente a la del inversor directo”¹, en otras palabras, se refiere a la inversión que se realiza con el fin de obtener una participación duradera en un proyecto o una empresa ubicada en una economía distinta a la del inversor.

1 OECD (2011), *OCDE Definición Marco de Inversión Extranjera Directa: Cuarta edición*, OECD Publishing, Paris, p. 17, [en línea], disponible en: <http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/2008034e.pdf?expires=1439172202&id=id&accname=guest&checksum=2AF830BA6568D51B235452B76FE6DC7>, consulta 11 de abril de 2015.



Tal inversión ha cobrado especial relevancia en el contexto actual del mercado, ya que este es cada vez más globalizado, con una alta internacionalización del consumo y con una fuerte competencia entre los Estados por los recursos y la búsqueda de su desarrollo propio. En consecuencia de lo anterior, la IED se ha visto como un elemento clave de esta rápida evolución y como una herramienta para el crecimiento, el desarrollo y prosperidad de los diferentes Estados.

Aun así, también es cierto que no todos los países cuentan con el mismo nivel de desarrollo e influencia en la economía global, por lo cual, no para todos ellos la IED cobra igual relevancia, siendo los países en vía de desarrollo aquellos con mayor necesidad de recurrir a dicha herramienta, y que como ha señalado la OCDE, puede representar para éstos, “un impulso clave de la integración económica internacional, que con un marco político adecuado puede ofrecer estabilidad financiera, fomentar el desarrollo económico y mejorar el bienestar de las sociedades”², pues para estos, la IED no solo representa una importante fuente de capital -situación especialmente relevante en economías en crecimiento que por su bajo nivel de desarrollo no cuentan con la capacidad de ahorro suficiente para financiar la formación de capital-, sino que también es una forma de transferencia de tecnologías y de experiencia (Know-how) entre economías.

Tristemente, como ha señalado el Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (IIDS), es aquí donde nos encontramos ante una paradoja, según la cual, “los países con mayor necesidad de inversión para el desarrollo sostenible son aquellos que, por fuerza de su poco desarrollo, probablemente no reciban mucha”³, pues para lograr el pretendido desarrollo, es necesario que se lleve a cabo no solo cierto volumen de inversión, sino también que tales inversiones sean de calidad, lo cual resulta bastante difícil para los países que se encuentran en una posición menos desarrollada, ya que este tipo de inversión depende, en gran medida, de que el país receptor cuente con cierto número de prerrequisitos, que la mayoría de veces no están presentes en los países en vía de desarrollo.

De esta manera, se hace aun más latente que “la capacidad de un país para atraer y beneficiarse de la inversión extranjera directa depende de varios y complejos factores como son las políticas y circunstancias del país receptor”⁴, y debilidades en cuanto a la infraestructura, la seguridad nacional y la inestabilidad jurídica, influyen de manera determinante a la hora de promover estas inversiones, dado que estos aspectos generan un entorno poco fiable y riesgoso para nuevos inversionistas, lo cual termina afectando la capacidad de ciertos Estados para atraer IED.

2 *Ibíd.*, p. 13.

3 IISD (2012) “*Investment Treaties & why the matter to sustainable development: Questions & answers*”. Canadá., p. 1., [en línea], disponible en: http://www.iisd.org/pdf/2011/investment_treaties_why_they_matter_sd.pdf, consulta: 21 de abril de 2015, (T del A).

4 *Ibíd.*, p. 2.



Por su parte, la inestabilidad jurídica de las normas de un Estado juega un papel determinante en este entorno, ya que “cambios constantes en normas fiscales o regulatorias, restricciones a la transferencia y convertibilidad de divisas, nacionalizaciones o expropiaciones indirectas”⁵ desestimulan las inversiones en algunos países. “Por el contrario, aquellos Estados poseedores de un entorno jurídico claro y estable se encuentran en la delantera de esta competencia, debido a que los inversionistas han visto allí una manera de reducir los costos de transacción, así como mayores facilidades en el cálculo de los beneficios del proyecto y en la obtención de recursos para la inversión”⁶.

Es así como surge la necesidad por parte de ciertos Estados de acudir a diferentes mecanismos o instrumentos de estabilización, que mitiguen el riesgo de cambios bruscos o frecuentes en la legislación y que proporcionen contextos jurídicos más favorables para el ingreso de la inversión extranjera y la permanencia de capital en los mismos, de tal manera, que le permitan a dicho Estado ser competitivo frente a los demás a la hora de atraer y conquistar tales inversiones, que de una u otra forma, resultan ser un elemento fundamental para el crecimiento y desarrollo sostenible de un país.

1. Acercamiento teórico a los instrumentos de estabilización jurídica como mecanismo para atraer inversión extranjera directa (IED)

Los instrumentos de estabilización jurídica han sido definidos como, “todos los mecanismos contractuales o de otro tipo que buscan sujetar las estipulaciones del contrato a condiciones económicas y legales específicas que las partes consideran apropiadas al momento de perfeccionarse el contrato”⁷.

Estos instrumentos jurídicos resultan de suma importancia a la hora de una compañía tomar la decisión de realizar una inversión directa o no, puesto que estas al ser, generalmente, inversiones de largo plazo y por considerables sumas de dinero⁸, se pueden ver desincentivadas por la amenaza de que en cierto momento se presente una alteración unilateral de las normas del país receptor, riesgo que precisamente se pretende mitigar por medio de los instrumentos de estabilización jurídica.

5 Juliana Castaño y Paola Galeano, “Los contratos de estabilidad Jurídica en Colombia: ¿Una verdadera herramienta para la protección de los intereses del inversionista y del Estado Colombiano?”, en: *EAFIT Journal of International Law*, Colombia, vol. 2, núm. 01, Enero junio 2011, p. 70.

6 *Ibíd.*

7 Peter D. Cameron, “Stabilization in Investment Contracts and Changes of Rules in Host Countries: Tools for Oil & Gas Investors”, *Association of International Petroleum Negotiators*, 2006. 28 (T del A).

8 Generalmente en extracción de industrias, infraestructura pública o servicios públicos esenciales.



De esta manera, se puede decir que “la estabilización es una forma de mitigar (administrar) el riesgo de que el gobierno receptor de la inversión cambie unilateralmente las reglas”⁹, de tal forma que estas puedan afectar de manera sustancial la inversión realizada y los resultados esperados por la misma.

Aun así, para entender el surgimiento de este tipo de instrumentos es necesario remitirnos a los orígenes de las cláusulas de estabilización, los cuales, “están ligados al periodo comprendido entre la Primera y la Segunda Guerra Mundial, cuando las compañías americanas empezaron a incluirlas en los contratos de concesión debido a los actos de nacionalización realizados por los gobiernos de América Latina. El fin esencial de dichas disposiciones era asegurar que los contratos de concesión conservaran su fuerza vinculante durante el periodo establecido en el contrato”¹⁰. Posteriormente, estas cláusulas se convirtieron en una forma de defensa de los inversores extranjeros contra la expropiación por parte de los Estado receptores de la inversión. “Los siguientes años se caracterizaron por una atmósfera de pragmatismo donde los intereses mutuos fueron mejor entendidos, especialmente por los gobiernos receptores”¹¹. Y en la actualidad, estos instrumentos se han empleado “para conciliar la necesidad del Estado de promover la inversión con el interés del inversionista de localizar sus recursos en un ambiente donde el riesgo político es bajo”¹².

Para ello, los Estados poseen ciertos instrumentos legales que pueden ser utilizados contra la incertidumbre del inversor. Dentro de éstos podemos encontrar; cláusulas de estabilización (CE en adelante), incluidas en los contratos entre el Estado y el inversionista extranjero; contratos de estabilidad jurídica (CEJ en adelante), celebrados igualmente entre el Estado y el inversionista; estipulaciones de estabilización expresamente incluidas en la legislación, y por último, también podemos incluir dentro de estos; los Tratados Bilaterales de Inversión (BITs en adelante por sus siglas en inglés), los cuales, ya no se dan directamente entre el Estado y el inversionista, sino que se presentan dentro del marco de acuerdos bilaterales entre dos Estados con el fin de proteger de una manera más general y amplia las inversiones de los riesgos derivados de las posibles inestabilidades jurídicas que se puedan presentar en un determinado Estado; Mecanismos éstos que se procede a exponer brevemente.

1.1 Tipos de instrumentos de estabilización jurídica

Por su parte, las cláusulas de estabilidad jurídica (CE), como se mencionó en el párrafo anterior, son cláusulas contractuales que se incluyen en los contratos de inversión directa

9 P. Cameron, *Op. cit.*, p. 13 (T del A).

10 *Ibíd.*, p.15 (T del A).

11 *Ibíd.*, p.16 (T del A).

12 J. Castaño y P. Galeano, *Op. cit.*, p. 70.



celebrados entre un Estado receptor y un inversionista extranjero, que pretenden dirigir los cambios normativos que acontecen en el Estado receptor durante la vigencia del contrato. Estas cláusulas pueden variar dependiendo de las necesidades de cada contrato, y han sido clasificadas por la doctrina en:

Cláusulas de congelamiento (CC en adelante), implican el congelamiento de los términos contractuales, en la medida en que buscan “congelar” las leyes existentes desde el momento del perfeccionamiento del contrato hasta el momento de su terminación,¹³ de tal manera que los términos y contenido del contrato no sean alterados. Dichas cláusulas pueden ser estipuladas de varias formas, por ejemplo estableciendo que el gobierno no puede modificar ninguna normatividad que afecte al inversor, o señalando expresamente que las estipulaciones legales al momento de celebración del contrato no pueden ser variadas unilateralmente durante la vida del contrato, o indicando que en caso de que se expida una nueva regulación, prevalecen los términos pactados en el contrato. De esta manera, se puede ver que dichas cláusulas pueden ser totales (CCT) o parciales (CCL), las primeras de ellas implican el congelamiento de todas las leyes que pudiesen llegar a afectar el contrato entre el inversionista y el Estado, y las segundas, buscan congelar leyes o regulaciones administrativas relativas a algunos temas específicos, como por ejemplo, respecto a seguros o impuestos a la renta, entre otros.

Cláusulas de equilibrio económico (CEE en adelante), estas cláusulas a diferencia de las anteriores no buscan congelar las normas, sino que apuntan a mantener el equilibrio económico del contrato, por lo tanto, prevén la facultad del Estado para aplicar leyes nuevas a la inversión bajo la condición de que se compense al inversionista, o por lo menos, se le restablezca el equilibrio económico del contrato en razón de la pérdida financiera significativa que sufrió el inversor por la implementación de la nueva ley.¹⁴ El objeto de este tipo de cláusulas, es entonces que, el inversionista extranjero cumpla con la nueva normatividad pero exige bien que se renegocie el contrato con el fin de restablecer el equilibrio original del mismo, o en su defecto ser compensado por el costo de tener que cumplir con ella, y por lo tanto, será el Estado quien asuma el costo de la implementación de nuevas normas que le suponen una pérdida. Algunos de los mecanismos utilizados para lograr el reequilibrio consisten en ajustar tarifas, extender la concesión, reducir impuesto, compensar monetariamente, ajustar aranceles, entre otros. Así mismo, este tipo de cláusulas también pueden ser totales (CEET) o limitadas (CEEL), las primeras, protegen el beneficio económico esperado por el inversionista contra cualquier cambio normativo que le pueda generar consecuencias adversas a este, y las segundas, tienen aplicación solo sobre ciertas materias generalmente relacionadas con temas fiscales.

13 *Ibíd.*, p. 72.

14 M. Sornarajah, “The Settlement of Foreign Investment Disputes, Chapter Two. 3.7 Renegotiation Clause” En: James Crawford, R. Doak Bishop, W. Michael Reisman, *Foreign Investment Disputes. Cases, Materials, and Commentary*, The Hague, Netherlands, Kluwer Law International, 2005, p. 306; A. Shemberg, *Op. cit.*, p. 6



Cláusulas híbridas (CH en adelante), combinan aspectos de los dos tipos de cláusulas anteriores, ya que “imponen el deber del Estado de devolver al inversionista a la posición económica inicialmente pactada, por lo que se parecen a las CEE; sin embargo, una de las formas que estipula la cláusula para hacer esto, es eximir al inversionista de la ley que le generó el desequilibrio económico”¹⁵. A su vez, existen CH totales, en las que el restablecimiento de la posición inicial debe presentarse ante cualquier consecuencia negativa generada por la implementación de la norma; y CH parciales las cuales buscan el equilibrio únicamente ante la aparición de ciertas leyes.

Ahora bien, en cuanto a los contratos de estabilidad jurídica (CEJ), estos pueden ser definidos como negocios jurídicos bilaterales, sinalagmáticos, onerosos y de tracto sucesivo, celebrados entre Estados y las personas naturales o jurídicas que detentan la calidad de inversionistas, con la finalidad principal de atraer la inversión de capital, para lo cual se constituyen en favor de los inversionistas nacionales o extranjeros circunstancias de inmutabilidad, por el término de duración del contrato, sobre aquellas normas que fueron determinantes al momento de adoptar la decisión de llevar a cabo la respectiva inversión a cambio de una prima anual establecida en favor del Estado¹⁶. De esta manera, los CEJ, al igual que las cláusulas de estabilización, pretenden mitigar los riesgos de inestabilidad jurídica y por ende proteger a los inversionistas de los cambios normativos unilaterales del Estado receptor que le puedan ser perjudiciales, pero la diferencia entre uno y otro mecanismo radica en que los CEJ están única y exclusivamente dirigidos a que se mantenga, por el término de vigencia del contrato, las normas que hicieron determinante la inversión, es decir, con el objeto único de consagrar la estabilización jurídica, a diferencia de las CE que por regla general son cláusulas que se incluyen en contratos marco que regulan cualquier actividad entre el inversionista y el Estado, como por ejemplo, en contratos de concesión, explotación de recursos, etc. Así mismo, dichos contratos, a diferencia de la CE, consagran una contraprestación a cambio de la estabilidad jurídica proporcionada, se establece un término de duración para los mismos¹⁷, y generalmente se conceden cuando la inversión que se va a realizar es por un monto significativo para el Estado receptor. En cuanto a la forma de estabilización de este mecanismo, la exclusión puede darse de diferentes maneras, bien sea por medio de una lista taxativa de exclusiones normativas pactadas entre el inversionista y el Estado, y las interpretaciones vinculantes que respecto de ellas hayan efectuado las autoridades administrativas, o por medio de una lista predeterminada de condiciones favorables que no pueden ser alteradas por el Estado¹⁸, todo

15 J. Castaño y P. Galeano, *Op. cit.*, p.76.

16 Edgar N Quiroga y María Alexandra Villegas, “La constitucionalidad de los contratos de estabilidad jurídica desde la perspectiva del análisis económico del derecho”, en: *Revista Universitas*, Bogotá, Colombia, núm. 115, Enero junio de 2008, p. 143.

17 A diferencia de las cláusulas de estabilidad que están sujetas al tiempo de duración del contrato celebrado.

18 J. Castaño y P. Galeano, *Op. cit.*, p.76.



lo cual debe ser determinante para la inversión, es decir, de tal entidad que sin la existencia de las mismas probablemente la inversión no se hubiera llevado a cabo.

Adicional a estos mecanismos, existen las estipulaciones de estabilización expresamente incluidas en la legislación, en donde “algunos países dentro de su legislación interna contienen normas que consagran la estabilización jurídica sobre ciertas materias que afectan directamente las inversiones. Esta forma de estabilización suele ser limitada ya que no se presenta sobre normas que afectan indirectamente la inversión, como es el caso de las leyes ambientales o laborales”¹⁹.

Por último, encontramos los Tratados Bilaterales de Inversión (BITs), que de acuerdo con UNCTAD, son acuerdos celebrados entre dos Estados con el ánimo recíproco de promoción y protección de las inversiones realizadas por inversores de sus respectivos países en el territorio del otro²⁰. Por medio de dichos acuerdos, cada Estado acepta y se compromete a brindar cierta clase de protección a los inversores provenientes del otro Estado signatario, siguiendo para ello ciertos estándares internacionales. Dentro de estos acuerdos suelen incluirse una serie de disposiciones estándar, como el Trato Nacional²¹, el Trato de Nación más Favorecida²², el Trato Justo y Equitativo²³, restricciones sobre la expropiación, tanto directa como indirecta- resultado de cambios en la legislación-, restricciones a los requisitos de contenido nacional²⁴, la libre transferencia de fondos²⁵ y, disposiciones respecto a la solución de diferencias entre inversores y Estados (SDIE)²⁶, entre otras. Disposiciones estas, dirigidas a promover, regular y proteger la inversión extranjera, brindando para ello condiciones que permitan, en alguna medida, generar un ambiente de confianza y predictibilidad respecto al marco legal aplicable a la inversión, y se reduzcan así los riesgos políticos asociados a la misma.

19 *Ibíd.*, p. 77.

20 UNCTAD <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>

21 Según la cual, el país receptor ha de otorgarle, al inversor extranjero y a sus inversores en el territorio de ese país, un trato similar o comparable al otorgado a los inversores nacionales o a sus inversiones.

22 Cláusula que implica que el país receptor otorgue a los inversores de un país extranjero un trato no menos favorable que el otorgado a los inversores de cualquier otro país extranjero.

23 Cláusula general que impide cometer agravios contra inversores.

24 Cláusula por medio de la cual se impide la obligación de consumir productos nacionales o contratar personal nacional.

25 Garantiza la posibilidad repatriar todos los fondos relacionados con las inversiones sin demora alguna y en moneda de libre convertibilidad.

26 Hace referencia a los mecanismos a través de los cuales los inversionistas pueden acudir ante tribunales internacionales por el incumplimiento de las cláusulas del BIT.



Es necesario rescatar que aunque los BITs son acuerdos dirigidos a proteger la inversión extranjera dentro de un marco general, y no de manera específica la estabilidad jurídica, como en los instrumentos de estabilización previamente mencionados, estos, al consagrar disposiciones respecto a la expropiación indirecta, proporcionan de una u otra forma efectos similares a los de las cláusulas de equilibrio económico. El tribunal arbitral en el caso de *Metalclad* definió la expropiación indirecta como “la interferencia incidental del uso de la propiedad que tiene el efecto de privar al dueño, en su integridad o en una parte significativa, del uso o beneficio económico razonablemente esperado por el inversionista, incluso sin ser evidente el beneficio para el Estado”²⁷. De esta manera, se puede ver que dicha expropiación “no hace referencia a la toma de la propiedad particular por parte del Estado, sino a una o varias medidas adoptadas por el Estado que reducen el valor de la inversión a tal grado que debe ser entendido como una expropiación”²⁸. En este sentido la restricción a la expropiación indirecta consagrada en los BITs, que no prohíbe por sí misma la expropiación, sino que regula y limita las condiciones de la misma, puede conllevar a que en los casos en que el Estado receptor adopte medidas regulatorias (incluyendo regulaciones nacionales o locales) que frustren el desarrollo de la actividad del inversionista, y por ende sus expectativas de retribuciones económicas, debe otorgar al inversionista nacional del otro Estado signatario la debida indemnización, permitiendo así una estabilidad jurídica y una garantía para los inversionista de los Estados signatarios respecto de aquellas regulaciones que pueden afectar gravemente su inversión²⁹.

1.2 Efectos, ¿positivos o negativos?

En cuanto a la implementación de los instrumentos de estabilización mencionados, cada uno de ellos, como la mayoría de cosas en el mundo, tiene elementos positivos y negativos y, en ciertos casos, unos pueden ser más apropiados para la necesidad de ciertos Estados que otros.

Respecto a las cláusulas de estabilidad jurídica, se debe mencionar que, “la visión clásica de estabilidad como un tipo de congelamiento de los términos contractuales que estuvo vigente

27 *Metalclad Corp c. México*. CIADI/ICSID Caso No. ARB(AF)/97/I, TLCAN/NAFTA. Laudo arbitral, párr. 106, 107, 30 de agosto de 2000. Disponible en: <http://italaw.com/documents/MetalcladAward-English.pdf>.

28 Santiago Wills- Valderrama “Protección a la inversión extranjera en infraestructura por medio de Acuerdos Internacionales de Inversión: un nuevo reto para Colombia”, en: *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Bogotá (Colombia), núm. 19, Julio diciembre 2011, p. 31.

29 “Las medidas adoptadas por un Estado, sea estas regulatorias o no, son *de facto* una expropiación indirecta si son irreversible y permanentes y si los activos o derecho sujetos a tales medidas han sido afectados de tal manera que cualquier tipo de aprovechamiento de ellos ha desaparecido; es decir, que el valor económico del uso y explotación de los activo o derechos afectados por las medidas haya sido destruido o neutralizado” *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. la República Islámica de Pakistán*. CIADI/ICSID Caso No. ARB/03/29. Laudo arbitral, 27 de agosto de 2009. Disponible en: <http://italaw.com/documents/Bayindiraward.pdf>, citando *Técnicas Medioambientales, Tecmed S.A. c. México*. CIADI/ICSID Case No. ARB(AF)/00/2. Laudo final, 29 de mayo de 2003.



por mucho tiempo ha sido declinada³⁰, y es probablemente inejecutable³¹, puesto que los Estados que deciden utilizar algún tipo de cláusulas de estabilidad, raramente optan por CC, dado que éstas en muchos casos son incompatibles con el régimen legal y constitucional de los mismos, pues no permiten al soberano prometer no legislar en el futuro o limitar el ejercicio de su autoridad legislativa a un acuerdo previo con el inversor afectado. En este sentido, las cláusulas que apuntan al congelamiento durante el tiempo han demostrado ser mucho menos efectivas que las que se enfocan en los resultados de una posible revisión del contrato y las que adaptan el lenguaje de los mecanismos de estabilización de manera consecuente³², por ello, se ha dicho que “la versión moderna de la estabilización son aquellas cláusulas que establecen el reequilibrio de los beneficios del contrato en caso de que exista una acción unilateral del Estado receptor”³³, es decir, las CEE, puesto que estas varían “en orden a garantizar que el inversor obtenga los mismos resultados económicos que le hubiera traído la legislación existente al momento del contrato, permitiendo que se realice una negociación para restablecer el equilibrio afectado, ni más ni menos, y en caso de las partes hacer su mejor esfuerzo y no llegar a un acuerdo, la posibilidad de acudir a un arbitramento”³⁴. De esta manera, las CEE por su flexibilidad y versatilidad en comparación con las demás, se han vuelto las más típicas, incluso frente a las cláusulas híbridas que son menos comunes.

Aun así, este tipo de instrumento ha sido objeto de innumerables críticas, puesto que los Estados receptores han tomado conciencia de la importancia de preservar su poder regulatorio, y por lo tanto, de las limitaciones que dichas cláusulas implican en la capacidad esencial de los gobiernos para aplicar nuevas leyes y regulaciones a la IED, sobre todo en temas relacionados con la persecución de objetivos de desarrollo social y económico, sostenibilidad ambiental, y la promoción de los derechos humanos. Y adicionalmente, porque se ha señalado que a pesar de que las CC han sido paulatinamente reemplazadas por las CEE, estas últimas tienen el mismo impacto que las CC, en la medida en que la mayoría de los gobiernos no tienen como pagar a los inversionistas para que los mismos cumplan con los cambios en la normatividad doméstica aplicable a la inversión³⁵.

A pesar de lo expuesto, es necesario resaltar que las desventajas que se pueden derivar de las CE están estrechamente ligadas con el alcance y redacción de las mismas, y muchas veces con

30 El desuso de las cláusulas de congelamiento también se debe a que las mismas tenían como fin evitar la expropiación directa y en la actualidad existe otro tipo de mecanismos para ello, como son los BIT.

31 P. Cameron, *Op. cit.*, p. 4 (T del A).

32 *Ibíd.* p. 5 (T del A).

33 *Ibíd.*, p. 5 (T del A).

34 J. Castaño y P. Galeano, *Op. cit.*, pp. 75-76.

35 Shemberg, Andrea “Stabilization Clauses and Human Rights”, 11 March 2008, [http://www.ifc.org/ifcext/enviro.nsf/AttachmentsByTitle/p_StabilizationClausesandHumanRights/\\$FILE/Stabilization+Paper.pdf](http://www.ifc.org/ifcext/enviro.nsf/AttachmentsByTitle/p_StabilizationClausesandHumanRights/$FILE/Stabilization+Paper.pdf) (T del A).



el nivel de desarrollo del país que las adopta³⁶, implicando las CEET riesgos importantes para los objetivos legítimos de cualquier Estado, y más aun en los países menos desarrollados, en la medida en que ni siquiera el Estado más precavido puede prever sus posible consecuencias. Por ello, lo más recomendable, es que se adopten cláusulas limitadas, de tal manera que exista una justificación razonable y contundente de por qué esas normas son determinantes, y se establezcan ciertos parámetros como que; preferiblemente se excluyan leyes sobre temas de orden público y social; se establezca la obligación de probar las pérdidas sufridas antes de la compensación; que la compensación solo se llevará a cabo si el inversionista sufrió una pérdida significativa con la implantación de la nueva ley; la obligación del inversor de mitigar el costo de la implementación de nuevas leyes; que la compensación solo se hace efectiva ante la aparición de leyes que no eran predecibles, y por último, pero no menos importante, que a la hora de los Estados pactar dichas cláusulas midan las consecuencias positivas que dicha inversión puede traer a su economía, de tal forma que se trate de una inversión de calidad que justifique el sacrificio, bien sea en cuanto a la permanencia de normas, o a la compensación, en otras palabras, que se trate de una inversión que valga la pena.

En cuanto a los contratos de estabilidad jurídica como instrumentos de estabilización, a estos también se les han señalado ciertas ventajas y desventajas. Como ventajas se ha indicado que estos, a diferencia de las cláusulas de estabilidad jurídica, permiten una terminación anticipada del contrato por parte del Estado cuando no se presente el pago oportuno de la totalidad de la prima, por la no realización oportuna o retiro total o en parte de la inversión, o cuando el inversionista esté inmerso en causales de inhabilidad, y aun así garantizan la estabilidad jurídica objeto del contrato, de tal manera, que las variaciones normativas no afectan al inversionista cobijado por él, y en caso de que dicha variación sea absolutamente necesaria exista una indemnización por el incumplimiento del contrato. Aun así, uno de los principales reparos que se le hacen a este tipo de instrumentos, es que los mismos muchas veces implican una distorsión de la libre competencia en el mercado al interior de los Estados, en la medida en que ponen en una situación de ventaja a quienes se encuentren cobijados por el contrato frente a los demás productores que no gozan de dicha estabilidad, lo cual puede conllevar consecuencias negativas en la economía nacional del Estado que concede el contrato, como por ejemplo, monopolios.

Por último, los BITs, que se han visto como una herramienta para establecer un marco general de predictibilidad y protección a la inversión extranjera, partiendo para ello de reglas del derecho internacional, no solo promueven un clima favorable para la inversión y fomento del flujo de inversión internacional, sino que también permiten la inserción de las empresas del Estado receptor en los mercados internacionales, ya que a diferencia de los mecanismos anteriores, los BITs son acuerdos en doble vía, es decir, con un ánimo recíproco entre los dos Estados que los suscriben.

36 “Siendo los países en vía de desarrollo quienes más acuden a CEET, en contraste con los países desarrollados que tienden a pactar CEEL” J. Castaño y P. Galeano, *Op. cit.*, p. 76



Adicional a ello, los BITs tienen otra ventaja, y es que al ser instrumentos jurídicos de carácter internacional, pues en ellos, los Estados asumen un compromiso ante la comunidad internacional, las obligaciones derivadas de los mismos gozan de especial protección bajo el derecho internacional. Sin embargo, este último aspecto también ha sido visto como una desventaja en la medida en que en la mayoría de casos, “Los Estados pueden verse sujetos a responsabilidad internacional no solo frente a Estados soberanos, sino también frente a inversionistas privados de otro país”³⁷ cobijados por la protección de estos acuerdos. Sumado el hecho, de que debido a la ambigüedad y falta de certeza del contenido de varias de las obligaciones y cláusulas consagradas en dichos acuerdos, existe una alta posibilidad de que surjan controversias respecto de “las obligaciones en ellos contenidas, que pueden limitar el cumplimiento de los deberes constitucionales, colocando al Estado en una posición en la cual tendrá que escoger entre cumplir con los mandatos constitucionales de promoción de un Estado social de derecho o pagar millonarias sumas a los inversionistas extranjeros”³⁸, lo cual adquiere especial relevancia en lo referente a la expropiación indirecta. Razón por la cual los diferentes gobiernos deberán evaluar con prudencia la forma como se están negociados dichos acuerdos, para evitar cuantiosas demandas internacionales por violación de los mismos, pues de lo contrario, dichos acuerdos se puede convertir en trabas para las reformas, o en su defecto “el hecho de incumplir los laudos de el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI en adelante) también genera inseguridad jurídica, lo que desincentivaría la inversión extranjera en el Estado receptor”³⁹.

En la actualidad los BITs son la forma más común de regular la IED, y de acuerdo a los registros de UNCTAD en la materia, actualmente hay 2926 acuerdos de esta clase, de los cuales 2225 están en vigencia⁴⁰. Históricamente la mayoría de estos tratados y Acuerdos Internacionales de Inversión se han firmado entre países desarrollados y países en desarrollo, pero últimamente ha aumentado el número de BITs entre países en desarrollo. En el caso nuestro, Colombia hasta la fecha cuenta con 14 tratados bilaterales de inversión⁴¹.

De lo expuesto hasta aquí se pueden derivar varias cosas, la primera de ellas es que no todos los países tiene la necesidad de ofrecer garantías de estabilidad jurídica a los inversionistas, pues

37 S. Wills-, *Op. cit.*, p. 24.

38 Enrique A Prieto Ríos, “BIT y la Constitución colombiana de 1991: internacionalización de la economía dentro de un Estado Social de Derecho”, en: *Revista Estud. Socio-jurídicos*, Bogotá, Colombia, vol. 13, núm. 1, enero-junio de 2011, pp.136.

39 Jorge Parisca Martínez, “El arbitraje CIADI y la protección a la inversión extranjera”, en: *Revista de Economía y Derecho*, Perú, vol. 4, núm. 15, invierno 2007.

40 Dato consultado la página de UNICTAD “Investment Policy”. 24 de febrero de 2015. [en línea] disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>.

41 Dato consultado la página de UNICTAD 24 de febrero de 2015. [en línea] disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/45#iiaInnerMenu>



la solidez de sus instituciones y la amplia percepción de estabilidad, claridad y transparencia en su entorno jurídico hace innecesario ofrecer este tipo de mecanismos⁴², ejemplo de ello son Noruega y el Reino Unido. La segunda, es que algunos Estados por su riqueza en recursos, son suficientemente atractivos para atraer inversiones sin necesidad de proporcionar mecanismos de estabilidad, así sus normas y regulaciones no gocen de tales características, pues dicho riesgo político se ve compensado por las altas expectativas de ganancia de los inversionistas, como es el caso Arabia Saudita y Brasil⁴³. “En este sentido, es posible afirmar que las garantías de estabilización son producto de la debilidad de algunos Estados en términos de poder de negociación, unido con el deseo de atraer recursos extranjeros”⁴⁴.

2. La Inversión extranjera en Colombia y la necesidad de implementar mecanismos de estabilización jurídica

Como se mencionó previamente no para todos los países cobra igual relevancia la IED, siendo los países en vía de desarrollo aquellos con mayor necesidad de recurrir a dicha herramienta, pues “El desarrollo económico de los países emergentes y en desarrollo depende en gran medida de la posibilidad de realizar inversiones rentables y acumular capital”⁴⁵. Siendo la IED una herramienta clave para contribuir a tales fines.

En Colombia, la IED ha sido definida como “aquella que realizan en el territorio colombiano, incluidas las denominadas zonas francas, las personas naturales o jurídicas no residentes en Colombia”⁴⁶, siendo la residencia, al igual que en el ámbito internacional, el criterio fundamental para clasificar la inversión como extranjera. Adicional a ello, se ha partido de la idea de que la IED, a diferencia de la inversión de portafolio⁴⁷, es aquella que se efectúa sin necesidad de utilizar intermediarios, como contribuciones al capital de una empresa constituida en el país o que se establezca en ella, o bien sea a través de la adquisición de capital de una persona jurídica, adquisición de derechos en patrimonios autónomos constituidos por contrato de fiducia mercantil o, mediante actos o contratos de colaboración empresarial (concesión, licencia, transferencia de tecnología), entre otros.

42 P. Cameron, *Op. cit.*, p. 13 (T del A).

43 *Ibíd.*

44 J. Castaño y P. Galeano, *Op. cit.*, p.73.

45 Edgar A. Gil C, Silvio F. López M, Dorian A. Espinosa C “Factores determinantes del la inversión extranjera Directa en América del Sur” en: *Perfil de coyuntura Económica*, núm.22, diciembre 2013, pp. 56.

46 Diego B. Galán Barrera, “Los contratos de estabilidad jurídica: Un estímulo a la inversión extranjera en Colombia”, en: *Revista Estudios gerenciales*, Colombia, Vol.22, núm. 101, octubre-diciembre de 2006, pp.114.

47 Es aquella que tiene por objeto realizar transacciones en el mercado público de valores, debiendo ser efectuada, necesariamente, por medio de un fondo de inversión de capital extranjero.



A pesar de ello, es necesario rescatar que este tipo de inversión no siempre fue reconocida y aceptada en nuestro país, y solo en los últimos años se ha reconocido su importancia y se ha procurado crear un ambiente abierto y adecuado para la misma.

Los antecedentes históricos que permitieron la inclusión de esta categoría de inversión en nuestro ordenamiento jurídico, se remiten a finales de la década de los 80, cuando el modelo económico del país mostraba fuerte signos de agotamiento en los siguientes aspectos: un volumen reducido de exportaciones, escasez de materias primas, un crecimiento económico que no estimulaba la renovación tecnológica, competitividad baja y unas dimensiones exiguas de su comercio internacional en un ambiente de concentración oligopólica, hechos que generaban una tendencia creciente de la economía colombiana asociada a altos niveles de concentración de ingresos. Lo anterior obligó al Estado a realizar una transformación estructural del país, con la cual se buscaba pasar de un modelo proteccionista de la economía a un modelo de apertura, basado en la competencia internacional, que propiciara mayores niveles de crecimiento, sobre la base del desempeño de un sector externo dinámico y competitivo⁴⁸.

Así las cosas, “el gobierno para que el país no quedara rezagado en el contexto mundial, tenía que flexibilizar la normatividad relacionada con la inversión extranjera directa en el territorio colombiano”⁴⁹, razón por la cual, en 1990 el país dio inicio a un proceso de apertura y modernización económica, el cual, terminó por consagrarse en la Constitución Política de 1991, en donde se acogieron los principios de libertad económica, libre competencia, y objetivos como la promoción de la internacionalización e integración económica, política, social y ecológica con las demás naciones,⁵⁰ realizándose igualmente una serie de reformas con relación al comercio exterior, la política de inversión, la legislación laboral y el sistema financiero, que permitieran dinamizar la economía del país al nivel de los demás Estados⁵¹.

La inversión extranjera directa adquirió entonces una importancia trascendental y “se consideró necesario fomentarla y atraerla como un mecanismo de aumento de ahorro disponible y de los niveles de inversión, así como para incorporar nuevas tecnologías encaminadas a aumentar la productividad y la competitividad de la producción doméstica”⁵². Pero para ello se requería

48 Orduña, R. Rafael. “Generalidades de la inversión extranjera y tributación en Colombia. 2006”, [en línea], disponible en <http://www.dian.gov.co/descargas/servicios/OEE-Documentos/Cuadernos/InversionExtranjeraYTributacionEnColombia.pdf> .Consulta: 11 de abril de 2015.

49 *Ibíd.*

50 Constitución Política Colombiana de 1991, artículos 226 y 227.

51 Dentro de estos ajustes se eliminó la prohibición de que la inversión extranjera entrara en algunos sectores de la economía donde antes no era permitido, y se abolieron las autorizaciones previas por parte del Gobierno, lo que ha permitido que los procedimientos sean mucho más rápidos y menos inciertos para los inversionistas.

52 Esteban Restrepo Uribe, “Mecanismos Multilaterales de Protección (MIGA, ICSID) y OPIC”, en; *Régimen Jurídico y Análisis Económico*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 1997, p. 3



que el país contara con ciertas condiciones que lo hicieran atractivo y generaran confianza en los nuevos inversionistas.

No obstante, a pesar de las adecuaciones que se realizaron en el ordenamiento jurídico procurando un ambiente abierto y adecuado para la inversión extranjera, y con el fin de ajustar el marco jurídico⁵³ de la IED a los estándares internacionales y a la globalización de los mercados, que exigían principios como la igualdad de trato, universalidad, autorización automática, y estabilidad. “Uno de los mayores obstáculos con el cual se toparon estos intentos por atraer inversionistas fue la inestabilidad jurídica y tributaria, que superó inclusive los temores de invertir en el país derivados del conflicto interno. Y es que once reformas tributarias en Colombia, a razón de casi una por año aprobadas durante el periodo 1990-2004 hace que dichos temores sean fundados”⁵⁴.

En efecto, no se puede perder de vista que la estabilidad jurídica como se mencionó previamente, es uno de los aspectos determinantes de la IED, ya que “no se concibe la realización de una inversión internacional en la cual el inversionista ignore o se despreocupe por el marco regulatorio local a que se someterá su inversión. Por el contrario, es el conocimiento del conjunto de reglas y normas vigentes favorables, entre otros importantes aspectos, lo que lo determina a una decisión de inversión”⁵⁵. Y para proporcionar seguridad jurídica en el marco de la IED se requiere de: “(i) claridad de las normas legales y la facilidad para su cumplimiento, (ii) consistencia normativa y permanencia de las instituciones jurídicas, (iii) acceso a un sistema de justicia eficiente, y (iv) neutralidad y prontitud de las decisiones del Estado”⁵⁶.

Teniendo esto presente, para nadie es un secreto que Colombia es un país que sufre de, como lo han denominado algunos medios, “inflación legislativa” y, aunque si bien no es posible saber con certeza cuantas leyes y regulaciones normativas han sido expedidas y están vigentes, lo que es ya un indicio de su volumen, se ha estimado que desde la Constitución de 1991 hasta el año 2011 se expidieron 1.477 leyes, es decir 152 anuales, sin contar las reformas constitucionales, y las sentencias expedidas por las Altas Cortes que en algunos casos han variado el contenido e

53 El marco legal de la inversión extranjera en Colombia se encuentra regulado por Decreto 2080 de 2000, el cual, ha sido objeto de varias reformas.

54 Esta es una de las conclusiones a la que llegó la Agencia de Desarrollo del Gobierno de Estados Unidos (USAID) en su estudio de Competitividad para la Inversión. Ver: “Los contratos de estabilidad jurídica”, en: http://www.semana.com/documents/Doc-1281_2006711.pdf, fecha de consulta: 12 de enero de 2010, en: J. Castaño y P. Galeano, *Op. cit.*, p. 87.

55 Adriana Zapata, “Acuerdos bilaterales para la promoción y protección de inversiones internacionales. La experiencia colombiana”, en: *Colección de Derecho Económico, Universidad Externado de Colombia II*, Bogotá, 2000, p. 127.

56 Juan Jacobo Calderón Villegas, “Los acuerdos de promoción y protección de la inversión extranjera: una aproximación a la incidencia de la jurisprudencia constitucional en su estructuración e interpretación”, en: *Estud. Socio-juríd*, vol.7, núm.2, Bogotá, Colombia, julio -diciembre 2005, pp. 92-123.



interpretación de disposiciones normativas, agregando a esta normatividad excesiva, trámites extensos, problemas de información e inseguridad, lo cual, no proporciona precisamente un panorama muy atractivo para inversiones que se hacen por cuantiosas sumas de dinero y con la finalidad de mantenerse en el tiempo.

De ahí que, dada la inestabilidad jurídica que caracterizaba, y aún caracteriza el país, sumada la ausencia de un mecanismo que brindara plena seguridad y confianza al inversionista sobre las reglas de juego, a diferencia de países como Chile, Ecuador, Panamá, Perú, y Venezuela entre otros, que tenían leyes de estabilidad para incentivar la inversión, dejaban al país rezagado en la competencia por atraer inversionistas⁵⁷, y se hizo latente para el Estado Colombianos la necesidad de acudir a mecanismo de estabilidad jurídica, que conciliaran la necesidad de atraer IED por parte del Estado y la necesidad de los inversionistas de confiar sus recursos en un entorno claro y estable.

2.1 Mecanismo de estabilización empleados en el Estado colombiano

El país entonces, con el fin de incentivar la IED y hacer frente a la inestabilidad jurídica que ha caracterizado la actividad legislativa de nuestro ordenamiento jurídico, ha optado por utilizar algunos de los instrumentos de estabilización jurídica que a nivel internacional se han propuesto para mitigar la incertidumbre de los inversionistas frente a los cambios bruscos y frecuentes del Estado, como los que se procede a enunciar, y cuya finalidad como ha señalado la Corte Constitucional es esencialmente la misma: “crear un contexto jurídico favorable para el ingreso y permanecía de capitales, así como promover la transferencia de nuevas tecnologías, indispensables para el desarrollo económico y social del país”⁵⁸.

Dentro de los mecanismos de estabilización de los cuales se ha valido Colombia para hacer frente a su inestabilidad jurídica podemos encontrar los cuatro tipos de instrumentos de estabilización mencionados en la primera parte de este escrito, esto es, cláusulas de estabilidad jurídica, particularmente en contratos de concesión de hidrocarburos, normas de estabilización incluidas en la legislación interna, contratos de estabilidad jurídica y BITs. A pesar de ello, y por cuestión de espacio, solo se hará referencia a estos dos últimos instrumentos, en la medida en que estos han sido los que han prevalecido en Colombia como medios para atraer la inversión extranjera, mientras que las cláusulas de estabilización jurídica y las normas de estabilización incluidas en la legislación interna han sido mecanismos que se han utilizado en casos muy particulares como la minería y la extracción de hidrocarburos⁵⁹.

57 J. Castaño y P. Galeano, *Op. cit.*, p. 88.

58 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia: C-320 de 2006 (M.P: Humberto Sierra Porto), Gaceta de la Corte Constitucional, Bogotá, 24 de abril de 2006

59 El artículo 46 del Código Minero, Ley 685 de 2001, señala que “los contrato de concesión les serán aplicables durante el término de su ejecución y durante sus prórrogas, las leyes mineras vigentes al tiempo de su



En primera instancia, y simultáneamente con la liberalización del régimen de IED en los años noventa, y siguiendo su apertura comercial y económica, el gobierno implementó una política de negociación y celebración de Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de la Inversión (APPRIs en adelante)⁶⁰, dentro de los que se encuentran tanto los BITs, como los capítulos de inversión extranjera incluidos en los tratados de libre comercio (TLC), que introducen estándares internacionales de promoción y protección similares a los de los BITs.

Instrumentos éstos, que por regla general, con el fin de generar un ambiente de confianza y predictibilidad respecto al marco legal aplicable a la inversión, han incluido disposiciones sobre la expropiación indirecta, que de una u otra forma sirven como un mecanismo de estabilización jurídica que permiten reducir esos riesgos no comerciales de la inversión, pues en ellas se señala que la misma “es el resultado de una medida o serie de medidas de una Parte Contratante que tenga efecto equivalente a una expropiación directa sin la transferencia formal del título o del derecho de propiedad”⁶¹, lo que internacionalmente ha sido entendido como “una medida estatal, bien sea una ley, un acto regulatorio proferido por una autoridad pública o incluso una sentencia, que priva al inversionista extranjero de una expectativa cierta y razonable de ganancia, aunque no se produzca un cambio en la titularidad del derecho de dominio”.

En este sentido, con el fin de proporcionar una mayor protección y estabilidad, en estos instrumentos tanto el Estado Colombiano como el otro Estado que suscribe el acuerdo, se comprometen a que ninguna Parte podrá adoptar medidas que afecten, directa o indirectamente, la propiedad de un nacional del otro Estado Parte, a menos que; a) las medidas sean adoptadas para salvaguardar el interés público y con sometimiento al debido proceso; b) no sean discriminatorias, c) se garantice el pago de una indemnización, la cual debe representar el valor justo de mercado de la inversión afectada, y sea cancelada lo antes posible y transferible al país de origen⁶².

No obstante, dentro de estas disposiciones se ha establecido también que no cualquier medida o serie de medidas constituye expropiación indirecta, pues para determinar esto se debe analizar cada caso particular y seguir ciertos parámetros como; a) el impacto

perfeccionamiento, sin excepción o salvedad alguna. Si dichas leyes fueren modificadas o adicionadas con posterioridad, al concesionario le serán aplicables estas últimas en cuanto amplíen, confirmen o mejoren sus prerrogativas exceptuando aquellas que prevean modificaciones de las contraprestaciones económicas previstas en favor del Estado o de las de Entidades Territoriales,” regulación que hoy está vigente.

60 Arón Garavito A, Ana María Iregui y María Teresa Ramírez G, “Inversión Extranjera Directa en Colombia: Evolución reciente y marco normativo”, en: Borradores de Economía Banco de la República, Colombia, núm. 713, 2012, p. 51. [en línea], disponible en: http://www.banrep.gov.co/docum/Lectura_finanzas/pdf/be_713.pdf

61 Ley 1462 del 30 de junio de 2011.

62 *Ibíd.*



económico de la medida o serie de medidas, pues el solo hecho de que una medida o serie de medidas tengan efectos adversos sobre el valor económico de una inversión no implica que una expropiación indirecta haya ocurrido; b) el alcance de la medida o serie de medidas y su interferencia sobre las expectativas razonables y distinguibles respecto a la inversión; c) que las medidas no discriminatorias de la Parte Contratante diseñadas y aplicadas por propósitos públicos o intereses sociales o con objetivos tales como la salud pública, seguridad y protección del medio ambiente, no constituyen expropiación indirecta. Salvo en excepcionales circunstancias, como cuando dicha medida o serie de medidas son demasiado severas con respecto a sus fines, que estas no pueden ser razonablemente consideradas como adoptadas y aplicadas de buena fe⁶³.

Al respecto es necesario recalcar, que tanto la suscripción de este tipo de acuerdos, como la inclusión de estas disposiciones de expropiación indirecta, han sido declarados constitucionales por la Corte Constitucional, quien en ejercicio de su control previo, automático y oficioso de constitucionalidad sobre instrumentos internacionales, ha señalado en varias sentencias que en términos generales este tipo de acuerdos se ajustan a la C.P. y que la expropiación indirecta en particular, encuentra su fundamento constitucional en el principio de confianza legítima, que en esencia consiste en que el ciudadano debe poder evolucionar en un medio jurídico estable y previsible, en el cual pueda confiar⁶⁴. Lo que ha permitido que Colombia haya ido aumentando gradualmente el uso de este mecanismo de estabilización jurídica.

Así mismo, el gobierno no solo acudió a la negociación de Acuerdos Internacionales de Inversión, sino que expidió también la Ley 963 de 2005, que con miras a estimular la inversión y generar empleo, le otorgó al gobierno y a los inversionistas –nacionales o extranjeros– la posibilidad de suscribir contratos de estabilidad jurídica, por medio de los cuales el gobierno garantizaba a los inversionistas, que sí durante la vigencia del contrato se modificaba en forma adversa a éstos alguna de las normas que hubieran sido identificadas como determinante de la inversión, éstos tendrían derecho a que se les continuará aplicando dichas normas por el término de duración del contrato respectivo, consagrando de ésta manera un segundo mecanismo de estabilización jurídica.

Dicha ley consagró entonces una herramienta dirigida exclusivamente a garantizar la estabilidad jurídica de aquellas normas, esto es, leyes decretos, actos administrativos, o interpretaciones vinculantes que respecto de ellas efectuarán las autoridades normativa, que fueran determinantes para la inversión, es decir, de tal entidad que sin su existencia y alcance regulatorio, probablemente la inversión no se hubiera efectuado, todo ello, siempre y cuando se hiciera una identificación precisa, expresa y taxativa de dichas normas

63 *Ibíd.*

64 Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-199 de 2012, y Sentencias C-320 de 2006.



e interpretaciones cuya estabilidad se garantizaba. Señalándose como requisito para acceder a tal beneficio que 1) debía tratarse de una nueva inversión o ampliación de una ya existente y 2) la inversión debía ser por un monto igual o superior a 150.000 UVT⁶⁵.

A cambio de dicha estabilidad, se estableció que el inversionista se obligaba a; 1) realizar la inversión a la que se había comprometido, 2) pagar una prima como contraprestación a la estabilidad jurídica ofrecida por el gobierno, 3) cumplir con los impactos económicos y sociales esperados con la inversión, entre los cuales podían estar la generación de un número determinado de empleos, exportaciones o divisas y, 4) cumplir con las demás normas específicas que regulen la actividad.

Y así mismo, con miras a salvaguardar el interés general, el legislador estableció algunas limitaciones y condiciones a estos contratos, esto es; debían estar en armonía con los derechos, garantías y deberes consagrados en la Constitución Política y los tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano; no se podría conceder la estabilidad sobre normas relativas al régimen de seguridad social, obligación de declarar y pagar tributos o inversiones forzosas que el Gobierno Nacional decretará bajo estados de excepción, impuestos indirectos, regulación prudencial del sector financiero y régimen tarifario de los servicios públicos; la estabilidad tampoco podría recaer sobre las normas declaradas inconstitucionales o ilegales por los tribunales judiciales colombianos durante el término de duración de los contratos; se estableció un límite temporal, según el cual estos tendrían una duración no inferior a 3 años ni superior a 20 años; y por último, se señaló que al ser una especie de contratos estatales, la resolución de las diferencias que surgieran de los mismos serían a cargo de la jurisdicción contencioso-administrativa, salvo que en ellos se pactará una cláusula compromisoria, pero siempre y cuando se tratara de un tribunal de arbitramento nacional regido exclusivamente por leyes colombianas⁶⁶.

A partir de la vigencia de dicha ley, grandes empresas accedieron a este régimen de estabilidad. Sin embargo, la Ley 963 de 2005 fue muy controvertida y debatida, y aún cuando la Corte Constitucional declaró su constitucionalidad en sentencia C-320 de 2006, por encontrarla ajustada al interés general, esta cada vez “despertaba más inquietudes e insatisfacciones, tanto para los empresarios como para el Fisco”⁶⁷, lo que llevó a que la misma fuera derogada por el artículo 166 de la Ley 1607 de 2012, argumentándose para su eliminación que esta figura ya había cumplido con su función y no era la más apropiada para nuestra economía⁶⁸.

65 Unidad de Valor Tributario (UVT)

66 Corte Constitucional Colombiana, Sentencias C-961 de 2006 y C-155 de 2007.

67 Juan Pablo Godoy Abogado egresado de la Universidad Javeriana, <http://forojaveriano.blogspot.com/2013/03/esta-es-la-reforma-tributaria-mas.html>

68 Así lo dijo director de la DIAN, el señor Juan Ricardo Ortega en Dataifx. (s.f.). Disponible en <http://www.dataifx.com/noticias/reforma-tributaria-derog-contratos-de-estabilidad-jur-dica>



Ahora bien, a pesar de que en el país se han incluidos estos mecanismos con la finalidad de brindar mayor seguridad jurídica a los inversionistas y así atraer IED que contribuya al desarrollo económico del país, la implementación y el mantenimiento de dichas medidas no ha sido del todo pacífica, y existen tanto argumentos señalando efectos positivos como negativos derivados los mismos.

2.2 Importancia de los mecanismos de estabilización jurídica en el contexto colombiano. ¿Qué ganamos y qué arriesgamos en el intento de atraer IED?

Los argumentos señalados a nivel internacional en cuanto a los efectos positivos y efectos negativos respecto a los mecanismos de estabilidad jurídica, presentados en la primera parte de este escrito, han sido igualmente señalados por críticos colombianos. Aun así, es necesario recalcar que tanto las ventajas como las desventajas respecto a estos instrumentos no pueden leerse fuera del contexto colombiano, pues solo a partir de las circunstancias y necesidades particulares de un Estado como el nuestro, es posible realizar un análisis de los pro y los contra que implican estos mecanismos de estabilización. Así mismo, también es necesario señalar que dicho análisis no puede hacerse solo desde el punto de vista del Estado sino que se debe tener también en cuenta el punto de vista de los inversionistas, puesto que, en la inversión extranjera y en la atracción de la misma, intervienen ambos sujetos, y analizar dicha situación solo desde el punto de vista de uno de ellos generaría un desbalance que se aleja de la realidad y la práctica.

Cuando se expidió la Ley 963 de 2005, Colombia presentaba, de acuerdo con los *Governance indicators* del Banco Mundial, unos índices negativos de inversión en cuanto a estabilidad política, efectividad del gobierno, calidad de regulación, Estado de derecho y control de la corrupción⁶⁹, ocupando así el lugar 103 entre 123 en materia de clima favorable para la inversión de acuerdo con estudios del *Fraser Institute*⁷⁰. De esta manera, era claro que sí el Gobierno quería atraer más inversión era necesario que cediera en algo, y que por lo menos estableciera relaciones en términos de gana- gana, es decir, de una manera que le permitiera al país beneficiarse de nuevas inversiones y, a los inversionistas igualmente realizar inversiones en un ambiente más estable. Por ello, la inclusión de la mencionada Ley fue el resultado de un ejercicio de conciliación entre el Gobierno, el Congreso y los sectores de inversión basándose en algunos modelos de legislaciones extranjeras con estabilidad, pues “en campos como la minería, el petróleo y la generación de energía, donde las inversiones son cuantiosas, de altísimo riesgo, y de largo y muy tardío

69 Dato consultado en: <http://info.worldbank.org/governance/wgi/index.aspx#reports>, septiembre 22 de 2015.

70 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia: C-320 de 2006, *Op. cit.*



rendimiento, los contratos de estabilidad eran el instrumento del que se habían valido los países de la región para atraer nuevos inversionistas”⁷¹.

Así las cosas, a partir de la expedición de dicha Ley grandes empresas accedieron a este régimen de estabilidad, entre ellas Alpina S.A., Bavaria S.A., Argos S.A., EPM E.S.P., Avianca/Sam, Almacenes Éxito S.A., Sofasa S.A., ISA S.A. E.S.P, Proficol Andina B.V, Hotelería internacional S.A., Noel, Zenú, Nacional de Chocolates, Leasing Bancolombia, Meals de Colombia S.A, Cine Colombia S.A., entre otras. Y a través de los mismos, fue posible la realización de grandes proyectos que contribuyeron al desarrollo del país, como por ejemplo; la construcción de las líneas de transmisión de energía que unen la región del Magdalena medio con Bogotá, que unió al centro del país con la costa Atlántica, realizado por ISA y que implicó una inversión de \$701.080’641.875 pesos, y así mismo; el “proyecto hidroeléctrico PORCE III” realizado por EPM, que implicó una inversión de \$1.813.762’280.000 pesos, y que gracias a la duración y beneficios de dicho contrato le permitió posteriormente asumir a EPM la cesión del contrato de Hidroituango, el que se ha considerado el proyecto hidroeléctrico más grande del país.

A pesar de ello, dicha Ley generó muchas inconformidades, señalándose que la misma implicaba una violación al derecho a la igualdad, a la potestad legislativa del Estado y la disminución en los ingresos tributarios del país, lo cual llevo a que posteriormente se derogara, dejando vigente solo los contratos en curso hasta su terminación. Sin embargo, aunque dichas criticas pueden ser validas, es necesario tener en cuenta algunos elementos que muchas veces parece olvidarse a la hora de hacerse señalizaciones contra el mencionado mecanismo de estabilidad.

Los CEJ no imponían al legislador el deber de no sacar nueva normativa o modificar la existente, pues en ellos no se les garantizaba a los inversionistas “la inmodificabilidad de la ley, sino que se les aseguraba la permanencia, dentro de los términos del acuerdo celebrado con el Estado, de las mismas condiciones legales existentes al momento de la celebración de aquél”⁷², es decir, la posibilidad de extender la aplicación de las normas vigentes y señaladas como determinantes de la inversión - excluyéndose la posibilidad de estabilizar taxativamente ciertas normas- por el término de duración del contrato, y una vez vencido el mismo, tendrían que cumplir con la nueva normatividad sin excepción alguna ni compensación a cambio de su cumplimiento.

Así las cosas, no era que se les concediera una estabilidad sobre todas las normas del ordenamiento jurídico y mucho menos que se les concediera la estabilidad de normas

71 Juan Caro Nieto, “Los contratos de estabilidad jurídica en Temas Mineros y Petroleros”. Colegio de Abogados de Minas y Petróleos, Bogotá, 1995, p. 173.

72 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia: C-320 de 2006, *Op. cit.*



ilegales o contrarias al mismo, puesto que la inversión se realizaba de acuerdo a toda la normatividad legal vigente para realizar cualquier inversión cobijada o no por dichos contratos, y lo que permitían los mismo era simplemente aplicar esas normas por un período adicional, y aunque si bien es cierto que ello implicaba una desigualdad frente quienes no estuvieran cobijados por estos contratos, ya que los beneficiarios de los mismo no tenían que incluir dentro de su estructura de costos todo lo que significa la previsión ante la mutación *ex post*, teniendo información completa y generando una importante ventaja competitiva en el mercado,⁷³ no puede perderse de vista que para acceder a la celebración de los CEJ, no solo era necesario realizar una nueva inversión y que la misma fuera por un monto previamente establecido, sino también pagar una prima a favor del Estado por sumas nada despreciables y generar un cierto número de empleos. Ejemplo de ello es que, en el CEJ celebrado con ISA el valor de la prima fue de \$7.010'806.420 y se consagró la obligación de generar cierto número de empleos y ciertas obras de beneficio comunitario e impactos ambientales⁷⁴ y, en el caso de EPM dicha prima alcanzó la suma \$9.893'746.400 pesos, e igualmente, se obligó crear cierto número de empleos, generar exportaciones y programas en beneficios de las comunidades aledañas. Primas y obligaciones que quienes no cuentan con dichos contratos no tienen que costear.

En esta misma línea, también es necesario subrayar que la prima se pagaba como contraprestación directa por la estabilidad, lo cual recae en todo caso sobre un aleas, pues aunque si bien el país tiene una alta volatilidad normativa, bien puede suceder que dicho cambio legislativo no ocurra, lo cual no exime al inversionista del pago de la prima, y aún en caso de que suceda, esas normas no van a durar estáticas por siempre sino solo por el término del contrato, pues con ello más que todo se trata de proporcionarle al afectado, que ha realizado una inversión de gran envergadura y que ha pagado una considerable prima, un plazo razonable para adaptarse a la nueva situación.

Por último, respecto a la disminución en los ingresos tributarios que pueden implicar estos contratos para el Estado, es necesario recalcar que estos no implican que las personas beneficiarias de los mismos no van a pagar impuestos, sino que lo van a hacer bajo las condiciones vigentes al momento de celebrar el contrato, y aunque si bien es cierto que el Estado puede dejar de percibir unos mayores impuestos a causa de la estabilidad sobre ciertas normas tributarias, es necesario tener en cuenta, en primer lugar, que este previamente recibió una contraprestación por esa estabilidad -la prima-, y en segundo lugar, que dejaría de percibir aun más impuesto si la inversión nunca se hubiese realizado.

Ahora bien, también es necesario recalcar que la implementación de los CEJ no fue del todo adecuada. En primer lugar, porque aunque si bien en los mismos se establecieron

73 E. Quiroga y M, Villegas, *Op. cit.*, p. 154.

74 Informe empresaria ISA S.A. E.S.P., [en línea] disponible en: <http://www.isa.co/es/sala-de-prensa/Documents/nuestra-compania/informes-empresariales/2008-01-01%20info-rse-isa-2007.pdf>, pp. 42 y ss.



unas limitaciones y condiciones para salvaguardar el interés general, como por ejemplo que debían estar en armonía con los derechos, garantías y deberes consagrados en la Constitución Política, que no se podría conceder la estabilidad sobre normas relativas al régimen de seguridad social, entre otras, y de hecho en la mayoría de contratos la estabilidad se da sobre normas tributarias, aduaneras⁷⁵ y, en algunos casos, sobre normas comerciales relacionadas con reestructuraciones empresariales, fusiones y arrendamientos. Existen cinco⁷⁶ contratos en los que se estabilizaron normas laborales, lo cual no solo va en contra de lo plasmado en Ley 936 del 2005 sino también de lo indicado en la sentencia C-320 de 2006, que señaló que los CEJ no pueden conducir a la afectación de derechos laborales⁷⁷, lo que deja entrever la mala gestión de estos instrumentos, y la poca coherencia legal que existe en el país.

En segundo lugar, bajo la Ley 936 de 2005 en Colombia se alcanzaron a suscribir un total de 71 CEJ⁷⁸, y aunque si bien se presentaron casos valiosos como el de EPM e ISA, donde realmente se realizaron inversiones que sirvieron al crecimiento y desarrollo del país. También es cierto que resulta cuestionable que este mecanismo realmente haya servido para aumentar la IED, pues la mayoría de estos contratos se celebraron con empresas nacionales, y en algunos casos para actividades y proyectos que poco aportaban al desarrollo del país, y a las empresas extranjeras que se les concedió, la mayoría de ellas ya estaban radicadas en el país, alejándose así del propósito inicial de la mencionad Ley.

Igualmente, frente a los BITs también hay algunos elementos que es necesario señalar. “Los argumentos esgrimidos por parte del gobierno para acudir a este tipo de tratados se resumen en los siguientes: i) este tipo de tratados le permiten al inversionista extranjero eliminar cualquier duda sobre la situación jurídica y política de Colombia, lo que permite mayores flujos de inversión extranjera al país, a través de la cual se pueden financiar grandes proyectos de infraestructura; ii) permite la expansión industrial, lo cual genera niveles adecuados de desarrollo económico; iii) facilita el ingreso al país de nueva maquinaria, de tecnología, personal capacitado y de conocimiento especializado; iv) genera empleo por la

75 Más del 90% de las normas estabilizadas corresponde a normas de carácter tributario y algo más del 8% corresponden a normas relativas al régimen aduanero. Dato consultado en: Juan G. Ruíz y Sebastián Villaveces, “Contratos de estabilidad jurídica: algunas consideraciones prácticas”. Impuestos. Comunidad contable, Septiembre – Octubre de (2009).

76 Contratos celebrados entre el Estado y y Comertex S.A., Teledatos Zona Franca S.A., Hotelería Internacional S.A. Novamar Development S.A., e Inversiones Inmobiliarias S.A.

77 “Las normas laborales que, con posterioridad a la suscripción del contrato de estabilidad jurídica, conlleven un avance en la materia a favor de los trabajadores, deberán aplicarse”. Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-320 de 2006, *Op. cit.*

78 Dato consultado en la página de Ministerio de Industria y Turismo, octubre 5 de 2015. [en línea] disponible en: <http://www.mincit.gov.co/minindustria/publicaciones.php?id=17145>



necesidad de mano de obra tanto calificada como no calificada; v) permite que el Estado pueda recibir mayores ingresos por concepto de impuestos; vi) facilita el incremento del ahorro nacional; vii) permite abrir nuevos mercados para Colombia a través de la inversión que realizan colombianos en el exterior, ayudando a que el mercado nacional amplíe sus horizontes de transacción; y viii) cumplen con los mandatos constitucionales señalados en el preámbulo y en los artículos 2o, 13, 100, 226 y 227⁷⁹.

Como consecuencia de ello, durante las dos últimas décadas, Colombia ha estado suscribiendo este tipo de acuerdos, contando actualmente con 14 BITs suscritos con diferentes países como Chile, Cuba, Francia, Guatemala, India, Japón, Perú, Singapur, España, Suiza, Turquía, Reino Unido, la Unión Económica Belgo- Luxemburguesa (UEBL), y el más reciente con China⁸⁰. Y adicional a ellos, cuenta con varios acuerdos comerciales con capítulos de protección a la inversión, como por ejemplo, Capítulo 8 del TLC con Canadá, el Capítulo 10 del TLC con Estados Unidos, el protocolo adicional del la Alianza del Pacífico⁸¹ y el capítulo 10 del TLC con Israel. Dentro de los cuales, se han incluido cláusulas de expropiación indirecta.

No obstante, respecto a la aplicación de los BIT como mecanismos adecuados e idóneos para la atracción de inversión extranjera al país, se ha señalado que las obligaciones contenidas en ellos no siempre son claras y que el cumplimiento de los mismos “pueden limitar el cumplimiento de los deberes constitucionales, colocando al Estado en una posición en la cual tendrá que escoger entre cumplir con los mandatos constitucionales de promoción de un Estado social de derecho o pagar millonarias sumas a los inversionistas extranjeros, que en últimas, son dineros que provienen de los contribuyentes, es decir, los colombianos”⁸², limitando así su potestad legislativa, especialmente cuando se trata de expropiaciones indirectas.

Conviene subrayar al respecto que como se expuso previamente, tanto en los BITs como en los TLC con capítulos de inversión firmados por Colombia se incluyó expresamente dentro de las disposición de expropiación, que el Gobierno mantiene su facultad de expropiación cuando esta se haga por las razones establecidas en la Constitución (utilidad pública o interés social), sea una medida no discriminatoria, sujeta al procedimiento legal, de buena

79 Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-309 de 2007 (M.P: Gerardo Monroy Cabra), Gaceta de la Corte Constitucional, Bogotá, 3 de mayo de 2007, y Sentencia CC-379 de 1996 (M.P: Carlos Gaviria Díaz), Gaceta de la Corte Constitucional, Bogotá, 22 de agosto de 1996, en: E. Prieto, *Op. cit.*, p.118.

80 Actualmente solo están vigentes cinco de dicho acuerdos, estos son, los BITs suscritos con China, India, Turquía, España y Chile. Dato consultado la página de UNICTAD “Investment Policy”. 24 de febrero de 2015. [en línea] disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/45#iialnnerMenu>

81 Incluye los Estados de Chile, México y Perú.

82 E. Prieto, *Op. cit.* p. 136.



fe y que otorgue una indemnización pronta, adecuada y efectiva al afectado⁸³. E igualmente, en la mayoría de ellos se dispone no solo que las medidas no discriminatorias, diseñadas y aplicadas por propósitos públicos no constituyen expropiación indirecta –salvo cuando las mismas sean demasiado severas con respecto a sus fines y no pueden ser razonablemente consideradas como adoptadas y aplicadas de buena fe⁸⁴–, sino también como se calcularía la indemnización en caso de ser procedente, y la necesidad de acudir previamente a la jurisdicción nacional para revisar cada caso.

Acorde con lo anterior, no sería correcto afirmar que Colombia ha perdido su potestad constitucional para expropiar. Sin embargo, sí ha adquirido una obligación internacional bajo la cual limita la legalidad de las expropiaciones a ciertas condiciones, que de no cumplirse el Estado colombiano incurriría en una violación internacional y podría ser condenado por un tribunal arbitral⁸⁵. Con la desventaja de que en estos casos el Estado no obtiene una contraprestación o una prima a cambio de esa posible estabilidad que se garantiza a través de las cláusulas de expropiación directa, y el único beneficio que recibe a cambio, además de atraer IED, es que se pueda proteger, en igualdad de condiciones, la inversión de nuestro país en el otro Estado signatario.

Frente a lo anterior, es necesario señalar que cuando se analiza la protección a la inversión extranjera desde el lado del inversor hay varios aspectos que a lo mejor pueden cambiar la perspectiva sobre estos mecanismos. Para ello, el caso de Companhia de Transmissão de Energia Elétrica Paulista (CTEEP en adelante), filial de ISA S.A. E.S.P., puede ilustrar mejor de donde deriva la necesidad de los Estados de proteger a sus inversores cuando realizan inversiones fuera del territorio nacional.

CTEEP fue adquirida por ISA S.A. E.S.P., en julio del 2006 mediante la adquisición del 50,1% de sus acciones ordinarias, y posteriormente, en 2007 CTEEP resultó adjudicataria para la construcción, operación y mantenimiento a 30 años de dos líneas de transmisión de 500 mil voltios en Sao Pablo Brasil, un gran logro para la compañía dada la magnitud de dicha ciudad. A pesar de ello, en el 2012 resultó gravemente afectada por la decisión del Gobierno brasileño, plasmada en el Decreto No. 7.805, de bajar las tarifas de energía eléctrica, para darle mayor competitividad a sus consumidores, en especial al sector industrial, estipulando reducciones en los costos de la energía de 16% y 28% para los hogares y para la industria respectivamente.

Lo anterior, cuestionó entonces la viabilidad de la compañía bajo la nueva normatividad, pues el 43,8% de los ingresos de la holding colombiana pertenecía a sus negocios de transmisión en el vecino país, facturaba US \$1.029 millones en promedio al año, y con las

83 S. Wills, *Op. cit.* p. 34.

84 No se estableció esta disposición en los BITs celebrados con Perú, Japón, Chile, España y Suiza.

85 S. Wills-, *Op. cit.* p. 34.



reformas sus ventas bajaron US \$241,3 millones, es decir, una cuarta parte de lo que venía registrando anualmente la compañía⁸⁶. Dadas las circunstancias, el Gobierno brasileño consagró la posibilidad de la suscripción de un nuevo contrato, con términos diferentes que implicarían solo la operación y mantenimiento de la red, y para compensar las pérdidas en los ingresos ofreció un esquema de indemnizaciones. A pesar de ello la compañía estimaba una indemnización calculada en 5.186 millones de reales, que equivalen a unos 4,7 billones de pesos, pero terminó recibiendo un estimado de R\$3.605 millones de reales (3,2 billones de pesos), es decir solo un 68% de lo esperado⁸⁷.

Este ejemplo demuestra de donde deriva entonces la importancia de proteger la inversión propia en un país extranjero, puesto que al afectar una industria que tenga un papel determinante en la economía de un Estado, se puede afectar igualmente la economía general de este último, especialmente cuando se trata de empresas estatales. Y aunque si bien en este caso ISA tuvo una disminución importante en sus ingresos y en sus prospectos de crecimiento, no se vio tan golpeada gracias a que por lo menos se le proporcionó una indemnización, pero de no ser así las consecuencias hubieran sido graves no solo para ISA sino para la economía general del país, lo que demuestra la desprotección a la cual pueden estar sometidas las empresas en el extranjero, y la legítima preocupación de los diferentes Estados de proteger a sus inversionistas en mercados externos.

Así como ISA, hay otras grandes empresas que representan gran parte de la economía colombiana y que están en proceso de expansión hacia el exterior. Actualmente, unas 80 empresas colombianas tienen presencia directa en el exterior y al cierre de 2014 registraron ventas por unos US\$10.000 millones y generaron cerca de 2,5% del PIB del país⁸⁸. Dentro de estas podemos encontrar grandes empresas como; PINTUCO⁸⁹ que lidera el negocio de pinturas en la región y opera en 11 países, contando con siete plantas en distintos Estados y cuya operación en el exterior, excluyendo Venezuela, representa la mitad de los ingresos totales de esta multilatina; ANDERCOL⁹⁰ con presencia comercial en 15 países de América, incluyendo Estados Unidos y 7 plantas productivas en Brasil, México, Venezuela,

86 Esteban Guerra Camargo, "ISA seguirá transportando el 30% de la energía de Brasil", *La República* (24 de diciembre de 2012), [en línea], disponible en: http://www.larepublica.co/empresas/isa-seguirá-transportando-el-30-de-la-energ%C3%ADa-de-brasil_26988

87 Ferney Arias Jiménez, "ISA no está conforme con la indemnización en Brasil", *El Colombiano*, (10 de enero de 2015), [en línea], disponible en: <http://www.elcolombiano.com/isa-no-esta-conforme-con-la-indemnizacion-en-brasil-XN1069415>

88 Revista Dinero "Las 27 multilatinas", *Dinero*, (22 de julio de 2015), [en línea], disponible en: <http://www.dinero.com/edicion-impresacaratula/articulo/las-27-multilatinas/211356>

89 Revista Dinero, "Pintando la región Pintuco", (22 de julio de 2015), [en línea], disponible en <http://www.dinero.com/edicion-impresacaratula/articulo/pintando-region-pintuco-2015/211478>

90 Revista Dinero, "Un titán en tierra de titanes", (22 de julio de 2015), [en línea], disponible en: <http://www.dinero.com/edicion-impresacaratula/articulo/andercol-titan-tierra-titanes-2015/211480>



Ecuador y Colombia, y cuyas ventas fuera del país representan cerca del 55% del total de la operación; SURA⁹¹ con presencia en 9 países, y para quien ya el 51,4% de los dividendos que recibe provienen del exterior, y que espera seguir expandiéndose, pues a mediados de este año anunció negociaciones para la compra de las operaciones de la aseguradora británica Royal & Sun Alliance⁹²; Grupo Nutresa, que a través de la Nacional de Chocolates cuenta con fábricas en Perú, México y Costa Rica, y cuyas ventas en el exterior llegan a los US\$172 millones, lo que representa ya 32,1% del total del negocio⁹³; EPM quien adquirió en Chile Aguas de Antofagasta, negocio que bordeó los US\$1.000 millones; entre otras.

En este sentido, el elemento más importante a favor de estos instrumentos es que son acuerdos celebrados entre dos Estados con el ánimo recíproco de promoción y protección de las inversiones realizadas por inversores de su respectivo país, por ende se trata de acuerdos equilibrados, equitativos y justos para ambos Estados, pues los mismos están dirigidos a promover, regular y proteger en la misma medida la inversión extranjera, brindando para ello condiciones que permitan, en alguna medida, generar un ambiente de confianza y predictibilidad respecto al marco legal aplicable a la inversión y se reduzcan los riesgos no comerciales asociados a la misma.

Conclusiones

Recopilando un poco lo hasta aquí dicho, en primer lugar es necesario indicar que en Colombia persiste la necesidad de atraer IED, pues aunque si bien hemos avanzado mucho a nivel económico, sigue siendo una verdad palpable y aplicable que “el desarrollo económico de los países emergentes y en desarrollo depende en gran medida de la posibilidad de realizar inversiones rentables y acumular capital, [...] y la necesidad de los países por obtener recursos que potencialicen el crecimiento económico y la capacidad de generación de riqueza, hacen que el estudio de los factores que determinan la IED sirva como una herramienta indispensable para tomar decisiones políticas, financieras y sociales para el corto, mediano y largo plazo”⁹⁴.

Ahora bien, para nadie es un secreto que actualmente la perspectiva económica del país se viene deteriorando y que se han encendido varios signos de alarma que plantean serias

91 Revista Dinero, “Grupo SURA va por más en América Latina y Suramérica” (9 septiembre de 2015), [en línea], disponible en: <http://www.dinero.com/empresas/articulo/grupo-sura-compra-operacion-rsa-america-latina-suramerica/213197>

92 La compañía británica es uno de los 10 jugadores internacionales más grandes de la región, con presencia en Chile, Argentina, Brasil, México, Colombia y Uruguay.

93 Revista Dinero, “El dulce sabor del éxito de chocolates Nutresa” (22 de julio de 2015), [en línea], disponible en <http://www.dinero.com/edicion-impres/a-caratula/articulo/chocolates-nutresa-dulce-sabor-del-exito-2015/211488>

94 E, Gil, S, López y D, Espinosa, *Op. cit.*, pp. 56-57.



dudas acerca del futuro de la economía colombiana y de la capacidad del Gobierno Nacional de hacerle frente a este nuevo escenario económico, pues; el impacto fiscal de la caída de los precios del petróleo - que dejará de representar el 3,5% del PIB para ser algo menos del 1% del PIB en los años que vienen⁹⁵; el déficit de nuestra cuenta corriente; la inflación por encima de la meta prevista; el desplome de la inversión extranjera –en junio de 2015 la balanza cambiaria nacional tuvo flujos netos por US\$166 millones mientras que en el mismo mes del año pasado (2014) estos flujos llegaron a US\$2.988 millones, bajando un 47% interanual en el primer semestre del año-; el recorte a la inversión en el presupuesto de \$5 billones– el más bajo de las últimas leyes aprobadas, mientras el rubro de funcionamiento crece y; la salida de grandes empresas, como Kraft, Michelin, Bayer, Monómeros, BAT, Mazda y la más reciente Mondelēz argumentando problemas de costo de oportunidad y obstáculos como la logística, el transporte, demora en procesos aduaneros que restan competitividad, problemas de rezago tecnológico y caída sostenida en el volumen de su producción; lo que no muestra el mejor de los panoramas, y ello sin tener en cuenta factores como la inseguridad, el narcotráfico y la corrupción.

Siendo la IED bajo este panorama una buena opción para compensar la disminución en la inversión estatal, impulsar proyectos de infraestructura que mejoren los problemas logísticos del país, e igualmente para aumentar la cantidad de divisas en el mercado, lo que contribuiría a la revaluación del peso colombiano.

Pero es aquí donde nos encontramos con la paradoja inicial de este artículo, según la cual “los países con mayor necesidad de inversión para el desarrollo sustentable son aquellos que, por fuerza de su poco desarrollo, probablemente no reciban mucha”⁹⁶, pues como se mencionó, este tipo de inversión depende, en gran medida, de varios y complejos factores como son las políticas y circunstancias del país receptor⁹⁷, y debilidades en cuanto a la infraestructura, seguridad nacional e inestabilidad jurídica, influyen de manera determinante en la capacidad de un país para atraer y beneficiarse de la IED, lo cual plantea grandes retos para nuestro país si quiere atraer IED.

En segundo lugar, si bien Colombia desde hace varios años ha hecho uso de algunos mecanismos de estabilización jurídica con el fin de menguar la gran inestabilidad jurídica que ha caracterizado el país y que desincentiva la inversión, especialmente a través de los CEJ y los BITs, la utilización de los mismos no ha sido del todo afortunada.

95 David Barguil, “Urge darle valor agregado a la producción nacional para enfrentar desafíos económicos”, Revista Dinero, (28 de julio de 2015). <http://www.dinero.com/economia/articulo/opinion-sobre-urgencia-reforma-para-produccion-nacional/211641>

96 IISD (2012) “*Investment Treaties & why the matter to sustainable development: Questions & answers*”. Canadá., p. 1., [en línea], disponible en: http://www.iisd.org/pdf/2011/investment_treaties_why_they_matter_sd.pdf, consulta: 21 de abril de 2015, (T del A).

97 *Ibíd.*, p. 2.



Por su parte, la implementación de los CEJ en Colombia dejó entre ver principalmente dos cosas, la primera de ellas, que la inestabilidad jurídica del país es de tal magnitud que incluso las empresas nacionales tienen la necesidad de acudir a estos mecanismos para sacar proyectos importantes adelante, como en el caso de ISA y EMP- que incluso son empresas del Estado-. Y segundo, que aunque si bien dicho mecanismo aumentó la inversión, que no fue propiamente extranjera, se limitó a aumentar el volumen de la inversión más no la calidad de la misma, es decir, en sectores donde fuera importante fomentar la inversión y que de una u otra forma le sirvieran al país para mejorar su economía, comercio, y el bienestar social. Que es precisamente lo que le da fundamento y proporcionalidad a ésta medida, y a las posibles desventajas que se crean frente a los demás que no gozan de dicho beneficio.

Con base en lo anterior, no considero que los CEJ sean en si mismo malos, de hecho creo que conllevan menos riesgos que los BITs, y pueden proporcionar una protección eficiente a las inversiones respecto a la inestabilidad jurídica, y con ello atraer inversión. Aun así considero que el tratamiento que se les dio en su momento no fue el mejor, ya que si bien uno de sus propósitos era el de aumentar la inversión, no se evidenció en todos ellos los beneficios que pudo representar para el Estado renunciar a la aplicación de su normatividad por un determinado periodo a cambio de una prima, lo cual precisamente permite este mecanismo, pues estos le permiten al Estado al conceder dichos contratos determinar si ese contrato en particular crea no solo beneficios para el inversionista sino también para el desarrollo del país, lo cual no permiten los BITs, en la medida en que estos son generales y cubren cualquier tipo de inversión.

Por el lado de los BITs, aunque si bien se logró demostrar de donde deriva su importancia, en la medida en que garantizan una protección general a inversionistas bajo condiciones internacionales recíprocas, gracias a disposiciones como las de la expropiación indirecta, esta última también puede ser un arma de doble filo. En primer lugar, porque la estabilidad proporcionada por estas cláusulas no se reduce a las normas e interpretaciones señaladas como determinantes para la inversión, sino a cualquier norma o regulación que afecte gravemente al inversor y, en segundo lugar, porque estos no cobijan solo al inversionista que tiene un contrato directo con el Estado, sino a cualquier inversionista que provenga de otro Estado con el cual Colombia ha firmado este tipo de acuerdo.

Y aunque esto a grandes rasgos beneficia al Estado al no tener que firmar un contrato particular con cada inversionista que ingrese al país, ahorrando recurso y en igual medida permitiéndole proteger a los inversionistas nacionales en los otros Estados parte de los acuerdos. El Gobierno debería limitar la suscripción de este tipo de acuerdos a aquellos casos en los que efectivamente exista la necesidad de una protección recíproca, pues en caso de estos celebrarse con Estados en los cuales Colombia no realiza inversión, aunque si bien puede ser un incentivo para que empresas colombianas realicen también



inversiones por fuera del país, resulta más difícil de percibir cual sería el beneficio de Colombia, y que dado a que en los BITs no se establece a cual es el tipo de inversión que se le concede esa estabilidad –a través de la expropiación indirecta–, ni el tiempo por el cual se concede, podría resultar contra producente para el país, dado que la relación costo - beneficios estaría en desbalance.

Sin embargo, como ya se reiteró en este artículo estos mecanismos no pueden ser ver vistos desde un punto de vista alejado del contexto colombiano, en la medida en que estos obedecen a la necesidad de hacer más atractivo el país para la IED, un país que precisamente por sus condiciones políticas y económicas no lo es, pues de tener el país un clima adecuado y favorable para la IED no solo no sería necesario acudir a estos mecanismos que hicieran al país un destino más atractivo para la inversión, sino que a lo mejor tampoco tendríamos grandes necesidades de atraer inversión extranjera ya que la misma vendría por sí sola.

Lo cual nos lleva a la tercera conclusión y es que, el hecho de que persista la necesidad de implementar estos mecanismos es también una forma de llamar la atención al Estado colombiano para que los cambios legislativos sean cambios jurídicos más consistentes, coherentes y perdurables, puesto que dichos cambios no solo hacen menos atractivo al país para la inversión extranjera sino que generan también fuertes golpes económicos a la población en general, y aunque si bien es legítimo que se realicen los cambios normativos necesarios para que el ordenamiento jurídico se adapte a las nueva situaciones cambiantes del país, también es necesario tener en cuenta que necesitamos un Estado sólido, que tenga un comportamiento consecuente y no contradictorio, no permeable por los intereses políticos o económicos de los funcionarios de turno, y que a la hora de legislar tenga más presente el interés general de la población e igualmente realice un estudio o un análisis minucioso sobre los cambios a implementar. Solo así, a lo mejor la actividad legislativa reduciría su cantidad de leyes y optaría por normas más concretas, de calidad y firmes, que le permitan al ciudadano evolucionar en un medio jurídico estable y previsible, incluso en cuestiones como la inversión extranjera que es lo que ocupa este trabajo, pues lo primero que hay que hacer para atraer a los empresarios es tener buen gobierno.

Por último, lo hasta aquí señalado permite llegar a una conclusión que va incluso que más allá del ámbito nacional, y es que hoy la globalización es un hecho y las consecuencias de la misma son más visibles que en cualquier otro momento. El caso de CTEEP, es el ejemplo donde mejor se ve como ha avanzado la globalización económica y el grado de conexión e interdependencia a nivel mundial, en la medida en que ya no solo las crisis económicas de grandes potencias como Estados Unidos, China, entre otros, pueden afectar la economía mundial, sino que también los cambios en la normatividad interna de un país que afecten inversionistas importantes de otro Estado, pueden tener serias consecuencias en las economías del Estado exportador de la inversión, lo que demuestra la importancia y relevancia del papel que pueden tener las normas internacionales y los



acuerdos multilaterales de inversión en la actualidad, pues hoy en día las medidas propias y legítimas de un solo país no afectan solo a su población sino que pueden llegar a afectar también la población de otras economías, e incluso a la población mundial, todo ello como consecuencia del mundo globalizado en donde vivimos y en donde el mundo es hoy visto como un solo mercado global.

Bibliografía

- Calderón, Juan J. “Los acuerdos de promoción y protección de la inversión extranjera: una aproximación a la incidencia de la jurisprudencia constitucional en su estructuración e interpretación”, en: *Estud. Socio-juríd*, vol.7, núm.2, Bogotá, Colombia, julio –diciembre 2005, pp. 92-123.
- Cameron, Peter D, “Stabilization in Investment Contracts and Changes of Rules in Host Countries: Tools for Oil & Gas Investors”, *Association of International Petroleum Negotiators*, 2006.
- Castaño, Juliana y Galeano, Paola. Los Contratos de Estabilidad ¿Una verdadera herramienta para la protección de los intereses del inversionista y del Estado Colombiano?”, en: *EAFIT Journal of International Law*, Colombia, vol. 2, núm. 01, Enero junio 2011, pp. 68- 106.
- CIADI, Laudo arbitral de “Metalclad Corp v. México” (CIADI Caso No, ARB(AF)/97/I), Sitio web CIADI [en línea], 2000, en: <http://www.italaw.com/documents/MetacladAward-English.pdf>
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia: C-320 de 2006 (M.P: Humberto Sierra Porto), Gaceta de la Corte Constitucional, Bogotá, 24 de abril de 2006.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia: C-199 de 2012 (M.P: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Gaceta de la Corte Constitucional, Bogotá, 14 de marzo de 2012.
- Colombia, Congreso de la Republica, *Ley 963 de 2005 Por la cual se instaura una ley de estabilidad jurídica para los inversionistas*, Diario Oficial No. 45.963, Bogotá, 8 de julio de 2005.
- IISD (2012) “*Investment Treaties & why the matter to sustainable development: Questions & answers*”. Canadá.
- ISA, Informe empresaria ISA S.A. E.S.P., [en línea] disponible en: <http://www.isa.co/es/sala-de-prensa/Documents/nuestra-compania/informes-empresariales/2008-01-01%20info-rse-isa-2007.pdf> , p. 42 y ss.
- Galán, Diego B. “Los Contratos de Estabilidad Jurídica: Un Estimulo a la Inversión Extranjera en Colombia”, en: *Revista Estudios Gerenciales* vol.22, núm. 101, 2006.



- Garavito Arón; Iregui, Ana María y Ramírez, María Teresa, “Inversión Extranjera Directa en Colombia: Evolución reciente y marco normativo”, en: Borradores de Economía Banco de la República, Colombia, núm. 713, 2012, p. 1-64.
- Gil, Edgar; López, Silvio y Espinosa, Dorian, “Factores determinantes de la inversión extranjera Directa en América del Sur” en: *Perfil de coyuntura Económica*, núm.22, diciembre 2013, pp. 55-85.
- Quiroga, Édgar N y Villegas, María Alejandra, “La Constitucionalidad de Los Contratos de Estabilidad Jurídica desde la Perspectiva del Análisis Económico del Derecho”, *Revista Vniversitas*, núm. 115, 2008.
- Parisca, Jorge M., “El arbitraje CIADI y la protección a la inversión extranjera”, en: *Revista de Economía y Derecho*, Perú, vol. 4, núm. 15, invierno 2007.
- Prieto, Enrique A, “BIT y la Constitución colombiana de 1991: internacionalización de la economía dentro de un Estado Social de Derecho”, en: *Revista Estud. Socio-jurídicos*, Bogotá, Colombia, vol. 13, núm. 1, enero- junio de 2011, pp.109-143.
- Restrepo Uribe, Esteban, “Mecanismos Multilaterales de Protección (MIGA, ICSID) y OPIC”, en Philippe de Lombaerde, ed., *Régimen Jurídico y Análisis Económico*, Santa Fe de Bogotá D.C., Universidad Sergio Arboleda, 1997.
- Ruíz, Juan G. y Villaveces, Sebastián, “Contratos de estabilidad jurídica: algunas consideraciones prácticas”. *Impuestos. Comunidad contable*, septiembre - octubre de (2009).
- Shemberg, Andrea, “Stabilization Clauses and Human Rights. A research project conducted for IFC and the United Nations Special Representative to the Secretary General on Business and Human Rights”, *Sitio web IFC*, [en línea], 2008.
- Sornarajah, M. *The International Law of Foreign Investment*, New York, Cambridge University Press, 2004.
- UNCTAD, “Investment Policy”. *Sitio Web UNCITAD2*, [en línea], 2015, disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/45#iialnnerMenu>, consulta: 24 de febrero de 2015.
- Wills, Santiago, “Protección a la inversión extranjera en infraestructura por medio de Acuerdos Internacionales de Inversión: un nuevo reto para Colombia”, en: *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Bogotá (Colombia), núm. 19, Julio diciembre 2011, pp. 17-38.
- Zapata, Adriana, “Acuerdos bilaterales para la promoción y protección de inversiones internacionales. La experiencia colombiana”, en: *Colección de Derecho Económico, Universidad Externado de Colombia II*, Bogotá, 2000.