



**EL ARBITRAJE INTERNACIONAL
DE INVERSIONES: ¿ES REALMENTE
EL MECANISMO IDÓNEO PARA FORTALECER
EL CRECIMIENTO ECONÓMICO EN COLOMBIA?**

***THE FOREIGN INVESTMENT ARBITRATION
IS IT THE RIGHT MECHANISM TO STRENGTHEN
ECONOMIC GROWTH IN COLOMBIA?***

ALEJANDRO ÁVILA SIERRA*
JUAN DAVID JARAMILLO LÓPEZ**

Fecha de recepción: 11 de abril de 2020

Fecha de aceptación: 12 de mayo de 2020

Disponible en línea: 30 de junio de 2020

RESUMEN

El Arbitraje Internacional de Inversiones otorga una serie de condiciones mínimas de protección al inversionista que desea movilizar sus recursos a un Estado que, por regla general, no coincide con la nacionalidad del país inversor. En medio de esas prerrogativas, se le brinda la posibilidad de acudir a un centro arbitral imparcial que dirima cualquier conflicto que surja en virtud del contrato y/o tratado suscrito con el Estado receptor de la inversión. En la actualidad, el Estado colombiano ha estado diseñando un régimen jurídico especial para atender efectivamente las contingencias que demanda un proceso arbitral internacional de inversiones. A pesar de ser nuevo en dicho procedimiento, se ha logrado consolidar una

* Estudiante de octavo semestre de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia. Contacto: alejandro-avila@javeriana.edu.co

** Estudiante de octavo semestre de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia. Contacto: jaramillo_j@javeriana.edu.co

normatividad que le permitirá defender sus intereses de manera acertada y correcta siguiendo los parámetros establecidos por el Derecho Internacional.

De esta manera, es importante analizar si el Arbitraje de Inversión puede garantizar o no un crecimiento integral económico en todos los sectores económicos del país.

Palabras clave: Arbitraje de Inversión Extranjera, Inversión extranjera, Arbitraje, Estado, Inversionista, Tratados bilaterales y multilaterales de protección al inversor, Estado Receptor.

ABSTRACT

The Foreign Investment Arbitration offers a serie of minimum conditions of protection to the investor who pretends to mobilize his economic resources to a State that in almost all cases, do not match with his nationality. In those guarantees, the investor has the opportunity to attend to an impartial arbitration centre to settle any dispute that could emerge under the contract and/or treaty signed with the investor host State. Currently, the Colombian State has been designing a special legal regime to counterattack effectively any contingency that demands an international investment arbitration process. Despite of being new in this procedure, Colombia has been able to achieve and create an important legislation that would bring them the enough tools to defend their interests in a proper way, by always following the rules established by the International Law.

By this way, is important to analyze if the Foreign Investment Arbitration is able to guarantee or not an integral economic growth in al the economic sector of the country.

Keywords: Foreign Investment Arbitration, Foreign investment, Arbitration, State, Investor, Bilateral or Multilateral Investment Treaties, Host State.

I. INTRODUCCIÓN

La inversión ha sido una realidad constante que ha acompañado el surgimiento de las primeras civilizaciones. Desde que existe el comercio se ha presentado la posibilidad de invertir. La inversión se puede dar de distintas formas; por ejemplo: una inversión interna en la que un empresario decide convertir su dinero en capital y para esto lo inyecta en un proyecto productivo que posteriormente

le generará utilidades, y lo desarrolla en su territorio de origen, o por otro lado, un comerciante quiere expandir sus operaciones y conquistar nuevos mercados, para esto dirige su capital hacia el mercado al que quiere entrar y desarrollar sus actividades, para luego disfrutar de las ganancias.

En este sentido, se puede afirmar que la inversión es un instrumento que utilizan los comerciantes para aumentar su riqueza. Sin embargo, de la misma manera en cómo los empresarios pueden aumentar su patrimonio a través de la inversión, es posible que este mecanismo les pueda resultar contrario a sus intereses e incluso provocar su bancarrota. Por tal motivo, la inversión requiere por parte del empresario un exigente estudio y análisis previo de riesgos, ya que muchas veces los mercados y su entorno pueden ser económicamente beneficiosos, pero el retorno de la inversión puede verse comprometido debido al riguroso régimen jurídico del país receptor.

La inversión extranjera puede llegar a convertirse en uno de los instrumentos más riesgosos para generar riqueza, ya que este tipo de inversiones se dan en la mayoría de los casos, cuando un empresario decide expandir su negocio y llegar a nuevos mercados ubicados en un país que no es el de su origen. Esta actividad resulta riesgosa porque el inversor debe acogerse a las regulaciones y a las condiciones que el país receptor de la inversión le exige para entrar a competir en su mercado, y en ocasiones, esas condiciones pueden resultar contrarias a sus intereses. Frente a esta contingencia, los Estados se han concentrado en generar condiciones óptimas para que los empresarios, sin importar su procedencia, desarrollen actividades económicas en su territorio, pues les interesa que haya un gran flujo de capitales en sus mercados.

Por lo tanto, los Estados en procura de afrontar esta contingencia, han decidido suscribir tratados que tienen como propósito impulsar la inversión y proteger a los inversionistas. Estos instrumentos internacionales contienen un mecanismo de protección denominado “Arbitraje Internacional de Inversiones Extranjeras”, que es frecuentemente utilizado para promover y garantizar la aplicación de condiciones equitativas y seguras al inversionista extranjero.

Si bien en Colombia, el Arbitraje Internacional de Inversiones no ha sido de frecuente utilización, su tendencia es incentivar su uso, razón por la cual se considera que se debe desarrollar un marco normativo ajustado a nuestro marco legal. En este trabajo se estudiará si realmente el Arbitraje Internacional de Inversiones es la mejor herramienta para impulsar y fortalecer el crecimiento económico en Colombia.

Para esto, en primer lugar (i) se realizará un estudio jurídico e histórico de esta figura jurídica, con especial énfasis en cómo fue su acogida en Latinoamé-

rica. En segundo lugar (ii), se presentará la situación actual en el mundo y se expondrán cuáles son sus ventajas y desventajas. En tercer lugar (iii), se estudiará el desarrollo de esta figura en Colombia y se analizará el caso Glencore International AG y C.I. Prodeco S.A. vs Estado colombiano; ya para concluir (iv), se explicarán las razones por las cuales se considera que, si este mecanismo de protección al inversor no se aplica de manera apropiada, puede llegar a perjudicar las finanzas públicas del Estado y consecuentemente, afectar de manera directa y negativa el crecimiento económico en Colombia.

II. ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIÓN EXTRANJERA

A. NOCIÓN

El Arbitraje Internacional de Inversiones es una figura en virtud de la cual se le brinda a un inversionista extranjero o a un Estado receptor de inversión, la oportunidad de acudir a un tribunal de arbitramento externo, ajeno a la relación contractual, para que solucione las controversias que se ocasionen entre estos. En este orden de ideas, este mecanismo se traduce en la posibilidad que tiene el inversor extranjero de sustraerse de la jurisdicción de un Estado y trasladar dicha competencia a un sujeto imparcial cuando se presenten conflictos con la institucionalidad del territorio donde se realizó su inversión¹.

El mencionado instrumento se creó con el propósito de evitar que el ordenamiento jurídico de los países receptores de capitales, diseñaran políticas arbitrarias y/o discriminatorias que afectaran sustancialmente los intereses del inversionista extranjero² (Vallejo, 2007). A diferencia de Europa, Latinoamérica durante el siglo XX se caracterizó por obstruir la entrada de bienes y servicios

1 En este sentido el Arbitraje Internacional de Inversiones podría verse de forma general como un mecanismo alternativo de solución de conflictos.

Al hablar de arbitraje y tribunales de arbitramento se está haciendo referencia a un sistema privado de solución de conflictos. Los beneficios derivados del arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos se evidencian en términos de la posibilidad de escoger quiénes conforman el tribunal, y hacerlo de tal forma que los árbitros tengan conocimientos especiales sobre ciertos contextos contractuales. En consecuencia, la calidad del fallo será tanto más alta cuanto quienes fallen tengan mejores herramientas intelectuales y mayor información frente al conflicto concreto. Adicionalmente, la posibilidad de escoger los árbitros y el procedimiento que se va a seguir también reportan beneficios, pues generalmente esta es una de las condiciones incluidas en el contrato. Es por esto qué resulta socialmente más deseable recurrir a este tipo de mecanismo que a las Cortes estatales (Shavell, 2004, p. 323).

2 Vallejo (2007) afirma que “El trato de nación más favorecida garantiza a los inversionistas de un determinado estado, un trato no menos favorable que el del estado receptor de la inversión, este sistema de protección apunta a eliminar desventajas competitivas”. (p. 13).

provenientes del extranjero³, y a su vez, de instituir políticas internas adversas para el inversionista extranjero al momento de presentarse un conflicto⁴ (Mourra, 2008). Por tal motivo, se buscó una protección de los agentes económicos extranjeros interesados en invertir su capital en un determinado territorio, para que así gozaran de un tratamiento equitativo ante un eventual litigio con el Estado receptor.

Esta figura se ubica en el área del Derecho Internacional Económico y goza actualmente de un riguroso cuerpo normativo y doctrinal que ha sido fruto de los fenómenos de la globalización y el neoliberalismo⁵ (Solórzano, 2017). Estos fenómenos han permitido que los Estados antiguamente conservadores y restrictivos en inversiones de naturaleza extranjera, propicien el flujo constante de capitales en sus mercados, y a su vez, suscriban acuerdos de libre comercio regionales encaminados a potencializar los distintos sectores de su economía. A pesar de ello, esta figura no siempre ha gozado del mismo tratamiento en la esfera mercantil, su desarrollo ha sido gradual y progresivo, pues los primeros vestigios de inversión extranjera se remontan a la época del pre capitalismo, escenario propio de las ciudades italianas dedicadas al intercambio de bienes y servicios con otras naciones.

B. HISTORIA DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIÓN

Como antecedente inmediato al Arbitraje Internacional de Inversiones, se identifica la protección diplomática⁶, figura que se implementó para dirimir las controversias que se presentaban entre el inversor extranjero y el Estado receptor, pues a lo largo de la historia se ha demostrado cómo desde el inicio de las

3 Mourra (2008) refiere que “históricamente la inversión extranjera en Latinoamérica se ha caracterizado por ser una relación volátil entre el país receptor y el inversor, pues en un principio se caracterizó por el miedo que se tenía de que los europeos volvieran a tratar ejercer un control económico sobre sus antiguas colonias” (p. 7).

4 Mourra (2008) afirma que “los Estados receptores no deben garantizar algún derecho o beneficio a extranjeros que de alguna manera excedieran los que tienen sus propios nacionales. Esto específicamente implica que el Estado puede garantizar privilegios no especiales para inversores extranjeros, de esta forma rechazando el mínimo estándar internacional.” (p. 9).

5 En este orden de ideas Solórzano (2017) propone que “La globalización es uno de los principales factores que hacen que la concepción del Estado-nación deba readecuarse a las nuevas demandas de la sociedad y la economía - lo cual los obliga a suscribir tratados o a crear figuras jurídicas atinentes a facilitar el ingreso de inversión extranjera a sus territorios.” (p. 228).

6 En palabras de González (2002) la protección diplomática es “La acción que un Estado lleva a cabo frente a otro Estado, reclamando la debida aplicación del derecho internacional, bien sea porque se cometió un hecho ilícito del que han sido víctimas sus nacionales e imputable a las autoridades del Estado.” (p. 285).

primeras civilizaciones, éstas siempre se han visto interesadas en crear sólidas relaciones comerciales con otras naciones, para así fortalecer su economía y ampliar su red de distribución de mercancías (González, 2002).

La protección diplomática era un proceso dispendioso que exigía como requisito de procedibilidad, agotar primero todas las instancias del ordenamiento jurídico local antes de acudir a este⁷, de manera que, si las controversias no tenían una solución pronta, las pérdidas económicas de las partes afectadas serían de carácter indefinido, situación que, si bien servía para transar temporalmente las diferencias entre las partes, su carencia de legitimidad y oponibilidad impedían su permanencia en el tiempo (Burgos, 2009). De igual manera, era un mecanismo que afectaba las relaciones diplomáticas entre el Estado receptor y el Estado de origen del inversionista, pues era una negociación directa entre los representantes de cada Estado que en ocasiones no llegaba a feliz término.

Es así como, solo hasta mediados del siglo pasado, surgió el interés en integrar un cuerpo normativo internacional, que regulara y estableciera unos parámetros mínimos sobre los cuales debía ceñirse cualquier tipo de inversión en el extranjero. La primera herramienta utilizada para introducir una solución a las disputas entre el Estado inversor y receptor, fueron los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) y los Tratados Multilaterales de Inversión⁸; el primero en celebrarse fue el Tratado Anglo Portugués de 1373 suscrito entre los portugueses y británicos, dicho acuerdo -todavía vigente- tiene como finalidad concretar la alianza militar y económica entre ambas naciones, para unir fuerzas ante posibles ataques de enemigos (Monroy, 2015). A pesar de no estar directamente relacionado con el tema objeto de estudio, si es un instrumento que sentó un precedente importante respecto a la colaboración y trato equitativo que debe existir siempre que se pretenda movilizar recursos a un estado extranjero.

En ese mismo sentido, los Acuerdos de Bretton-Woods también aportaron un contenido importante en la dinámica de las relaciones económicas interna-

7 Respecto al agotamiento de las instancias internas Burgos (2009) afirma que “Consiste en la exigencia del derecho consuetudinario sobre el agotamiento de los recursos internos, cuyo objeto es que el Estado que ha perjudicado al individuo tenga la oportunidad de repararlo por medio de su aparato interno, antes de ser llevado a un tribunal internacional.” (p. 257).

8 Monroy (2015) afirma que: “Los TBI o Acuerdos Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI) son tratados que los Estados firman para dar mayores garantías a los inversionistas de otro Estado, y se enmarcan en una política de fomento de la inversión extranjera directa que busca ampliar la seguridad jurídica; sus principales efectos son: establecer el trato y protección debidos al inversor extranjero que el Estado receptor se compromete a garantizar, y otorgar al inversor la oportunidad de someter toda controversia a una instancia arbitral internacional” (p. 8).

cionales actuales⁹, ya que posterior a su celebración en Julio de 1944, se ordenó la creación del Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional (FMI), instituciones encargadas de crear un marco jurídico consensuado en donde los Estados parte, tuviesen la oportunidad de reestructurar sus economías en el ámbito de la posguerra y al mismo tiempo, armonizar su ordenamiento con las disposiciones económicas internacionales (Lelart, 1996). A pesar de que solo hasta la década de los 90 se logró crear la Organización Mundial del Comercio (OMC), el cual fue uno de los objetivos principales de Bretton-Woods, los acuerdos si lograron armonizar la política monetaria e incentivar la estabilidad cambiaria de sus miembros¹⁰ hasta la década de los 70 -fecha en la cual el presidente Nixon decretó el fin del acuerdo (Lelart, 1996). Con todo esto, es ostensible ver como el tráfico jurídico internacional, incentivó a diseñar acuerdos de inversión encaminados a crear un conjunto de garantías mínimas para salvaguardar los intereses del inversor extranjero (Vallejo, 2007)¹¹.

Acto posterior, se creó el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a las Inversiones (CIADI), como consecuencia del Convenio de Washington suscrito el 18 de marzo de 1965, con el propósito de facilitar la solución de controversias que se presentaran en materia de inversiones extranjeras, limitando su jurisdicción a dirimir conflictos en donde solamente las partes involucradas fueren particulares inversionistas y Estados receptores de inversión. A pesar de ser una figura bastante criticada al principio¹², hoy en día se instaura como unos de los centros de arbitraje más importantes y con mayor incidencia en las relaciones comerciales de distintos países a nivel mundial (Leturia, 2016).

9 De acuerdo con Lelart (1996) los principales objetivos que se plantearon en Bretton Woods fueron “1) Promover la cooperación monetaria internacional; 2) Facilitar el crecimiento del comercio; 3) Promover la estabilidad de los tipos de cambio; 4) Establecer un sistema multilateral de pagos; y 5) Crear una base de reserva” (p. 18).

10 Por su parte, Lelart (1996) también sostuvo que, “el FMI jugó un papel importante en la gestión del sistema de cambios flotante. Esto obliga a seguir la evolución de la balanza de pagos de cada Estado miembro, a valorar la política monetaria y económica de cada uno, y a intentar que estas políticas sean compatibles entre sí, sobre todo la de los países más importantes que podrían tener efecto en los otros.” (p. 10).

11 Respecto a su origen, Vallejo (2007) afirma que “los Tratados Bilaterales de Inversión surgieron como respuesta a la necesidad de los estados soberanos de crear condiciones de seguridad y estabilidad para sus nacionales, cuando deciden establecer inversiones en el otro estado parte” (p. 8).

12 En palabras de Leturia (2016), fue un mecanismo de solución de controversias en materia de inversiones, que se creó por la voluntad de los países más desarrollados para crear herramientas que garantizarán la protección de las inversiones de sus ciudadanos en países con un menor desarrollo, situación que, a primera vista, pareciera beneficiar solamente a los inversionistas extranjeros y no al Estado receptor.

Antes de entrar a explicar el desarrollo de esta figura en Latinoamérica, es importante indicar a grandes rasgos cómo surge el pacto arbitral. Para este punto, es de mencionar que para la existencia de cualquier tipo de arbitraje, es necesario que medie el consentimiento de las partes involucradas, ya sea anterior o concomitante a la controversia que se origine¹³ (Herrera, 2018). Para el presente caso, el consentimiento está conformado por los instrumentos internacionales que el Estado receptor acoge para darle una protección al inversor extranjero a través del arbitraje y, además, por la decisión autónoma que toma el empresario extranjero de acudir a un tribunal de arbitramento para solucionar los conflictos que se susciten.

En ese sentido, los Tratados Bilaterales y Multilaterales de protección a la inversión extranjera que suscriban los Estados, serán entonces el marco jurídico que le permitirá al empresario extranjero acogerse a esta figura¹⁴ (Castro, 2017). Sin embargo, existe la posibilidad de que los Estados estructuren en su ordenamiento jurídico la posibilidad de acudir directamente al Arbitraje internacional de Inversiones, como un mecanismo para incentivar la inversión en su territorio. No obstante, esta forma de introducir el Arbitraje Internacional de Inversiones no ha sido frecuentemente utilizada¹⁵ (Segura, 2014).

C. ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIÓN EN LATINOAMÉRICA

Ahora bien, el Arbitraje Internacional de Inversiones no tuvo en Latinoamérica el mismo proceso de acogida y flexibilización que en Europa, esto debido a que la ideología socioeconómica que prevalecía en nuestros territorios impedía materializar las exigencias del Derecho Internacional en cada ordenamiento jurídico¹⁶ (Mourra, 2008). La corriente más conocida fue la Doctrina Calvo, creada

13 Puesto que, según Herrera (2018) “el pacto arbitral es un negocio jurídico por virtud del cual las partes someten o se obligan a someter a arbitraje controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas, es un mecanismo de carácter privado y consensual, debido a que es el libre acuerdo entre las partes y no la ley del Estado lo que atribuye competencia a los árbitros para darle solución a las controversias que aparezcan entre las partes.” (p. 289).

14 En virtud de lo expuesto, Castro (2017) manifestó que “cuando se está ante un arbitraje con un particular, el Estado plasma su voluntad de someter una controversia a arbitraje mediante un tratado o ley, la cual es considerada como una “oferta” de someter las controversias a arbitraje internacional, que requiere la posterior aprobación por escrito de parte del inversionista.” (p. 41).

15 A manera de ejemplo, Segura (2014) demuestra que “en la actualidad se presentan expresiones de rechazo al arbitraje de inversión mediante medidas legislativas internas de los Estados. Ecuador, por ejemplo, incluyó el artículo 422 en su Constitución, según el cual rechaza el arreglo de todo tipo de controversias contractuales a través del arbitraje internacional.” (p. 17).

16 Mourra (2008) declaró que, “la Doctrina Calvo se creó bajo el fundamento de que los extranjeros no pueden gozar de un tratamiento diferenciado, están al mismo nivel de los nacionales.

por el jurista argentino Carlos Calvo. Su filosofía se centraba en dos principios: (i) Los Estados soberanos siendo libres e independientes entre sí, tienen el derecho a estar libres de toda interferencia diplomática por parte de otros estados; y (ii) los extranjeros no pueden obtener más derechos o privilegios que aquellos otorgados a los nacionales, ya que estos sólo pueden someterse a los tribunales y autoridades locales (Shea, 1955).

Teniendo en cuenta lo anterior, muchos juristas latinoamericanos se opusieron de manera directa al sometimiento de Centros de Arbitraje de Inversión para dirimir los conflictos en donde un extremo contractual era un inversionista extranjero, porque a su juicio, dicha situación establecía un privilegio del inversionista y ubicaba al nacional en una situación manifiesta de inferioridad¹⁷ (Solórzano, 2017). Por lo tanto, mientras los extranjeros defendían que su inversión debía ceñirse a los estándares mínimos establecidos por el Derecho Internacional, los Estados receptores sostenían que, al garantizar un tratamiento igualitario para el inversionista, se satisfacían los principios básicos exigidos por el Derecho Internacional.

Dicha postura fue defendida en el siglo XX por más de 25 años, en donde se consideró que el Arbitraje Internacional de Inversión imponía controles internacionales sobre las políticas creadas por el Estado receptor¹⁸, y no era considerado como una herramienta que promovía condiciones favorables a la inversión, lo cual impidió que muchos países fueran beneficiarios de los proyectos de inversión que tenían planeados grandes multinacionales (Solórzano, 2017).

De tal manera que, a finales de los años 90 y a principios del siglo XXI, varios ordenamientos jurídicos en Latinoamérica¹⁹, incluyendo el colombiano,

Por tal motivo, las cortes nacionales tienen la jurisdicción y plena capacidad de resolver los conflictos que se susciten entre el estado soberano y los inversionistas extranjeros, excluyendo así, la posibilidad de que éstos últimos acudan a la figura de la protección diplomática.” (p. 9).

17 De acuerdo con Solórzano (2017), este fenómeno hace que “los países adapten sus legislaciones con el objetivo de mantener la inversión. Esto ha implicado que los Estados hagan un recorte progresivo de derechos de tipo social, como son las prestaciones laborales o de protección del medio ambiente, todo con el propósito que las grandes empresas puedan ejercer su actividad sin problema alguno y con la mayor cantidad de ganancias.” (p. 232).

18 En adición a lo anterior, Solórzano (2017) también manifestó que “el Estado no sólo está perdiendo su poder de decisión política y de regulación frente a organizaciones supraestatales o internacionales, hay también presiones de empresas transnacionales o Estados que generan presiones a fin de adaptar por ejemplo algún tipo de legislación a sus intereses” (p. 231).

19 La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), declaró en 2002 que durante la década de 1980 y principios de la década de 1990, los países en desarrollo redujeron las barreras a los flujos extranjeros y ofrecieron exenciones de importación, moratorias fiscales y subsidios para competir por los fondos extranjeros a nivel mundial. En 2001,

contemplaron la posibilidad de pactar el Arbitraje Internacional de Inversiones al momento de celebrar acuerdos económicos, como una estrategia para fortalecer la confianza con el inversionista y a su vez, propender por el crecimiento y desarrollo económico de cada país.

III. SITUACIÓN ACTUAL DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIÓN

En la actualidad, la utilización del Arbitraje Internacional de Inversiones está directamente relacionado con la situación política, social y económica de los Estados. Por un lado, los países más estables —“que se reconocen como los más desarrollados²⁰”— no necesitan herramientas como el Arbitraje Internacional de Inversiones, pues consideran que las condiciones que les ofrecen a los empresarios extranjeros para desarrollar sus proyectos en sus territorios son suficientes (Segura, 2014). Por esta razón, un país como Suecia no está interesado en suscribir Tratados Bilaterales o Multilaterales de protección a la inversión extranjera, ya que sus mecanismos internos son apropiados para atraer e incentivar la inversión.

Por otro lado, los países que se catalogan —“en vía de desarrollo”—, ven en el Arbitraje Internacional de Inversiones, una alternativa para estimular la inversión de empresarios extranjeros en su territorio, ya que a través de esta figura, los mencionados países pueden ofrecer a estos agentes económicos la seguridad jurídica que no les puede garantizar su ordenamiento jurídico. Por consiguiente, en un país como Ecuador o Colombia, se percibe el Arbitraje Internacional de Inversiones como una oportunidad para atraer la inversión a su territorio²¹ (Franck, 2007).

En la actualidad, es posible que países desarrollados busquen suscribir tratados de protección al inversor extranjero para garantizar que a sus empresarios

un total de 71 países de la región realizaron 208 modificaciones a la legislación sobre IED, la mayoría de estos cambios tenían por objeto liberalizar los mercados financieros.

20 A pesar de no existir un criterio para definir lo que es un país desarrollado, Segura (2014) determino que “es muy común que este tipo de inversión se presente entre países desarrollados y países en vía de desarrollo, precisamente por la premisa de la que parten: un país desarrollado es capital abundante y el que está en desarrollo no. La principal razón por la que se presenta este tipo de inversión es mejorar la eficiencia en el manejo de los recursos y reducir los costos de producción.” (p. 9).

21 Por su parte, Franck (2007) fue claro al enfatizar que “aunque el arbitraje en los tratados de inversión no puede detonar la inversión extranjera directa, la disponibilidad de este tipo de mecanismo de solución de controversias es uno de los factores determinantes en la toma de decisiones de los inversionistas extranjeros.” (p. 343).

nacionales les ofrezcan un trato justo cuando inviertan en otros Estados²² (Vandevelde, 2010). Por otro lado, se puede presentar que países en vía de desarrollo se alejen del Arbitraje Internacional de Inversiones y eviten los tratados de protección a la inversión, pues consideran que existen otras alternativas más eficientes para motivar la inversión en sus mercados. Adicionalmente, es importante hacer referencia a la deslegitimación y aversión que se produce alrededor del Arbitraje Internacional de Inversión, cuando se habla del posicionamiento de esta figura. Lo anterior, en razón a que un importante sector de la doctrina considera que esta modalidad arbitral es utilizada para que las grandes multinacionales ubiquen sus intereses por encima de los del Estado receptor²³ (Puigpelat, 2004).

Referente a lo expuesto en el párrafo anterior, la doctrina es crítica de, cómo un laudo arbitral puede llegar a descalificar y anular por completo las decisiones que un Estado receptor adopta con el fin de salvaguardar las garantías fundamentales de su población²⁴ (Vallejo, 2007). ¿Cómo puede pasar esto? Por ejemplo: si un Estado receptor llegase a restringir algún producto por considerarlo nocivo para la salud pública de su país, y dicha actuación administrativa y/o legislativa afecta directamente los estados financieros del inversor, inmediatamente se acudiría a un centro de arbitraje alegando un escenario de expropiación indirecta, en donde quien cuente con mejor asesoría jurídica, obtendrá un fallo favorable.

Por lo tanto ¿Hasta qué punto el Arbitraje Internacional de Inversiones puede llegar a afectar la autonomía de cada Estado? Es todavía una cuestión que no parece tener respuesta, pues es apenas evidente que se estarían contrariando los postulados esenciales sobre los cuales se creó el Arbitraje Internacional de Inversiones, si como producto de un laudo arbitral, se restringe la autonomía legislativa de un país.

Sumado a lo anterior, las reacciones que surgieron a partir de la negociación del Tratado Transatlántico de Comercio e Inversiones (TTIP por sus siglas en

22 Por consiguiente, Vandevelde (2010) afirma que “el estándar de trato justo y equitativo lo que pretende es el respeto por las expectativas legítimas. De manera que, una violación ocurrirá cuando el Estado receptor ha prometido actuar de cierto modo y ofrece una serie de garantías que son determinantes en la decisión del inversionista, y posteriormente no las cumple.” (p. 68).

23 En palabras de Puigpelat (2004) “Como consecuencia del aumento en su capacidad económica, las transnacionales han llevado a determinar la legislación al interior de los Estados, demandándoles la continua adaptación del ordenamiento jurídico a los intereses privados bajo la continua amenaza de realizar sus inversiones en otro Estado que esté abierto a incorporar las reformas que solicitan”.

24 Debido a ello, Vallejo (2007), declaró que la internacionalización del arbitraje, como mecanismo propio de la globalización, ha generado alertas en países en de desarrollo respecto de la pérdida de soberanía y el desmedro del orden público que aparentemente acarrea la incorporación de sus principios a los sistemas nacionales.” (p. 6).

inglés, *Transatlantic Trade and Investment Partnership*) entre la Unión Europea y los Estados Unidos, permite ver como expertos en la materia consideran negativa la implementación de un Arbitraje Internacional de Inversiones. Básicamente, la mesa de negociación del tratado se abstuvo de incluir el punto 4 referente a “la protección de las inversiones extranjeras mediante la inclusión del mecanismo de Solución de Controversias entre Inversores y Estados (ISDS por sus siglas en inglés, Investor-to-State Dispute Settlement), que otorga el derecho exclusivo a los inversores extranjeros de demandar a un Estado ante tribunales privados” (The Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) Negotiations between the EU and the USA, 2015, p. 56).

De la lectura exegética y literal del apartado anterior, la mesa negociadora consideró que la cláusula era ambigua respecto a su ámbito de aplicación, pues se consideró que permitía a los inversores acudir a un ente privado poco transparente cuando las políticas ambientales, laborales, económicas o políticas perjudicaban la actividad que el extranjero desarrollaba.

Por otro lado, en Latinoamérica también se ha generado un rechazo al Arbitraje Internacional de Inversiones, porque en los últimos años los Estados de esta región han acumulado un gran número de demandas en su contra; por ejemplo: en Colombia, donde no se ha desarrollado cabalmente este mecanismo de protección a la inversión extranjera, en el periodo de 2016 a 2019, se acumuló un total de 11 procesos ante el CIADI (Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, 2018). A pesar del aumento en las demandas, la inversión extranjera directa en Latinoamérica no se ha visto afectada, pues para el año 2019, las cifras aumentaron de manera considerable²⁵, sin embargo, no hay un crecimiento exponencial en la explotación de nuevos mercados o una mayor diversificación en el portafolio de inversiones²⁶, esto debido a que todavía son muchos los ordenamientos jurídicos que se muestran renuentes a modificar o flexibilizar sus mecanismos internos de solución de controversias en asuntos de inversión extranjera²⁷.

25 En el año 2019, la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) emitió un informe el cual establece que la inversión extranjera directa (IED) en América Latina y el Caribe aumentó 13,2% en 2018, sumando un total de 184.287 millones de dólares, situación que revierte la tendencia decreciente del último lustro.

26 Además, el Cepal en dicho informe, declaró que el 47% de las entradas de IED en 2018 correspondieron a la industria manufacturera, un 35% a servicios y un 17% a recursos naturales. Por otra parte, las mega operaciones de fusión y adquisición transfronterizas se concentraron en Chile y Brasil, en los sectores de minería, hidrocarburos y servicios básicos (electricidad y agua).

27 Por su parte, el Columbia Center en su informe sobre “Los costos y beneficios de los Tratados de Inversión” publicado en 2018, recalcó que algunos gobiernos pueden ser más sensibles al aplacamiento de regulación que otros. En particular, aquellos con recursos limitados para fi-

A. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIÓN

El Arbitraje Internacional de inversiones, desde la perspectiva del Estado o del inversionista, lo que para uno puede ser beneficioso, para el otro puede traducirse en una desventaja. En este sentido, según el documento “Costos y Beneficios de los Tratados de Inversión”, emitido por el “Columbia Center on Sustainable Development” (2018), se expondrán cuáles son las desventajas del Arbitraje de Inversión:

- **Litigio:** las costas de defensa de las demandas de tratados presentadas por los inversionistas pueden ser cuantiosas. Los estudios han calculado que, a cada parte contendiente por concepto de honorarios y costas, deben cancelar aproximadamente la suma de USD 5 millones.
- **Responsabilidad:** las condenas en estos casos suelen ser cuantiosas sumas de dinero, que pueden comprometer la inversión pública de un Estado, la cual está destinada a satisfacer la necesidad de bienes y servicios de la población más vulnerable.
- **Costos de reputación:** el nivel de confianza y credibilidad del inversionista extranjero se puede afectar cuando el Estado receptor ha sido objeto de múltiples demandas o condenas, porque en ocasiones puede asimilarse a falta de garantías para el desarrollo de operaciones por parte del inversor.
- **Reducción del espacio de políticas:** los Estados deberán cambiar su ordenamiento jurídico para cumplir con lo exigido por los tribunales, por ende, sus políticas se verán direccionadas a lo que un tribunal internacional determine.
- **Dinámica de poder distorsionada:** eventualmente, una multinacional terminará ejerciendo su poder económico e imponiendo sus intereses por encima del Estado receptor.
- **Incertidumbre legal:** los laudos arbitrales pueden llegar a ser confusos y de difícil aplicación, en tanto su contenido no coincide con los postulados del ordenamiento jurídico receptor²⁸ (Benson, 1999).

nanciar responsabilidades potenciales, proporcionar defensas requeridas y arriesgar costos de reputación, y aquellos dependientes de otros países con fines de asistencia de desarrollo, relaciones económicas o apoyo diplomático, pueden estar menos dispuestos a mantener finalmente las medidas impugnadas y pasar años gastando los millones de dólares que generalmente se requieren para contra argumentar las demandas de ISDS.

28 Benson (1999) afirma que, “el arbitraje reduce la incertidumbre asociada con errores judiciales y la parcialidad. Los costos de transacción, a pesar de ser este un mecanismo privado y más

A pesar de que el Arbitraje Internacional de Inversiones ha sido objeto de múltiples críticas por un sector de la doctrina, es frecuente que en la práctica los empresarios todavía acudan a este pacto arbitral con el fin de proteger sus inversiones en territorios foráneos. De igual forma sucede con algunos Estados, quienes lo consideran necesario para impulsar las inversiones en sus mercados, proteger a los inversionistas y fortalecer sus economías. Por su parte, el documento “Costos y Beneficios de los Tratados de Inversión”, emitido por el “Columbia Center on Sustainable Development” (2018), también analizó las posibles ventajas de la inclusión de esta modalidad arbitral en Tratados Internacionales de Inversión, según el documento académico, los beneficios son:

- **Aumento de la inversión interna:** pese a que no existe un estudio técnico que demuestre cómo la inclusión de este pacto arbitral puede llegar a aumentar la inversión interna de un Estado receptor, si es posible afirmar que la inversión a través de este instrumento potencializa la competitividad en los mercados internos, pues los empresarios nacionales estarían en la obligación de aumentar su productividad con el propósito de competir en igualdad de condiciones con el inversionista extranjero.
- **Aumento de la inversión externa:** la implementación de esta figura genera un ambiente de confianza y seguridad jurídica entre el inversionista y el Estado receptor, ya que el primero gozará de un trato justo y equitativo al momento de presentarse una controversia²⁹.
- **“Despolitización” de las controversias:** si el inversionista logra sustraerse de la jurisdicción del Estado para solucionar cualquier controversia, tendrá una garantía de que las políticas del país receptor no intervendrán en la decisión y posterior solución del conflicto. Además, libera de responsabilidad al Estado receptor, pues en caso de no llegar a pactarse esta modalidad arbitral, el Estado tendría que entrar a responder patrimonialmente por cualquier irregularidad procesal que afecte las garantías del inversionista extranjero³⁰.

costoso, son menores por cuanto las partes no deben proveer tanta información a los árbitros como tendrían que hacerlo ante un juez.” (p. 164).

29 En virtud de lo anterior, el Columbia Center en su informe también reiteró que los países también pueden cancelar tratados inversión para beneficiar a sus inversionistas que invierten el extranjero, en función del supuesto de que respaldarla inversión de esas entidades en el extranjero generará beneficios que volverá a recibir el país de origen.

30 Para el Columbia Center, desde la perspectiva del estado anfitrión, esto apela a su deseo de liberarse de la “diplomacia de cañonero”, la protección diplomática u otras sanciones políticas o económicas impuestas por el estado de origen del inversionista como resultado de un presunto maltrato del inversionista por parte de dicho estado anfitrión.

En definitiva, el Arbitraje Internacional de Inversiones no es una herramienta perfecta, pues tanto sus defectos como virtudes son claros y saltan a la vista ante cualquier discusión; pero es de resaltar, que es una herramienta ágil para dirimir cualquier conflicto jurídico que surja entre un inversionista extranjero y el Estado receptor de su inversión. Sin embargo, es decisión de cada Estado analizar y evaluar si adoptan esta herramienta dentro de su política interna para estimular la inversión y fortalecer su economía.

IV. ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIÓN EN COLOMBIA

Colombia tampoco fue ajena al proceso de desarrollo empresarial tardío que imperó en Latinoamérica a finales del siglo XX³¹ (Castro, 2017). Esto debido a que la Doctrina Calvo aún sentaba las bases sobre las cuales se fundamentaban las estrategias económicas del país y el miedo a la apertura económica era un fenómeno todavía latente en las políticas tradicionales de los gobernantes, en consecuencia, la inversión extranjera no se consideraba importante para potencializar la economía local.

Teniendo en cuenta lo anterior, durante el siglo XX, la economía colombiana carecía de normas especiales que regularan el proceso de Arbitraje Internacional Extranjero (Brown, 2013), situación que le impidió al país poder suministrar al inversionista extranjero todo el conjunto de garantías mínimas exigidas por las pautas del Derecho Internacional. Adicionalmente, los asesores jurídicos del Estado no tenían la suficiente preparación académica y técnica para asumir y/o defender con experiencia los intereses del Estado en caso de llegar a presentarse un eventual litigio. Es por esto que, la falta de preparación junto a la escasa y casi que precaria regulación, posicionaron a Colombia como un mercado no relevante a nivel internacional durante el siglo XX.

A pesar de la cerrada y restrictiva economía colombiana, con la entrada en vigor de la Constitución Política de 1991, se modificaron las estrictas barreras de entrada que impedían la inyección de capital extranjero en el mercado nacional³², por lo tanto, no solamente se buscaba consolidar la inversión extranjera en los ya beneficiados sectores petroleros y mineros, sino también viabilizar la apertura de canales de inversión en otros mercados, tales como el sector

31 Castro (2017) sostiene que “la negociación de estos AII en Colombia fue tardía en comparación con los demás países de Latinoamérica esto debido a que a apertura económica colombiana se dio en 1990, a la vez que se suscribieron los primeros AII.” (p. 27).

32 Véanse los artículos 333, 334 y 335 de la Carta Política.

rural³³ (Castro, 2017). Adicionalmente, la estructuración de políticas de promoción para la inversión extranjera, no solamente buscaron potencializar los servicios financieros, eléctricos y demás servicios públicos como lo son, el gas y el agua; por el contrario, también se centraron en diseñar políticas que reformaran estructuralmente las condiciones laborales de los trabajadores, ya que como bien lo establecen las políticas internacionales, toda inyección de capital debe ir acompañada de un mejoramiento integral de las condiciones del trabajador (Garavito, Iregui y Ramírez, 2012).

Una vez se otorgaron los medios necesarios para promover la inversión extranjera directa en el país, el Gobierno comenzó a suscribir una mayor cantidad de Acuerdos Internacionales de Inversión (AII), Tratados de Libre Comercio (TLC) y Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) con diferentes estados, para promover la entrada de inversionistas extranjeros en Colombia³⁴. Lo anterior, con el objetivo de simplificar la entrada de inversión extranjera y a su vez, garantizar los estándares mínimos de protección al inversionista. Sin embargo, es pertinente resaltar que el Estado colombiano incursionó en la esfera del Arbitraje Internacional de Inversiones sin antes obtener la suficiente asesoría técnica, que le permitiera analizar el posible impacto que dichos tratados podrían ocasionar en el erario³⁵.

A. MARCO REGULATORIO

A partir del año 2010 con la expedición del Documento CONPES 3684, se evidenció la voluntad legislativa de fortalecer las estrategias del Estado para atender las controversias internacionales de inversión (Departamento Nacional de Planeación, 2010). En su momento, el Gobierno de turno consideró que la implementación de un mecanismo de solución de controversias con un trato justo y equitativo, atraería la negociación de empresas nacionales con importantes

33 Por su parte, Castro (2017) señaló que “antes de los años noventa, el sector petrolero y minero era el único receptor de inversión extranjera directa, pero con la Constitución Política de 1991 se implementó una política de promoción para la inversión extranjera, cuyo fin era abrir esa brecha a otros mercados y servicios.” (p. 27).

34 Para el año 2017, Colombia había suscrito 14 AII. Además, Un total de 7 TBI con Perú, España, Suiza, Reino Unido, Japón, China e India) y 7 capítulos de inversión dentro de los TLC (Estados Unidos, Canadá, México, Triángulo Norte, Chile, Corea y Costa Rica). Todos estos tratados internacionales contemplan mecanismos de solución de controversias inversionista-Estado.

35 Por último, el Columbia Center en su informe declaró que la incertidumbre y falta de precedentes arbitrales, hace que sea extremadamente difícil y costoso para los gobiernos evaluar la probabilidad de que su conducta entre en conflicto con los estándares de los tratados y comunicar la información relevante sobre dichos estándares de tratados de inversión a la amplia gama de actores gubernamentales, cuya conducta podría dar lugar a demandas.

inversionistas extranjeros³⁶ (Vallejo, 2007), de tal forma que, todo el trámite de promoción y/o negociación de inversión extranjera, estaría en cabeza del Ministerio de Industria y Comercio, a través de la Dirección de Inversión Extranjera y Servicio (DIES).

Posteriormente, la Instancia de Alto Nivel de Gobierno -que es el Consejo Directivo de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado-, asumió la función de orientar y formular las estrategias de litigio referentes a las controversias que se susciten producto de una inversión extranjera, atendiendo los procedimientos de la Ley 1563 de 2012, el Decreto 1939 de 2013 y la Resolución 305 del 2014, normatividad encargada de regular todo lo relacionado con el Arbitraje Internacional de Inversiones en el país.

Las normas antes mencionadas, establecen dos etapas:

1. **Etapa de Arreglo Directo/Cooling-off Period:** en esta instancia, se consultan los motivos por los cuales el inversionista pretende iniciar un proceso en contra del Estado, por lo tanto, se busca negociar y solucionar la controversia antes de acudir a un Arbitraje Internacional. En principio, esta instancia de solución amistosa tiene una duración de 6 meses, a menos de que las partes en el AII establezcan una duración mayor o menor. En caso de llegar a un acuerdo total o parcial, se consignan los respectivos compromisos en un documento firmado por ambas partes.
2. **Fase Arbitral:** una vez agotada la instancia de negociación o proceso de arreglo directo, la Dirección de Inversión Extranjera y Servicio comunica a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, los motivos por los cuales el inversionista extranjero pretende iniciar un proceso en contra del Estado, lo anterior con el fin de preparar y estructurar la posición del Estado colombiano durante el transcurso del litigio.

Respecto al procedimiento de Arbitraje Internacional contenido en nuestro ordenamiento, es importante mencionar que el Gobierno no se encuentra aún en la capacidad técnica y operativa de afrontar con experiencia un litigio internacional de inversiones; esto en razón a que, por una parte, debido a su reciente legislación, son pocos los servidores públicos que cuentan con la suficiente experiencia para afrontar un litigio de esta índole. Dicha situación deja abierta la

36 En su texto “El arbitraje de Inversión y los retos de la Globalización”, Vallejo (2007) fue claro al rectificar que “el objetivo específico que se persigue con la celebración de este tipo de acuerdos es el de intensificar la cooperación económica, en beneficio recíproco, mediante la creación de condiciones favorables que permitan promover y proteger la realización de inversiones bajo estipulaciones claras, de obligatorio cumplimiento.” (p. 8)

oportunidad a que, en cualquier momento el Estado colombiano se vuelva parte de una futura demanda por incumplimiento de las obligaciones; por otro lado, el Estado colombiano todavía no ha realizado los estudios socioeconómicos necesarios sobre el impacto de los laudos arbitrales en nuestro ordenamiento interno. ¿Qué circunstancia tendría lo anterior? Que todo Tratado Internacional suscrito no podría satisfacer las necesidades que el país requiere para proyectar economía gran escala.

B. CASO GLENCORE INTERNATIONAL AG & C.I. PRODECO S.A. vs ESTADO COLOMBIANO

Debido al proceso tardío que ha tenido Colombia en acogerse a distintos TLC, TBI Y AII con agentes económicos importantes, que inyecten un alto flujo de capital en el mercado nacional, el historial y experiencia de nuestra nación en procesos de Arbitraje Internacional de Inversión es limitado. Esta circunstancia impide realizar a ciencia cierta un estudio minucioso de cómo y bajo qué condiciones se han proferido los laudos arbitrales, ya que de los 11 procesos que actualmente están sujetos a debate frente al CIADI, solo uno ha sido resuelto; el cual corresponde al emblemático caso de *Glencore International AG & C.I. Prodeco S.A.*; caso en el cual se conocieron los motivos sobre los cuales se dictó el laudo arbitral, por lo tanto, analizaremos las posibles falencias que el Estado colombiano presentó durante este proceso arbitral de inversiones.

Para dar un contexto general del caso, Prodeco S.A. -filial colombiana de Glencore International AG- suscribió un otrosí N.8 al contrato de concesión minera para la explotación de la mina Calenturitas, departamento del Cesar. En el mencionado otrosí, las partes reformaron la fórmula para calcular el monto de las regalías, pues la fórmula inicialmente pactada dependía de variables históricas de producción que no podían cumplirse en el primer año de ejecución del contrato, por lo cual, las partes acordaron un periodo de transición, en donde se aplicaría una fórmula especial para el cálculo de regalías durante el primer año de vigencia del contrato (CIADI Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, 2019, p. 76). Posteriormente, la Contraloría General de la República emitió en el 2015 un fallo de responsabilidad fiscal en contra de *Prodeco S.A.*, en donde argumentó que el otrosí suscrito entre las partes le ocasionó un detrimento patrimonial al Estado colombiano, en tanto éste dejó de percibir las regalías que legalmente le correspondían (CIADI Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, 2019, p. 113).

El 4 de agosto de 2016 se instaló el Tribunal Arbitral de Inversión ante el CIADI, gracias al TBI suscrito entre Suiza y Colombia en 2006. La demanda

fue interpuesta por el tercer productor de carbón en el país, *Glencore International AG* y su filial colombiana *Prodeco S.A.* El accionista alegó que, la sanción de *sesenta mil veintitrés millones setecientos treinta mil trescientos sesenta y pesos* (\$60.023.730.3688) impuesta por la Contraloría General de la República, le ocasionó un perjuicio injustificado a su compañía, pues el ejercicio del control fiscal no se ejerció en marco de un trato justo y equitativo. Bajo esa misma premisa, solicitaron la devolución del dinero pagado como consecuencia del fallo fiscal, las ganancias dejadas de recibir si el otrosí No.8 llegase a perder vigencia, y las pérdidas que tendrían que asumir en caso de que se ordenará un pago retroactivo de la fórmula de regalías.

Después de casi 3 años de litigio ante el CIADI, donde cada una de las partes defendió su postura, el 27 de agosto de 2019 el CIADI condenó al Estado colombiano al pago de diecinueve mil millones de dólares (US 19.000.000) más intereses a *Glencore International AG*; básicamente, el Tribunal consideró que Colombia incumplió con su obligación de ofrecer un trato justo y equitativo a *Glencore International AG*, esto en razón a que el Estado no debió aplicar la fórmula de cálculo de regalías durante el proceso de transición, dicha actuación hizo que el proceso de valoración del daño fiscal fuera arbitrario, en tanto se afectó la expectativa legítima del inversor en recibir por parte del Estado receptor, un razonable y no arbitrario ejercicio del control fiscal (CIADI Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, 2019, p. 241).

A pesar de que la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado logró desestimar el pago de los quinientos millones de dólares (US 500.000.000) iniciales sobre los cuales versaba la demanda, es evidente que este tipo de laudos arbitrales pueden llegar a impactar negativamente las protecciones económicas del país, ya que dicho pago tendría que asumirse con cargo al Presupuesto General de la Nación. Adicionalmente, en este punto es evidente mencionar como esta modalidad arbitral puede llegar a restringir directamente la autonomía administrativa y legislativa de un país, pues se ve obligado de abstenerse a regular ciertas materias, por temor a no ser objeto de sanciones por incumplimiento a Tratados Internacionales de Inversión.

Sumado a esto, si el Estado con el presupuesto actual no está en la capacidad operativa de garantizar un mínimo vital para sus habitantes, mucho menos podrá materializar dicho postulado constitucional cuando se vea en la obligación de desembolsar grandes cantidades de dinero a multinacionales extranjeras por condenas arbitrales. Es por esto que, urge en el país renegociar ciertos Acuerdos Bilaterales y Multilaterales de Inversión, para que su contenido se ajuste a la realidad económica del país y no se afecten las posibilidades de proyectarse a gran escala como una de las futuras potencias en Latinoamérica. Igualmente,

queda como lección que la actuación de una entidad estatal puede afectar las relaciones actuales de inversionistas extranjeros y el Estado. Por tal razón, es necesario armonizar efectivamente nuestro ordenamiento jurídico interno con las rúbricas internacionales para evitar incongruencias.

V. CONCLUSIONES

El Arbitraje Internacional de Inversiones es una figura que potencializa y facilita la colocación de capitales en territorios donde el mercado no ha sido explotado en su totalidad. Además, es una garantía que el empresario extranjero tiene como factor esencial al momento de realizar su inversión, pues se le está otorgando la posibilidad de recibir un trato justo, equitativo y no discriminatorio por parte de las autoridades locales cuando se presente una controversia entre el inversionista y el Estado receptor. Si bien no existen estudios precisos que ilustren como la implementación de estos acuerdos promueven el crecimiento económico de los países receptores de capital, es evidente que su correcta aplicación les permite posicionarse en el mercado internacional y ser potenciales negociadores de múltiples acuerdos en el futuro, convirtiéndose en lugares propicios para la inversión extranjera.

Sin embargo, es una figura jurídica que, como muchas otras, requiere de una adaptación normativa especial cuando se busca su aplicación en un territorio foráneo. Colombia, a pesar de llevar aproximadamente 8 años reglamentando cada instancia del proceso arbitral de inversión, todavía debe mejorar integralmente en ciertos aspectos para garantizar que el Arbitraje Internacional de Inversiones impacte de manera positiva en las finanzas del Estado.

Como bien se sabe, el Estado colombiano durante los últimos años se ha encargado de brindar un ámbito de protección mucho más sólido a los intereses colectivos de la población, temas como la defensa de los derechos humanos, el medio ambiente, la salud pública y la reparación de víctimas, han sido el fundamento de muchas políticas públicas. No obstante lo anterior, nuestros últimos gobernantes en lagunas ocasiones no han sido conscientes en que ciertas determinaciones pueden llegar a afectar potencialmente los intereses de los inversionistas extranjeros, situación que representa una amenaza real y latente para las finanzas públicas del país.

De tal manera que, la inexperiencia de nuestros dirigentes políticos en cuanto a la toma de decisiones que benefician a la población, pero a su vez al inversionista extranjero, junto con la poca experticia para afrontar estos asuntos, ha llevado a que Colombia reporte para el año inmediatamente anterior un total de

10 pleitos, que, en caso de llegar a perderse, le costarían aproximadamente 17 billones de pesos, una cifra exorbitante que el Estado colombiano no estaría en la capacidad de cubrir. Escenario que arroja como único resultado, una mala reputación del Estado frente a los inversionistas extranjeros, pues como bien se mencionó en apartados anteriores, se considera un mercado no atractivo en tanto no ofrece garantías mínimas para el retorno de la inversión realizada por el extranjero.

Por consiguiente, más allá de si el Estado colombiano obtiene un laudo arbitral favorable o no en los procesos que actualmente tiene en curso, es un indicativo que el inversionista extranjero tiene en cuenta al momento de pretender movilizar sus recursos financieros a territorio nacional, pues el simple hecho de tener 10 demandas en su contra en un lapso inferior a 5 años transmite una imagen negativa del mercado colombiano al mundo de las inversiones. En consecuencia, la cantidad de demandas en contra de un Estado puede ser un indicio que desincentiva el crecimiento económico de un país, ya que no estimula la inyección de capital en su economía, se encarga de apartar la inversión extranjera.

Por las razones expuestas, se considera que el Arbitraje Internacional de Inversiones no es eventualmente la figura más adecuada en este momento para impulsar y fortalecer el crecimiento económico, hasta tanto no se realice un estudio que permita determinar si los riesgos que asume el Estado por eventuales fallos adversos, son mayores a los beneficios obtenidos por el incentivo de inversión extranjera en Colombia. Debido a esto, el Estado colombiano podría estudiar la posibilidad de acudir a otras estrategias para estimular la inyección de capital extranjero en territorio nacional; por ejemplo: otorgar beneficios fiscales al inversor extranjero o brindarle ciertas facilidades financieras, tales como, acceso a créditos con tasas de interés que se ajusten a su capacidad de pago. En fin, existen un sinnúmero de posibilidades que el Estado colombiano podría implementar en su ordenamiento jurídico para alcanzar el balance ideal, y así convertirse en un mercado deseable a nivel internacional, pero que, a su vez, cuente con las barreras de protección necesarias para impedir afectaciones considerables al Presupuesto General de la Nación.

Empero, es preciso anotar que en ningún momento se está poniendo en duda la vinculatoriedad y agilidad que puede llegar a gozar el Arbitraje Internacional de Inversiones, pues además de generar confianza entre las partes interesadas, dirime con celeridad cualquier conflicto que surja entre el país receptor de capital y el inversionista.

Sin embargo, es una figura jurídica que todavía no se ajusta a la realidad política, económica y social del país, esto debido a que recientemente el Estado

colombiano se acogió a los postulados de la OCDE, decisión que le impone al Estado una serie de exigencias y compromisos a nivel social, laboral y económico que todavía no ha cumplido en su integridad. De tal manera que, si no se han alcanzado todavía dichos estándares, mucho menos se podrá optar por suscribir tratados de inversiones sin la garantía de una preparación jurídica, técnica y operativa que lo soporte y reaccione ante cualquier vicisitud.

Con base en lo expuesto, queda abierta la posibilidad de investigar más adelante sobre cuáles son las alternativas que se podrían incluir en futuros proyectos legislativos, con el fin de incentivar el crecimiento económico del país, sin perder de vista la importancia de preservar los principios que rigen la administración de los recursos públicos.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. (2018). Balance Final. Recuperado de https://www.defensajuridica.gov.co/gestion/informes/informes-gestion/Documents/informe_gestion_2018_v1_4_feb_040219.pdf
- Burgos, M. A., Lozada, N. (2009). *La Protección Diplomática en el marco de las Contratas Internacionales de Inversión*. International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional, 15, 244-278.
- Benson, B. (1999). *Arbitration*. Florida State University, 7500, pp.159-193.
- Brown, C. (2013). *Commentaries on selected model Investment Treaties*. Oxford, Inglaterra: Oxford University Press.
- Castro, M. N. (2017). *El Estado Colombiano ante un Arbitraje Internacional de Inversión*. Universidad Externado de Colombia: Revista Derecho del Estado, 38, 23-66.
- CIADI Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversión. (2019). Glencore International A.G. y Prodeco S.A c. República of Colombia (ICSID Case No. ARB/16,6). Recuperado de https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10767_0.pdf
- Constitución Política de Colombia [Const]. Art. 333, 334, 335. 7 de julio de 1991. (Colombia).
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), (2019). *La Inversión Extranjera Directa en América Latina y el Caribe*. Santiago. Recuperado de https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/44697/8/S1900448_es.pdf
- Columbia Center of Sustainable Investment, (2018). *Costos y Beneficios de los Tratados de Inversión*. Columbia: Columbia University. Recuperado de <http://ccsi.columbia.edu/files/2018/04/1618-CCSI-IIA-investor-treaty-policy-briefing-ESP-04-mr.pdf>
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. (2002). *Informe sobre las Inversiones en el Mundo*. Nueva York y Ginebra. Recuperado de https://unctad.org/es/Docs/wir2002overview_sp.pdf

- Decreto 1939 de 2013, Por el cual se reglamenta la atención de controversias internacionales de inversión y se deroga el Decreto número 1859 de 2012. 9 de septiembre de 2013. D.O. No. 48908.
- Departamento Nacional de Planeación. 2010. Documento Conpes 3684 de 2010: Fortalecimiento de la estrategia del Estado para la prevención y atención de controversias internacionales de inversión. Recuperado de https://www.nuevalegislacion.com/files/susc/cdj/conc/conpes_3684.pdf
- Franck, S. (2007). *Foreign Direct Investment, Investment Treaty Arbitration, and the rule of Law*. McGeorge Global Business and Development Journal, 19, 337-373.
- Garavito, A.; Iregui, A. y Ramírez, M. (2012). *Inversión extranjera directa en Colombia: Evolución reciente y marco normativo*. Borradores de Economía, Banco de la República, nº 713, 2012, 1-64.
- González, J. D., Sánchez, L. I., Sáenz de Santamaría, P. A. (2002). *Curso de Derecho Internacional Público*. Madrid, España: Civitas.
- Herrera, K. M. (2018). Aspectos Actuales del Arbitraje Comercial Internacional. *Universidad Sergio Arboleda: Cuadernos de la Maestría en Derecho*, 6 ,265-328.
- International Centre for Settlement of Investment Disputes, Glencore International A.G. and C.I. Prodeco S.A. (27 de agosto de 2019) Laudo ARB/16/6. [Juan Fernández Armesto, Oscar M. Garibaldi, J. Christopher Thomas]
- Lelart, M. (1996). *El Sistema Monetario Internacional*. Recuperado de http://www.ehu.eus/Jarriola/Docencia/SMFI/Michel%20Lelart_El%20FMI.pdf
- Leturia, F. (2016). *La contribución al desarrollo del Estado Receptor como requisito de la noción de inversión: La experiencia de los países latinoamericanos*. *International Investment Law in latin america: problems and prospects*, 1, 275-303.
- Ley 1563 de 2012, Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones. 12 de julio de 2012. D.O. No. 48.489.
- Monroy, M. C. (2015). *La cláusula de la nación más favorecida en los Tratados Bilaterales de Inversión y sus efectos de acuerdo con los laudos arbitrales del CIADI*. Universidad de los Andes: Revista de Derecho Público, 35, 1-34.
- Mourra, H. M. (2008). *Latin American Investment Treaty Arbitration: The Controversies and Conflicts*. Holanda: Kluwer Law International. Recuperado de <https://international-arbitrations.com/latin-american-investment-treaty-arbitration-2008/>
- Resolución 305 de 2014, Por la cual se establece el procedimiento para la atención de las controversias internacionales de inversión y se reglamenta el Decreto número 1939 de 2013. 2 de febrero de 2014. D.O. No. 49502
- Puigpelat, O. M. (2004). *Globalización, Estado y Derecho: Las transformaciones recientes del derecho administrativo*. Madrid, España: Thomson.
- Segura, M. B. (2014). *Arbitraje de Inversión ¿Un incentivo para la Inversión Extranjera Directa?* Universidad de los Andes: Revista de Derecho privado, 51, 1-29.
- Shavell, S. (2003). *Economic analysis of contract law: Foundations of economic analysis of law*. *Economic Analysis of Contract Law*, 403, 1-402.
- Shea, Donald R. (1955). *The Calvo Clause, A Problem of Inter-American and International Law and Diplomacy*. University of Minnesota Press, Minneapolis, 19.

- Solórzano, J. F. (2017). *Los Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones y su sometimiento a los Derechos Humanos y un breve excursus para el caso colombiano*. Estudios Socio-Jurídicos, 19, 223-258.
- (2015). The Transatlantic Trade and Investment Partnership. Barcelona: CIDOB. Recuperado de <https://www.cidob.org/content/download/62536/1947315/file/The+Transatlantic+Trade+and+Investment+Partnership+%28TTIP%29.pdf>
- Vallejo, P. R. (2007). *El Arbitraje de Inversiones y los retos de la globalización*. Universidad de los Andes: Revista de Derecho Privado, 38, 3-23.
- Vandevelde, K. J. (2010). *A unified theory of Fair and Equitable Treatment*. Journal of International Law and Politics New York University, 43, 43-106.