

INVERSIÓN EXTRANJERA, no siempre es bienvenida

El Estado colombiano enfrenta demandas billonarias ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Ciadi), interpuestas por inversionistas extranjeros que llegaron al país amparados en los tratados binacionales. El Grupo de Investigación en Derecho Internacional de la Universidad del Rosario analizó las implicaciones de dichos acuerdos y la importancia de contar con políticas claras en materia de inversión extranjera, con un modelo robusto de medición de beneficios. Laura Victoria García y Enrique Prieto, profesores de la Facultad de Jurisprudencia, explican los alcances.

Por Inés Elvira Ospina
Fotos Leonardo Parra, 123RF

Camilo Gómez Alzate, director de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica, anunció en marzo al país que, ante estrados internacionales, Colombia enfrenta demandas de multinacionales por 14 billones de pesos. Entre esas empresas demandantes se encuentran la multinacional minera Glencore, la española Gas Natural Fenosa (por el caso Electricaribe) y la multinacional Gran Colombia Gold que elevó tres demandas.

Si bien la noticia tomó por sorpresa a los colombianos, no fue así para los integrantes del Grupo de Investigación en Derecho Internacional de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. “Cuando el Estado colombiano empieza a recibir demandas en 2014, nos preocupamos y empezamos a investigar porque, además las circunstancias del país en ese momento centraron la atención en la disputa con Nicaragua y el proceso de paz”, afirma Enrique Prieto Ríos, investigador principal del estudio *Derecho Internacional de la Inversión Extranjera: límite a la Capacidad Regulatoria del Estado Colombiano*.

El proyecto buscaba analizar las limitaciones impuestas a la capacidad regulatoria del país, a partir del estudio de las notificacio-





nes de demandas por parte de inversionistas extranjeros en contra de Colombia. “No creo que se pueda afirmar que esos Tratados de Libre Comercio (TLC) quedaron mal hechos, simplemente se dejaron de atender algunos temas que generaron debilidad frente a los inversionistas extranjeros”, aclara Prieto Ríos.

Para entender las demandas al Estado colombiano es importante conocer tres momentos históricos que determinaron el rumbo de la inversión extranjera en el país. El primero se da después del gobierno del expresidente César Gaviria Trujillo, cuando se firman los primeros tratados, que son una fiel copia de los ya existentes en el mundo.

El segundo hecho importante es la modificación del Artículo 58 de la Constitución

Nacional sobre propiedad privada, que no permitía firmar este tipo de tratados. Y el tercer momento llega durante el gobierno del expresidente Álvaro Uribe Vélez, en el que se negocian otros tratados, intentando generar algunos cambios en la protección al sector financiero y algunos sectores industriales, pero que no tienen mayores cambios.

Esos hechos evidencian la necesidad, apresurada, que tenía Colombia de atraer la inversión extranjera. “La discusión entre la necesidad que tienen países en vía de desarrollo como el nuestro de firmar estos tratados bilaterales de inversión parte del supuesto de que la inversión extranjera es un elemento beneficioso para el desarrollo en términos de generación de empleo, mejoramiento de tecnología, innovación, recursos por vía tributaria y otros”, explica la profesora y vicedecana de la Facultad de Jurisprudencia Laura Victoria García Matamoros, miembro del grupo de investigación.

El proyecto pretendía revisar justamente lo que se promueve a partir de un tratado bilateral de inversión y lo que termina obteniendo un Estado. Uno como Colombia que no tiene necesariamente una planeación ni una coherencia en términos de políticas económicas, sociales o jurídicas.

“Para mí el problema está en una falta de política de país respecto a la inversión extranjera y al manejo de las demandas. A veces parece que la única política es atraer la inversión extranjera y contratar buenos abogados que nos defiendan;

sin embargo, lo ideal es preguntarse qué inversión extranjera necesitamos que venga y cuáles son las cláusulas que deben existir para evitar esas demandas”, afirma Prieto.

Las demandas que enfrenta y enfrentará Colombia

Lo primero que aclara el investigador principal es que Colombia no enfrentará las cinco demandas que cursaban en el momento del estudio, pues actualmente hay 11 demandas en etapa arbitral y 9 en etapa prearbitral. El caso más conocido está relacionado con el páramo de Santurbán. “Es el típico caso de esquizofrenia del Estado. Hay reformas, leyes, decretos, decisiones de la Corte Constitucional y permisos para explotación que luego se retiraron”, agrega Enrique Prieto.

Los expertos explican que hubo un desconocimiento inicial de los efectos secundarios que podían traer los tratados bilaterales y no se evidenció el impacto que podían generar en la capacidad regulatoria del Estado. Y es que muchas de esas demandas se dan por el resultado de una política de protección del interés público, en la que cabe la protección de los derechos humanos, del medioambiente, de comunidades minoritarias, entre otros. De hecho, las demandas se dan por decisiones de la Corte Constitucional.

“Lo que esto evidencia es un conflicto entre unas obligaciones internacionales adquiridas y otras nacionales que están dentro de la Constitución. En mi análisis, esto concluye en un aprovechamiento por parte de algunos inversionistas de ese 'desorden del Estado' y piden mucho más dinero del que iban a obtener porque además se les permite solicitar un monto proyectado en las expectativas”, asegura el profesor.

A lo anterior se suma que algunos de esos inversionistas venden el litigio a fondos internacionales, a compañías que están interesadas en involucrarse en esos pleitos en países como Colombia.

Una mirada al pasado para entender el futuro

El derecho internacional de la inversión extranjera tiene como objetivo principal proteger los derechos de los inversionistas extranjeros cuando llegan a otro país, y se materializa en tratados internacionales como los de libre comercio firmados entre países. Estos tratados buscan proteger a los inversionistas de riesgos políticos, jurídicos o económicos frente al Estado donde se desarrolla la operación.

Por ejemplo, Cemex opera en Colombia, y en el TLC con México, se busca proteger a la empresa de decisiones que tome el Estado



En América Latina corre un movimiento que busca repensar cómo continuar siendo parte de la comunidad internacional y atraer la inversión, pero con un manejo preventivo en las demandas.

colombiano, incluyendo a las tres ramas del poder público y también a los entes autónomos, como la Contraloría o la Procuraduría.

Este derecho se remonta a 1959; sin embargo, en nuestro país se viene a materializar después de la llamada 'Apertura económica' del gobierno de César Gaviria, con la que se empiezan a negociar tratados bilaterales para la promoción y la protección de la inversión extranjera. Pero es hasta 2014 que se materializan los tratados en algo más cercano a la gente, en las demandas de inversionistas extranjeros contra el Estado colombiano.

“Lo interesante de este sistema es que el derecho internacional del inversionista extranjero permite a las empresas privadas demandar directamente al Estado cuando sus intereses y derechos han sido vulnerados”, afirma Prieto, quien aclara



Colombia enfrenta demandas de multinacionales por 14 billones de pesos. Entre esas empresas demandantes se encuentran la multinacional minera Glencore, la española Gas Natural Fenosa y la multinacional Gran Colombia Gold.

que además se les permite a los individuos llevar sus pretensiones a instancias internacionales y, por ello, ya no se requiere agotar las instancias internas nacionales.

Para Laura García el problema viene cuando se ponen en marcha los TLC porque los Estados entran en una contradicción. Se atrae a esos inversionistas, pero cuando se toman medidas frente a temas como protección de medioambiente o de comunidades, estas terminan afectando los intereses de los inversionistas y viene la demanda.

Ideas para una solución

Por esa misma vulnerabilidad expuesta, es que los países en América Latina vienen siendo demandados altamente ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Ciadi). El caso más dramático es el de Argentina que todavía está afrontando las consecuencias de las medidas que tuvo que tomar en el momento de su crisis financiera. En esa lista también están Bolivia, Ecuador y Venezuela. Las demandas de Colombia aún no han obtenido ningún fallo.

La reacción frente a esas circunstancias empieza a verse. En América Latina corre un movimiento que busca repensar cómo continuar siendo parte de la comunidad internacional y atraer la inversión, pero con un manejo preventivo en las demandas. Es decir, explica la vicedecana García, trabajar sobre políticas claras en materia de inversión, analizar en qué sectores se requiere, cuáles de estos son vulnerables y se deben proteger, y qué límites se deben imponer.



El investigador Enrique Prieto está convencido de que los Tratados de Libre Comercio no quedaron mal hechos, simplemente se dejaron de atender algunos temas que generaron debilidad frente a los inversionistas extranjeros.



La vicedecana de la Facultad de Jurisprudencia, Laura Victoria García, afirma que la discusión entre la necesidad que tienen países en vía de desarrollo de firmar tratados bilaterales de inversión parte del supuesto de que la inversión extranjera es un elemento beneficioso para el desarrollo.



El frente Surasiático es un buen ejemplo a seguir. “No es tan cierto que son una muestra de que la inversión extranjera es necesaria, porque ellos fueron absolutamente estratégicos en decidir qué inversión necesitaban, qué cantidad permitían y por cuánto tiempo la dejaban entrar”, ejemplifica la profesora.

Tras afrontar las demandas, países como Bolivia y Ecuador han tomado medidas. El primero decidió no aceptar más inversión extranjera en sus recursos naturales y el segundo denunció sus tratados, que en el derecho internacional de inversión es anunciarle a su contratante que ya no sigue.

Ahora trabajan en un modelo de tratado bilateral propio que les permita fortalecer su capacidad de negociación en la mesa. “Lo más importante es que estos modelos salen de una medición de riesgos y de unas políticas coordinadas alrededor del Estado. Eso es lo que buscamos con la investigación, aportar en esta discusión”, concluye Laura Victoria García. ■