



Los Contratos de Estabilidad Jurídica en Colombia:

¿Una verdadera herramienta para la protección de los intereses del inversionista extranjero y del Estado colombiano?

By: Juliana Castaño¹, Paola Galeano²

Resumen

En la actualidad, la inversión extranjera se considera indispensable para el desarrollo de un país, sin embargo, atraerla no es fácil para los Estados con gran inestabilidad jurídica. Bajo esta disyuntiva aparecen los instrumentos de estabilización jurídica que cumplen la función de conciliar la necesidad del Estado de promover la inversión con el interés del inversionista de localizar sus recursos en un entorno transparente y estable. Colombia no ha sido ajena a estas prácticas y en su afán por estimular tanto la inversión nacional como la extranjera, expidió la Ley 963 de 2005, la cual permite al gobierno suscribir contratos de estabilidad jurídica con inversionistas nacionales y extranjeros. Este trabajo pretende hacer un análisis de la Ley 963 y los contratos que hasta ahora han sido suscritos a partir de examinar las prácticas internacionales implementadas en materia de estabilización jurídica, con miras a determinar si el mecanismo de estabilización elegido sirve tanto para salvaguardar los intereses del inversionista como para proteger la soberanía del Estado colombiano y su capacidad para regular temas de interés general.

1 Abogada de la Universidad EAFIT. Actualmente, se encuentra terminando una especialización en Derecho de los Negocios Internacionales en la Universidad de los Andes.

2 Abogada de la Universidad EAFIT. Actualmente, se encuentra en el penúltimo semestre de Ciencias Políticas y es miembro del Grupo de Investigación en Sociedad, Política e Historias Conectadas.



Abstract

Direct foreign investment is considered essential for a country's development. However, attracting foreign investment is not easy for countries with high political instability given that political risk is one of the main concerns of foreign investors when they are choosing where to invest. Stabilization mechanisms appeared to solve this disjunctive since they are able to conciliate both the State's need to promote foreign investment and the protection of the foreigner's interest to invest in a stable environment. Colombia chose legal stabilization contracts as the mechanism for attracting investment. These contracts were regulated in Law 963 of 2005, which gave the government permission to sign this type of contracts with national and foreign investors. This paper's aim is to analyze the law that gave birth to these contracts as well as the contracts that Colombia has subscribed until now in order to determine if the stabilization mechanism that was chosen serves to fulfill both the investor's interests and the protection of Colombian sovereignty. To achieve this, the international practices regarding stabilization clauses that have been employed until now will be used as reference and subject of comparison.

Palabras claves

Contratos de estabilización jurídica, Ley 963 de 2005, Inversión Extranjera en Colombia, Estabilización Jurídica, Cláusulas de Congelamiento, Clausulas de Equilibrio Económico.

Key Words

Legal stabilization contracts, Colombia Law 963 of 2005, Foreign investment in Colombia, Freezing Clauses, Economic equilibrium clauses.



Introducción

En las últimas décadas, el mundo globalizado ha sido escenario de una intensa competencia por parte de los Estados para atraer la Inversión Extranjera Directa (en adelante, IED). Con la liberalización de los mercados, conquistar este tipo de recursos pasó a considerarse por muchos gobiernos como un elemento fundamental para el crecimiento, desarrollo y prosperidad del país³. Sin embargo, la inestabilidad de las normas jurídicas, especialmente en países en vía de desarrollo, ha generado serios estragos en estos intentos por atraer inversionistas⁴. Cambios constantes en las normas fiscales o regulatorias, restricciones a la transferencia y convertibilidad de divisas, nacionalizaciones o expropiaciones indirectas son apenas algunos ejemplos para ilustrar cambios normativos que han desestimulado 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.⁵ Bajo este contexto, los mecanismos de estabilización han surgido como instrumentos 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 político⁶ es bajo.

Colombia no ha sido ajena a estas prácticas y en su afán por estimular tanto la inversión nacional como la extranjera, expidió la ley 963 de 2005 que le otorgó al gobierno y a los inversionistas la posibilidad de suscribir contratos de estabilidad jurídica. Por medio de ellos, el gobierno garantiza a los inversionistas, que si durante la vigencia del contrato de estabilidad se modifica en forma adversa a éstos alguna de las normas que haya sido identificada en los contratos como determinante de la inversión, éstos tendrán derecho a que se les continúen aplicando dichas normas por el término de duración del contrato respectivo⁷. Este mecanismo de estabilización, denominado por la doctrina internacional como “cláusula

3 Prueba de ello son las 1.097 reformas adoptadas entre 1992 y 2000 alrededor del mundo en leyes nacionales de IED, de las cuales el 94 por ciento crearon un clima más propicio para los inversionistas. (MIGA, “World Investment and Political Risk”, Sitio web MIGA, [en línea], 2009, disponible en: <http://www.miga.org/documents/flagship09ebook.pdf>, consulta: 15 de enero de 2010, p. 28)

4 *Ibid.*, p. 27.

5 Los prestamistas ven en los instrumentos de estabilización una manera de contrarrestar el riesgo de que el gobierno anfitrión tome medidas que dificulte los reembolsos de los préstamos y por ello, es usual que una exigencia para obtener un préstamo sea adquirir alguna garantía de estabilidad por parte del gobierno anfitrión.

6 En su reporte de Inversión Mundial y Riesgo político 2009, la organización MIGA definió el concepto de riesgo político como “la probabilidad de interrupción de las operaciones de las empresas multinacionales por fuerzas políticas o eventos, que pueden ocurrir bien sea en los países anfitriones, en el país de origen de la inversión, o como resultado de cambios en el ambiente internacional”. Señaló además que en los países anfitriones, el riesgo político está determinado en gran medida por la incertidumbre sobre las acciones de los gobiernos y de las instituciones políticas, como también por las acciones de grupos minoritarios y movimientos separatistas. Para efectos de este artículo, el riesgo político determinante es aquél proveniente únicamente de las acciones del gobierno, y más específicamente aquellas que generen inestabilidad jurídica. (MIGA, Op. cit p. 28, traducción del autor)

7 Colombia, Congreso de la Republica, Ley 963 de 2005 Por la cual se instaure una ley de estabilidad jurídica para los inversionistas, Diario Oficial No. 45.963, Bogotá, 8 de julio de 2005, art. 1



de congelamiento”, ha sido objeto de severas críticas a nivel mundial debido a que el Estado, en ejercicio de su soberanía, podrá en todo momento modificar su legislación y afectar un contrato que se creía protegido con una garantía de inmodificabilidad. De ahí que algunos expertos en el tema hayan señalado que este mecanismo “ha caído en desuso a favor de las más modernas cláusulas de equilibrio económico”.⁸ Por lo tanto, resulta pertinente preguntar si los contratos de estabilidad jurídica creados por la ley 963 de 2005 constituyen un instrumento acertado para promover una inversión que proteja los intereses del inversionista, y a su vez salvaguarden la soberanía del Estado colombiano y su capacidad para regular temas de interés general.

Antes de responder a este interrogante es necesario abordar ciertos conceptos teóricos sobre la estabilización jurídica. En este orden de ideas, el primer capítulo describe los distintos mecanismos de estabilización con el propósito de analizar sus ventajas y desventajas, y destacar cómo han sido utilizados alrededor del mundo. El segundo capítulo se ocupa de la validez de estos instrumentos tanto a nivel de los ordenamientos domésticos como a la luz del derecho internacional; así como los cuestionamientos que han realizado los defensores de DDHH a su validez. Por último, el tercer capítulo se encargará de analizar la ley 963 de 2005, a partir de las características de los contratos de estabilidad jurídica, su validez, y las restricciones que impone dicha legislación sobre el foro de resolución de conflictos. Para finalizar, se estudiarán los contratos que hasta el día de hoy han sido firmados en virtud de esta normatividad con miras a establecer la validez de aquellos, y su idoneidad como mecanismo conciliador de los intereses del Estado colombiano con los del inversionista.

1. Instrumentos de Estabilización Jurídica

Los instrumentos de estabilización 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 perfeccionar el contrato.”⁹ Su expresión tradicional son las cláusulas de estabilización (en adelante, CE) incluidas en los contratos entre el Estado y el inversionista extranjero, aunque también existen los contratos de estabilización jurídica y estipulaciones de estabilización expresamente incluidas en la legislación. En este acápite se hará énfasis en las CE, para luego realizar un breve repaso y análisis de los contratos y las normas que consagran mecanismos de estabilización.

8 Andrea Shemberg, “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, disponible en:

[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), consulta: 4 de enero de 2010, p.7

9 Peter D. Cameron, “Stabilisation in Investment Contracts and Changes of Rules in Host Countries: Tools for Oil & Gas Investors”, Association of International Petroleum Negotiators, 2006, [en línea], disponible en: http://lba.legis.state.ak.us/sga/doc_log/2006-07-05_aipn_stabilization-cameron_final.pdf, consulta: diciembre de 2009, pg. 28 (Traducción del autor)



1.1. Cláusulas de Estabilización

Las CE que actualmente se utilizan alrededor del mundo han sido clasificadas por la doctrina¹⁰ como: 1) cláusulas de congelamiento (en adelante, CC), 2) cláusulas de equilibrio económico (en adelante, CEE) y 3) cláusulas híbridas (en adelante, CH).

1.1.1. Cláusulas de Congelamiento

Como su nombre lo indica, estas cláusulas pretenden congelar las leyes existentes desde el momento del perfeccionamiento del contrato hasta el momento de su terminación. Asimismo, buscan evitar que el contenido del contrato firmado entre el inversionista y el Estado anfitrión sea alterado.¹¹ Las CC pueden ser totales (en adelante, CCT), lo cual implica el congelamiento de todas las leyes que pudiesen llegar a afectar el contrato entre el inversionista y el Estado, o limitadas (en adelante, CCL), las cuales congelan leyes o regulaciones administrativas relativas a algunos temas específicos.

Un ejemplo de una CCT utilizada en Mozambique, es el siguiente:

“El Gobierno no podrá revocar o modificar la autorización concedida a la ENH para explorar y producir petróleo en el área de Contrato, sin tomar medidas eficaces para garantizar que dicha revocación o modificación no afecte los derechos reconocidos de ahora en adelante al Contratista.

Y

*:
El Gobierno no podrá, sin la autorización del contratista, ejercer su autoridad legislativa para enmendar o modificar las disposiciones del presente Acuerdo y no tomará ni permitirá que ninguna de sus subdivisiones políticas o agencias tomen alguna medida administrativa o de otra índole para impedir o dificultar que el Contratista disfrute de los derechos que se le reconocen a continuación.”¹²*

Las CC aparecieron inicialmente en el período entreguerras en los contratos de concesión de la industria de extracción como mecanismo de protección contra la ola de nacionalizaciones que se presentaba en América Latina.¹³ Este tipo de cláusulas eran el mecanismo de estabilización más utilizado, sin embargo, éstas han evolucionado y en las últimas dos décadas las CEE las

¹⁰ P. Cameron, *Op. cit.*; A. Shemberg, *Op. cit.*

¹¹ M. Sornarajah, *The International Law of Foreign Investment*, New York, Cambridge University Press, 2004, p. 407

¹² P. Cameron, *Op. cit.* p. 29 (Traducción del autor)

¹³ *Ibid.*, p. 15



han remplazado paulatinamente¹⁴. Existen varias razones para explicar este fenómeno¹⁵. En primer lugar, las CC son, en muchos casos, incompatibles con el régimen legal y constitucional del Estado receptor de la inversión. En segundo lugar, los Estados receptores han tomado conciencia de la importancia de preservar su poder regulatorio, especialmente en materia ambiental. Por último, se sugiere que el desuso de las CC se debe a que éstas tenían como finalidad evitar la expropiación directa de las inversiones¹⁶, y en la actualidad existen otros mecanismos para evitar tanto la expropiación directa como indirecta sin una compensación adecuada, como por ejemplo los Tratados Bilaterales de Inversión (BITs), los cuales incluyen expresamente cláusulas que prohíben cualquier tipo de expropiación. De ahí, que las nuevas formas de estabilización busquen un punto intermedio que favorezca tanto al inversionista como al Estado receptor.

En cuanto a su implementación en los contratos modernos, un estudio realizado por la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre las CE, comprobó que las CCT son utilizadas en los contratos de minería principalmente en África, sin embargo, su uso todavía es frecuente en el Oriente Medio y Asia del Este.¹⁷ También se encontró que las CCL aún se utilizan en el Oriente Medio, África del Norte, América Latina, el Caribe, Europa del Sur, Europa del Este, Asia Central y Asia del Sur¹⁸ y generalmente, se refieren a temas fiscales, aunque en algunos casos se incluyen otras normas tales como leyes laborales. Es importante mencionar que ninguno de los contratos estudiados pertenecientes a los Estados de la *Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico* (OCDE)¹⁹ incluía CC.

Con lo anterior es posible observar que no todos los países tienen la necesidad de ofrecer garantías de estabilidad jurídica a los inversionistas. Ejemplo de ello son Noruega y el Reino Unido donde la solidez de sus instituciones y la amplia percepción de estabilidad, claridad y transparencia en su entorno jurídico hace innecesario ofrecer este tipo de mecanismos.²⁰ A su vez, en algunos Estados ricos en recursos naturales especialmente en petróleo, como Arabia Saudita, el riesgo político se ve compensado con las altas expectativas de ganancias que los inversionistas esperan obtener, lo cual hace innecesario que el Estado emplee mecanismos para atraer la inversión²¹. 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.

14 Thomas J. Pate, "Evaluating Stabilization Clauses in Venezuela's Strategic Association Agreements for Heavy-Crude Extraction in the Orinoco Belt: The Return of a Forgotten Contractual Risk Reduction Mechanism for the Petroleum Industry", *The University of Miami Inter-American Law Review*, Lexis Nexis [base de datos en línea], 2009, artículo 40 U. Miami Inter-Am. L. Rev. 34, internet, consulta: enero 2010, p. 11; P. Cameron, *Op. cit.* p.15

15 *Ibíd.*,

16 P. Cameron, *Op. cit.* p.15

17 A. Shemberg, *Op. cit.* p.19

18 *Ibíd.*, p. 25

19 Esta organización está conformada principalmente por países desarrollados.

20 P. Cameron, *Op. cit.* p. 13.

21 *Ibíd.*, p. 13

1.1.2. Cláusulas de Equilibrio Económico

En las CEE se prevé 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 restablezca el equilibrio económico del contrato. En otras palabras, el Estado asume el costo de la implementación de las nuevas normas.²² Algunos de los mecanismos utilizados para lograr el reequilibrio consisten en ajustar tarifas, extender la concesión, reducir impuestos o compensar monetariamente, entre otros.

El siguiente es un ejemplo de una CEE:

“En caso de cambios, después de la fecha efectiva, en la legislación vigente o en las regulaciones aplicables para la exploración, desarrollo y producción de petróleo que afecten de manera significativa el interés económico de este Contrato, en detrimento del contratista y que impongan al CONTRATISTA la obligación de remitir a la R.A.E. (República Árabe de Egipto) los ingresos por ventas del petróleo del CONTRATANTE, el contratista deberá notificar a EGPC (la compañía nacional de petróleo) del objeto de las medidas legislativas o reglamentarias. En tal caso, las partes deberán negociar las posibles modificaciones al presente Acuerdo diseñadas para restablecer el equilibrio económico que existía en la fecha efectiva. Las Partes harán sus mejores esfuerzos para acordar las modificaciones del presente Acuerdo dentro de los noventa (90) días desde la notificación mencionada. Estas modificaciones al Acuerdo no deberán disminuir o aumentar, en ningún caso, los derechos y obligaciones del CONTRATANTE ya que estos fueron acordados en la fecha efectiva. A falta de acuerdo entre las partes durante el plazo mencionado en este artículo XIX, la controversia podrá ser sometida a arbitraje, conforme a lo dispuesto en el artículo XXIV del presente Acuerdo.”²³

Existen, igualmente, cláusulas de equilibrio económico totales (en adelante, CEET) y limitadas (en adelante, CEEL). Las CEET son aquellas que protegen el beneficio económico esperado del inversionista contra cualquier cambio normativo que le pueda generar consecuencias adversas a éste. Por su parte, las CEEL tienen aplicación sólo sobre ciertas materias, generalmente relacionadas con temas fiscales. La redacción de este tipo de cláusulas hace que el alcance de ellas varíe notablemente, sin embargo, es usual que los contratos con CEEL incluyan elementos que busquen garantizar la justicia en la aplicación de la estabilidad.

22 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

23 P. Cameron, Op. cit. p.31 (Traducción del autor)



Algunos ejemplos de ello son la obligación de probar la pérdida económica antes de la compensación, la obligación que tiene el inversionista de mitigar el costo de la implementación de las nuevas leyes, o la estipulación de que un tercero independiente sea quien determine la compensación.²⁴ Por otro lado, algunas de estas cláusulas estipulan que la compensación no será obligatoria por la mera existencia de un perjuicio económico originado por una nueva norma. De este modo, la compensación sólo se causará si el inversionista sufrió una pérdida financiera significativa por la implementación de una nueva ley. Otra manifestación de este tipo de cláusulas se presenta cuando el equilibrio económico sólo se hace efectivo ante la aparición de leyes que no eran predecibles.

La tendencia actual muestra que las CEE predominan en los contratos modernos²⁵ ya que son utilizadas en todas las regiones del mundo. Los países en vía de desarrollo suelen acudir con mayor frecuencia a las CEET que a las CEEL, lo cual contrasta con su implementación en los países desarrollados que tienden a pactar CEEL.²⁶ Adicionalmente, cabe agregar que la redacción y por ende el alcance de las CEEL varía notablemente de acuerdo con el nivel de desarrollo de un país.²⁷ Es así como los países en vía de desarrollo suelen incluir entre las leyes estabilizadas algunas relativas al ámbito social y ambiental, además de no incluir la posibilidad de que el riesgo sea compartido entre el Estado y el inversionista. En contraste, las cláusulas utilizadas por los países de la OECD suelen establecer el reequilibrio económico del contrato sobre leyes que sean discriminatorias hacia el inversionista y en otros casos, ofrecen la posibilidad de compensación o de compartir el riesgo para leyes específicas relacionadas con el proyecto. Estos contratos de los países desarrollados excluyen leyes sobre temas de orden público y bienestar social, y se pone de presente la obligación que tiene el inversionista de asumir ciertos riesgos. Además, en algunos de estos acuerdos se contempla la posibilidad de que la estabilización jurídica aplique también para el Estado y en este sentido, ante la existencia de costos menores en el proyecto o mayores ingresos, el Estado receptor se beneficia de las ganancias.²⁸ Lo anterior evidencia la brecha que existe entre las cláusulas utilizadas por los países desarrollados y los países en vía de desarrollo.

1.1.3. Cláusulas Híbridas:

Las cláusulas híbridas (CH) contienen elementos de los dos tipos de cláusulas ya expuestas. Imponen el deber al 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

24 A. Shemberg, Op. cit., p. 32

25 Lorenzo Cotula, "Regulatory Takings, Stabilization Clauses and Sustainable Development" (Global Forum on International Investment VII), Sitio web OECD, [en línea], 2008, disponible en: <http://www.oecd.org/dataoecd/45/8/40311122.pdf>, consulta: enero 2010, p. 7

26 A. Shemberg, Op. cit., p.26

27 Thomas W. Walde, "Stabilising International Investment Commitments: International Law Versus Contract Interpretation", Sitio web Universidad de Dundee, [en línea], 1994, disponible en: http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/infoserv/Downloads_Free/PP13.pdf, consulta: enero 10 de 2010, p.8

28 *Ibid.*, p. 8

cláusula para hacer esto, es eximir al inversionista de la ley que generó el desequilibrio económico. Mientras que las CEEL exigen explícita o implícitamente, que los inversionistas cumplan con las normas nuevas, las CH no consagran tal obligación o aceptan explícitamente la exención de leyes. En tal sentido, permiten la estabilización o la renegociación del contrato.

Al igual que las cláusulas anteriores, existen CH totales, en las que el restablecimiento de la posición inicial debe presentarse ante cualquier consecuencia negativa generada por la implementación de toda norma; y CH parciales, las cuales buscan el equilibrio únicamente ante la aparición de ciertas leyes. En cuanto a su aplicación en el escenario internacional como mecanismo de estabilización, las CH son las menos comunes.

1.2. Contratos de Estabilización Jurídica

Los contratos de estabilización jurídica (en adelante, CEJ) son celebrados entre un Estado y un inversionista directo para proteger la inversión contra cambios legislativos que les puedan ser perjudiciales. A diferencia de las CE, que se incluyen en el contrato macro que regula cualquier actividad entre el inversionista y el Estado, el objeto de estos contratos es exclusivamente la estabilización jurídica. Estos pueden tener diferentes modalidades, pues la exclusión de leyes puede darse por medio de una lista taxativa de exclusiones normativas pactadas entre el inversionista y el Estado, o por una lista predeterminada de condiciones favorables que no pueden ser alteradas por el Estado²⁹.

Varios países latinoamericanos han acudido a este mecanismo de estabilización, no obstante su regulación ha sido distinta a la colombiana. Chile y Perú utilizan CEJ uniformes en cuanto a su redacción, alcance normativo y duración del contrato, lo cual limita el poder de negociación del inversionista.³⁰ A modo de ejemplo, se expone a continuación una breve descripción elaborada por la UNCTAD de los CEJ que actualmente se firman en Perú, “Los contratos ofrecen garantías contractuales hasta por diez años (o más en el caso de las concesiones) que protegen frente a cualquier cambio en ciertas políticas claves.... La garantía de estabilidad de diez años abarca la legislación sectorial (con algunas variaciones en las industrias reguladas), el trato nacional, el impuesto de renta corporativo, la libre transferencia al exterior de utilidades, el acceso al tipo de cambio más favorable a la entrada y salida de divisas, y el impuesto sobre la renta pagadero sobre los dividendos u otras formas de participación en las utilidades. Los contratos también ofrecen estabilidad con respecto a las normas laborales y los sistemas de promoción de las exportaciones (sistema de devolución).”³¹

29 UNCTAD, “Análisis de la política de inversión extranjera en Colombia”, Sitio web UNCTAD, [en línea], 2006, disponible en: http://www.unctad.org/sp/docs/iteipc200511_sp.pdf, consulta: 5 de febrero de 2010, p. 26

30 *Ibíd.*, p.27

31 *Ibíd.*, p.27



A pesar de esta diferencia, los tres países tienen en común que su legislación únicamente permite que se firmen contratos de estabilidad limitada³², ya que sólo se congelan algunas normas. La figura del CEJ en estos Estados parece entonces estar asociada a una estabilidad jurídica limitada, principalmente sobre temas económicos y fiscales.

1.3. Estabilización en la legislación

Algunos países dentro de su legislación interna contienen normas que consagran la estabilización jurídica sobre ciertas materias que afectan de manera directa 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. Un ejemplo puede encontrarse en el Artículo 46 del Código Minero colombiano en el que se establece que las leyes mineras aplicadas al contrato serán aquellas vigentes al momento de su perfeccionamiento³³. Otro ejemplo nacional puede consultarse en el artículo 11 del Decreto 2080 de 2000 el cual establece que las condiciones de reembolso de la inversión y de remisión de utilidades vigentes a la fecha del registro de la inversión, no podrán ser cambiadas de manera que afecten desfavorablemente al inversionista.

Otros ejemplos de normas que cumplen la función de estabilización jurídica pueden encontrarse en las leyes que crean zonas francas, a las cuales han recurrido muchos países para incentivar la inversión. A modo de ilustración, Guatemala, exonera del impuesto sobre la renta a las Entidades Administradoras de Zonas Francas por un plazo de 15 años, al cumplir con determinadas condiciones.³⁴

Los instrumentos que se acaban de describir no agotan el inventario de mecanismos de estabilización que existen para contrarrestar el riesgo político, sin embargo, representan las figuras más significativas para el desarrollo de este trabajo. Ahora, es necesario detenerse a analizar si son considerados jurídicamente válidos tanto a nivel del derecho interno como a nivel internacional.

32 Ver cláusulas de estabilidad limitadas en la sección 1.1.2.

33 "NORMATIVIDAD DEL CONTRATO. Al contrato de concesión le serán aplicables durante el término de su ejecución y durante sus prórrogas, las leyes mineras vigentes al tiempo de su 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." (Código Minero Colombiano. Ley 685 de 2001. Artículo 46. Agosto 15 de 2001.)

34 Guatemala, Congreso de la República de Guatemala, Decreto 65-89 Ley de Zonas Francas, Art. 21



2. La validez de la estabilización jurídica

La estabilización jurídica es considerada una de las cuestiones más complejas en el derecho internacional económico³⁵. Así, con la finalidad de examinar la validez y eficacia de estos mecanismos de protección y debido a que los conflictos relativos a aquéllos se ventilan tanto en jurisdicciones nacionales como internacionales, se analizará el tratamiento que han recibido tanto en los ordenamientos domésticos como en el escenario internacional. Es necesario aclarar que en este capítulo se hace referencia a las cláusulas de estabilización por su amplio desarrollo doctrinal y jurisprudencial, sin embargo, el análisis de validez es extensible a los demás mecanismos de estabilización pues las justificaciones y críticas a éstos son las mismas.

2.1. Validez a la luz del ordenamiento interno

Analizar la validez de las CE a la luz de los ordenamientos internos resulta fundamental cuando el derecho aplicable es un ordenamiento nacional. Esta situación puede presentarse en virtud de una “cláusula de ley aplicable” mediante la cual las partes escogen una ley nacional como aquella que regirá las relaciones surgidas del contrato. Asimismo, se recurrirá a la ley doméstica cuando las partes no escogieron una ley aplicable al contrato o, si lo hicieron, dicha escogencia fue ambigua o contradictoria. En tal sentido, a partir de indicadores importantes – como la ubicación de las actuaciones principales, el sitio del proyecto, la incorporación, la sede de la administración directa del proyecto, la jurisdicción nacional, el lugar de la negociación y formación del contrato y las normas bajo las cuales se firmó el acuerdo- se puede determinar que la ley nacional será la ley aplicable.³⁶

Así las cosas, el primer análisis que debe realizarse en cuanto a la validez de cualquier tipo de estabilización, y esto aplica tanto a nivel internacional como nacional, es si aquella garantía se encuentra en un acuerdo en el que el Estado sea parte, bien porque actúe directamente o porque lo haga indirectamente a través de uno de sus órganos. Para ello, se requiere que quien suscriba el contrato en nombre del Estado esté facultado para limitar el poder regulatorio estatal.

Por otro lado, al examinar la validez de la estabilización es importante indagar si el ordenamiento interno impone limitaciones constitucionales o legales al uso de estos mecanismos. Este es el caso de algunos países pertenecientes a la familia jurídica del “Commonwealth” en los que el Parlamento no puede renunciar a su función de legislar cuando ésta es conferida por

35 T. W. Walde, *op.cit.* p. 29

36 *Ibíd.*,



una ley superior, como por ejemplo por la Constitución³⁷. Asimismo, en otros ordenamientos, especialmente en aquellos del Medio Oriente y algunas ex colonias francesas en África, los acuerdos de desarrollo de minería se consideran de interés público y por ello se entiende que se encuentran *por encima del principio de inviolabilidad del contrato (sanctity of the contract principle)*.³⁸ Algunos constitucionalistas inclusive van más allá y plantean, sin hacer énfasis en ningún ordenamiento jurídico, que “es un principio de derecho constitucional interno que la garantía dada por un gobierno no puede ser vinculante para el gobierno que le sucede, sobre todo si se ha producido un cambio revolucionario de los gobiernos”³⁹. Sea cual sea la limitación que imponga el ordenamiento interno, resulta evidente que un acuerdo de estabilización no podrá infringir el régimen constitucional o legal de un país y por tanto, “cláusulas negociadas bajo la sombra de *ultra vires* y la invalidez constitucional no pueden generar derechos válidos sólo por la apariencia o la confianza legítima en la competencia y capacidad para contratar del órgano del Estado”⁴⁰.

Una tercera cuestión para tener en cuenta es que aún en los casos en que la estabilización sea válida a la luz del derecho interno de un país, el Estado no pierde sus poderes soberanos para regular. Así, “desde el punto de vista del Estado de acogida, la promulgación de nuevas leyes o la modificación de las existentes es una expresión de su soberanía y toda esperanza de que un Estado receptor no podrá modificar sus leyes es un absurdo”⁴¹. En otras palabras, el Estado anfitrión podría revocar los beneficios dados y nada evitaría que el legislador cancelara y revocara retroactivamente los derechos que ha concedido. En efecto, el derecho internacional ha establecido reiteradamente que los gobiernos tienen el derecho a expropiar aun cuando una ley o contrato preexistente proporciona una garantía en contrario, siempre y cuando se compense debidamente⁴². Sin embargo, en este aspecto es necesario hacer una diferenciación tal como lo plantea T. W. Walde, quien advierte que mientras una CE nula por razones constitucionales o legales no tendrá ningún efecto, la situación es diferente cuando tales garantías fueron otorgadas y luego invalidadas con un efecto retroactivo⁴³. En este último caso, puede surgir una reclamación legítima por violación a los derechos de propiedad o por expropiación, entre otras cuestiones.

37 En Australia, “El poder legislativo del Estado no sólo es concedido por la Constitución, sino que también se deriva de s 107 de la Constitución del Common Wealth y s 2 de las leyes de Australia de 1986. No puede ser destituido por el Parlamento del Estado. Así, un intento de limitar el poder legislativo al establecer que la legislación sólo podrá introducirse en el Parlamento si es aprobada por un órgano específico, o que una ley que modifica las condiciones actuales de un contrato no podrá ser promulgada sin la aprobación de todas las partes en el contrato, es ineficaz”. (Traducción del autor) (Anne Twomey, “Manner and Form”, Sitio web de la Universidad de South Wales, [en línea], disponible en: www.gtcentre.unsw.edu.au/publications/.../5_AnneTwomey.pdf, consulta: 19 de enero de 2010.) Por otro lado, en Inglaterra, la interferencia del Estado en los contratos debido a intereses públicos ha sido considerado válida. (M. Sornarajah, op.cit. p. 410)

38 Amaechi D. Nwokolo, “Is there a legal and functional value for the stabilisation clause in international petroleum agreements?”, Sitio web Universidad de Dundee, [en línea], disponible en: http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/car/html/car8_article27.pdf, consulta: 15 de enero de 2010

39 M. Sornarajah, op.cit. p.111 (Traducción del autor)

40 T.W. Walde, op.cit. p. 29 (Traducción del autor)

41 T. J. Pate, op. cit. p. 18 (Traducción del autor)

42 P. D Cameron, op.cit. p. 14

43 T. W. Walde, op.cit. p. 29



Ahora, cuando existen limitaciones legales y constitucionales a las CE y el Estado tiene la intención de incumplir tal garantía, será de su mayor interés que la ley aplicable sea la nacional. Por lo tanto, surgió la necesidad para los inversionistas de eliminar el poder de regulación del país anfitrión sobre la inversión extranjera y someterlo a un sistema inmutable y supranacional. Fue así cómo surgió la teoría de la “Internacionalización del Contrato”⁴⁴, cuyo objetivo principal es someter al contrato a un sistema supra nacional con una jerarquía supuestamente superior a la ley domestica. Esta teoría ha recibido severas críticas pues uno de sus pilares se encuentra en la afirmación consistente en que los contratos de inversión extranjera pueden vincular la legislación nacional en el mismo sentido que un tratado vincula a un Estado.⁴⁵ Según, M. Sornarajah dicho postulado es criticable pues, al menos por ahora, los inversionistas no tienen personalidad jurídica plena en el derecho internacional. Ante ello, quienes defienden la internacionalización han afirmado que el Estado confiere personalidad jurídica al inversionista al momento de suscribir el contrato, en lo relacionado con él mismo. Como puede notarse, esta posición tiene sus adeptos y críticos y al momento de resolver una disputa, tal como lo afirma T W. Walde, cualquier argumento, bien sea en tutela del ordenamiento interno, o en defensa de la obligatoriedad de lo pactado, puede ser válidamente defendido.⁴⁶ A pesar de las diferentes posiciones, los inversionistas extranjeros buscan internacionalizar los contratos al pactar el derecho internacional como la ley aplicable y un tribunal de arbitramento internacional como el escenario de resolución de disputas, con lo cual pretenden adquirir mayor seguridad.

2.2. Validez a la luz del derecho internacional

En la actualidad el debate acerca de la validez de la estabilización jurídica ha disminuido sustancialmente dado que es una práctica aceptada a nivel internacional. Por un lado, en la mayoría de casos los Estados anfitriones respetan su compromiso de estabilización, lo cual implica un reconocimiento a la validez de estos instrumentos por parte de los principales sujetos de derecho internacional⁴⁷. Por otro lado, de manera directa o indirecta, diferentes tribunales de arbitramento internacional han expuesto las bases para su obligatoriedad⁴⁸. El cuestionamiento en la actualidad, más allá de su validez, es respecto a la manera cómo se estabiliza⁴⁹. Sin embargo, para la mejor comprensión del tema parece importante retomar las críticas que se hicieron a la validez de la estabilización en el pasado.

44 Según M. SORNARAJAH, el origen de esta teoría se encuentra en algunos laudos arbitrales de principios del siglo pasado (Delgoa Bay Railway Case, 1900, Schufedt Claim, 1930) y en algunos autores tales como Lord Mc Nair y a A. Verdross. Ver: M. SORNARAJAH, *The International Law of Foreign Investment*, Op.cit. p..417.

45 M. SORNARAJAH, hace referencia a A. Verdross. Ver.: *Ibíd.*, p. 410 y 417

46 T. W. Walde, op.cit .p. 28.

47 Jason Webb Yackee, “Pacta sunt servanda and state promises to foreign investors before bilateral investment treaties: Myth and reality”, *Fordham International Law Journal*, Lexis Nexis [base de datos en línea], 2009, artículo LEXSEE 32 FORDHAM INT’L L.J. 1550 , internet, consulta: enero 2010

48 *Ibíd.*, p. 15

49 Ver Cuestionamientos desde los derechos humanos en la sección 2.3



Cuando aparecieron las CE, el debate central a nivel internacional giró en torno a la validez de aquéllas en los contratos que versaban sobre recursos naturales, ya que los países en vía de desarrollo no sólo indicaron que su implementación violaba la norma de *ius cogens* que establecía la soberanía de los Estados sobre sus recursos naturales⁵⁰ sino que también se opusieron a aplicar las CE. Por lo tanto, a finales de los años setenta, su uso disminuyó notablemente debido a la influencia de las teorías de la “Soberanía sobre los Recursos Naturales” y del “Nuevo Orden Mundial”, promovidas por los países subdesarrollados en algunas resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1974⁵¹. Lo anterior invitaba a los Estados a aplicar libremente su poder regulatorio e ignorar los intereses de las empresas multinacionales. No obstante, en contra de lo que algunos pensaron, éste no fue el fin de las CE. La teoría de la internacionalización de los contratos, respaldada en *el principio pacta sunt servanda*⁵², fue utilizada para ratificar la validez de los contratos elaborados entre un inversionista extranjero y un Estado anfitrión⁵³. En este sentido, dicho principio, que a nivel internacional implica que los Estados quedan vinculados cuando firman un acuerdo y deben ejecutar sus compromisos de buena fe, puede considerarse la base legal para la exigencia del cumplimiento que existe frente a los Estados anfitriones cuando han adquirido compromisos con inversionistas extranjeros.

Además de lo anterior, la mayoría de tribunales de arbitramento internacional han aceptado la validez de las CE desde los años setenta, y por ende, el deber de los Estados de cumplir las obligaciones adquiridas con los inversionistas⁵⁴. Actualmente, la capacidad estatal para estabilizar sus poderes legislativos y regulatorios por medio de un contrato, se considera más que una limitación, un ejercicio de su soberanía⁵⁵, por lo cual, estos tribunales al fallar tienen en cuenta la estabilización jurídica.

Dentro de las principales decisiones que existen sobre el tema, la primera referencia que debe hacerse es a la trilogía de arbitramentos que se dieron en contra de Libia en los años setenta, casos que a pesar de haber sido resueltos en tres laudos independientes, son muy similares en contenido⁵⁶. Las empresas petroleras *Libyan American Oil Company*, *British Petroleum Exploration Company Ltd.* y *Texaco Overseas Petroleum Company* acudieron al arbitraje internacional como consecuencia de la nacionalización sin compensación de sus

50 T. J. Pate. op. cit.p.5

51 T. W. Walde, op.cit.p.2.

52 Naciones Unidas, “Vienna Convention on the Law of Treaties” (International Law Commission), Sitio web Naciones Unidas, [en línea], 1969, disponible en: http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf, consulta : 10 de febrero de 2010, art. 26

53 M. Sornarajah, op.cit. p. 408

54 Ver los laudos arbitrales: *Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company v. The Government of the Libyan Arab Republic* (18/01/1977); *The Government of the State of Kuwait v The American Independent Oil Company* (‘Kuwait v Aminoil’) 1982; *AGIP S.p.A. v. People’s Republic of the Congo* (CIADI Caso No. ARB/77/1)

55 J. W. Yackee, op.cit. p 18

56 Ver los laudos arbitrales: *Libyan Am. Oil Co. v. Gov’t of the Libyan Arab Republic*, April 12, 1977, 20 I.L.M. 1 (1981); *BP Exploration Co. (Libya) Ltd. v. Gov’t of the Libyan Arab Republic*, 53 I.L.R. 297 (1979); *Texaco Overseas Petroleum Co./California Asiatic Oil Co. v. Gov’t of the Libyan Arab Republic*, Jan. 19, 1977, 17 I.L.M. 1 (1978)



empresas por parte del gobierno libanés. Dentro del arbitraje respectivo, cada una de las empresas alegó la violación de las CE incluidas en los contratos de concesión, en las cuales Libia se comprometía a no cambiar el marco legal de forma que pudiese resultar perjudicial a los concesionarios. En los tres casos, los árbitros negaron la justificación otorgada por el gobierno del incumplimiento de la CE basada en la soberanía estatal⁵⁷ y lo obligaron al pago de la debida compensación a las empresas petroleras.

Asimismo, la controversia que se presentó entre la compañía Aminoil y Kuwait, fue resuelta en el año 1982 de manera similar. Los antecedentes de este caso se encuentran en el contrato de concesión petrolera firmado por Kuwait y Aminoil, el cual incluía una CE que prohibía al gobierno anfitrión anular o alterar unilateralmente los términos del contrato. En dos ocasiones, las partes acordaron modificar el contrato en beneficio del Estado, sin embargo, cuando en 1977 Kuwait se propuso implementar una nueva modificación que Aminoil no aceptó, la compañía petrolera fue nacionalizada. En este caso, aunque el Estado sí otorgó compensación, ésta fue inequitativa, razón por la cual Aminoil decidió acudir a un tribunal de arbitramento internacional y demostrar que con la nacionalización se había quebrantado la CE. Frente a estos hechos, el tribunal decidió que el inversionista merecía una compensación adecuada, con lo cual se evitaba la configuración de una nacionalización confiscatoria que era en realidad la prohibición que traía la CE.

Otro caso similar se presentó en 1979 entre la compañía AGIP y la entonces República Popular del Congo, luego de que este gobierno nacionalizara un contrato de distribución de productos petroleros. Ante estos hechos, la compañía acudió a un tribunal de arbitramento que obligó al Estado a reconocerle una compensación basada en el incumplimiento de la CE que establecía el compromiso del gobierno a inaplicar cualquier ley posterior que pudiese cambiar el estatus de la compañía⁵⁸.

Recientemente han sido pocos los casos sobre estabilización que han llegado a tribunales de arbitramento internacional. Sin embargo, es posible encontrar múltiples laudos, que si bien no versan sobre CE, reconocen la obligación estatal de cumplir los contratos firmados con inversionistas extranjeros. En este sentido, es importante hacer mención en primer lugar, a aquellos casos que han hecho referencia de manera tangencial a la estabilidad jurídica, y en segundo lugar, a aquellos que han desarrollado conflictos relativos a las “cláusulas sombrilla” (“umbrella clauses”)⁵⁹, las cuales reafirman el compromiso que debe asumir el Estado frente al inversionista.

57 J. W. Yackee, *op.cit.* p 21

58 *Ibíd.*, p. 22

59 Katia Yannaca-Small, “Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements,” (OECD Working Papers on International Investment, No. 2006/3) Sitio web OECD, [en línea], 2006, en: <http://www.oecd.org/dataoecd/3/20/37579220.pdf>, fecha de consulta: 11 de junio de 2010



En el caso *Methanex v. Estados Unidos* de 2002, el tribunal de arbitramento estableció, “Como una cuestión de derecho internacional general, una regulación que no sea discriminatoria, realizada por un interés general y siguiendo el debido proceso, que afecte, una inversión o un inversionista extranjero no es necesariamente expropiatoria y compensable, a no ser que compromisos específicos hayan sido dados por el gobierno regulador al inversionista extranjero estableciendo que el gobierno se abstendría de aplicar tal regulación”⁶⁰ (Subrayado del autor). De igual manera en el caso *Parkerings v. Lithuania*⁶¹, el tribunal declaró que los Estados tienen el derecho de modificar sus leyes aún cuando afectan a los inversionistas extranjeros, excepto en los casos en los que exista un acuerdo, que puede presentarse bajo la forma de una CE, que establece lo contrario.

Otro caso en el cual se hace mención a la obligación que tienen los Estados de respetar los compromisos de estabilización adquiridos con los inversionistas extranjeros es en *Encana vs. Ecuador*. La compañía canadiense Encana inició el procedimiento arbitral en 2003 en contra de Ecuador por la supuesta violación a varios artículos del Tratado Bilateral de Inversión (en adelante, TBI) que existe entre Canadá y Ecuador como consecuencia del cambio de una norma por medio de la cual ciertas industrias tenían derecho a la reclamación de los reintegros del IVA. Cuando el petróleo fue excluido del ámbito de aplicación de la norma, la compañía alegó que el TBI había sido quebrantado a pesar de que en el contrato nunca se estableció que el régimen tributario no podría ser modificado por el Estado. Por este hecho, el Tribunal de Arbitramento reconoció el poder regulatorio del Estado para modificar normas que afecten la inversión extranjera y estableció que “las inversiones extranjeras —al igual que todas las demás actividades— están sujetas a los impuestos y gravámenes impuestos por el Estado anfitrión. En ausencia de un compromiso específico del Estado anfitrión, el inversor extranjero no tiene ningún derecho ni expectativa legítima de que el régimen fiscal no cambie, quizá para su desventaja, durante el período de la inversión.”⁶² (Subrayado del autor).

Con base en lo anterior es posible afirmar que los tribunales de arbitramento internacional aceptan la validez de las CE y, aunque reconocen la obligación estatal de honrar los compromisos adquiridos, también ponen de presente el derecho que tienen los Estados para modificar sus normas cuando no existe un convenio que estipuló lo contrario. Sin embargo, esta disyuntiva debe analizarse caso por caso, pues cuando existe un BIT que incluye una “cláusula paraguas” el Estado puede encontrarse obligado a cumplir a cabalidad los

60 Tribunal de Arbitramento para NAFTA, Laudo arbitral de “Methanex Corporation v. United States of América”, [en línea], 2005, disponible en: <http://www.state.gov/documents/organization/51052.pdf>, consulta: 22 de febrero de 2010

(Traducción del autor)

61 CIADI, Laudo arbitral de “Parkerings-Compagniet AS v. Lithuania” (CIADI Caso No. ARB/05/8), Sitio web CIADI, [en línea], 2005, en: http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC682_En&caselId=C252, fecha de consulta: 22 de febrero de 2010

62 Corte de Arbitraje Internacional de Londres, Laudo arbitral de “Encana Corporation v. Ecuador (LCIA Caso No. UN3481, IIC 91), Sitio web Investment Claims, [en línea], 2005, disponible en: <http://www.investmentclaims.com/ViewPdf/ic/Awards/law-iic-91-2006.pdf>, fecha de consulta: 10 de junio de 2010



contratos firmados con los inversionistas extranjeros, y en este sentido, aunque no exista una CE, tendrá que garantizar una cierta estabilidad jurídica a los inversionistas.

Las “cláusulas paraguas” son cláusulas que se incluyen en algunos BITs y generalmente se expresan de la siguiente manera: “Cada parte cumplirá los compromisos que hubiera contraído con respecto a las inversiones.”⁶³. Aunque en principio parece obvio que los Estados están obligados a cumplir las obligaciones adquiridas, no lo es que un inversionista pueda acudir a los mecanismos de resolución de conflictos previstos en el tratado, para resolver cualquier disputa relacionada con un contrato con el Estado anfitrión. Por tanto, el inversionista sólo puede acudir al arbitraje internacional allí previsto en los casos en que se haya presentado un incumplimiento a las disposiciones del tratado y no por el mero incumplimiento del contrato. Por lo tanto, la inclusión de esta cláusula en un BIT permite al inversionista alegar que el incumplimiento de las obligaciones legales adquiridas por el Estado anfitrión constituye una violación a un tratado internacional.⁶⁴ El inversionista entonces no sólo puede ejercer un reclamo contractual contra el Estado sino también un reclamo por el incumplimiento al tratado.

Lo anterior es una visión restringida de la “cláusula paraguas” ya que a pesar de aceptar la existencia de estas cláusulas limita su ámbito de aplicación a compromisos específicos, y en particular a los contratos. Vale mencionar que existe una versión aun más restringida, como la que se presentó en los casos *El Paso vs. Argentina* y *BP-Pan American vs. Argentina*, en los cuales los tribunales concluyeron “que la supuestamente llamada “cláusula paraguas” en el BIT entre Estados Unidos y Argentina no podía transformar cualquier reclamo contractual en una violación al derecho internacional.”⁶⁵.

Sin embargo, los inversionistas han intentado darle una aplicación más amplia a la cláusula al establecer que no se limita a obligaciones contractuales sino que también es extensible a compromisos legislativos, regulatorios o administrativos que afecten los contratos. Aunque la mayoría de autores⁶⁶, al referirse a estas cláusulas han acordado que sólo son aplicables al incumplimiento de obligaciones específicamente estipuladas en un contrato, es importante mencionar que algunos tribunales han aceptado que es posible que por ejemplo, las leyes municipales hagan parte de los compromisos adquiridos cuando afecten indirectamente el contrato o se deriven del mismo.

63 Esta definición, que aparece en el laudo arbitral *Azurix Corp. v. Argentina*, corresponde al TBI entre Argentina y Estados Unidos. Sin embargo, vale mencionar que en este caso no se reconoció la existencia de una cláusula sombrilla. (CIADI, Laudo arbitral de “Azurix Corp v. Argentina” (CIADI Caso No. ARB/01/12), Sitio web CIADI, [en línea], 2006, en:

http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC507_Sp&caseld=C5, fecha de consulta: 11 de junio de 2010)

64 K. Yannaca-Small, Op. cit. p. 8

65 UNCTAD, “Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement”, Sitio web UNCTAD, [en línea], 2006, disponible en: http://www.unctad.org/sections/dite_pccb/docs/webiteiia200611_en.pdf, fecha de consulta: 11 de junio de 2010, p. 5

66 *Ibíd.* p. 6



En este sentido, es posible afirmar que las “cláusulas paraguas” pueden cumplir una función muy similar a la estabilización jurídica ya que de un cambio legislativo que resulte adverso a un contrato suscrito entre el Estado anfitrión y un inversionista extranjero puede surgir la responsabilidad internacional del Estado y por ende, la obligación de indemnizar al inversionista. Aunque es cuestionable afirmar que cualquier ley o regulación constituye una obligación adquirida con el inversionista y por ende una violación a la “cláusula paraguas”, a continuación se expondrá un caso donde el tribunal de arbitramento acogió una postura en tal sentido.

La decisión del tribunal de arbitramento del CIADI que resolvió la controversia surgida entre *LG&E Energy Corp.*, *LG&E Capital Corp.*, *LG&E International Inc.*, compañías estadounidenses, y Argentina en el año 2006, ilustra claramente la posición de algunos árbitros a favor de las “cláusula paraguas”. Los inversionistas mencionados tenían una participación accionaria en tres empresas Argentinas de distribución de gas y licencias otorgadas por dicho Estado hasta el 2027. Su inversión en las compañías de gas había surgido en virtud de la legislación promulgada por el Estado suramericano en la que otorgaba varias garantías a los inversionistas relativas al régimen tarifario entre las que aseguraba que las tarifas de distribución de gas se calcularían en dólares americanos y que los ajustes automáticos debían realizarse en el Índice del Precios al Consumidor estadounidense. Estas obligaciones además de encontrarse en leyes, estaban expresadas en las licencias concedidas a cada una de las empresas de distribución de gas. A raíz de la crisis económica que se desarrolló en la Argentina a fines de década de los 90s y principios del 2000, el Gobierno derogó las garantías previstas que había cumplido durante el período 1993-1999. Dicha decisión estatal llevó inevitablemente a una gran reducción en la rentabilidad del negocio de distribución de gas, razón por la cual LG & E inició un procedimiento arbitral ante el CIADI.

Uno de los argumentos presentados por la compañía americana consistía en la violación de la “cláusula paraguas” expresada en el artículo II (2) (C) del TIB entre Argentina y EEUU. Al analizar el caso, el tribunal consideró que las garantías expresadas en la legislación y en el Memorando de Oferta para inducir la entrada de capital extranjero, “eran obligaciones en el sentido del Artículo II (2) (c), en virtud de estar dirigidas a los inversionistas extranjeros y aplicarse de forma específica a sus inversiones”⁶⁷, lo cual, “da lugar a la responsabilidad en virtud de la “cláusula paraguas””⁶⁸.

Las decisiones que se acaban de mencionar no agotan la totalidad de laudos existentes sobre el tema, no obstante, ilustran a grandes rasgos, el reconocimiento de las cláusulas de estabilización y demás compromisos adquiridos por el Estado con los inversionistas extranjeros. Ahora, es necesario entrar a analizar las diversas críticas que han recibido los mecanismos de estabilización por parte de los defensores de DDHH.

67 CIADI, Laudo arbitral de “*LG&E Energy Corp.*, *LG&E Capital Corp.*, *LG&E International Inc.*, v. la República de Argentina” (CIADI Caso No. ARB 02/01), Sitio web CIADI, [en línea], 2006, en:

http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC627_En&caselId=C208, p.44

68 *Ibid.*



2.3. Validez a la luz de los Derechos Humanos

En los últimos años, los defensores de DDHH y del desarrollo sostenible han puesto de presente que la protección dada al inversionista en los acuerdos de estabilización puede ser incompatible con la protección de DDHH en los Estados anfitriones. Según ellos, la estabilización no compagina ni con la obligación estatal de regular la inversión para proteger DDHH, ni con la responsabilidad de los inversionistas de respetarlos⁶⁹. Primero, porque las inversiones privilegiadas con alguna forma de congelamiento jurídico en materia ambiental y social no cumplen completamente con la cuota social que como empresas deben aportar al Estado anfitrión. En consecuencia, aunque el país sea progresista en materia de DDHH, los sectores beneficiados, o perjudicados en este caso, por la IED quedan rezagados, pues los ampara una ley que les es menos favorable.⁷⁰ Si se tiene en cuenta el tipo de países que utilizan las cláusulas de congelamiento, y específicamente aquellos que estabilizan materias sensibles, la protesta adquiere más fuerza. Los países en vía de desarrollo necesitan prácticas conducentes a mejorar la realización efectiva de los DDHH pues se caracterizan por ser atrasados en este tema. Por ello, los defensores de DDHH establecen que allí las CE son especialmente dañinas, dado que en estos países lo que se requiere es una legislación rápida que promueva este tipo de derechos, en vez de obstáculos para la implementación de nuevas leyes⁷¹.

El segundo problema lo encuentran en la estabilización que implica el equilibrio económico del contrato, pues de estos mecanismos contractuales pueden resultar dos consecuencias perjudiciales. Por un lado, los Estados anfitriones en aras a evadir compensaciones evitan aumentar los estándares sociales y ambientales o se limitan a hacer una regulación selectiva para evitar que el inversionista sea acogido por una nueva ley⁷². De cualquier forma, tiene el mismo efecto ya señalado, ya que las leyes progresivas en DDHH no son aplicadas al sector donde está la inversión, o aún peor, no se promulgan nuevas regulaciones. Por otro lado, cuando el Estado anfitrión decide implementar nuevas normas en materias que afectan los acuerdos de estabilización, el problema radica en que las compensaciones debidas a los inversionistas como consecuencia de nuevas leyes, disminuye la capacidad financiera del Estado para implementar políticas en materia de DDHH.

La última crítica frente a la estabilización jurídica como mecanismo que pueda afectar los DDHH se centra en analizar las obligaciones internacionales adquiridas por los Estados en materia de DDHH. Prácticamente todos los Estados han ratificado algún instrumento internacional o regional de protección de DDHH. Muestra de ello es que a enero de 2010,

69 A. Shemberg, op. cit. p.39

70 Un ejemplo de ello se reseña en el estudio "Stabilization Clauses and Human Rights" en el que se presentó una CE que estabilizaba normas relativas al salario mínimo. (Ibíd., p. 21) Otro caso puede evidenciarse cuando una compañía estabiliza normas ambientales como por ejemplo, el uso de un químico dañino.

71 Ibíd., p. 10

72 L. Cotula, op. cit. p.9



160 Estados habían ratificado el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁷³. Los defensores de los DDHH señalan que cuando un Estado limita su capacidad para regular y aplicar normas sobre determinados temas, viola las obligaciones internacionales adquiridas. Permitir ciertas acciones u omisiones a los inversionistas extranjeros puede desencadenar en una infracción de un tratado sobre DDHH, por lo que deberá ser sancionado por el sistema internacional.

Frente a estas críticas, es necesario hacer una anotación. A primera vista pareciera que cualquier tipo de estabilización es perjudicial para el Estado anfitrión, sin embargo, el problema no radica en la estabilización sino en el tipo de estabilización y las materias que cubija. Las cláusulas de equilibrio económico limitadas implementadas por los países desarrollados parecen ser la mejor alternativa para solucionar esta disyuntiva, ya que su uso demuestra que es posible mitigar el riesgo político del inversionista sin que el Estado anfitrión pierda su poder regulatorio, por medio de estabilizaciones que no cubran normas que afecten los DDHH.

Parece entonces necesario proceder a estudiar los CEJ implementados en Colombia para observar si logran conciliar tanto los intereses estatales como los del inversionista.

3. Los contratos de estabilidad jurídica en la ley 963 de 2005

3.1. Características de los contratos de estabilidad jurídica.

Con las reformas al Estado implementadas por el gobierno de Gaviria Trujillo⁷⁴ dirigidas a la internacionalización y apertura de la economía, la inversión extranjera directa adquirió una importancia trascendental ya que “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 domestica”⁷⁵. 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 interno⁷⁶. Y es que “once reformas tributarias en Colombia, a razón de casi una por año”⁷⁷ aprobadas durante el

73 Naciones Unidas, “International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, Pagina web United Nations Treaty Collections, [en línea], 2010, disponible en:

http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3&chapter=4&lang=en, consulta : 27 de enero de 2010

74 Cesar Gaviria Trujillo fue presidente de Colombia entre los años 1990-1994.

75 Esteban Restrepo Uribe, “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, p 3.

76 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

77 Sergio Clavijo, “Tributación, Equidad y Eficiencia en Colombia: Guía para salir de un sistema tributario amalgamado”, Pagina web Banco de la Republica, [en línea], 2005, disponible en: <http://www.banrep.gov.co/docum/ftp/borra325.pdf>, consulta: 25 de enero de 2010



periodo 1990-2004 hace que dichos temores sean fundados. Adicionalmente, la ausencia de un mecanismo que brindara plena seguridad y confianza al inversionista sobre las reglas de juego, a diferencia de Chile⁷⁸, Ecuador⁷⁹, Panamá⁸⁰, Perú⁸¹, y Venezuela⁸² entre otros, que tenían leyes de estabilidad para incentivar la inversión, dejaba al país rezagado en la competencia por atraer inversionistas.

Bajo estas circunstancias, el Gobierno de Álvaro Uribe Vélez presentó ante el Senado de la República un proyecto de ley⁸³ mediante el cual se crearon los contratos de estabilidad jurídica con la finalidad de estimular la inversión como componente de desarrollo y generación de empleo. El propósito de este texto normativo quedó plasmado en su primer artículo que establece la creación de los contratos de estabilidad jurídica con “la finalidad de promover inversiones nuevas y de ampliar las existentes en el territorio nacional”. Para ello, se le otorgó la posibilidad al Estado y al inversionista nacional o extranjero -quien podrá ser persona natural, persona jurídica o un consorcio- de suscribir contratos de estabilidad jurídica mediante los cuales el Estado colombiano se obliga a garantizarle al inversionista que, durante el término de vigencia del contrato, se le continuarán aplicando las normas establecidas como determinantes para la inversión, en el evento en que tales normas sean modificadas con un efecto adverso a aquél.

Para poder garantizar la estabilidad jurídica se requiere una identificación precisa en el contrato de las leyes, decretos, actos administrativos o interpretaciones administrativas a las cuales se les garantizará estabilidad. Dicha exigencia puede convertirse en un ejercicio dispendioso para el inversionista quien se encuentra en el riesgo permanente de dejar normas o interpretaciones que fueron determinantes para su inversión por fuera del contrato de estabilidad. A pesar de esta objeción, el gobierno y el legislador consideraron inconveniente garantizar la estabilidad de regímenes completos⁸⁴, como por ejemplo, el tributario, laboral o cambiario, como sí sucede en otros países. En defensa de la enunciación taxativa en los contratos, el Gobierno expresó, “países en vía de desarrollo, como Colombia, requieren de un margen de maniobra en materia regulatoria, puesto que día a día deben adaptar sus normas a los cambios del entorno”⁸⁵.

78 Chile, Estatuto de la Inversión Extranjera o Decreto Ley 600

79 Ecuador, Ley 46 de 1997 “Ley de Promoción y Garantía de las Inversiones”, 19 de diciembre de 1997

80 Panamá, Ley 54 de 1998 “Por la cual se dictan medidas para la estabilidad jurídica de las inversiones”, 24 de julio de 1999.

81 Perú, Decreto Supremo 162 de 1992 modificado por Decreto Supremo N° 084-98-EF, 14 de agosto de 1998; Decreto Legislativo n° 662 “ aprueba Régimen de estabilidad Jurídica a la Inversión Extranjera”, 2 de setiembre de 1991.

82 Venezuela, Decreto N° 356 de 1999 “Ley de Promoción y Protección de Inversiones”, 3 de octubre de 1999.

83 El trámite legislativo correspondió con el proyecto 15 de 2003 en el senado de la República y el proyecto 14 de 2004 en la Cámara de Representantes.

84 Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Exposición de Motivos del Proyecto de ley por el cual se promueve la confianza inversionista en Colombia, Bogotá, [en línea], disponible en: <http://www.mincomercio.gov.co/eContent/verimp.asp?id=1197&IdCompany=1>, consulta: 10 de febrero de 2010

85 Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Proyecto de ley por el cual se promueve la confianza inversionista en Colombia, Bogotá, [en línea], disponible en: <http://www.mincomercio.gov.co/eContent/verimp.asp?id=1197&IdCompany=1>, consulta: 10 de febrero de 2010



A cambio de la estabilidad jurídica, el inversionista se obliga a: 1) realizar la inversión a la que se ha comprometido, 2) pagar una prima como contraprestación a la estabilidad jurídica ofrecida por el gobierno⁸⁶, 3) cumplir con los impactos económicos y sociales esperados con la inversión entre los cuales puede estar la generación de un número determinado de empleos, exportaciones o divisas⁸⁷ y, 4) cumplir con las demás normas específicas que regulen la actividad⁸⁸.

En cuanto a la inversión, la ley impone que ésta: 1) debe ser nueva o tratarse de una ampliación de una ya existente, 2) debe ser por un monto igual o superior a 150.000 UVT⁸⁹ y, 3) habrá de desarrollarse en determinados sectores que la ley 963 de 2005 se ha encargado de indicar en su artículo segundo. No obstante, esta enunciación no debe tenerse como una lista taxativa ya que la misma norma facultó al Comité de Estabilidad Jurídica para aprobar una inversión en cualquier sector de la economía. Por último, sobre las características de la inversión resulta importante destacar que la ley excluye las inversiones de portafolio, lo cual refleja la prioridad del gobierno por atraer la IED en vez de los capitales golondrinas que están sujetos a la incertidumbre e imprevisibilidad de los mercados.

Asimismo, con miras a salvaguardar el interés general el legislador estableció algunas limitaciones y condiciones a estos contratos. En primer lugar, deben estar en armonía con los derechos, garantías y deberes consagrados en la Constitución Política y los tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano. En segundo lugar, no se podrá conceder la estabilidad sobre normas relativas al régimen de seguridad social, obligación de declarar y pagar tributos o inversiones forzosas que el Gobierno Nacional decreta bajo estados de excepción, impuestos indirectos, regulación prudencial del sector financiero y régimen tarifario de los servicios públicos. Asimismo, la estabilidad tampoco podrá recaer sobre las normas declaradas inconstitucionales o ilegales por los tribunales judiciales colombianos durante el término de duración de los contratos de estabilidad jurídica⁹⁰. Por último, la ley establece un límite temporal a los contratos según el cual éstos tendrán una duración no inferior a tres años ni superior a veinte años.

86 El inversionista deberá pagar una prima igual al uno por ciento (1%) del valor de la inversión que se realice en cada año o si la inversión contempla un período improductivo, el monto de la prima durante dicho período será del cero punto cinco por ciento (0.5%) del valor de la inversión que se realice en cada año. (Ley 963 de 2005, artículo 5.)

87 El Documento CONPES 3406 al referirse a los impactos económicos y sociales esperados con la inversión, aclaró que éstos harían parte de las obligaciones adquiridas por el inversionista cuando así lo determinará el Comité de Estabilidad Jurídica. Para dicha institución, entender como compromisos adquiridos las cifras absolutas y exactas argumentadas por el inversionista en la demostración de los impactos económicos y sociales positivos “desconocerían el normal margen de variabilidad de todo proyecto de inversión”.

88 Los contratos de estabilidad contienen más obligaciones que no vale la pena mencionar para efectos de este estudio.

89 Para el año 2010 el valor de la Unidad de Valor Tributario (UVT) es de \$24,555 pesos, por consiguiente la inversión deberá ser igual o superior a \$3,683,250,000.00.

90 Ley 963 de 2005, artículo 11.



En la medida en que los CEJ son celebrados por el Estado colombiano su naturaleza es pública, y, por lo tanto, estarán sujetos al régimen de contratación pública. Sin embargo, se ha dicho que éstos tienen una naturaleza *sui géneris* ya que los mecanismos de la licitación pública o la contratación directa, son reemplazados por la solicitud que realiza el inversionista y su aprobación por el Comité de Estabilidad.⁹¹ En todo caso, por ser una especie de contratos estatales, la jurisdicción contencioso-administrativa será la responsable de dirimir los conflictos que puedan surgir, salvo que en ellos se pacte una cláusula compromisoria, con lo que la ley 963 de 2005 permitió a las partes estipular en el contrato la posibilidad de acudir a un tribunal de arbitramento⁹².

3.2. Posibilidad de acudir a un Tribunal de Arbitramento Internacional

El artículo 7 de la Ley 963 de 2005 establece, “Los contratos de estabilidad jurídica podrán incluir una cláusula compromisoria para dirimir las controversias derivadas de los mismos. En este caso, se establecerá un tribunal de arbitramento nacional regido exclusivamente por leyes colombianas.” La Corte Constitucional se pronunció sobre la exequibilidad de esta norma en las sentencias C-961 de 2006 y C-155 de 2007 en donde analizó una posible violación 1) a los principios de voluntariedad y de debido acceso a la justicia (artículo 16 y 229 de la constitución colombiana), 2) al principio de igualdad de las oportunidades, (artículo 13 de la constitución colombiana), y 3) a los mandatos constitucionales que ordenan la integración internacional del Estado (Artículos 9º, 226 y 227 C.P.) y a los tratados internacionales suscritos por Colombia.

A juicio de los demandantes la norma mencionada violaba el principio de voluntariedad y de acceso a la justicia dado que las partes son las llamadas a definir de manera libre y voluntaria los alcances del convenio arbitral. Frente a este cargo el máximo intérprete de la constitución señaló que en la medida en que el legislador no hizo obligatorio el arbitramento sino que dejó a la autonomía de las partes decidir si acudir a tal mecanismo o resolver sus disputas en la jurisdicción contenciosa administrativa, había respetado el principio de voluntariedad y de acceso a la justicia.⁹³ Se consideró además que diseñar las normas que deben regir el arbitraje, y en especial cuando se trata de contratos administrativos, se encuentra dentro de la capacidad de configuración normativa del legislador.⁹⁴

91 Édgar N. Quiroga y María Alejandra Villegas, “La Constitucionalidad de Los Contratos de Estabilidad Jurídica desde la Perspectiva del Análisis Económico del Derecho”, Revista Universitas (núm. 115, 2008), [en línea], disponible en: http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/pub_rev/documents/139-158.pdf, consulta: 8 de febrero de 2010

92 Ley 963 de 2005, artículo 7

93 Colombia. Corte Constitucional, Sentencia: C-155 de 2007 (M.P: Álvaro Tafur Gálvis), Gaceta de la Corte Constitucional, Bogotá, 7 de marzo de 2007

94 Al respecto la Corte Constitucional estableció en la sentencia C-961 de 2006, “Dado que el contrato de estabilidad jurídica recae sobre normas nacionales, la sujeción a la ley colombiana y a un tribunal de arbitramento nacional no excede la capacidad de configuración normativa del legislador en esta materia, la cual es amplia en asuntos de tipo económico, más aún si guarda relación directa con la contratación del Estado. En la medida que el legislador no hizo obligatorio el arbitramento, respetó el principio de voluntariedad y la autonomía de



La Corte también examinó una presunta violación al principio de igualdad dado que según los demandantes, los contratantes deberían tener la ocasión de discutir el contenido de la cláusula compromisoria. Para la Corte sin embargo, no existe tal violación pues el inversionista y el Estado están en igualdad de condiciones para elegir si optan por una cláusula compromisoria. Adicionalmente, señala que debido a que el contrato de estabilidad jurídica recae sobre normas nacionales, la sujeción a la ley colombiana y a un tribunal de arbitramento nacional es plenamente justificable.

Por último, uno de los temas que más debate suscito era el relativo a una posible violación a los tratados internacionales ratificados por Colombia, en especial al Convenio de Washington de 1965 que creó el Centro Internacional de arreglo de diferencias relativas a inversiones (CIADI), la Convención de Nueva York de 1958 y los Tratados Bilaterales de Inversión. Dentro de sus consideraciones la Corte recuerda que los tratados internacionales en materia económica y de integración comercial suscritos por Colombia, no son parámetros de constitucionalidad de las leyes por lo cual los cargos no prosperan.⁹⁵ No obstante, debido a la controversia suscitada la Corte se detiene a aclarar el rol de los tratados de integración en el ordenamiento interno y el papel que desempeñan el Convenio de Washington, la Convención de Nueva York y los BITs ratificados por Colombia. Así las cosas, si bien los mencionados tratados no son parámetros de constitucionalidad, estos son de obligatorio cumplimiento por parte de las autoridades y “en caso de conflicto entre la legislación interna y los tratados o convenios internacionales que regulan estas materias, las autoridades deberán optar por una interpretación orientada a su armonización y al respeto de los compromisos internacionales suscritos por Colombia (art. 9º C.P.)”.⁹⁶

Por lo tanto, la Corte se detiene a analizar si el legislador al imponer un tribunal de arbitramento internacional, incumplió las obligaciones internacionales contraídas por el Estado colombiano en el Convenio de Washington. Luego de examinar dicha normatividad concluye que aunque el Convenio auspicia la conciliación y el arbitramento internacional como mecanismos idóneos para la solución de las controversias referentes a las inversiones internacionales, éste no obliga automáticamente a los Estados firmantes a someter sus conflictos de inversión a la jurisdicción arbitral del CIADI. Se requiere entonces no sólo que el Estado sea miembro de la convención, sino que además exista el consentimiento escrito de ambas partes para que el conflicto sea resultado por tal entidad⁹⁷. Adicionalmente, el artículo 26 de la mencionada

la voluntad de las partes, quienes podrán decidir libremente si someten sus controversias a la justicia arbitral.” (CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia: C-155 de 2007, op. cit.)

95 Tal condición únicamente ha sido prevista en la Constitución para los tratados y convenios internacionales que reconocen derechos humanos y prohíben su limitación en estados de excepción (Art. 93 C.P.) y para aquéllos que definen los límites territoriales del Estado (art.101 C.P)

96 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia: C-155 de 2007, op. cit.

97 Al respecto la Corte señala, “Cabe señalar que la suscripción de la Convención de Washington no obliga automáticamente a los Estados firmantes a someter sus conflictos de inversión a la jurisdicción arbitral del CIADI, pues en su preámbulo se advierte “que la mera ratificación, aceptación o aprobación de este Convenio por parte del Estado Contratante, no se reputará que constituye una obligación de someter ninguna diferencia determinada a conciliación o arbitraje, a no ser que medie el consentimiento de dicho Estado”. A su vez, el artículo 25



convención dispone que un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales como condición a su consentimiento al arbitraje. Por ello, la Corte determina que la negación del Estado colombiano para dirimir un conflicto originado por un CEJ ante el CIADI no es una violación al Convenio sino un ejercicio legítimo de su derecho.

Por otra parte, dicha institución examina los cargos planteados frente a una posible violación a la Convención de Nueva York, frente a los cuales concluye que carecen de sustento pues el objeto de tal Convención es el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros, lo cual no se relaciona en ningún sentido con la norma demandada.

Finalmente, la Corte estudia una posible incompatibilidad del artículo 7 con los tratados bilaterales de inversión extranjera que consagran cláusulas relativas a la solución de conflictos entre los inversionistas y el Estado anfitrión. Por ejemplo, el modelo colombiano para BITs⁹⁸ establece que cuando exista una disputa entre un Estado y un inversionista de otro Estado que no ha podido ser resuelta en 12 meses, el inversionista podrá hacer una solicitud de arbitramento a: a) un tribunal nacional competente, b) un tribunal ad hoc establecido siguiendo las normas que para ello establece la UNCITRAL, o c) ante el CIADI. Bajo este escenario, la Corte señala que si un tratado internacional le otorga a un inversionista la posibilidad de acudir a un arbitramento internacional, éste no está obligado a renunciar a tal posibilidad. Admite que “la ley le permite al inversionista abstenerse de suscribir el contrato de estabilidad jurídica o hacerlo pero con exclusión de la cláusula arbitral prevista en el artículo 7º, si a su juicio las garantías que le otorga un determinado tratado pueden verse desmejoradas, especialmente en cuanto a la protección de su inversión o a la posibilidad de acceder directamente a un tribunal arbitral de naturaleza internacional.”⁹⁹

Sobre esta afirmación de la Corte, que en un principio puede parecer una manera de eludir el artículo 7 para algunos inversionistas extranjeros, es necesario detenerse y hacer la siguiente aclaración. Según lo ha señalado la doctrina y varios laudos arbitrales, un incumplimiento contractual por sí solo no constituye causa suficiente en todo momento para acudir a los mecanismos consagrados en un BIT. En la mayoría de estos tratados, la cláusula relativa a la resolución de controversias define el tipo de litigios en los que los mecanismos aplican. Algunos convenios le otorgan al inversionista una amplia posibilidad de escogencia de distintos mecanismos y prevén que se aplicarán a toda controversia entre una Parte Contratante y un inversionista de la otra Parte mientras que otros por el contrario, limitan el ámbito de aplicación de los procedimientos, y se establece que tales mecanismos sólo se aplicarán a las controversias sobre un supuesto incumplimiento de una obligación en virtud del Acuerdo.

de la Convención señala que la jurisdicción del CIADI se extiende a las diferencias “que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro” y que, en todo caso, un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, “como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio” (art.26).” (Ibíd.)

98 Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, *Bilateral agreement for the promotion and protection of investments between the Republic of Colombia and Colombian Model*, Bogotá, [en línea], 2007, disponible en:

http://www.iisd.org/pdf/2007/inv_model_bit_colombia.pdf, 2007, consulta: enero 20 de 2010

99 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia: C-155 de 2007, op. cit.



La determinación del ámbito de aplicación de los mecanismos de resolución de controversias en los BITs ha sido objeto de grandes debates jurisprudenciales y decisiones en sentidos contrarios. La discusión se ha basado en determinar si la competencia de un tribunal arbitral constituido en virtud de un BIT se limita a conocer únicamente sobre las controversias surgidas por violaciones a disposiciones sustantivas del tratado o si aquella puede extenderse para conocer sobre las reclamaciones derivadas de un incumplimiento contractual. Con el objetivo de determinar dicha cuestión los tribunales de arbitramento han acudido a examinar el ámbito de aplicación de la cláusula de solución de controversias dispuesta en el BIT aplicable. Algunos de estos tratados consagran cláusulas extensivas donde los procedimientos de arbitraje podrán aplicarse a “cualquier” o a “todos” los conflictos que puedan surgir “en relación con” o “derivados” de la inversión, lo cual ha generado el debate sobre si tal redacción incluye incumplimientos contractuales. La jurisprudencia sobre este asunto no ha sido uniforme en la última década.

Algunos tribunales de arbitraje han sostenido que si la cláusula está redactada en un lenguaje lo suficientemente amplio para extender la jurisdicción a “alguna” o “todas” las controversias relacionadas con la inversión, ésta comprende también las reclamaciones contractuales. Por ejemplo, en el caso *Salini v. Marruecos*, el artículo octavo del BIT aplicable indicaba que los mecanismos de resolución de controversias aplicaban a “todas las controversias o diferencias” entre una parte contratante y un inversionista protegido. Dentro de este contexto, el tribunal concluyó que los términos del artículo eran lo suficientemente amplios para incluir reclamaciones contractuales. El mismo planteamiento fue aprobado por el tribunal arbitral en *Impregilo v. Pakistán* basado en el BIT entre Italia y Pakistan y, en *Société Générale de Surveillance S.A. (SGS) v. Philippines* basado en el TBI entre Suiza y Filipinas.¹⁰⁰

En contraste, otros tribunales arbitrales han expresado que la redacción amplia de la disposición de la cláusula en un TBI no es suficiente para establecer su jurisdicción con respecto a incumplimientos contractuales. En *Société Générale SA de Surveillance (SGS) v. Pakistan* el tribunal si bien reconoció que los conflictos que surgen de las reclamaciones fundadas en supuestas violaciones del BIT y los conflictos derivados de las reclamaciones basadas en violaciones al contrato podían ser descritas como “diferencias con respecto a las inversiones” (frase utilizada en el artículo 9 del BIT), las partes contratantes no pretendían cubrir incumplimientos contractuales dentro del ámbito de aplicación del tratado. Otro fallo en el mismo sentido es *Consortio Groupement L.E.S.I. DIPENTA v. Algeria*.¹⁰¹

100 Naciones Unidas, “Investor State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking”. Geneva, 2007 p. 27

101 Naciones Unidas., Op. cit. p.28



Los casos mencionados muestran que no hay una tendencia uniforme en la jurisprudencia respecto a si una cláusula de solución de controversias redactada en términos generales en un BIT puede ser suficiente para otorgar jurisdicción a los tribunales arbitrales para tratar las demandas puramente contractuales. Los BITs celebrados por Colombia difieren en su redacción y por ello la posibilidad para un inversionista extranjero de acudir a un mecanismo de resolución de controversias basado en un incumplimiento contractual depende del BIT que lo cobije. A modo de ejemplo el BIT celebrado con España reduce el ámbito de aplicación de los mecanismos de resolución de controversias a aquellas surgidas “respecto a cuestiones reguladas por el presente Acuerdo”¹⁰². Lo mismo sucede con el BIT celebrado con Chile que restringe el ámbito de aplicación a “las controversias que surjan en el ámbito de este Acuerdo”¹⁰³. A la luz de estos dos acuerdos será difícil pretender acudir a los mecanismos allí dispuestos alegando un incumplimiento contractual. Por el contrario, el BIT celebrado con Inglaterra extiende su aplicación a “cualquier controversia legal que surja entre esa Parte Contratante y un nacional o compañía de la otra Parte Contratante relacionada con una inversión de ésta en el territorio de la primera”.¹⁰⁴ En el mismo sentido el BIT con Perú extiende su aplicación “a las controversias que surjan entre una Parte Contratante y un nacional o empresa de la otra Parte Contratante en relación con las inversiones de que trata el presente Convenio”¹⁰⁵. Allí su ámbito de aplicación es más amplio dando espacio a reclamaciones puramente contractuales. No obstante, el éxito de tal reclamación depende como se dijo anteriormente, de la posición que adopte el tribunal de arbitramento.

Por lo anterior, a pesar de lo expresado por la Corte Constitucional, un inversionista extranjero difícilmente podrá llegar a instancias de un tribunal internacional cobijado bajo un BIT para que éste conozca de un conflicto relativo a un contrato de estabilidad jurídica. En primer lugar, el BIT debe estar redactado de una manera lo suficientemente amplia para cobijar incumplimientos contractuales, lo cual como se ilustró no ocurre en todos los TBI celebrados por Colombia. En segundo lugar, se debe contar con la suerte de que el tribunal considere que la redacción amplia del BIT es suficiente para conocer sobre reclamaciones contractuales.

Por último, no sobra aclarar que las consecuencias sobre el ámbito de aplicación de los mecanismos de solución de controversias en un BIT difieren cuando éste incluye una cláusula “paraguas”. Como se mencionó anteriormente, dichas cláusulas pretenden que el incumplimiento de un contrato se traduzca en una violación a un tratado. La jurisprudencia no ha sido uniforme en cuanto al efecto de estas cláusulas en la última década y mientras que algunos tribunales arbitrales han señalado que en virtud de ellas un incumplimiento

102 Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República de Colombia y el Reino de España, suscrito en Santafé de Bogotá D. C., el 9 de junio de 1995. Artículo XI

103 Acuerdo entre la República de Colombia y la República de Chile Para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones. Artículo IX

104 Acuerdo entre el Gobierno de la República de Colombia y el gobierno del Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte por el cual se promueven y protegen las inversiones. Artículo 9

105 Convenio entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República del Perú sobre promoción y protección recíproca de inversiones. Artículo 12



contractual constituye una violación al BIT, otros han negado tales consecuencias. Existen cláusulas de tal tipo en los BITs celebradas por Colombia, como por ejemplo el tratado con España consagra en el Artículo III “Cada Parte Contratante deberá cumplir cualquier obligación que hubiese contraído respecto a las inversiones realizadas por la otra Parte Contratante.”¹⁰⁶ Asimismo el artículo 10 (2) del BIT con Suiza establece, “cada Parte deberá respetar cualquier obligación derivada de un acuerdo escrito entre su gobierno central o agencias de este y un inversionista de la otra Parte respecto a una inversión específica en la que el pueda depender de buena fe en el establecimiento, adquisición o expansión de una inversión”¹⁰⁷. Por su parte, el TLC de Colombia y Estados Unidos contiene una cláusula más agresiva al disponer en el artículo 10.6 “(a) el demandante por cuenta propia, puede someter a arbitraje una reclamación en la que se alegue (i) que el demandante ha violado (C) Un Acuerdo de Inversión”¹⁰⁸.

Por lo tanto, en virtud de los mencionados artículos, se les facilita a los inversionistas de estos países acudir a los mecanismos dispuestos en los BITs y alegar un incumplimiento contractual como incumplimiento del tratado.

3.3. Validez de los Contratos de Estabilidad Jurídica

Otro de los debates que suscitaron los CEJ fue en cuanto a su validez para restringir la potestad legislativa y regulatoria del Estado, inquietudes que se plasmaron en la sentencia C-320 de 2006. Allí, la Corte Constitucional decidió una acción de inconstitucionalidad contra la ley 963 de 2005 la cual, según el demandante, constituía una vulneración al principio democrático y a la soberanía regulatoria del Estado.

El alto tribunal aclaró que el Congreso, mediante una ley ordinaria, no podía imponer limitaciones a sus competencias constitucionales para interpretar, reformar o modificar textos normativos de idéntica jerarquía ni tampoco podía restringir la potestad regulatoria del gobierno. De este modo, la Corte buscó proteger la capacidad regulatoria del Estado y en este sentido advirtió que en “los contratos de estabilidad jurídica no se les garantiza a los inversionistas la inmodificabilidad de la ley, sino que se les asegura la permanencia, dentro los términos del acuerdo celebrado con el Estado, las mismas condiciones legales existentes al momento de la celebración de aquél”¹⁰⁹. De acuerdo con lo anterior, dicha corporación declaró la constitucionalidad condicionada del artículo primero de la mencionada ley bajo el entendido de que el Estado conserva sus competencias normativas en todo momento sin perjuicio de que el inversionista acuda a las acciones judiciales que estime pertinentes para el resarcimiento de los daños causados cuando se modifique la normatividad.

¹⁰⁶ Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República de Colombia y el Reino de España, Artículo III

¹⁰⁷ Convenio entre la República de Colombia y la Confederación Suiza sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. Artículo 10.

¹⁰⁸ Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos de América y la República de Colombia. Artículo 10.16-

¹⁰⁹ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia: C-320 de 2006 (M.P: Humberto Sierra Porto), Gaceta de la Corte Constitucional, Bogotá, 24 de abril de 2006



3.4. Análisis de los Contratos de Estabilidad perfeccionados

Teniendo en cuenta lo anterior, vale la pena examinar 54 contratos¹¹⁰ que ha firmado el Estado colombiano con inversionistas nacionales y extranjeros respecto al mecanismo de estabilidad adoptado, las normas estabilizadas y la jurisdicción competente para conocer los conflictos derivados de aquellos.

3.4.1. Mecanismo adoptado por la ley 963 de 2005

La primera cláusula que aparece en todos los CEJ firmados hasta el momento que establece que “la Nación garantiza estabilidad jurídica sobre las normas identificadas como determinantes de la inversión”¹¹¹ entendida la estabilidad jurídica como “la garantía que otorga la Nación al Inversionista de que se continuará aplicando esa normatividad por el término de duración del contrato en caso de que ésta sufriera modificación adversa a aquél”¹¹², refleja claramente como los CEJ incorporan una manifestación de las cláusulas de congelamiento limitadas. Nótese además como dicha redacción omite por un lado, indicar el proceso que el inversionista debe seguir para evitar que una nueva ley le sea aplicada y por el otro, no determina el mecanismo para calcular la indemnización en caso de que la nueva ley sea aplicada a la inversión, recogiendo así, las principales críticas que han recibido las cláusulas de congelamiento por parte de la doctrina internacional. El problema sobre el mecanismo adoptado en la ley 963 de 2005 se agudiza aún más por la duración de estos contratos pues de los 54 acuerdos estudiados, 33 tienen una duración de 20 años (máximo permitido por la ley), y en promedio su duración es de 17 años y un mes. Sobre estas prácticas, estudiosos sobre el tema han expresado que las formas de estabilización que intentan congelar las normas por períodos largos de tiempo han probado ser menos efectivas que aquellas que se encargan de prever los resultados de una futura acción regulatoria del gobierno,¹¹³ razón por la cual el mecanismo adoptado en estos CEJ no es el más efectivo.

No obstante, el proyecto inicial presentado por el gobierno tenía un espíritu totalmente distinto al establecer una indemnización a favor del inversionista en caso de que las normas pactadas en el contrato fueran modificadas causándole un daño cierto¹¹⁴. Adicionalmente, el proyecto preveía que el inversionista debía efectuar una estimación anticipada de los daños

110 Hasta el 10 de octubre de 2010 se habían firmado 56 contratos, sin embargo, no fue posible acceder al CEJ celebrado entre el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y la Sociedad Lafranco International S.A. y al CEJ firmado entre el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la Sociedad Leasing de Occidente S.A. Compañía de Financiamiento Comercial. Dichos acuerdos pueden consultarse en:

<http://www.mincomercio.gov.co/eContent/newsdetail.asp?id=7823&idcompany=23>

111 Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Contratos de Estabilidad Jurídica - Firmados, Bogotá, [en línea], 2010, disponible en: <http://www.mincomercio.gov.co/eContent/newsdetail.asp?id=7823&idcompany=23>, consulta: enero de 2010

112 Ibíd

113 P. D. Cameron, op. cit. p. 95

114 Ver artículo 6 del Proyecto de ley. (Ministerio de Comercio Industria y Turismo, Proyecto de ley por el cual se promueve la confianza inversionista en Colombia, op. cit.)



que se pudieran llegar a causar por la modificación de las normas respecto cuya estabilidad se pretendiera. El tope máximo para el monto de la indemnización era hasta el valor de la inversión efectivamente realizada y en caso de que se indemnizara al inversionista, éste no podía interponer otras acciones en tribunales nacionales o internacionales por la misma causa. En tal sentido, el gobierno pretendía adoptar un mecanismo similar a las cláusulas de equilibrio económico, acogiéndose a las prácticas modernas sobre este tema, y así impedir que “dicha estabilidad se convirtiera en inamovilidad, al punto de ser una camisa de fuerza para la facultad normativa del Estado”¹¹⁵. Lamentablemente, durante el tránsito de este proyecto por el Congreso, se eliminó la alusión al reconocimiento y pago de indemnizaciones a favor de los inversionistas aprobándose la inmodificabilidad de las normas únicamente.

3.4.2. Normas estabilizadas

En cuanto a las normas objeto de estos contratos, el régimen jurídico cuyas disposiciones se buscan estabilizar con mayor frecuencia es el fiscal. En tal sentido, de los 54 contratos de estabilidad estudiados, todos hacen alusión a normas fiscales y 35 de ellos estabilizan únicamente disposiciones del régimen fiscal.¹¹⁶ Los demás contratos, además de normas fiscales, estabilizaron normas comerciales, civiles, laborales, mineras y sobre servicios públicos. En el ámbito comercial se estabilizaron disposiciones del Código de Comercio y de la Ley 222 de 1995¹¹⁷, mientras que del régimen civil sólo se estabilizaron normas relativas al contrato de arrendamiento¹¹⁸. Frente al Código Minero se estabilizaron normas que se refieren a los periodos de explotación y exploración, y a prorrogas de las concesiones¹¹⁹. Por último, en relación a las normas sobre servicios públicos, en el caso de empresas que no son prestadoras de servicios públicos, fueron estabilizadas disposiciones destinadas a garantizarle al inversionista un abastecimiento adecuado de estos recursos pero no hacen referencia al régimen tarifario. En el caso de ISAGEN, empresa prestadora de servicios públicos, se estabilizaron normas sobre contribuciones, expropiaciones, servidumbres y régimen aplicable.

Hasta acá, la estabilización de normas ha estado encaminada a preocupaciones de índole económico y fiscal, y en consecuencia, no parecen ser un obstáculo para el desarrollo de DDHH. Sin embargo, el panorama cambia cuando las normas laborales, diseñadas para la protección de un trabajo en condiciones dignas y justas, son estabilizadas por cinco de los contratos

115 Ministerio de Comercio Industria Y Turismo, Exposición de Motivos del Proyecto de ley por el cual se promueve la confianza inversionista en Colombia, op. cit.

116 Las normas del Estatuto tributario fueron las que más se estabilizaron, aunque también fue frecuente la mención al Estatuto Aduanero (Decreto 2685 de 1999), a la ley de zonas francas (Ley 1004 de 2005).

117 En su mayoría son normas societarias, aunque en algunos contratos también se mencionaron disposiciones sobre cesantías del agente mercantil, subarriendo y cesión del contrato de arrendamiento, contrato de cuentas en participación, propiedad intelectual y contabilidad.

118 Contratos entre el Estado y Sodimac Colombia S.A., Renting Colombia S.A. y Leasing Bancolombia S.A.

119 Contrato entre el Estado e Isagen S.A.



firmados¹²⁰. Sobre el particular, la Corte Constitucional en la ya mencionada sentencia C-320 de 2006 resaltó que los CEJ no pueden conducir a la afectación de derechos laborales y en tal sentido, “las normas laborales que, con posterioridad a la suscripción del contrato de estabilidad jurídica, conlleven un avance en la materia a favor de los trabajadores, deberán aplicarse inmediatamente a las relaciones que éstos tengan con los inversionistas”¹²¹.

3.4.3. Jurisdicción acordada

De los 54 contratos revisados, 51 tienen cláusulas compromisorias mientras que los cuatro restantes, uno somete los conflictos a la jurisdicción ordinaria¹²², otro a la jurisdicción contencioso administrativa¹²³, otro a los mecanismos alternos de solución¹²⁴ y otro no hace mención ni a la jurisdicción nacional ni pacta una cláusula compromisoria¹²⁵. El contrato celebrado con Avianca que pacta como foro de resolución de conflictos la jurisdicción ordinaria, comete un error gravísimo debido a que los particulares mediante cláusulas contractuales no tienen la capacidad para modificar las normas de competencia que en este caso imponen como juez natural a la jurisdicción contenciosa administrativa. Por su parte, el contrato celebrado con Ciudadela de Salud S.A. al mencionar que en caso de conflicto se acudirá a los mecanismos de alternos de solución sin especificar cual mecanismo hace que dicha cláusula sea ineficaz. Así las cosas, únicamente vale la pena mencionar el contrato celebrado con la empresa Comcel S.A. en el año 2010 pues parece ser el único caso donde un inversionista extranjero pretendió hacer uso de lo expresado por la Corte Constitucional y no pactar una cláusula compromisoria con el objetivo de acudir a los mecanismos de resolución de conflictos dispuestos en el G3 en caso de una disputa con el Estado colombiano.

120 Entre las normas laborales objeto de estos contratos están aquellas que regulan obligaciones y prohibiciones del trabajador y empleador, terminación del contrato con y sin justa causa, período de prueba y aprendizaje, viáticos, salario integral, períodos de pago, jornada diaria, trabajo suplementario, trabajo diurno y nocturno, tasas y liquidación de recargos y descansos obligatorios, remuneración de trabajo los domingos y festivos, y vacaciones anuales remuneradas, entre otras cuestiones. Asimismo, se estabiliza normas correspondientes al régimen de Cooperativas de Trabajo Asociado. (Contratos entre el Estado y Comertex S.A., Teledatos Zona Franca S.A., Hotelería Internacional S.A. Novamar Development S.A., e Inversiones Inmobiliarias S.A.)

121 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia: C-320 de 2006, op. cit.

122 Celebrado entre la Nación - Ministerio de Transporte y las sociedades Avianca S.A. y SAM S.A.

123 Contrato entre el Ministerio de Comunicaciones y Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P.

124 Contrato entre el Ministerio de la Protección Social y Sociedad Ciudadela Salud S.A.

125 Celebrado entre la Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.



Conclusiones

Luego de examinar las prácticas internacionales de estabilización, así como los contratos de estabilidad jurídica colombianos, es posible afirmar que estos últimos evidencian varios defectos que les impiden ser verdaderos instrumentos para proteger los intereses del inversionista, y a su vez salvaguardar la soberanía del Estado colombiano y su capacidad para regular temas de interés general.

En primer lugar, el legislador erró en cuanto al mecanismo de estabilización al adoptar una modalidad de congelamiento limitada de normas. Como ya se mencionó, en la actualidad se recomienda la implementación de una estabilización que le permita al inversionista reclamar ante el Estado cuando cambios legislativos afecten el equilibrio económico del contrato. Por lo tanto, el verdadero problema para diseñar una estabilización que tienda a proteger los intereses del inversionista y del Estado, no consiste en determinar si el Estado puede o no puede modificar sus normas, tema que ya ha sido resuelto a favor de la soberanía estatal, sino en especificar cuál es el resultado de esa acción, que puede ser, entre otros, la obligación de llevar a cabo nuevas negociaciones o el reconocimiento de una indemnización de perjuicios en caso de generarse daños.

Con la sentencia C-320 de 2006 se cerró la discusión sobre la validez de los CEJ, sin embargo, la Corte Constitucional advirtió que el Estado conserva sus poderes regulatorios en todo momento a pesar de que haya una garantía de inmodificabilidad de sus leyes. Con dicha providencia, el alto tribunal, en aras de proteger el interés general, le resta confiabilidad a los CEJ y por tanto, se observa que el compromiso que contrae el gobierno en los CEJ es ante todo una política tendiente a promover la inversión antes que una verdadera restricción a la modificación de sus normas. No obstante, si bien la indemnización a la que tendría derecho un inversionista ante un eventual cambio de legislación podría lograr un reequilibrio del contrato, esto no ocurre en toda situación y por tanto, una cláusula de equilibrio económico que indique cómo se deberá calcular la indemnización, así como los procedimientos alternos para llegar a un acuerdo, es una alternativa que brindaría mayor protección al inversionista. En segundo lugar, los CEJ pueden representar un serio obstáculo para que el Estado regule temas de interés general. Una de las principales recomendaciones cuando se utilizan mecanismos de estabilización consiste en evitar el congelamiento de normas que versen sobre DDHH o que puedan llegar a afectarlos. Por ello, a primera vista, las normas estabilizadas en los CEJ colombianos, en su mayoría de índole económico y fiscal, no representan una amenaza en la implementación de DDHH, no obstante, la existencia de cinco contratos que incluyen la estabilización de normas laborales sí resulta preocupante. Es cierto que son pocos los contratos que las incluyen, sin embargo, se está ante el riesgo que en los contratos futuros la inclusión de estos temas se convierta en una práctica común.

La inmodificabilidad de normas laborales puede degenerar en una violación, por un lado, de los derechos del empleado a un trabajo en condiciones dignas y justas, y por el otro, a su derecho a la igualdad cuando es tratado en forma distinta a los demás trabajadores cuyo empleador no goce de los beneficios de la estabilización. Así, bajo la hipótesis de que

el Congreso expida una nueva ley que mejore las condiciones laborales incrementando los días de vacaciones, el valor de las cesantías, y el porcentaje de recargo por laborar domingos y festivos, cabría preguntarse si resulta acorde con la Constitución que los trabajadores de aquellos inversionistas que gozan del beneficio de la estabilización sobre esas normas, se vean obligados a permanecer bajo las condiciones menos favorables consagradas en la ley anterior. Según lo dicho por la Corte Constitucional, sería posible afirmar que no, sin embargo, los contratos que en la actualidad estabilizan este tipo de normas laborales, fueron aprobados por el Comité de Estabilidad Jurídica con posterioridad a la sentencia mencionada, lo cual podría llevar a preguntarse sobre la posible violación a los DDHH a partir de la estabilización de algunas normas laborales y la validez y eficacia de estas cláusulas.

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

En tercer lugar, la exigencia de un tribunal de arbitramento nacional que falle bajo la ley colombiana en caso de pactarse una cláusula compromisoria, demuestra por si sola que los CEJ no son una herramienta adecuada para la verdadera protección del inversionista. Si bien es cierto que la Corte Constitucional ha señalado que el artículo séptimo de la ley 963 de 2005 es acorde con la Constitución y los tratados internacionales sobre arbitramento internacional que el país ha ratificado, ciertamente no es un mecanismo adecuado para promover y proteger la IED. Para los inversionistas extranjeros la posibilidad de pactar la ley sustancial aplicable así como el foro de resolución de disputas, que en la mayoría de ocasiones es un tribunal de arbitramento internacional, constituye una verdadera herramienta para salvaguardarse de los riesgos políticos de un país. A nivel internacional, estos tribunales se consideran mecanismos ágiles, efectivos y neutrales, y por tanto, la imposición del artículo séptimo no sólo contraría el espíritu de la ley al desincentivar la IED, sino que también puede generar serias sospechas sobre la seriedad de los CEJ. Sin embargo, el legislador no tuvo esto en cuenta, y hoy la única posibilidad que existe para acudir a un tribunal internacional de arbitramento, según la Corte Constitucional, es cuando el inversionista que firmó el CEJ es a su vez nacional de un país con quien Colombia ha suscrito un BIT. Sin embargo, deben tenerse en cuenta las dificultades para llegar a estas instancias mencionadas con anterioridad.

Para terminar, los CEJ constituyen entonces un instrumento defectuoso para proteger los intereses del inversionista y del Estado colombiano. No obstante, está en el Comité de Estabilidad Jurídica y en la Secretaría Técnica que apoya a éste comité y que además es



la encargada de elaborar las minutas de los contratos¹²⁶, subsanar estos defectos al adaptar lo dispuesto por la ley a las necesidades de los contratantes y a las exigencias de la Corte Constitucional. De esta forma, los CEJ firmados no se deberían limitar a indicar la inmodificabilidad de las normas, sino en regular las consecuencias ante tal modificación. Adicionalmente, el Comité debería prestar mayor atención sobre las normas estabilizadas, especialmente las laborales, y estar más atento en cuanto a la redacción de las cláusulas de jurisdicción y compromisorias en aras de evitar ambigüedades sobre el foro de resolución de conflictos.

¹²⁶ Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Decreto 2950 de 2005 Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 963 de 2005 “por la cual se instaura una ley de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia”. 19 de agosto de 2009. Diario Oficial No. 46.016, artículo 7.

Bibliografía

Doak R. Bishop, James Crawford, Michael W. Reisman, *Foreign Direct Investment Disputes Cases, Material and Commentary*, La Haya, Kluwer Law International, 2005.

Peter D. Cameron, “Stabilisation in Investment Contracts and Changes of Rules in Host Countries: Tools for Oil & Gas Investors”, *Association of International Petroleum Negotiators*, 2006, [en línea], disponible en: http://lba.legis.state.ak.us/sga/doc_log/2006-07-05_aipn_stabilization-cameron_final.pdf, consulta: diciembre de 2009

CIADI, Laudo arbitral de “Azurix Corp v. Argentina” (CIADI Caso No. ARB/01/12), *Sitio web CIADI*, [en línea], 2006, en: http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC507_Sp&caselId=C5, fecha de consulta: 11 de junio de 2010

CIADI, Laudo arbitral de “LG&E Energy Corp, LG&E Capital Corp., LG&E International Inc., v. la República de Argentina” (CIADI Caso No. ARB 02/01), *Sitio web CIADI*, [en línea], 2006, en: http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC627_En&caselId=C208

CIADI, Laudo arbitral de “Parkerings-Compagniet AS v. Lithuania” (CIADI Caso No. ARB/05/8), *Sitio web CIADI*, [en línea], 2005, en: http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC682_En&caselId=C252, fecha de consulta: 22 de febrero de 2010

Sergio Clavijo, “Tributación, Equidad y Eficiencia en Colombia: Guía para salir de un sistema tributario amalgamado”, *Página web Banco de la Republica*, [en línea], 2005, disponible en: <http://www.banrep.gov.co/docum/ftp/borra325.pdf>, consulta: 25 de enero de 2010

Colombia, Congreso de la Republica, Ley 685 de 2001, Código Minero Colombiano, *Diario Oficial*, Bogotá, Agosto 15 de 2001, art. 46

Colombia, Congreso de la Republica, Ley 143 de 1994 *Por la cual se establece el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional, se conceden unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones en materia energética*, *Diario Oficial* No. 41.434, Bogotá, 11 de julio de 1994

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

Colombia, Asamblea Nacional Constituyente, Constitución de 1991, *Diario Oficial*, Bogotá, 4 de julio de 1991, art. 116



Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-242 de 2006 (M.P: Dra. Clara Inés Vargas Hernández), Gaceta de la Corte Constitucional, Bogotá, 29 de marzo de 2006

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-961 de 2006 (M.P: Dr. Rodrigo Escobar Gil), Gaceta de la Corte Constitucional, Bogotá, 22 de noviembre de 2006

Colombia. Corte Constitucional , Sentencia: C-155 de 2007 (M.P: Álvaro Tafur Gálvis), Gaceta de la Corte Constitucional, Bogotá, 7 de marzo de 2007

Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Decreto 2950 de 2005 *Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 963 de 2005 "por la cual se instaura una ley de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia"*. 19 de agosto de 2009. Diario Oficial No. 46.016.

Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Decreto 1474 de 2008 *Por el cual se modifica el Decreto 2950 de agosto 29 de 2005*, Diario Oficial No. 46.982, Bogotá, 6 de mayo de 2008

Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, *Bilateral agreement for the promotion and protection of investments between the Republic of Colombia and Colombian Model*, Bogotá, [en línea], 2007, disponible en:
http://www.iisd.org/pdf/2007/inv_model_bit_colombia.pdf, 2007, consulta: enero 20 de 2010

Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, *Concepto Jurídico del 27 de septiembre de 2006. Asunto: Sentencia C-320 de 2006*, Bogotá, [en línea], 27 de septiembre de 2006, disponible en: <http://www.mincomercio.gov.co/eContent/Documentos/Normatividad/Conceptos/LeyEstabilidadJuridica.pdf>, consulta: 22 de febrero de 2010

Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, *Contratos de Estabilidad Jurídica - Firmados*, Bogotá, [en línea], 2010, disponible en: <http://www.mincomercio.gov.co/eContent/newsdetail.asp?id=7823&idcompany=23>, consulta: enero de 2010

Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. *Proyecto de ley por el cual se promueve la confianza inversionista en Colombia*, Bogotá, [en línea], disponible en: <http://www.mincomercio.gov.co/eContent/verimp.asp?id=1197&ldCompany=1>, consulta: 10 de febrero de 2010

Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, *Exposición de Motivos del Proyecto de ley por el cual se promueve la confianza inversionista en Colombia*, Bogotá, [en línea], disponible en: <http://www.mincomercio.gov.co/eContent/verimp.asp?id=1197&IdCompany=1>, consulta: 10 de febrero de 2010

Corte de Arbitraje Internacional de Londres, Laudo arbitral de “Encana Corporation v. Ecuador (LCIA Caso No. UN3481, IIC 91), Sitio web Investment Claims, [en línea], 2005, disponible en: <http://www.investmentclaims.com/ViewPdf/ic/Awards/law-iic-91-2006.pdf>, fecha de consulta: 10 de junio de 2010

Lorenzo Cotula, “Regulatory Takings, Stabilization Clauses and Sustainable Development” (Global Forum on International Investment VII), Sitio web OECD, [en línea], 2008, disponible en: <http://www.oecd.org/dataoecd/45/8/40311122.pdf>, consulta: enero 2010

James Crawford, R. Doak Bishop, W. Michael Reisman, *Foreign Investment Disputes. Cases, Materials, and Commentary*, The Hague, Netherlands, Kluwer Law International, 2005

Martin Dixon, *Textbook on International Law*, 6.ª ed., Gran Bretaña, Oxford University Press, 2007.

Diego B. Galan, “Los Contratos de Estabilidad Jurídica: Un Estimulo a la Inversión Extranjera en Colombia”, *Revista Estudios Gerenciales* (num. 101, vol.22, 2006), [en línea], disponible en: http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0123-59232006000400006&script=sci_arttext, consulta: 8 de enero de 2010

Mario Jaramillo, “Introducción”; Esteban Restrepo Uribe, “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

Sheldon Leader, “Human rights, risks, and new strategies for global investment”, *Journal of International Economic Law* (Oxford University Press), ProQuest [base de datos en línea], 2006, internet, consulta: febrero 2010

MIGA, “World Investment and Political Risk”, *Sitio web MIGA*, [en línea], 2009, disponible en: <http://www.miga.org/documents/flagship09ebook.pdf>, consulta: 15 de enero de 2010

Naciones Unidas, “International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, *Página web United Nations Treaty Collections*, [en línea], 2010, disponible en: http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3&chapter=4&lang=en, consulta : 27 de enero de 2010

Naciones Unidas, “Investor State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking”. Geneva, 2007



Naciones Unidas, “Vienna Convention on the Law of Treaties” (International Law Commission), *Sitio web Naciones Unidas*, [en línea], 1969, disponible en: http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf, consulta : 10 de febrero de 2010, art. 26

Amaechi D. Nwokolo, “Is there a legal and functional value for the stabilisation clause in international petroleum agreements?”, *Sitio web Universidad de Dundee*, [en línea], disponible en: http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/car/html/car8_article27.pdf, consulta: 15 de enero de 2010

Thomas J. Pate, “Evaluating Stabilization Clauses in Venezuela’s Strategic Association Agreements for Heavy-Crude Extraction in the Orinoco Belt: The Return of a Forgotten Contractual Risk Reduction Mechanism for the Petroleum Industry”, *The University of Miami Inter-American Law Review*, Lexis Nexis [base de datos en línea], 2009, artículo 40 U. Miami Inter-Am. L. Rev. 34, internet, consulta: enero 2010

Édgar N. Quiroga y María Alejandra Villegas, “La Constitucionalidad de Los Contratos de Estabilidad Jurídica desde la Perspectiva del Análisis Económico del Derecho”, *Revista Universitas* (núm. 115, 2008), [en línea], disponible en: http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/pub_rev/documents/139-158.pdf, consulta: 8 de febrero de 2010

Andrea Shemberg, “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, disponible en: [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), consulta: 4 de enero de 2010

M. Sornarajah, *The International Law of Foreign Investment*, New York, Cambridge University Press, 2004

Tribunal de Arbitramento para NAFTA, Laudo arbitral de “Methanex Corporation v. United States of América”, [en línea], 2005, disponible en: <http://www.state.gov/documents/organization/51052.pdf>, consulta: 22 de febrero de 2010

Anne Twomey, “Manner and Form”, *Sitio web de la Universidad de South Wales*, [en línea], disponible en: www.gtcentre.unsw.edu.au/publications/.../5_AnneTwomey.pdf, consulta: 19 de enero de 2010

UNCTAD, “Análisis de la política de inversión extranjera en Colombia”, *Sitio web UNCTAD*, [en línea], 2006, disponible en: http://www.unctad.org/sp/docs/iteipc200511_sp.pdf, consulta: 5 de febrero de 2010

UNCTAD, “Investor- State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking”, *Sitio web UNCTAD*, [en línea], 2007, disponible en: http://www.unctad.org/en/docs/iteia20073_en.pdf, consulta: 15 de enero de 2010

UNCTAD, “Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement”, *Sitio web UNCTAD*, [en línea], 2006, disponible en: http://www.unctad.org/sections/dite_pcbb/docs/webiteiia200611_en.pdf, consulta: 11 de junio de 2010

Universidad de Viena, “D164 Internationalized Contracts”, *Sitio web Universidad of Viena*, [en línea] disponible en: public.univie.ac.at/uploads/media/D_164n.doc, consulta: febrero 10 de 2010

Thomas W. Walde, “Stabilising International Investment Commitments: International Law Versus Contract Interpretation”, *Sitio web Universidad de Dundee*, [en línea], 1994, disponible en: http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/infoserv/Downloads_Free/PP13.pdf, consulta: enero 10 de 2010

Jason Webb Yackee, “Pacta sunt servanda and state promises to foreign investors before bilateral investment treaties: Myth and reality”, *Fordham International Law Journal*, Lexis Nexis [base de datos en línea], 2009, artículo LEXSEE 32 FORDHAM INT’L L.J. 1550 , internet, consulta: enero 2010

Katia Yannaca-Small , “Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements,” (OECD Working Papers on International Investment, No. 2006/3) *Sitio web OECD* , [en línea], 2006, en: <http://www.oecd.org/dataoecd/3/20/37579220.pdf>, fecha de consulta: 11 de junio de 2010