

# BIT y la Constitución colombiana de 1991: internacionalización de la economía dentro de un Estado Social de Derecho

---

**Enrique Alberto Prieto-Ríos\***

Birkbeck College, University of London  
Londres, Reino Unido

Fecha de recepción: 14 de febrero de 2011

Fecha de aceptación: 19 de marzo de 2011

## RESUMEN

Hablar de los veinte años de la Constitución desde la perspectiva de hoy implica necesariamente detenerse a analizar la apertura, internacionalización e inserción de la economía colombiana con el mundo y sus efectos en la economía nacional y *per se* en la sociedad. El presente artículo expone una aproximación al desarrollo de los Acuerdos de Protección y Promoción Recíproca de Inversiones (APPRI) o *Bilateral Investment Treaties* (BIT) como son mundialmente conocidos, en la Constitución de 1991, y la importancia dada por el Estado colombiano a estos tratados como herramientas para el desarrollo económico, tecnológico y científico. En este sentido, el artículo parte del análisis de estos tratados y su desarrollo en el ámbito internacional, para después centrarse en el estudio de los BIT en Colombia a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la materia. Del análisis, se destaca el estudio de la expropiación de inversiones extranjeras en Colombia bajo la Constitución de 1991,

Para citar este artículo: Prieto-Ríos, Enrique Alberto, "BIT y la Constitución colombiana de 1991: internacionalización de la economía dentro de un Estado Social de Derecho", *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 2011, 13,(1), pp. 109-143.



\* El autor es abogado de la Universidad del Rosario; magíster en Derecho Internacional de University College of Kensington; candidato a doctor en Derecho de la Universidad de Londres; consultor externo de la firma Artunduaga & Escobar Abogados Asociados. Correo electrónico: enriqueprietor@hotmail.com. Dirección: 232 Kilburn Lane W10 4BA. London - UK.

la contradicción existente entre los BIT y la solución dada por el legislador frente a la controversia. Finalmente, el artículo realiza una crítica desde un punto de vista teórico sobre la efectividad y necesidad de estos tratados para la sociedad colombiana.

**Palabras clave:** BIT, APPRI, inversión extranjera, expropiación, internacionalización e integración económica, desarrollo económico, igualdad, monopolios rentísticos, arbitraje internacional.

## *BITs and the Colombian Constitution of 1991: Internationalization of the Economy in the Context of the Social Rule of Law*

### **ABSTRACT**

A discussion of the twenty years of the Constitution from today's perspective necessarily implies an analysis of the opening, internationalization and insertion of the Colombian economy in the global markets and its effects on the nation's economy and on society. This article discusses the development of Bilateral Investment Agreements (BITs, or APPRI by its acronym in Spanish), within the framework of the Colombian Constitution of 1991 and the importance given by the Colombian government to these treaties as a tool for economic, technological and scientific development. In this sense, this paper begins by analyzing the treaties and their development in the international scene. Then it focuses on the BITs in Colombia in the light of Constitutional Court jurisprudence and rulings on the matter. Special emphasis is made on the issue of expropriation of foreign investments in Colombia under the Constitution of 1991, the contradiction between the Constitution and the BITs, and the solution given to the controversy by Colombian Congress. Lastly, the article makes a theoretical critique on the effectiveness and necessity of these treaties for Colombian society.

**Keywords:** BIT, APPRI, foreign investment, expropriation, internationalization and economic integration, economic development, equality, monopolies, international arbitration.

## *BIT e a constituição colombiana de 1991: internacionalização da economia dentro de um Estado social de direito*

### **RESUMO**

Falar dos vinte anos da Constituição desde a perspectiva de hoje implica necessariamente parar a analisar a abertura, internacionalização e inserção da econo-

mia colombiana com o mundo e seus efeitos na economia nacional e per se na sociedade. O presente artigo expõe uma aproximação ao desenvolvimento dos Acordos de Proteção e Promoção Recíproca de Investimento (APPRI) ou Bilateral Investment Treaties (BIT) como são mundialmente conhecidos, na Constituição do ano 1991, e a importância dada pelo Estado colombiano a estes tratados como ferramentas para o desenvolvimento econômico, tecnológico e científico. Neste sentido, o artigo parte da análise destes tratados e seu desenvolvimento no âmbito internacional, para depois centrar-se no estudo dos BIT na Colômbia à luz da jurisprudência da Corte Constitucional sobre a matéria. Da análise, destaca-se o estudo da expropriação de investimentos estrangeiros na Colômbia sob a Constituição do ano 1991, a contradição existente entre os BIT e a solução dada pelo legislador frente à controvérsia. Finalmente, o artigo realiza uma crítica desde um ponto de vista teórico sobre a efetividade e necessidade destes tratados para a sociedade colombiana.

**Palavras chave:** BIT, APPRI, inversão estrangeira, expropriação, internacionalização e integração econômica, desenvolvimento econômico, igualdade, monopólios de rent-seeking, arbitragem internacional.

## INTRODUCCIÓN

En el período posterior a la Segunda Guerra Mundial, con la aparición del *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT) en 1947, como instrumento que permitía la cooperación económica entre los países y la interdependencia económica bajo la cual se reduciría el riesgo de guerra entre estos, el mundo inició un proceso paulatino de reducción de la intervención de gobiernos en los mercados y una transición hacia la liberalización.<sup>1</sup>

De esta forma, y como consecuencia de diferentes eventos, entre ellos la ronda de Uruguay (GATT - 1986) y la caída del comunismo, la doctrina neoliberal, que propugnaba por la reducción del Estado, la apertura de los mercados y la libertad de movimiento de corporaciones, tomó fuerza en la esfera internacional impulsada por países desarrollados y por instituciones como el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial.<sup>2</sup> Esta doctrina fue promovida como la mejor opción para que las economías de los países menos desarrollados (en especial los latinoamericanos) mejoraran en un



<sup>1</sup> Hoekman, Bernard & Kostecki, Michel, *The Political Economy of the World Trading System*, Oxford University Press, 1997, p. 12.

<sup>2</sup> En la mayoría de los casos, los préstamos se condicionaban a la implementación de estas buenas políticas, ver Guardiola, Oscar, *What if Latin America Ruled The World: How The South Will Take the North Into the 22nd Century*, Bloomsbury, London, 2010, pp. 318-320.

marco de competitividad internacional que traería beneficio no solo a los países, sino a sus pueblos.<sup>3</sup>

En el *Reporte de desarrollo mundial* del año 1985, que se concentró en los países latinoamericanos, se señaló que la crisis vivida en la región se relacionaba con el expansionismo fiscal, la sobrevaloración de las tasas de cambio (reduciendo la competitividad de las exportaciones) y los bajos niveles de ahorro nacional durante períodos de inversión, por lo cual era necesario replantear las estrategias económicas y dirigir las hacia la apertura internacional y la recepción de inversión foránea.<sup>4</sup>

Consecuente con esta doctrina, la mayoría de países latinoamericanos iniciaron procesos de liberalización e internacionalización de sus economías, políticas y sistemas jurídicos,<sup>5</sup> con el fin de adaptarlos a las nuevas necesidades y tendencias del comercio internacional dentro de los presupuestos de libre movimiento de corporaciones y apertura de mercados.<sup>6</sup> Colombia no fue ajena a esta tendencia<sup>7</sup> e inició una transformación legal como marco para la apertura e internacionalización de la economía.<sup>8</sup>

Dentro de las medidas adoptadas por Colombia, se encuentran la expedición de la Ley 9 de 1991,<sup>9</sup> que no solo se constituyó en el Estatuto Cambiario, sino que planteó los principios fundamentales de la inversión extranjera en este país, siguiendo estándares internacionales reconocidos para la época y que a continuación se mencionan: i) Igualdad de trato entre la inversión extranjera y la inversión nacional; ii) No se puede generar un trato discriminatorio frente a la inversión extranjera; iii) En cualquier caso en el que se adopten medidas frente a inversiones extranjeras, estas nunca deben ser aplicadas de forma desfavorable al inversionista.<sup>10</sup>



<sup>3</sup> Chang, Ha Joon, *Kicking Away the Ladder: Development Strategy in Historical Perspective*, Anthem Press, London, 2006, p.15.

<sup>4</sup> Alessandri, Donatella, "The WTO and Development: Victory or rational choice?", en Johns, Fleur; Joyce, Richard & Pahuja, Sundhya (eds.), *Events: The Force of International Law*, Routledge, Oxon - UK, 2011, p. 217.

<sup>5</sup> De acuerdo con Chang, la transformación más simbólica de los países en vía de desarrollo a estas nuevas doctrinas neoliberales la dio Brasil bajo la presidencia de Fernando Enrique Cardoso.

<sup>6</sup> Los defensores de la doctrina presentaban a los países asiáticos, como China, como ejemplo del éxito de la liberalización del mercado. China ha firmado hasta la fecha un total de ciento quince BIT, de los cuales ochenta y cinco se encuentran vigentes.

<sup>7</sup> Si bien Colombia se encontraba en un proceso de integración con los países de la región, este no incluyó la apertura económica al resto del mundo; al contrario, se mantenía una estructura proteccionista. Ejemplo de esto es la Resolución 24 de 1970 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

<sup>8</sup> Hoekman & Kosteci, *The political...*, op. cit., p. 10.

<sup>9</sup> Posterior a esta ley, encontramos la Resolución 21 de 1993, 8 del 2000 y sus respectivas modificaciones, entre otras la Resolución 7 del 2004, Resolución 5 del 2007, Resolución 1 del 2008, Resolución 4 del 2009 y Resolución 2 del 2010.

<sup>10</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-358 del 14 de agosto de 1996.

Bajo este contexto de cambios en la economía mundial, nace la Constitución de 1991, la cual no solo sería permeada por los anhelos políticos y sociales que fueron fundamento de su convocatoria, sino por las tendencias económicas neoliberales de la época.

Uno de los mayores retos del constituyente se centró en armonizar los principios de un Estado social de derecho, dentro de los cuales se encuentran la prevalencia del interés general sobre el particular y la función social de la propiedad, con los requerimientos de los nuevos cambios económicos que permitieran la incorporación del país en la nueva dinámica mundial.

Es así como el constituyente de 1991 definió dentro de los objetivos del Estado la internacionalización económica, política, social y ecológica; y la integración con las demás naciones, en especial con Latinoamérica y el Caribe, en un marco de justicia social, respeto a los derechos humanos y al medio ambiente.

Por ello, encontramos, entre otros aspectos, que el preámbulo de la Constitución de 1991 señala la necesidad de generar un “orden económico social justo”,<sup>11</sup> e “impulsar la integración de la comunidad latinoamericana”.<sup>12</sup>

Por su parte, el artículo 226 de la Constitución de 1991 señala que el Estado deberá propender por “la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas, sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional”.<sup>13</sup>

En el mismo sentido, los artículos 9º y 227 establecen que se promoverá la integración económica, social y política con los demás Estados, especialmente los de América Latina y del Caribe, basada en los principios de soberanía nacional, autodeterminación, respeto a los pueblos y reconocimiento a los principios del derecho internacional.<sup>14</sup>

Con este trasfondo, el gobierno colombiano empezó a desarrollar una estrategia de apertura económica y de búsqueda de inversión directa extranjera.

Dentro de las diversas medidas adoptadas por el gobierno, y siguiendo el ejemplo de otros países en vía de desarrollo, se acudió a la negociación de Acuerdos de Protección y Promoción Recíproca de Inversiones (APPRI), internacionalmente conocidos como *Bilateral Investment Treaties* (BIT), con el objetivo de atraer nueva inversión extranjera directa y buscar nuevos mercados para la industria nacional.



<sup>11</sup> Colombia, Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de Colombia 1991, Preámbulo.

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-644 del 8 de julio del 2004, magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil, Expediente L.A.T. 250.

<sup>14</sup> *Ibid.*

En este sentido, resulta conveniente, dentro del contexto de los veinte años de la Constitución Política, analizar el desarrollo que estos tratados han tenido en Colombia, bajo la óptica constitucional y su beneficio para la economía y la sociedad colombiana.

## **1. ANTECEDENTES DE LA PROTECCIÓN DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA**

La inversión extranjera implica la transferencia de activos tangibles o intangibles de un país a otro llamado receptor para ser usada en este último.<sup>15</sup>

Las formas de inversión se pueden clasificar en inversión directa (FDI, por su sigla en inglés) y en inversión de portafolio. La inversión directa se materializa cuando existe una transferencia física de equipos o la compra o construcción de fábricas o plantaciones. En el caso de la inversión de portafolio, lo que se genera es un traslado de dinero de un país a otro para comprar acciones, participaciones, cuotas de interés, etc., de una compañía que se está formando o que ya se encuentra en funcionamiento.<sup>16</sup>

Temprano en Europa se generaron varios debates de orden jurídico y académico sobre el trato que se le debía dar a los foráneos por el Estado receptor. Usualmente al foráneo se le respetaban unos estándares mínimos que se extendían a sus bienes tangibles.<sup>17</sup>

Una teoría señalaba que al extranjero se le debería dar el mismo trato que a un nacional (uno de sus defensores era Francisco de Vitoria). La otra teoría, defendida por Vattel y Grocio, entre otros, señalaba que los extranjeros deberían ser tratados de acuerdo con unos estándares internacionales mínimos, garantizándoles, entre otros aspectos, la extraterritorialidad de la ley de su país de origen.<sup>18</sup>

De otra parte, el proceso de independencia de los países americanos, primero en el mundo, generó diversas reacciones por parte de las autoridades de los Estados colonizadores, en tanto que las inversiones de sus nacionales quedaron sometidas a las leyes de estos nuevos países, limitando la posibilidad de continuar brindando protección directa en el territorio, tal como funcionaba cuando estos países eran colonias.<sup>19</sup>

La falta de una regulación internacional clara de protección a los inversionistas extranjeros generó una era de diplomacia guerrerista en la



<sup>15</sup> Sornarajah, M., *The International Law on Foreign Investments*, Cambridge Press, 2010, p. 8.

<sup>16</sup> *Ibíd.*, p. 8.

<sup>17</sup> Sornarajah, *The International...*, op. cit., p. 11.

<sup>18</sup> Subedi Surya, P., *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*, HART, Portland USA, 2008, p. 7.

<sup>19</sup> *Ibíd.*, p. 8.

cual algunas corporaciones pedían a sus gobiernos enviar barcos de guerra a las costas de otros países hasta tanto se diera una indemnización por la expropiación. Un ejemplo de lo anterior fue el bloqueo hecho a Venezuela en 1902 por parte de Alemania, Gran Bretaña e Italia, con el fin de presionar al gobierno de este país a realizar el pago de los daños sufridos a sus nacionales y el pago de su deuda internacional.<sup>20</sup>

De este modo, diversos eventos históricos sirvieron como catalizadores para que los juristas y académicos internacionales pensarán en un régimen más específico de protección a la inversión extranjera; estos eventos se pueden resumir de la siguiente forma: i) Las relaciones comerciales que se generaron desde la segunda mitad del siglo XIX entre los Estados Unidos y Latinoamérica, notablemente marcadas por la diferencia en sus posiciones frente al trato que debería dársele al inversor extranjero;<sup>21</sup> ii) La conferencia de paz de La Haya en 1907 en la cual se adoptaron medidas para la resolución pacífica de conflictos entre los Estados;<sup>22</sup> iii) la revoluciones mexicana y rusa, en las cuales se expropiaron empresas extranjeras;<sup>23</sup> y iv) el proceso de descolonización mundial que desató la nueva dinámica de nacionalización de industrias extranjeras por parte de los nuevos países.<sup>24</sup>

De los eventos históricos anteriormente mencionados, resulta conveniente para el presente estudio señalar que las constantes tensiones respecto al manejo de las inversiones de nacionales de los Estados Unidos en países latinoamericanos fueron el marco para la aparición de dos teorías muy importantes para el derecho internacional en cuanto a la protección de la inversión extranjera, las cuales son la doctrina Calvo y la fórmula Hull.

*La doctrina Calvo*, formulada por el jurista argentino Carlos Calvo, señalaba que al inversionista extranjero no se le podía dar un trato mejor al brindado a los nacionales,<sup>25</sup> de forma tal que: i) debería existir una igualdad absoluta ante la ley para extranjeros y nacionales, ii) los extranjeros y sus propiedades deberían someterse a la jurisdicción del Estado receptor de la inversión, y iii) los otros Estados deberían abstenerse de intervenir en conflictos de inversión.<sup>26</sup>

*La fórmula Hull*, acuñada por Cordell Hull, quien fue secretario de Estado de los Estados Unidos de Norteamérica durante el período de las expro-



<sup>20</sup> Krasner, Stephen D., *Defending The National Interest: Raw Materials and U.S. Foreign Policy*, Princeton University Press, Princeton, 1978, pp. 155-156.

<sup>21</sup> Subedi, *International...*, op. cit., p. 12.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 12.

<sup>23</sup> Krasner, *Defending...*, op. cit., pp. 157-160.

<sup>24</sup> Subedi, *International...*, op. cit., p. 18.

<sup>25</sup> Sornarajah, *The International...*, op. cit., p. 36.

<sup>26</sup> Subedi, *International...*, op. cit., p. 12.

piaciones de México del año 1938, señalaba que el inversionista extranjero debería ser tratado bajo estándares internacionales y debería recibir una indemnización pronta, adecuada y efectiva.<sup>27</sup>

De este modo, a finales de los cincuenta, se crea un tratado específico para la protección de la inversión extranjera, llamado *Bilateral Investment Treaty* (BIT), tratado que tenía como objetivo principal proteger el derecho de los inversionistas que invertían en territorios foráneos frente al riesgo de expropiación.

El primer país en liderar este tipo de acuerdos fue Alemania, firmando el primer BIT con Pakistán en 1959.<sup>28</sup> Después de Alemania, países como Suiza, Italia, El Reino Unido, los Países Bajos y Bélgica siguieron la misma ruta. Posteriormente, en 1982, los Estados Unidos iniciaron la negociación de BIT con otros países durante la administración Reagan.

## 2. LOS BIT: NUEVO MECANISMO DE PROTECCIÓN DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA

Los *Bilateral Investment Treaties* (BIT) son acuerdos entre dos Estados que tienen como objetivo principal regular y proteger la inversión extranjera, brindando condiciones seguras para las inversiones que se originan de cada uno de los países que son parte del tratado.

Los BIT tuvieron gran auge durante los noventa; las estadísticas señalan que este tipo de tratados pasaron de trescientos ochenta y cinco a mil ochocientos cincuenta y siete en los noventa y, para el 2008, el número de tratados firmados era de dos mil seiscientos,<sup>29</sup> sin contar los tratados de libre comercio que incluyen capítulos de protección a la inversión extranjera.<sup>30</sup>

Una de las razones por la cual se ha incrementado el número de BIT negociados se relaciona con la dinámica del mercado y las teorías económicas



<sup>27</sup> Sornarajah, *The International...*, op. cit., p. 36.

<sup>28</sup> Denza, Eileen, *Bilateral investment treaties and EU rules on free transfer: comment on Commission v Austria, Commission v Sweden and Commission v Finland*, 2010, en <<http://login.westlaw.co.uk/maf/wluk/app/document?&src=rl&srguid=ia744d05f0000012e0cb7783271d9da06&docguid=IE2ABEAF046A511DF8B88FA13AEE581B7&hitguid=IE2ABEAF046A511DF8B88FA13AEE581B7&pos=22&epos=22&td=482&crumb-action=append&context=7>> consulta del 31 de enero del 2011.

<sup>29</sup> Debido al gran número de BIT, han existido intentos de unificar estos tratados. El intento más reciente se dio con la negociación del Acuerdo Multilateral de Inversión o *Multilateral Investment Treaty*, el cual falló por los diversos argumentos que se presentaron frente a los efectos negativos que este acuerdo podría tener en materia de derechos humanos. Ver Peterson, Luke Erik & Gray, Kevin R., *International Human Rights in Bilateral Investment Treaties and in Investment Treaty Arbitration*, International Institute for Sustainable Development (IISD), Canada, 2003, p. 5, en <[http://www.iisd.org/pdf/2003/investment\\_int\\_human\\_rights\\_bits.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2003/investment_int_human_rights_bits.pdf)> consulta del 22 de enero del 2011.

<sup>30</sup> UNCTAD, "Recent Developments in International Investment Agreements 2007- June 2008", IIA Monitor, International Investment Agreements", United Nations, New York, 2008, en <[http://www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20081\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20081_en.pdf)> consulta del 6 de febrero del 2011.



señaladas por el “Consenso de Washington”,<sup>31</sup> las cuales han generado que países en vía de desarrollo compitan por la búsqueda de inversión extranjera. Del mismo modo, empresarios de países desarrollados han buscado expandir sus negocios de forma segura presionando a sus gobiernos a firmar este tipo de tratados.<sup>32</sup>

Otra de las razones es la intención de los países de enviar una señal clara al mercado internacional en el sentido de que la política ha cambiado y se encuentra dirigida hacia la internacionalización, aceptando estándares de protección de la inversión extranjera y arbitraje internacional. Tal es el caso de los países de Europa oriental, que, desde su constitución como países autónomos e independientes, han firmado varios BIT.<sup>33</sup>

La mayoría de estos tratados (BIT) cuentan con una estructura muy similar dentro de su clausulado:<sup>34</sup> un preámbulo que explica las razones de este; mención de cuáles son los bienes protegidos por el tratado; se determina quiénes son nacionales; se especifica el estándar de trato al inversionista extranjero; se describe la garantía y las condiciones del derecho de repatriación de las ganancias; se especifica lo relativo a la compensación en caso de guerra y conmoción civil; se especifica lo relativo a la compensación en caso de expropiación; y, finalmente, se señala el procedimiento de solución de conflictos.<sup>35</sup>

La doctrina, así como los arbitrajes internacionales, ha coincidido en señalar que, a pesar del gran número de tratados que existen a nivel mundial, sus cláusulas tienden a ser muy ambiguas e imprecisas, lo que permite una amplia interpretación.<sup>36</sup>

### 3. LOS BIT: HERRAMIENTA GUBERNAMENTAL

Tal como se mencionó en la parte inicial de este escrito, la Constitución del 91 nace bajo un contexto no solo de cambios políticos, sino de cambios económicos internacionales que permearon el articulado constitucional. En consecuencia, el gobierno del presidente Cesar Gaviria Trujillo, con la participación del entonces ministro de Comercio Exterior, Juan Manuel Santos, emprende un plan de apertura comercial y de integración económica internacional.



<sup>31</sup> Instituciones como el Fondo Monetario Internacional o el Banco Mundial condicionan préstamos a la firma de estos tratados.

<sup>32</sup> Sornarajah, *The International...*, op. cit., p. 173.

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 172.

<sup>34</sup> En muchos se han adoptado cláusulas similares al de la propuesta del Tratado Multilateral de Inversión.

<sup>35</sup> Sornarajah, *The International...*, op. cit., p. 188.

<sup>36</sup> Peterson & Gray, *International...*, op. cit., p 9.

Bajo esta nueva política de internacionalización de la economía, se negocia el primer BIT con el gobierno del Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte,<sup>37</sup> que se convertiría en la puerta de entrada a un proceso de negociación de otros BIT con diversos países del mundo.

Es importante mencionar que todos los gobiernos desde ese entonces han acudido a este tipo de tratados como mecanismos de atracción de la inversión extranjera, argumentando los beneficios que ella trae a la economía colombiana.

Los argumentos esgrimidos por parte del gobierno para acudir a este tipo de tratados se resumen en los siguientes: i) este tipo de tratados le permiten al inversionista extranjero eliminar cualquier duda sobre la situación jurídica y política de Colombia,<sup>38</sup> lo que permite mayores flujos de inversión extranjera al país, a través de la cual se pueden financiar grandes proyectos de infraestructura;<sup>39</sup> ii) permite la expansión industrial, lo cual genera niveles adecuados de desarrollo económico;<sup>40</sup> iii) facilita el ingreso al país de nueva maquinaria, de tecnología, personal capacitado y de conocimiento especializado;<sup>41</sup> iv) genera empleo por la necesidad de mano de obra tanto calificada como no calificada;<sup>42</sup> v) permite que el Estado pueda recibir mayores ingresos por concepto de impuestos;<sup>43</sup> vi) facilita el incremento del ahorro nacional;<sup>44</sup> vii) permite abrir nuevos mercados para Colombia a través de la inversión que realizan colombianos en el exterior, ayudando a que el mercado nacional amplíe sus horizontes de transacción;<sup>45</sup> y viii) cumplen con los mandatos constitucionales señalados en el preámbulo y en los artículos 2º, 13, 100, 226 y 227.<sup>46</sup>

#### 4. LÍNEA JURISPRUDENCIAL DE LOS BIT

Teniendo en cuenta la importancia dada por el gobierno a este tipo de tratados, y dentro del contexto de los veinte años de la Constitución, es pertinente analizar el desarrollo jurisprudencial que estos tratados (BIT) han tenido en la Corte Constitucional.



<sup>37</sup> Colombia, Congreso de la República, Ley 246 de 1995.

<sup>38</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-358, op. cit.

<sup>39</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-379 del 22 de agosto 1996.

<sup>40</sup> *Ibíd.*

<sup>41</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-309 del 3 de mayo del 2007, magistrado ponente Marco Gerardo Monroy Cabra, Expediente L.A.T. 291.

<sup>42</sup> *Ibíd.*

<sup>43</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-309, op. cit.

<sup>44</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-379, op. cit.

<sup>45</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-309, op. cit.

<sup>46</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-379, op. cit.

En este sentido, el estudio se estructura en los siguientes puntos: i) identificación de la línea jurisprudencial; ii) constitucionalidad general de los BIT; iii) trato justo y equitativo; iv) tratamiento nacional y/o de la nación más favorecida; v) compensación por pérdida; vi) libre transferencia de la inversión y de las utilidades; vii) subrogación; viii) nacionalización y expropiación; y ix) solución de conflictos - arbitraje internacional.

En consecuencia, los aspectos que van a ser analizados a continuación son la compilación de todos los pronunciamientos que la Corte Constitucional ha emitido a este respecto.

#### **4.1. Identificación de la línea jurisprudencial**

La línea jurisprudencial de la Corte Constitucional sobre los BIT ha sido la siguiente:

- Sentencia C-358 de 1996, que decidió la constitucionalidad del BIT firmado con el Reino Unido (Ley 246 de 1995).
- Sentencia C-379 de 1996, que decidió la constitucionalidad del BIT firmado con la República de Cuba (Ley 245 de 1995).
- Sentencia C-008 de 1997, que decidió la constitucionalidad del BIT firmado con la República del Perú (Ley 279 de 1996).
- Sentencia C-494 de 1998, que decidió la constitucionalidad del BIT firmado con el Reino de España (Ley 437 de 1998).
- Sentencia C-294 del 2002, que decidió la constitucionalidad del BIT firmado con la República de Chile (Ley 672 del 2001).
- Sentencia C-961 del 2003, que decidió la constitucionalidad del protocolo modificador adicional del BIT firmado con la República del Perú (Ley 801 del 2003).
- Sentencia C-309 del 2007, que decidió la constitucionalidad del BIT firmado con el Reino de España (Ley 1069 del 2006).
- Sentencia C-150 del 2009, que decidió la constitucionalidad del BIT firmado con la Confederación Suiza (Ley 1198 del 2008).
- Sentencia C-377 del 2010, que decidió la constitucionalidad del BIT firmado con la República del Perú (Ley 1342 del 2009).

Adicional a las sentencias arriba mencionadas, es adecuado incorporar, dentro del análisis, la Sentencia C-750 del 2008, la cual decidió la constitucionalidad del Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América, en lo relativo al capítulo de protección de la inversión extranjera.

Hasta la fecha del presente estudio, esta línea jurisprudencial ha sido unánime. La única variación que ha tenido ha sido en lo relacionado con

la expropiación y nacionalización de la propiedad, como se analizará más adelante.

#### **4.2. Constitucionalidad general de los BIT**

De acuerdo con los diversos pronunciamientos de la Corte Constitucional, el desarrollo económico actual ha mostrado una tendencia hacia la integración mundial en la cual “no pueden existir proteccionismos”,<sup>47</sup> por lo que el constituyente fue claro en imponer el deber al Estado colombiano en hacer parte de esta nueva dinámica internacional.

En este sentido, estos tratados (BIT) encuentran sustento en: el artículo 2º de la Constitución de 1991, que consagra la promoción de la prosperidad general; los artículos 226 y 227, en los cuales se ordena al Estado promover la internacionalización política, económica, social y ecológica, basada en los principios de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional;<sup>48</sup> el artículo 333, que le impone al Estado el deber de promover la iniciativa empresarial; el artículo 334, de acuerdo con el cual se debe buscar un desarrollo competitivo y armónico entre las regiones y promover el desarrollo económico interno.<sup>49</sup>

Siguiendo esta misma línea, la Corte ha manifestado que, en virtud de la intervención del Estado en la economía (según lo establecido en el artículo 334 constitucional), el legislador dispone de un amplio margen de configuración normativa en materia de regulación de la inversión extranjera en Colombia.<sup>50</sup> Así, se impone “una interpretación amplia de las posibilidades regulatorias del Estado, en cuanto a que la Constitución ha conferido un marco amplio y flexible al Congreso para regular estas materias”.<sup>51</sup>

#### **4.3. Tratamiento nacional y/o de la nación más favorecida**

Esta cláusula determina el tipo de trato que debe recibir el inversionista extranjero en Colombia; en todos los BIT firmados por Colombia se incorpora tanto el trato nacional como el de la nación más favorecida.

El tratamiento nacional consiste en que el inversionista extranjero debe recibir un trato no menos favorable que el brindado a los colombianos.<sup>52</sup> Por



<sup>47</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-358, op. cit.

<sup>48</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-294 del 23 de abril del 2002, magistrado ponente Jaime Araújo Rentería, Expediente L.A.T. 209.

<sup>49</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-309, op. cit.

<sup>50</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-320 del 24 de abril del 2006, magistrado ponente Humberto Antonio Sierra Porto.

<sup>51</sup> *Ibíd.*

<sup>52</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-369 del 14 de mayo del 2002, magistrado ponente Eduardo Montealegre Lynett.

su parte, el trato de la nación más favorecida obliga al Estado receptor de la inversión a no dar un trato menos favorable a aquel que da a sus nacionales o a nacionales de otro tercer Estado.<sup>53</sup> En este sentido, la Corte ha manifestado que asume la interpretación dada por la Corte Internacional de Justicia, en lo relativo a los derechos de los nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos del año 1952, según la cual este tipo de cláusulas tiene como objeto mantener una igualdad entre los países interesados.<sup>54</sup>

Así, en aquellos casos en los cuales un país receptor por compromiso o de forma unilateral dé un trato más ventajoso a las inversiones de un tercer Estado, los otros Estados que tienen inversiones en dicho país receptor y que estén cobijados por un BIT tienen el derecho a que no se les dé un trato menos favorable a aquel dado a esa tercera nación.<sup>55</sup> Este derecho de los Estados interesados aparece de forma inmediata y se extiende a aquellos beneficios concedidos antes o después de que el tratado haya entrado en vigencia.<sup>56</sup>

De este modo, la Corte ha manifestado que la cláusula que incorpora tanto el trato nacional como el de la nación más favorecida se ajusta a lo dispuesto en el artículo 100 de la Constitución, el cual establece la igualdad de derechos civiles entre nacionales y extranjeros, con excepción de aquellos casos en los que la ley pueda limitar estos derechos por razones de orden público.<sup>57</sup>

De igual forma, la Corte ha afirmado que estas cláusulas respetan el artículo 13 de la Constitución de 1991, el cual señala el principio de igualdad en tanto que no solo garantiza la igualdad entre nacionales y extranjeros, sino que mantiene una igualdad sin discriminación entre todos los países interesados.<sup>58</sup>

Así mismo, ha señalado que esta cláusula se encuentra en concordancia con los artículos 226 y 227 de la Constitución de 1991, toda vez que promueve la integración económica fundada en la equidad y reciprocidad, y, por otro lado, respeta los principios según los cuales las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional y la autodeterminación de los pueblos.<sup>59</sup>

En todo caso, la Corte señaló que estas cláusulas se encuentran sujetas a las restricciones del artículo 100 de la Constitución de 1991, el cual permite



<sup>53</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-294, op. cit.

<sup>54</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-358, op. cit.

<sup>55</sup> *Ibid.*

<sup>56</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-294, op. cit.

<sup>57</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-358, op. cit.

<sup>58</sup> Ver *ibíd.*, entre otras.

<sup>59</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-750 del 24 de julio del 2008, magistrada ponente Clara Inés Vargas Hernández, Expediente L.A.T. 311.

que, por razones de orden público, la ley pueda subordinar a condiciones especiales o, incluso, negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros.<sup>60</sup>

#### 4.4. *Compensación por pérdida*

La cláusula correspondiente a la compensación por pérdida en este tipo de tratados (BIT) señala que, en aquellos casos en los cuales los inversionistas sufran pérdidas por efecto de guerra u otro conflicto armado, estado de emergencia nacional, insurrección u otros eventos similares en el territorio del Estado receptor de la inversión, recibirán un trato no menos favorable que el que se otorga a sus propios nacionales, ya sean personas jurídicas o naturales, o a los de cualquier tercer Estado si este llegare a ser mejor, en relación con restituciones, indemnizaciones, restablecimiento o cualquier otro tipo de mecanismo que busque la compensación o arreglo por estos hechos.<sup>61</sup>

De igual forma, en aquellos casos de requisición de la propiedad del inversionista por parte de las fuerzas armadas, se deberá restituir la propiedad a este y se le compensarán los daños que hubiese podido sufrir por este hecho al momento de la restitución.<sup>62</sup>

La Corte ha señalado que las mismas razones que fundamentan la constitucionalidad del trato nacional o de la nación más favorecida sirven de sustento para declarar la constitucionalidad de la cláusula de compensación por pérdida. En este mismo sentido, la restricción señalada en el artículo 100 constitucional respecto a la posibilidad de poder condicionar o incluso denegar algunos derechos civiles de los extranjeros por razones de orden público también les es aplicable.<sup>63</sup>

A este respecto, la Corte señaló que la compensación debe ceñirse al marco del artículo 90 constitucional de reparación patrimonial del Estado y al daño antijurídico.<sup>64</sup>

En todo caso, la Corte ha indicado que esta cláusula no podría contener una obligación expresa requiriendo la indemnización previa, en tanto que el artículo 59 constitucional permite que en caso de expropiación por guerra se pueda dar una expropiación sin indemnización previa:<sup>65</sup> “En caso de guerra



<sup>60</sup> Ver Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-358, op. cit., entre otras.

<sup>61</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-008 del 23 de enero de 1997, magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero, Expediente L.A.T. 074.

<sup>62</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-358, op. cit.

<sup>63</sup> Ver *ibíd.*, entre otras.

<sup>64</sup> *Ibíd.*

<sup>65</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-377 del 19 de mayo del 2010, magistrado ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Expediente L.A.T. 348.

y sólo para atender a sus requerimientos, la necesidad de una expropiación podrá ser decretada por el Gobierno Nacional sin previa indemnización...".<sup>66</sup>

De esta forma, si en el clausulado de los BIT se expresara que en todos los casos de expropiación, sin excepción alguna, o que, en los casos de requisición, debe mediar la indemnización previa, esta mención debe ser declarada inconstitucional por encontrarse en desacuerdo con el articulado constitucional.<sup>67</sup>

#### **4.5. Libre transferencia de la inversión y de las utilidades**

Con esta cláusula, se garantiza al inversionista extranjero el derecho de repatriar las inversiones sin demora alguna y en moneda de libre convertibilidad. Esta cláusula se deriva del hecho de que la inversión se hace con el fin de poder recibir de regreso los beneficios de ella, lo cual incluye la transferencia de dividendos, rentas, utilidades, reinversiones, el producto de la venta o la liquidación de la inversión y/o cualquier otro tipo de ganancia, capital o producto derivado directamente de la inversión.<sup>68</sup>

En este sentido, la Corte ha señalado que en Colombia la regulación de cambios y reservas internacionales por mandato constitucional de acuerdo con lo señalado en el artículo 372 de la Constitución de 1991 está reservada a la Junta Directiva del Banco de la República.<sup>69</sup>

De esta forma, a pesar de que el artículo 189 numeral 2 de la Constitución de 1991 establece que es competencia única del Jefe del Estado el manejo de las relaciones internacionales mediante la celebración de tratados, en ningún momento este puede comprometer las funciones constitucionales asignadas a otros entes, para este caso concreto, la competencia de la Junta Directiva del Banco de la República.<sup>70</sup>

Por ello, estos tratados (BIT) deben respetar las competencias de la Junta Directiva del Banco de la República, de manera que el texto del tratado sea claro en permitir que, por causas excepcionales en los términos de la Constitución, como lo pueden ser las graves dificultades en la balanza de pagos, se pueda restringir temporalmente la repatriación de la inversión y sus ganancias, con el fin de cumplir con lo dispuesto en el artículo 372 de la Constitución.<sup>71</sup>



<sup>66</sup> Colombia, Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de Colombia de 1991, artículo 59.

<sup>67</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-377, op. cit.

<sup>68</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-358, op. cit.

<sup>69</sup> Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-379, op. cit.

<sup>70</sup> *Ibid.*

<sup>71</sup> Ver Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-358, op. cit., entre otras.

En todo caso, estas medidas, que constitucionalmente pueden ser adoptadas por la Junta Directiva del Banco de la República en situaciones excepcionales y cuando las condiciones macroeconómicas del Estado lo exijan, deberán ser adoptadas por un tiempo limitado, ser equitativas, fundamentadas en el principio de buena fe y sin que medie discriminación alguna.<sup>72</sup>

Ahora bien, en algunos BIT firmados por Colombia, como el firmado con España<sup>73</sup> (2007), se incorpora la obligación de que las medidas de restricción de las transferencias deben ser aplicadas de “conformidad con los acuerdos del FMI o a petición de este”.<sup>74</sup> La Corte ha manifestado que este tipo de condicionamientos adicionales se ajusta totalmente a la Carta Constitucional en tanto que “al ser Colombia Estado parte en el acuerdo constitutivo de dicho fondo –Ley 96 de 1945– y de sus enmiendas, los acuerdos que en desarrollo del mismo se expidan deben estar acordes con los compromisos adquiridos por los Estados parte del estatuto del FMI”.<sup>75</sup>

#### 4.6. Subrogación

Esta cláusula busca garantizar a la entidad gubernamental o internacional que expide una garantía (que en la mayoría de los casos es una póliza bajo la figura del seguro de inversión), para que en aquellos casos en que ha existido pago de indemnización se subrogue en los derechos del inversionista frente al Estado receptor.<sup>76</sup>

La subrogación se encuentra enmarcada dentro del sistema de garantías de inversiones extranjeras, en el cual se hallan dos tipos de protecciones: *protección nacional* y *protección internacional*.

*La protección nacional* consiste en la posibilidad de que un gobierno a través de una agencia garantice las inversiones de sus nacionales realizadas en el extranjero. Un ejemplo de este tipo de protección es The Overseas Private Investment Corporation (OPIC), creada en 1972 como una agencia del gobierno norteamericano que busca garantizar las inversiones hechas por empresarios estadounidenses en países en vía de desarrollo.<sup>77</sup>

*La protección internacional* consiste en una garantía otorgada por una entidad intergubernamental internacional, creada por un tratado multilateral, a inversionistas que inician una actividad en otro país. Un ejemplo de este



<sup>72</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-379, op. cit.

<sup>73</sup> Colombia, Congreso de la República, Ley 437 de 1998, artículo 6°.

<sup>74</sup> *Ibíd.*

<sup>75</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-309, op. cit.

<sup>76</sup> *Ibíd.*

<sup>77</sup> OPIC *Homepage*, en <<http://www.opic.gov/doing-business-us>> consulta del 11 de febrero del 2011.



tipo de protección es el Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA), conformado en 1988 dentro del marco organizacional del Banco Mundial,<sup>78</sup> que tiene como objetivo principal promover la inversión extranjera directa (FDI, por su sigla en inglés) en países en vía de desarrollo a través de seguros-garantías contra riesgos de expropiación, restricciones a la transferencia de moneda, guerra civil y disturbios e incumplimiento de contrato, entre otros.<sup>79</sup>

La Corte manifestó que este tipo de cláusulas se encuentran acordes con lo señalado en los artículos 226 y 227 de la Constitución Nacional, en tanto que facilitan la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, y permiten la integración económica, social y política con las demás naciones.<sup>80</sup>

#### 4.7. Nacionalización y expropiación

Este tipo de cláusulas buscan garantizar los derechos de un inversionista extranjero frente a un acto de expropiación *directa o indirecta* que afecte su derecho a la propiedad sobre sus inversiones.

La expropiación *directa* consiste en todos aquellos actos realizados por el Estado receptor de la inversión para privar de la propiedad al inversionista extranjero y en la cual se da una transferencia del derecho de dominio en favor del Estado.

La expropiación *indirecta*, en cambio, consiste en actos adoptados por el Estado receptor (incluyendo regulaciones nacionales y locales) que frustran el desarrollo de la actividad del inversionista y, por ende, sus expectativas de retribución económicas, pero que no implican la transferencia del derecho de dominio sobre determinados bienes en favor del Estado.

Frente a este último tipo de expropiación, la Corte Constitucional ha señalado que, para determinar si existe o no una expropiación indirecta, se deben tener en cuenta los siguientes factores: i) que efectivamente sea un acto gubernamental; ii) el impacto económico sobre la inversión del acto gubernamental; y iii) evaluar si la medida interfiere o no con las expectativas inequívocas y razonables de la inversión.<sup>81</sup>

Para poder analizar la constitucionalidad de este tipo de cláusulas, resulta conveniente dividir el estudio en aquellos pronunciamientos previos



<sup>78</sup> Este tratado fue incorporado a la legislación colombiana a través de la Ley 149 de 1994.

<sup>79</sup> MIGA *Homepage*, en <[http://www.miga.org/guarantees/index\\_sv.cfm](http://www.miga.org/guarantees/index_sv.cfm)> consulta del 11 de febrero del 2011.

<sup>80</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-358, op. cit.

<sup>81</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-750, op. cit.

al Acto Legislativo 1 de 1999 que modificó el artículo 58 constitucional y en aquellos posteriores a este.

#### 4.7.1. Expropiación y nacionalización antes del Acto Legislativo 1 de 1999

El artículo 58 constitucional garantiza el derecho a la propiedad privada y de los demás derechos adquiridos, señalando que el interés privado siempre debe ceder ante el interés general y que la propiedad tiene una función social y ecológica. Adicional a esto, indica que puede existir una expropiación ya sea por vía administrativa o por sentencia judicial con una indemnización previa.

Así mismo, el texto original contenía un párrafo que facultaba al legislador de forma excepcional a expropiar sin que por este hecho se generara una indemnización e impedía debatir ante la jurisdicción las razones que fundamentaron la expropiación sin indemnización; el párrafo estaba redactado de la siguiente forma: “Con todo, el legislador, por razones de equidad, podrá determinar los casos en que *no haya lugar al pago de indemnización*, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara. *Las razones de equidad, así como los motivos de utilidad pública o de interés social, invocados por el legislador, no serán controvertibles judicialmente*”.<sup>82</sup> (Itálicas fuera del texto).

Este párrafo fue el fundamento principal de la declaratoria de constitucionalidad parcial de cuatro BIT, en tanto que el clausulado de este tipo de tratados (el cual se ceñía a parámetros internacionales usando cláusulas tipo) señala que siempre que exista una expropiación se debe tener la posibilidad de debatir la medida ante la jurisdicción y recibir una indemnización. Estas cláusulas suelen contener la siguiente mención:

*Cualquier otra forma de expropiación o medidas que tengan un efecto equivalente, salvo que cualquiera de esas medidas se realicen de acuerdo con la ley, de manera no discriminatoria por motivos de utilidad pública o interés social relacionados con las necesidades internas de esa parte y con una compensación pronta, adecuada y efectiva...*

El nacional o compañía afectado tendrá derecho, de acuerdo con la ley de la parte contratante que adopta la medida pertinente, *a una revisión pronta, por parte de una autoridad judicial u otra autoridad independiente de esa parte, de su caso y de la valoración de su inversión* de acuerdo con los principios establecidos en los párrafos (1) y (2) de este artículo.<sup>83</sup> (Itálicas fuera del texto).



<sup>82</sup> Colombia, Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de Colombia de 1991, artículo 58.

<sup>83</sup> Colombia, Congreso de la República, Ley 246 de 1995, artículo 6°.

Al comparar el texto de la cláusula con el texto del párrafo antes mencionado, se evidencia la contradicción existente entre ambos.

La Corte manifestó en el análisis de constitucionalidad de los BIT firmados con el Reino Unido (Sentencia C-358 de 1996), con Cuba (Sentencia C-379 de 1996), con Perú (Sentencia C-008 de 1997) y con España (Sentencia C-494 de 1998), que este tipo de cláusulas eran inconstitucionales en tanto que no tenían ninguna excepción que permitiera una expropiación sin indemnización, contrario a lo dispuesto por la Constitución en la cual sí existe una excepción.

La Corte también sostuvo que, de declararse constitucional este tipo de cláusulas, se generaría un trato diferenciado no proporcional, no justificado, entre nacionales colombianos y nacionales de los países firmantes de este tipo de tratados, en el sentido de que los primeros podrían ser expropiados sin que existiera indemnización alguna bajo las circunstancias especiales descritas en el artículo 58 constitucional y no podrían acudir ante la jurisdicción a debatir las justificaciones de esta medida; a diferencia, los nacionales de los países firmantes de estos tratados siempre deberían ser indemnizados en caso de expropiación y podrían acudir a la jurisdicción a debatir las razones de esta, vulnerando de forma evidente el postulado de igualdad descrito en el artículo 13 constitucional.<sup>84</sup>

Siguiendo el análisis, la Corte señaló que, si bien es cierto que el legislador tiene la opción de ejercer o no la potestad de expropiar sin indemnizar, la Constitución le impone la obligación de analizar cada caso particular de acuerdo con el principio de equidad, por lo cual un tratado no podría obligar a que el legislador renunciara a esta facultad de forma previa (*a priori*) y frente a categorías generales como lo podrían ser los inversionistas de un determinado país.<sup>85</sup>

Adicionalmente, la Corte indicó que, frente a lo señalado en el artículo 21 del Pacto de San José de Costa Rica, el cual obliga a que siempre que exista una expropiación debe generarse una indemnización justa, el término indemnización justa debe ser entendido como una justicia retributiva en la que si se pierde cien se debe indemnizar la misma cantidad, razón por la cual se debe analizar cada caso, puesto que existirán algunos en los cuales no se genere el derecho a recibir una indemnización.<sup>86</sup>

Del mismo modo, manifestó que, salvo aquellos tratados que hacen parte del bloque de constitucionalidad, los tratados no pueden ser



<sup>84</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-358, op. cit.

<sup>85</sup> *Ibid.*

<sup>86</sup> *Ibid.*

herramienta para determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de otro tratado.<sup>87</sup>

Finalmente, las sentencias antes mencionadas (C-358/96, C-379/96, C-008/97 y C-494/98) señalaron que estas cláusulas no solo infringían lo dispuesto en el artículo 58 constitucional, sino el artículo 336, en tanto que este autoriza al legislador a que, por razones de interés público o social, se puedan establecer monopolios rentísticos.<sup>88</sup> El artículo 336 indica lo siguiente:

Ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley.

La ley que establezca un monopolio no podrá aplicarse antes de que hayan sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de ella deban quedar privados del ejercicio de una actividad económica lícita.

Siguiendo esta línea argumentativa, la Corte manifestó: “Que en un Estado social de derecho deba inhibirse el legislador de perseguir fines de interés público o de utilidad social, que el constituyente le señala, en aras del estímulo a la inversión extranjera, es algo que pugna con la esencia de esa forma de organización política, plasmada en la Carta de 1991. El literal en cuestión es, pues, abiertamente transgresor de la letra y el espíritu de la Constitución”.<sup>89</sup>

#### 4.7.2. Expropiación y nacionalización después del Acto Legislativo 1 de 1999

Después de la reforma constitucional del artículo 58 mediante el Acto Legislativo 1 de 1999, se eliminó el párrafo que limitaba la posibilidad de debatir ante la jurisdicción los fundamentos de la expropiación, así como la posibilidad de expropiar sin indemnizar, eliminando de esta forma las causales que sirvieron de fundamento para declarar la inconstitucionalidad de este tipo de cláusulas dentro de los BIT. Más adelante se analizará con detenimiento esta reforma constitucional.

La Corte señaló en las sentencias posteriores a esta reforma que este tipo de cláusulas se encontraban en consonancia con lo dispuesto por el artículo 58 constitucional, en tanto que ya no existía excepción alguna para generar una expropiación sin indemnización.

En este sentido, la Corte manifestó que los condicionamientos para que opere la expropiación en Colombia, después del Acto Legislativo, se pueden resumir en los siguientes: i) que la medida sea adoptada por medio de una



<sup>87</sup> *Ibíd.*

<sup>88</sup> *Ibíd.*

<sup>89</sup> *Ibíd.*

ley y que esta se fundamente en causas de utilidad pública, interés nacional o interés social; ii) que las medidas adoptadas no sean discriminatorias; iii) que las medidas vayan acompañadas de disposiciones para el pago de una indemnización pronta, adecuada y efectiva; iv) que se genere una indemnización basada en el valor que tuvieran en el mercado las inversiones en la fecha anterior a que se llevara a cabo la expropiación o que esta haya sido de conocimiento público.<sup>90</sup>

En cuanto a la inconstitucionalidad derivada de lo señalado en el artículo 336 constitucional, que autorizaba la nacionalización para la creación de monopolios rentísticos, el gobierno colombiano, desde la negociación del BIT con Chile a través de protocolos adicionales o de forma expresa en el tratado (en el BIT firmado con España del año 2005), ha indicado claramente que se pueden nacionalizar inversiones extranjeras bajo los términos de la Constitución y de la Ley siempre y cuando se garantice una indemnización adecuada al inversionista. De esta forma, la causa de la inconstitucionalidad señalada por la Corte antes del 2001 desaparece.

#### **4.8. Solución de conflictos - arbitraje internacional**

Dentro de los BIT, la cláusula de solución de conflictos, como su nombre lo indica, define los mecanismos que las partes firmantes del tratado tienen para resolver las controversias que surjan entre estos, así como las controversias que puedan generarse entre los Estados contratantes y cualquier inversionista que se encuentre cobijado por el respectivo tratado.<sup>91</sup>

En los BIT firmados por Colombia hasta la fecha, las cláusulas de arbitraje tienen un contenido similar en el cual se insta inicialmente al arreglo amigable entre las partes, acudiendo a los recursos locales, y, de no ser esto efectivo, se debe someter el desacuerdo a un arbitraje internacional facultando a las partes a acudir a un tribunal *ad hoc* o a un arbitraje ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).<sup>92</sup>

En este sentido, la Corte ha señalado que establecer mecanismos alternativos para la resolución de conflictos fortalece la cooperación económica internacional, lo cual se encuentra en concordancia con la obligación constitucional de promover la internacionalización de las relaciones económicas, políticas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y



<sup>90</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-294, op. cit.

<sup>91</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-008, op. cit.

<sup>92</sup> El CIADI fue creado a través de un convenio multilateral en 1965, bajo la cobertura del Banco Mundial, e incorporado en Colombia mediante la Ley 297 de 1996.

conveniencia nacional, y el deber de promover la integración con las demás naciones (C.P., arts. 150-16, 226 y 227).<sup>93</sup>

Del mismo modo, la Corte ha manifestado que este tipo de cláusulas se enmarcan dentro de los objetivos y propósitos constitucionales del preámbulo y de los artículos 2º y 22 constitucional, en tanto que, a través del arbitraje, se busca la resolución pacífica de los conflictos:<sup>94</sup> “Por otra parte, el Protocolo Adicional para la Solución de Controversias... no tiene(n) reparo constitucional alguno, pues la existencia de procedimientos para la resolución de conflictos, permite garantizar la convivencia pacífica como fin constitucional reconocido en el artículo 2º superior, el cual además asegura el fortalecimiento de una verdadera integración...”<sup>95</sup>

Indican los pronunciamientos de la Corte que el artículo 116 de la Constitución reconoce la conciliación y el arbitramento como mecanismos a través de los cuales se puede dar una resolución mucho más eficiente y expedita a un conflicto,<sup>96</sup> y que, por ser temas especializados, requieren que aquellos que conozcan del conflicto igualmente sean personas especializadas en el tema.<sup>97</sup>

Así mismo, el alto tribunal ha manifestado que este tipo de cláusulas se encuentran en consonancia con la Constitución colombiana, en el sentido de que esta no limita la posibilidad de que autoridades judiciales puedan conocer de la disputa derivada de la inversión. Así, la Corte en la Sentencia C-358 de 1996 señaló lo siguiente:

Las disposiciones contenidas en los artículos 9º y 10 del Acuerdo sometido a la revisión de la Corte, no hacen sino reiterar el principio de derecho internacional consuetudinario según el cual el agotamiento de las vías judiciales internas es prerequisite para recurrir a cualquier forma de jurisdicción internacional. Según este principio, a menos que las partes acuerden otra cosa, los litigios referentes a inversiones internacionales deben ser resueltos por las cortes nacionales. En tanto principio de derecho internacional, en él se fundan las relaciones internacionales del Estado colombiano (C.P., art. 9º).

En este sentido, la Corte ha indicado que la Ley 267 de 1996 incorporó en la legislación colombiana el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Países. Este Acuerdo fue revisado por la Corte Constitucional a través de la Sentencia C-442 de



<sup>93</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-442 del 19 de septiembre de 1996, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, Expediente L.A.T. 073.

<sup>94</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-358, op. cit.

<sup>95</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-864 del 19 de octubre del 2006, magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil.

<sup>96</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-442, op. cit.

<sup>97</sup> *Ibid.*

1996, en la cual se señaló que la vinculación de Colombia a estos tratados multilaterales que crean organismos especializados para la resolución de conflictos en temas como inversión extranjera se encuentra acorde con el artículo 226 constitucional respecto a la promoción de la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas, y permite el fortalecimiento de la cooperación internacional y del beneficio económico nacional, lo cual se encuentra en consonancia con los artículos 9º, 150, 226 y 227 de la Constitución.<sup>98</sup>

## 5. ARTÍCULO 58 EXPROPIACIÓN

El artículo 58 constitucional se encuentra dentro del capítulo II de los derechos económicos, sociales y culturales de nuestra Constitución y regula lo respectivo al derecho a la propiedad, los derechos adquiridos y la expropiación.

Considerando que este artículo (58) fue una de las principales causas que generó la declaratoria de inconstitucionalidad de la cláusula de expropiación e indemnización contenida en cuatro BIT firmados por Colombia y que generó un cambio en la jurisprudencia constitucional, es pertinente realizar una breve reseña sobre sus antecedentes y su evolución.

En nuestro sistema legal, la definición de propiedad se encuentra desarrollada en el artículo 669 del Código Civil, la cual deriva del artículo 544 del Código Civil francés, descrito de la siguiente forma: “Artículo 669. El dominio que se llama también propiedad es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra ley o contra derecho ajeno. La propiedad separada del goce de la cosa se llama mera o nuda propiedad” (subrayado fuera del texto) (el aparte subrayado fue declarado inexecutable).

Consecuentemente, la legislación existente en nuestro Código Civil se limitaba a asegurar el ejercicio del derecho a la propiedad individual y a propender por la coexistencia de estos derechos, cumpliendo con el mandato constitucional expresado en el artículo 19 de la Constitución de 1886, según el cual las autoridades debían asegurar el respeto recíproco de los derechos.

Con la reforma constitucional de 1936, se introdujo la concepción de la propiedad como función social y se vigorizó la figura de la expropiación.<sup>99</sup> De esta forma, el artículo 10 del Acto Legislativo 1 de 1936, reformativo de la Constitución de 1886, señaló lo siguiente:



<sup>98</sup> Sentencia C-379 de 1996 y C-442 de 1996.

<sup>99</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-006 del 18 de enero de 1993, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, Expediente D-060.

(...) Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida en la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social. La propiedad es una función social que implica obligaciones. Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación, mediante sentencia judicial o indemnización previa. Con todo, el legislador, por razones de equidad, podrá determinar los casos en que no haya lugar a indemnización, mediante el voto favorable de la mayoría de los miembros de una y otra Cámara.

Dentro de las razones dadas por el legislador para generar este cambio constitucional, se encontraron las siguientes: “Lo que nosotros hemos querido es, pues, aflojar la traba que la Constitución del 86 le puso al legislador respecto de propiedad privada, teniendo como finalidad el concepto de que la propiedad es una función social. Esto es, que quien tiene una propiedad debe hacer uso de ella en forma tal que no sólo no perjudique a la comunidad sino que sea útil a ella”.<sup>100</sup>

Con la promulgación de la nueva Constitución en el año 1991, el derecho a la propiedad adquiere una amplia connotación, señalando que este es un derecho que contiene una función social y ecológica, basado en los principios de democracia participativa, igualdad de oportunidades, justicia distributiva, solidaridad y prevalencia del interés general que se enmarcan dentro de un Estado social de derecho y en el cual los derechos de cada individuo deben orientarse a su participación e interacción con la comunidad.<sup>101</sup>

De esta forma y en los términos expresados por la Corte Constitucional, el derecho a la propiedad en el ordenamiento constitucional de 1991 se constituye en

un elemento fundamental del sistema social que sirve para “organizar y aplicar la riqueza social para que genere desarrollo económico” (*Informe de ponencia sobre propiedad*, p. 26) y permite satisfacer las necesidades de la población. Jurídicamente, la propiedad –como concepto– se proyecta en variados regímenes según el tipo de bien y las exigencias concretas de la función social y en una pluralidad de titularidades (privada, solidaria, estatal, entre otras).<sup>102</sup>

Bajo este contexto, la figura de la expropiación quedó plasmada en el artículo 58 constitucional, de la siguiente manera:

Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine



<sup>100</sup> *Ibíd.* (intervención de Darío Echandía en la Cámara de Representantes, 24 de febrero de 1936, citado por CSJ, Sala de Negocios Generales, Sentencia de marzo 24 de 1943, M. P. Aníbal Cardozo Gaitán).

<sup>101</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-006, op. cit.

<sup>102</sup> *Ibíd.*



el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa administrativa, incluso respecto del precio.

Con todo, el legislador, por razones de equidad, podrá determinar los casos en que no haya lugar al pago de indemnización, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara. Las razones de equidad, así como los motivos de utilidad pública o de interés social, invocados por el legislador, no serán controvertibles judicialmente.<sup>103</sup>

De lo dispuesto en el artículo 58, se puede señalar que los principios constitucionales básicos sobre los cuales descansa la expropiación son los siguientes: principio de legalidad, efectividad del derecho a la defensa y al debido proceso y pago de una indemnización.<sup>104</sup>

De igual forma, el constituyente indicó unas limitaciones a estos tres postulados:

- Podría darse una expropiación sin indemnización por decisión de la mayoría de ambas cámaras, procedería la expropiación sin indemnización por razones de equidad.
- El legislador podría señalar los casos en que era viable la expropiación por vía administrativa con intervención posterior judicial.
- No se podía entrar a discutir ante las autoridades administrativas o jurisdiccionales los motivos de utilidad pública, de interés social o de equidad definidos en la ley.<sup>105</sup>

Este artículo recibió muchas críticas debido no solo a que se encontraba en total oposición al artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica,<sup>106</sup> el cual exige que siempre que exista una expropiación debe darse una indemnización justa al afectado, sino que contrariaba el principio de derecho internacional consuetudinario de indemnización en caso de expropiación.

Bajo este panorama de críticas robustecido con las declaraciones de constitucionalidad parciales de cuatro BIT firmados por Colombia, se lleva a cabo la reforma constitucional a este artículo a través del Acto Legislativo 1 de 1999.

Este Acto Legislativo incorporó dos grandes cambios: i) eliminó la posibilidad de que se generaran expropiaciones sin indemnización; y ii) eliminó la prohibición de discutir ante las autoridades judiciales y/o administrativas



<sup>103</sup> Colombia, Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de Colombia de 1991, artículo 58.

<sup>104</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-059 del 24 de enero del 2001, magistrada ponente Marta Victoria SÁCHICA Méndez, Expediente D-3210.

<sup>105</sup> *Ibíd.*

<sup>106</sup> Incorporada al sistema legal colombiano mediante la Ley 16 de 1972.

los motivos de interés social, utilidad pública o equidad que fueron fundamento para decretar una expropiación.<sup>107</sup>

De este modo, siempre que se lleve a cabo una expropiación por motivos de utilidad pública o interés social se requiere cumplir con los siguientes requisitos mínimos: i) que exista una ley previa que defina los motivos de utilidad pública o de interés social; ii) que sea un juez competente el que haya decretado la expropiación por medio de sentencia judicial, garantizando el debido proceso y el derecho a la defensa. Sin perjuicio de aquellos casos en los que el legislador autorice la expropiación por vía administrativa, en los cuales se debe respetar el debido proceso, el derecho a la defensa, y la decisión puede ser impugnada ante la jurisdicción de forma posterior; y iii) que se pague una indemnización que debe ser justa y equitativa.<sup>108</sup>

Dentro de los diversos fundamentos que llevaron al legislador a proceder con esta reforma constitucional, se encuentra el siguiente:

La expropiación aparece en el mismo artículo 58 constitucional como un argumento que asegura al Estado, que tiene la dirección del proceso económico y la prestación de los servicios públicos, la potestad de afectar la propiedad privada. Sin embargo tan grande poder debe ejercerse, como todos los poderes en el Estado constitucional en los términos establecidos en la propia Constitución y en las leyes.

Esto nos lleva a considerar otros principios fundamentales de la Carta: también somos Estado de derecho y el principio de legalidad expresado particularmente en el artículo 6º, es pilar para que haya actos del Estado exentos de control y mucho menos contrarios a la Constitución.

La expropiación debe respetar estos principios, y es aquí donde la previsión normativa del inciso final del artículo 58 de la Carta resulta fuera de contexto, cuando no contradictorio con los postulados que como principios fundamentales trae el título primero de la Carta. Una expropiación por razones de equidad no controvertible judicialmente, es extraña al marco general de derechos y garantías de los propietarios de los bienes y derechos en Colombia; una ley cuyo contenido de utilidad pública o de interés social no pueda discutirse en los tribunales es un acto dictatorial del legislador que desconoce la primacía de la Constitución y el debido proceso.

Las anteriores razones, expuestas por doctrinantes y tratadistas desde el momento mismo en que entró a regir la Constitución de 1991 nos llevan a proponer a los honorables senadores respaldar la propuesta de los proyectos de acto legislativo, pero en el sentido de derogar los incisos 5 y 6 del actual artículo 58 de la Constitución.<sup>109</sup>

Teniendo en cuenta lo anterior, la reforma constitucional se enmarcó dentro del escenario internacional de protección de la propiedad, permitiendo



<sup>107</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-059, op. cit.

<sup>108</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-294, op. cit.

<sup>109</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-059, op. cit.

así la negociación de más instrumentos comerciales como los BIT sin que se presentaran contradicciones con el texto constitucional.

## 6. ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS BIT

Después de estudiar el desarrollo jurisprudencial de los BIT dentro del contexto de los veinte años de la Constitución de 1991, resulta conveniente realizar un análisis crítico de los aspectos positivos y negativos que este tipo de tratados pueden generar para la sociedad colombiana.

El ejecutivo, el Congreso y la Corte Constitucional, durante los últimos veinte años, han concluido que la negociación de BIT como mecanismo para atraer inversión extranjera es totalmente beneficiosa para la economía del país, al presentar un panorama de protección al inversionista, en tanto que este con la inversión que realiza en Colombia trae nuevas tecnologías, crea nuevos empleos, las personas que son empleadas por los inversionistas extranjeros adquieren nuevos conocimientos y habilidades, se mejoran los servicios de salud y de educación, así como nuevos proyectos para el mejoramiento de infraestructura.<sup>110</sup>

A pesar de los argumentos en pro de la inversión extranjera y los BIT como mecanismos para atracción de esta, es conveniente evaluar los aspectos negativos.

Una de las críticas se centra en que los inversionistas extranjeros mantienen sus oficinas principales en los países desarrollados y las operaciones que realizan en Colombia las llevan a cabo mediante empresas subsidiarias, de forma tal que las economías que más se benefician son las del país de origen.<sup>111</sup>

De igual forma, como se ha comprobado en diversos estudios, el capital que ingresa al país a modo de inversión extranjera en la mayoría de los casos puede ser dos veces inferior a la cantidad de capital que sale del país por concepto de repatriación de capitales.<sup>112</sup>

Frente al posible beneficio por el ingreso de nueva tecnología, lo que ha sucedido en la práctica, en la mayoría de países en vía de desarrollo, es que la tecnología ingresada por el inversionista extranjero es aquella que se ha vuelto totalmente obsoleta o ha sido prohibida por riesgos a la salud humana o afectación al medio ambiente en el Estado originario de la compañía inversionista.<sup>113</sup>



<sup>110</sup> Sornarajah, *The International...*, op. cit., p. 48.

<sup>111</sup> *Ibid.*, p. 53.

<sup>112</sup> *Ibid.*, p. 49.

<sup>113</sup> *Ibid.*

En cuanto a la transferencia de conocimiento en gerencia y administración de grandes proyectos, los estudios han señalado que en la práctica en la mayoría de los casos el control real del proyecto lo tiene un nacional del país de origen de la inversión.<sup>114</sup>

De igual manera, la doctrina sobre la materia ha señalado que el capital que recibe el país receptor derivado de inversión extranjera en la mayoría de los casos solo beneficia a las élites dirigentes de los países en vía de desarrollo a través de las alianzas que se forman, lo que conlleva a que se permitan afectaciones al medio ambiente o violaciones de derechos humanos en beneficio de la empresa multinacional.<sup>115</sup>

En cuanto a la aplicación de los BIT como mecanismos adecuados e idóneos para la atracción de inversión extranjera al país, es necesario señalar que las obligaciones contenidas en estos tratados pueden limitar el cumplimiento de los deberes constitucionales, colocando al Estado en una posición en la cual tendrá que escoger entre cumplir con los mandatos constitucionales de promoción de un Estado social de derecho o pagar millonarias sumas a los inversionistas extranjeros, que, en últimas, son dineros que provienen de los contribuyentes, es decir, los colombianos.

En este sentido, una limitación se puede presentar con la adopción de nuevas normas y políticas para la protección del medio ambiente en Colombia, en tanto que pueden generar una carga más onerosa para el inversionista, produciendo una posible expropiación indirecta. Bajo el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (North American Free Trade Agreement - NAFTA), se han llevado a cabo varios arbitrajes, como el caso Howard Mann y Konrad von Moltke, derivados de aplicaciones de normatividades dirigidas a la protección del medio ambiente por parte del país receptor.<sup>116</sup>

Otro caso mediante el cual se puede generar un conflicto entre las obligaciones adquiridas a través de un BIT y los deberes constitucionales es en el aspecto de conservación y protección del patrimonio cultural del país, en cuanto a que una regulación podría limitar los beneficios recibidos por un inversionista. Así, por ejemplo, el arbitraje entre Southern Pacific Properties (Middle East) Limited contra el gobierno de Egipto (case del CIADI N° ARB/84/3, laudo arbitral del 20 de mayo de 1992) se basó en la prohibición del gobierno egipcio para que varios inversionistas extranjeros desarrollaran un complejo turístico cercano a una lugar reconocido por su



<sup>114</sup> *Ibíd.*, p. 51.

<sup>115</sup> *Ibíd.*, p. 53.

<sup>116</sup> Peterson, Luke Eric, *Derechos humanos y tratados bilaterales de inversión: panorama del papel de la legislación de derechos humanos en el arbitraje entre inversores y Estados*, Derecho y Democracia, Canadá, 2009, p. 22, en <[http://www.dd-rd.ca/site/\\_PDF/publications/globalization/HIRA-volume3-SPAN.pdf](http://www.dd-rd.ca/site/_PDF/publications/globalization/HIRA-volume3-SPAN.pdf)> consulta del 2 de febrero del 2011.

valor cultural.<sup>117</sup> Así mismo, se puede presentar una limitación en materia de protección y promoción de los derechos humanos en derechos como el de libertad de expresión o derechos sociales, económicos y culturales, como el derecho a la salud, vivienda o al agua<sup>118</sup>.

Como ejemplo de lo anterior, encontramos el arbitraje de la empresa Plama Consortium Limited contra República de Bulgaria (causa del CIADI N° ARB/03/24, laudo arbitral del 27 de agosto del 2008), caso en el cual el inversionista extranjero alegó el incumplimiento de las obligaciones descritas en el tratado por parte del Estado por haber permitido el supuesto amotinamiento de los trabajadores de la empresa.<sup>119</sup>

Otro ejemplo para la protección de derechos económicos, sociales y culturales, especialmente frente a vivienda y al agua es el caso analizado en los arbitrajes de Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., y Vivendi Universal S.A. contra República Argentina (causa del CIADI N° ARB/03/19), y Anglian Water Group contra República Argentina (arbitraje de la CNUDMI, en los cuales la causa del conflicto surge por la decisión del gobierno argentino de congelar las tarifas del agua como opción para enfrentar la crisis económica que afectaba a este país).<sup>120</sup>

De igual forma, se pueden presentar limitaciones en cuanto a políticas de discriminación positiva, las cuales pueden generar una carga gravosa a los inversionistas extranjeros. Este tipo de limitación se ha experimentado especialmente en Suráfrica, en donde el gobierno inició un plan social que buscaba incrementar la participación de la población negra en la economía promoviendo planes de creación de empresas, etc. Estas medidas fueron cuestionadas por inversores extranjeros basados en los compromisos que este país había adquirido mediante los BIT, por una posible expropiación indirecta.<sup>121</sup>

Otro aspecto que vale la pena resaltar y que puede llegar a generar conflictos entre los intereses del inversionista y los del Estado colombiano se puede dar en cuanto a la protección de las minorías indígenas y el respeto por su multiculturalidad. Un ejemplo de este tipo de conflicto se presenta en el caso de la compañía minera canadiense Glamis Gold Ltd. y el Gobierno de los Estados Unidos, derivado de medidas dirigidas a proteger



<sup>117</sup> *Ibid.*, p. 24.

<sup>118</sup> En Bolivia, se han presentado diversos conflictos en las comunidades y empresas administradoras de agua. Ver Guardiola Oscar, *What if Latin America Ruled The World: How The South Will Take the North Into the 22nd Century*, Bloomsbury, London, 2010, pp. 320-323.

<sup>119</sup> Peterson, *Derechos humanos...*, op. cit., p. 33.

<sup>120</sup> Peterson, *Derechos humanos...*, op. cit., p. 33.

<sup>121</sup> Peterson & Gray, *International...*, op. cit., p. 23.

lugares sagrados de la tribu indígena de los quechua, las cuales causaban un detrimento económico al inversionista extranjero.<sup>122</sup>

Adicionalmente, este tipo de tratados pueden convertirse en trabas para posibles reformas agrarias, muy comunes en Latinoamérica.<sup>123</sup>

Lo anterior en ningún momento desvirtúa las posibles ventajas que tanto los BIT como la inversión extranjera pueden generar para Colombia. Sin embargo, es necesario evaluar con prudencia la forma como se están negociando estos tratados y las estrategias que se deben adoptar para obtener un beneficio verdadero derivado de la inversión extranjera.

Algunas de las sugerencias para poder obtener un máximo beneficio mutuo, tanto para Colombia como para el inversionista extranjero, pueden ser las siguientes:

- No apresurarse en las negociaciones de los BIT con cláusulas tipo, por la presión del país más fuerte.
- Incluir en los BIT cláusulas, complementadas por leyes y/o decretos, que garanticen una verdadera transmisión de conocimiento y tecnología, y que obliguen a los inversionistas a respetar la normatividad ambiental, los derechos humanos y los derechos de los pueblos indígenas. Dentro de los BIT, esto puede ser efectuado mediante la inclusión de un capítulo, mencionando las responsabilidades a cargo del inversionista extranjero. Un ejemplo de un BIT que incluye un capítulo de responsabilidades para el inversor es un proyecto borrador manejado por el gobierno de Noruega.<sup>124</sup>
- Dentro del clausulado de los BIT, se debería incluir un capítulo de eximentes de responsabilidad, en el cual se incluya protección de derechos humanos, implementación de políticas de discriminación positiva y de protección hacia tribus indígenas. Un ejemplo de este tipo de cláusulas se encuentra en el BIT firmado entre Nueva Zelanda y Tailandia, donde se especifica que las protecciones dadas no limitan al gobierno para brindar un trato favorable al pueblo indígena Maorí.<sup>125</sup>
- En el ámbito internacional, se debería promover por parte de los países en vía de desarrollo como Colombia, la creación de códigos de conducta para las multinacionales respaldados por acuerdos multinacionales.

Si bien estas sugerencias no evitan que en principio se presenten tribunales de arbitramento por posibles incumplimientos de las obligaciones existentes en los BIT, es muy probable que se pueda generar una defensa



<sup>122</sup> Peterson, *Derechos humanos...*, op. cit., p. 37.

<sup>123</sup> *Ibid.*, p. 38.

<sup>124</sup> *Ibid.*, p. 16.

<sup>125</sup> *Ibid.*, p. 41.

lo suficientemente sólida que disminuya la posibilidad de pagar una alta indemnización a un inversionista extranjero derivada del cumplimiento de los mandatos constitucionales.

## CONCLUSIONES

La Constitución de 1991 está irrigada por las teorías económicas de los noventa promovidas por países desarrollados y el Consenso de Washington, fundamentadas en la apertura económica, el libre movimiento de corporaciones y la integración de los países en vía de desarrollo con la internacionalización económica.

Por ello, el gobierno colombiano acude a la firma de Acuerdos para la Protección y Promoción Recíproca de Inversiones (APPRI) o *Bilateral Investment Treaties* (BIT), como son conocidos a nivel mundial, como mecanismos para la atracción de inversión extranjera a Colombia y de integración económica a la dinámica internacional.

Durante los últimos veinte años, estos tratados han jugado un papel muy importante no solo en el aspecto económico, sino en la formación de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en cuanto al manejo de la inversión extranjera dentro de la Constitución del 91.

En este sentido, la jurisprudencia de los últimos veinte años de la Corte Constitucional en cuanto a los BIT no ha variado, salvo en lo relacionado con las figuras de expropiación, nacionalización e indemnización, debido a la reforma constitucional del artículo 58 en el año de 1999 y la inclusión en estos tratados (desde el año 2001) de la posibilidad de que se pueda nacionalizar la inversión para crear monopolios rentísticos de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 336 constitucional.

Del estudio del precedente constitucional de los últimos veinte años sobre la materia, se puede concluir que el Congreso, el gobierno y la Corte Constitucional comparten la posición de que la inversión extranjera solamente trae beneficios al país.

A pesar de esta posición, existen varios estudios que demuestran que no siempre la inversión extranjera beneficia al país y que, por el contrario, los objetivos con los que se persigue esta no siempre se cumplen. Adicionalmente, el negociar BIT como mecanismos para la atracción de inversión extranjera puede limitar la maniobrabilidad del Estado colombiano en materias como derechos humanos, medio ambiente, protección del patrimonio cultural, entre otros.

En síntesis, para poder cumplir con los mandatos constitucionales, el gobierno colombiano deberá reevaluar la política de negociación de este tipo de tratados, con el fin de que verdaderamente se obtenga un beneficio

mutuo tanto para el inversionista extranjero como para el país, a través de la inclusión de cláusulas que señalen responsabilidades para el inversionista y que excluyan de responsabilidad al Estado colombiano cuando se regulen materias como derechos humanos, medio ambiente y políticas de discriminación positiva, entre otras.

## BIBLIOGRAFÍA

1. Alessandri, Donatella, "The WTO and Development: Victory o rational choice?", en Fleur, Johns; Richard, Joyce & Sundhya, Pahuja. *Events: The Force of International Law*, Routledge, Oxon - UK, 2011.
2. Benitah, Marc, *The Law of Subsidies under the GATT/WTO System*, Kluwer Law International, London, 2001.
3. Boyle, Alan & Chinkin, Christine, *The Making of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007.
4. Buckley, Adrian, *International Investment Value Creation and Appraisal: A Real Options Approach*, Copenhagen Business School Press, Denmark, 1998.
5. Byers, Michael, *Custom, Power and the Power of Rulers: International Relations and Customary International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999.
6. Carty, Anthony, *Law and Development*, New York University Press, New York, 1992.
7. Chang, Ha Joon, *Kicking Away the Ladder: Development Strategy in Historical Perspective*, Anthem Press, London, 2006.
8. Colombia, Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de Colombia de 1991.
9. Colombia, Congreso de la República, Ley 246 de 1995.
10. Colombia, Congreso de la República, Ley 437 de 1998.
11. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-006 del 18 de enero de 1993, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, Expediente D-060.
12. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-358 del 14 de agosto de 1996, magistrados ponentes Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández Galindo, Expediente L.A.T. 062.
13. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-379 del 22 de agosto de 1996, magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz, Expediente L.A.T. 061.
14. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-442 del 19 de septiembre de 1996, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, Expediente L.A.T. 073.



15. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-008 del 23 de enero de 1997, magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero, Expediente L.A.T. 074.
16. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-494 del 15 de septiembre de 1998, magistrado ponente Hernando Herrera Vergara, Expediente L.A.T. 117.
17. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-059 del 24 de enero del 2001, magistrada ponente Marta Victoria Sáchica Méndez, Expediente D-3210.
18. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-294 del 23 de abril del 2002, magistrado ponente Jaime Araújo Rentería, Expediente L.A.T. 209.
19. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-369 del 14 de mayo del 2002, magistrado ponente Eduardo Montealegre Lynett, Expediente L.A.T. 208.
20. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-961 del 21 de octubre del 2003, magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa, Expediente L.A.T. 235.
21. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-644 del 8 de julio del 2004, magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil, Expediente L.A.T. 250.
22. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-320 del 24 de abril del 2006, magistrado ponente Humberto Antonio Sierra Porto.
23. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-864 del 19 de octubre del 2006, magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil, Expediente L.A.T. 286.
24. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-961 del 22 de noviembre del 2006, magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil, Expediente D-6304.
25. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-309 del 3 de mayo del 2007, magistrado ponente Marco Gerardo Monroy Cabra, Expediente L.A.T. 291.
26. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-750 del 24 de julio del 2008, magistrada ponente Clara Inés Vargas Hernández, Expediente L.A.T. 311.
27. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-150 del 11 de marzo del 2009, magistrado ponente Mauricio González Cuervo, Expediente L.A.T. 328.
28. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-377 del 19 de mayo del 2010, magistrado ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Expediente L.A.T. 348.
29. Colombia, Junta Directiva del Banco de la República, Resolución Externa 21 de 1993.
30. Colombia, Junta Directiva del Banco de la República, Resolución Externa 8 del 2000.

31. Colombia, Junta Directiva del Banco de la República, Resolución Externa 7 del 2004.
32. Colombia, Junta Directiva del Banco de la República, Resolución Externa 5 del 2007.
33. Colombia, Junta Directiva del Banco de la República, Resolución Externa 1 del 2008.
34. Colombia, Junta Directiva del Banco de la República, Resolución Externa 4 del 2009.
35. Colombia, Junta Directiva del Banco de la República, Resolución Externa 2 del 2010.
36. Cooter, Robert D. & Parisi, Francesco, *Legal Institutions and Economic Development*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham UK, 2009.
37. Cooter, Robert & Ulen, Thomas, *Law & Economic*, Pearson, USA, 2004.
38. Cottier, Thomas; Paulwelyn, Joost & Burgi, Elisabeth, *Human Rights and International Trade*, Oxford University Press, Oxford, 2005.
39. Denza, Eileen, *Bilateral investment treaties and EU rules on free transfer: comment on Commission v Austria, Commission v Sweden and Commission v Finland*, 2010, en <<http://login.westlaw.co.uk/maf/wluk/app/document?&src=rl&sruid=ia744d05f0000012e0cb7783271d9da06&docguid=IE2ABEAF046A511DF8B88FA13AEE581B7&hitguid=IE2ABEAF046A511DF8B88FA13AEE581B7&spos=22&epos=22&td=482&crumb-action=append&context=7>> consulta del 31 de enero del 2011.
40. De Sousa Santos, Boaventura & Rodríguez Garavito, César, *Law and Globalization From Below: Towards Cosmopolitan Legality*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.
41. Dunkley Graham, *Free Trade: Myth, Reality and Alternatives*, Zed Books Ltd., London, 2004.
42. Faundez, Julio & Tan, Celine, *International Economic Law, Globalization and Developing Countries*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham UK, 2010.
43. Galeano, Eduardo, *Open Veins of Latin America*, Serpents Tail, Croydon UK, 2009.
44. Guardiola, Oscar, *What if Latin America Ruled The World: How The South Will Take the North Into the 22nd Century*, Bloomsbury, London, 2010.
45. Hoekman, Bernard & Kostecki, Michel, *The Political Economy of the World Trading System*, Oxford University Press, 1997.
46. Krasner, Stephen D., *Defending The National Interest: Raw Materials and U.S. Foreign Policy*, Princeton University Press, Princeton, 1978.
47. MIGA Homepage, en <[http://www.miga.org/guarantees/index\\_sv.cfm](http://www.miga.org/guarantees/index_sv.cfm)> consulta del 11 de febrero del 2011.
48. OPIC Homepage, en <<http://www.opic.gov/doing-business-us>> consulta del 11 de febrero del 2011.

49. Peterson, Luke Eric, *Derechos humanos y tratados bilaterales de inversión: panorama del papel de la legislación de derechos humanos en el arbitraje entre inversores y Estados*, Derecho y Democracia, Canadá, 2009, en <[http://www.dd-rd.ca/site/\\_PDF/publications/globalization/HIRA-volume3-SPAN.pdf](http://www.dd-rd.ca/site/_PDF/publications/globalization/HIRA-volume3-SPAN.pdf)> consulta del 2 de febrero del 2011.
50. Peterson, Luke Erik & Gray, Kevin R, *International Human Rights in Bilateral Investment Treaties and in Investment Treaty Arbitration*, International Institute for Sustainable Development (IISD), Canada, 2003, en <[http://www.iisd.org/pdf/2003/investment\\_int\\_human\\_rights\\_bits.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2003/investment_int_human_rights_bits.pdf)> consulta del 22 de enero del 2011.
51. Rodríguez Barrios, María Angélica & Rodríguez Vargas, Juana Paola, *Acuerdos bilaterales para la protección de la inversión extranjera en países subdesarrollados: el caso colombiano*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2001, en <<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere2/Tesis07.pdf>> consulta del 2 de febrero del 2011.
52. Sands, Philipe, *Lawless World: Making and Breaking Global Rules*, Penguin Books, London, 2006.
53. Salacuse, W. Jeswald, *The Global Negotiator: Making, Managing, and Mending Deals Around the World in The Twenty First Century*, Palgrave McMillan, New York, 2003.
54. Smith, Gordon, *Chinese bilateral investment treaties: restrictions on international arbitration*, Arbitration 2010, 2010, en <<http://login.westlaw.co.uk/maf/wluk/app/document?&src=rl&srguid=ia744d05f0000012e0ca8a090ae774469&docguid=IE0A2E4D2533811DFA4079190C164A3BC&hitguid=IE0A2E4D2533811DFA4079190C164A3BC&spos=5&epos=5&td=482&crumb-action=append&context=3>>.
55. Sornarajah, M., *The International Law on Foreign Investments*, Cambridge Press, 2010.
56. Subedi, Surya P., *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*, Hart, Portland - USA, 2008.
57. Trebilcock, Michael J., *The Regulation of International Trade*, Routledge, Oxon - UK, 2005.
58. UNCTAD, "Recent Developments in International Investment Agreements 2007 - June 2008", IIA Monitor, International Investment Agreements", United Nations, New York, 2008, en <[http://www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20081\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20081_en.pdf)> consulta del 6 de febrero del 2011.
59. Van den Bossche, Peter, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.