

SERIE DOCUMENTOS

**BORRADORES
DE
INVESTIGACIÓN**

No. 80, octubre de 2005

**Análisis crítico de la Ley 963 sobre estabilidad
jurídica al inversionista**

Juanita Villaveces Niño
Marcela Anzola Gil



UNIVERSIDAD DEL ROSARIO
Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario - 1653

VILLAVECES NIÑO, Juanita

Análisis crítico de la ley 963 sobre estabilidad jurídica al inversionista / Juanita Villaveces Niño, Marcela Anzola Gil. — Bogotá: Centro Editorial Universidad del Rosario, 2005.

19 p.— (Economía. Serie Documentos, Borradores de Investigación; 80)

ISSN: 0124-4396

Incluye bibliografía.

ECONOMÍA – COLOMBIA / INVERSIONES / INVERSIONES EXTRANJERAS / INVERSIONES – ASPECTOS JURÍDICOS / I. ANZOLA GIL, MARCELA / II. Título / III. Serie.

© Centro Editorial Universidad del Rosario

© Facultad de Economía

© Juanita Villaveces Niño, Marcela Anzola Gil

Todos los derechos reservados

Primera edición: octubre de 2005

ISSN: 0124-4396

Impresión digital: JAVEGRAF - Colombia

ANÁLISIS CRÍTICO DE LA LEY 963 DE 2005 SOBRE ESTABILIDAD JURÍDICA AL INVERSIONISTA

JUANITA VILLAVECES NIÑO
mvillave@urosario.edu.co

MARCELA ANZOLA GIL
manzola@urosario.edu.co

RESUMEN

El presente documento analiza la noción de seguridad y estabilidad jurídica para la inversión extranjera a partir de la Ley de Seguridad Jurídica sancionada por el Senado de Colombia en julio del presente año. En la primera parte se hace un recuento de la inversión extranjera desde una mirada histórica para ver las razones por las cuales se van generando mecanismos de garantía y seguridad a la inversión extranjera, así mismo, se presentan los distintos mecanismos de seguridad y estímulo a la inversión extranjera establecidos en Colombia desde mediados del siglo XX. En la segunda parte se muestran, desde la teoría económica, la noción de seguridad y estabilidad a la inversión. Aquí se subraya la importancia de la nueva economía institucional al involucrar variables jurídicas e institucionales para entender el desempeño de la inversión extranjera. Finalmente, en la tercera parte se analiza la Ley de Estabilidad Jurídica al Inversionista Extranjero (Ley 963 de 2005) y concluimos que si bien es un primer paso para generar incentivos de estabilidad al inversionista extranjero, su eficacia está sujeta a una combinación de otras variables que la ley, por sí sola, no garantiza.

Palabras clave: inversión extranjera, seguridad jurídica, Colombia.

Clasificación JEL: K220,F200

ABSTRACT

This paper analyzes the notion of stability to foreign invest found in the Law of Legal Stability created recently in Colombia. First, we explain, from a historical perspective, the reasons and tools to guaranty stability and security for foreign investment. We show some of the legal instruments used in Colombia during the past century. Then we explain what economic theory said about security to foreign investment. We underline the importance of New Economic Institutions in combine legal and institutional variables in order to explain foreign investment performance. In the end, we analyze the Law of Legal Stability (Law 963/2005) and we conclude that even is a steep toward the creation of incentives to foreign investment, its efficiency depends not only on the law but in a good combination of institutional and economic variables.

Keywords: foreign invest, legal security, Colombia.

Clasificación JEL: K220,F200

INTRODUCCIÓN

Las políticas en materia de inversión extranjera han evolucionado profundamente en las últimas dos décadas, especialmente en los países en desarrollo. Mientras que las décadas de los sesenta y setenta se caracterizaron por el desarrollo de políticas tendientes a restringir la entrada de capitales foráneos, a partir de los ochenta y particularmente en los noventa las políticas estuvieron encaminadas a promover y atraer la inversión extranjera. Este cambio de paradigma se explica principalmente por la disminución de las fuentes de financiación tradicionales debido a la crisis de la deuda y a la necesidad de los países en desarrollo de contar con capitales frescos.

En este contexto, la atracción de la inversión extranjera se convierte en una prioridad. Es así como los gobiernos establecieron programas especializados dirigidos a incentivar la inversión extranjera. Así mismo, liberalizaron sus regímenes de inversión y permitieron la inversión en todos los sectores de la economía, con muy pocas excepciones. Entre 1991 y 1994, por ejemplo, de los 1.035 cambios que se dieron en las legislaciones domésticas en el mundo, el 94% obedeció a modificaciones que tenían por objeto facilitar los flujos de inversión extranjera (UNCTAD, 2000, p. 46). Adicionalmente, los países procedieron a negociar tratados para promover y proteger las inversiones extranjeras¹ y más recientemente los acuerdos de comercio han incluido disciplinas relacionadas con la promoción y protección de la inversión extranjera que siguen lineamientos similares a los de los tratados bilaterales.

Estos cambios estuvieron acompañados de una serie de incentivos a la inversión. Por ejemplo, de acuerdo con *World Investment Report* de 1997, de las modificaciones introducidas en 1996 a las respectivas legislaciones domésticas, el 34% se relacionaban de una u otra forma con los incentivos a la inversión extranjera (UNCTAD, 1997; WTO, 1998, p. 2). Muchos gobiernos consideran los incentivos como instrumentos efectivos para atraer las inversiones y algunos estudios apoyan este enfoque. Por otra parte, a pesar de que existe evidencia de que los incentivos no se encuentran entre los factores determinantes para la elección, lo que sí es cierto es que si un país ofrece incentivos y otro no, *ceteris paribus*, éstos pueden inclinar la balanza a favor de los países que los ofrecen (UNCTAD, 1999, pp. 182-183).

No obstante, este enfoque no toma en cuenta las externalidades negativas y la posible competencia desleal que surge de la promoción de inversión mediante incentivos. Adicionalmente, la evidencia sugiere que mientras los incentivos pueden, en principio, estar justificados, las políticas alternativas pueden ser más efectivas (WTO, 1998, p. 8; *Graham and Sauvé* 1996, p.139). Como resultado, en la actualidad las políticas de inversión se han venido desplazando, cada vez con mayor fuerza, hacia la promoción y facilitación.

En este contexto, el Estado, las instituciones, la cultura, el desarrollo económico y la competitividad juegan un papel central en la atracción de la inversión extranjera. Es así como el Banco Mundial, por ejemplo, les sugiere a los países la necesidad de crear un clima adecuado y

¹ Tratados bilaterales de inversión (BIT). De acuerdo con la UNCTAD (2000) los noventa mostraron un rápido incremento en el número de tratados bilaterales y al final de la década el universo de estos tratados pasó de 385 a 1857 en 2000.

amable para la inversión (véase, por ejemplo, los diversos Informes para el Desarrollo del Banco que desde 1997 analizan el tema).

De la mirada netamente economicista, que afirmaba que la inversión extranjera era incentivada por las utilidades, el mercado y la tasa de interés, se pasa a otra institucional, o más cercana a la realidad, pues incluye otros entornos como posibles factores para incentivar al inversionista extranjero. Dichos entornos son los creados por las normas, las leyes, la cultura; en otras palabras, por las instituciones. Ahora, se advierte la importancia que la seguridad tiene en la ley, en la estabilidad del sistema político, la protección amplia de los derechos; es decir, el Estado de derecho. Colombia ha entrado tímidamente en la dinámica de evaluar sus instituciones y, poco a poco, ha ido involucrando variables institucionales en el análisis que hacen los *policymakers* sobre el desempeño económico del país.

Desde esta nueva mirada el país busca crear incentivos y un ambiente propicio para los inversionistas. En días pasados se llevó a cabo el lanzamiento de la campaña *Marca País –Colombia es pasión–*, campaña que está incluida en esta mirada institucionalista. Junto con este lema comercial, la Ley 963 de Estabilidad Jurídica fue sancionada en julio y reglamentada en agosto del presente año. Vale la pena destacar el esfuerzo del país por ampliar la forma como ha entendido hasta ahora el buen ambiente económico y las posibilidades que una nueva mirada le abre, tentativamente, al crecimiento económico. Sin embargo, también es importante analizar lo que hay detrás de la ley y si realmente logrará su propósito o se quedará señalada sólo como un buen intento y un mal paso.

El presente documento busca hacer una revisión de los pasos históricos y teóricos que han llevado a varios países, junto con Colombia, a crear leyes de estabilidad jurídica. Luego, hará un análisis de la Ley de Estabilidad Jurídica revisando cada artículo y señalando las fortalezas y debilidades halladas. Al final, concluye que la seguridad jurídica está condicionada por el realismo económico y por la legitimidad de los derechos que la legislación protege; es decir, el respeto y alcance de una ley de seguridad jurídica debe ir acompañado de políticas fiscales prudentes para ser efectiva y eficiente, además de un sistema judicial que sostenga el Estado de derecho.

1. INVERSIÓN EXTRANJERA Y SEGURIDAD VISTA DESDE LA HISTORIA Y LA TEORÍA ECONÓMICA

1.1. MIRADA HISTÓRICA

La inversión necesita seguridad. Afirmación que, a todas luces, parece obvia, pero que requiere un esfuerzo para ponerse en práctica. Tomar la decisión de realizar una inversión en otros territorios –ajenos y algo desconocidos– incrementa el riesgo, pero se ha hecho desde las sociedades más primitivas. En el 2.500 antes de Cristo, ya los sumerios buscaban vínculos en los territorios con los que tenían intercambio comercial. La forma de reducir el riesgo era enviando a familiares o conocidos a esos territorios, cuya labor era recibir, almacenar y vender la mercancía, así aseguraban que su ganancia no se perdería (una forma primitiva de tener filiales). Esta práctica se estilizó en el siglo XVII en las colonias. Sin embargo, el auge a gran escala de la inversión extranjera ocurrió en la segunda mitad del siglo XIX, cuando Inglaterra envió grandes

flujos de capital hacia Estados Unidos, países de América Latina y sus colonias en Asia. El destino principal de esta inversión fue la infraestructura y más adelante el petróleo.

Esta tendencia de inversión extranjera ha sido creciente. Existe un interés por parte del inversionista en capturar nuevos mercados y utilidades que lo llevan a emprender estas iniciativas. Por el lado del país receptor la entrada de inversión extranjera es un mecanismo que dinamiza la economía, fomenta el crecimiento económico y permite un cambio tecnológico a menor costo.

Durante el siglo XIX uno de los principales cambios que se dieron en la economía de mercado fue el desarrollo de la inversión extranjera. En 1817 David Ricardo aún daba por hecho que el capital sólo podía invertirse dentro de las fronteras del país. Igualmente, dio por hecho que los capitalistas no intentarían invertir en el extranjero. Pocas décadas más tarde la inversión de capital en el exterior empezó a jugar un papel fundamental en los asuntos mundiales.

Sin inversión de capital las naciones menos desarrolladas que el Reino Unido habrían tenido que propiciar los cambios tecnológicos paso a paso con el fin de imitar lo que dicho país hizo. Claramente, se hubiesen necesitado décadas para que los países alcanzaran el nivel de desarrollo tecnológico que Gran Bretaña había logrado. En este panorama la inversión extranjera jugó un papel fundamental para jalonar el desarrollo económico de otros países.

Inicialmente, Gran Bretaña invirtió en los países de Europa con pocos recursos y desarrollo económico inferior. Posteriormente, lo hizo en Estados Unidos, algunos países de América Latina y en sus colonias (especialmente en infraestructura, ferrocarriles, gas, etcétera).

Sin embargo, volviendo a la frase inicial, “la inversión necesita seguridad”, ¿qué tipo de seguridad existía en el siglo XIX y por qué los inversionistas emprendían inversiones en nuevos territorios? En ese momento, la inversión era llamativa por factores ligados a los precios, el mercado y la utilidad. Junto a esto el inversionista consideraba la opción dependiendo del riesgo de expropiación. Sin embargo, en el siglo XIX la expropiación no ocurrió con frecuencia. Entrado el siglo XX la expropiación empezó a utilizarse como un recurso nacionalista que obviamente vio lastimados los intereses de los inversionistas. A partir de entonces la búsqueda de seguridad explícita se hizo más evidente tanto del lado del inversionista como del país receptor de la inversión.

En Europa Occidental la Segunda Guerra Mundial cambió la noción de riesgo de los inversionistas. Las pérdidas en manos de actores dominantes o de otras empresas hicieron necesario re-construir la seguridad. Esto, sumado a la necesidad de reconstruir las economías europeas y fortalecer la industria nacional, condujo a la implementación de leyes que protegieran la inversión y regularan el uso de las utilidades.

En Colombia la inversión extranjera se inicia a mediados del siglo XIX y estuvo asociada a la minería, los ferrocarriles, la industria siderúrgica, de cervecería y textiles. El impacto de la inversión extranjera fue leve. Al estar localizada en enclaves no tuvo repercusiones fuertes en el desarrollo económico nacional. Sin embargo, el caso del ferrocarril fue distinto al servir principalmente como medio para sacar bienes primarios con miras al mercado internacional. En general, los incentivos para la inversión estaban vinculados a la utilidad, el mercado y el riesgo

que cada inversionista evaluaba. Por el lado de las limitaciones, además de las netamente económicas, estaba el ambiente hostil a los extranjeros (no específicamente a la inversión). Durante el siglo XIX la posición del país frente a las migraciones y los extranjeros fue poco amigable, aunque hubo excepciones en algunas regiones como la costa atlántica y los santanderes.

En el siglo XIX la noción de seguridad estaba igualmente marcada por la idea de no expropiación. Se buscaban mecanismos para garantizar la movilidad del capital y las utilidades sin el perjuicio de expropiación y sin ningún tipo de compensación por parte del Estado. Ya en el siglo XX el Estado fue creando mecanismos con miras a regular la inversión extranjera. En 1931 se creó la Oficina de Control de Cambios; en 1947 se establecieron los registros previos de capital extranjero; en 1951 se estipuló que todo capital importado hasta entonces quedaba bajo la obligación de ser registrado con el fin de tener derecho a la repatriación o a giro. En resumen, la legislación sobre la inversión extranjera expedida entre 1931 y 1965 tuvo un carácter limitado, puesto que sólo se concentró en conocer los movimientos de capital y condicionar a su registro los derechos cambiarios de giro o repatriación.

En 1967, en el gobierno de Carlos Lleras Restrepo, se creó el Decreto-Ley 444 de “Estatuto Cambiario”, el cual estuvo vigente hasta 1991. El Estatuto Cambiario tuvo por objeto la promoción del desarrollo económico y social así como el equilibrio cambiario. Entre otras cosas, buscaba estimular la inversión de capitales extranjeros manteniendo una armonía con los intereses generales de la economía nacional (proteccionista y volcada a la industrialización). En términos generales, establecía disposiciones acerca del tipo y calidad de la inversión extranjera, los criterios de aprobación y autorización y registro. Este Estatuto compendia un marco coherente de disposiciones acerca del tipo y calidad de la inversión extranjera, los criterios de aprobación y autorización y de su registro. Para la inversión en petróleo y minería se contempló un régimen específico según el cual las empresas petroleras no tenían la obligación de reintegrar todo el valor exportación del crudo, lo que les permitía la transferencia de utilidades al exterior.²

El período de vigencia del Estatuto Cambiario 1967-1991 fue de alta restricción a la entrada de capital extranjero. Tuvo momentos de mayor restricción, como la segunda mitad de los años setenta, luego de la bonanza cafetera que obligó a la adopción de un plan severo de estabilización en el país con el fin de frenar la tendencia de la inflación que superó el 30%.

En la década de los setenta el Estatuto Cambiario funcionó junto con la Decisión 24 del Pacto Andino de 1973, que implicó una política restrictiva a la inversión extranjera. Se prohibió la participación extranjera en proyectos de infraestructura física, servicios públicos y saneamiento básico, así como nuevas inversiones en la banca comercial (Uribe, 1994, pp. 4). También se dispuso que las empresas extranjeras debían poner en venta parte de sus activos para convertirse en mixtas. El Estado se reservó el derecho de establecer el monto máximo de giro de utilidades y remesa de capitales y se decidió que las empresas extranjeras sólo tenían acceso a crédito de corto plazo según lo dispuesto en el Acuerdo de Cartagena. De igual forma, se

² Ver Colombia: Reseña de su estructura económica, disponible en <http://www.lablaa.org/blaavirtual/letra-c/colombia/eco6.htm>

prohibió la inversión extranjera a través de operaciones de bolsa y toda inversión estaba sujeta a la aprobación y autorización de registro por parte del Departamento Nacional de Planeación.

En los años ochenta se generaron algunos cambios en la reglamentación con el fin de facilitar la entrada de capitales y los giros. La decisión 220 del Acuerdo de Cartagena en 1987, aumentó el derecho de giro de las utilidades del inversionista extranjero, permitió la inversión extranjera en sectores productivos antes prohibidos y posibilitó a los países del Pacto Andino diseñar sus políticas particulares de tratamiento al capital extranjero.

En la década de los noventa, bajo un clima de apertura económica y comercial, se modificó la normatividad. Se eliminaron la mayoría de restricciones a los inversionistas extranjeros, la autorización previa del Departamento Nacional de Planeación (exceptuando inversiones en servicios públicos y defensa nacional) y se redujo la tasa de tributación. Se estableció el trato igualitario; es decir, igualdad de condiciones al inversionista extranjero con la inversión de nacionales colombianos en la mayoría de los sectores productivos; se eliminaron todas las restricciones a la remisión del capital y los dividendos. Adicional a esto, la reducción de las barreras arancelarias, la flexibilización del mercado laboral y la flexibilización del tipo de cambio fueron políticas que favorecieron el clima colombiano a la inversión extranjera.

Como expone Uribe, “a comienzos de los noventa se desarrolló una estrategia dirigida a fomentar la inversión extranjera en el país. La estrategia contemplaba la adopción de un marco legal competitivo, la protección de las inversiones contra riesgos políticos y la promoción de las posibilidades de inversión” (1994, p. 26). Por una parte, se eliminó toda discriminación contra los extranjeros, con relación al tratamiento y las oportunidades de inversión, dándoles trato nacional; se abolieron los procedimientos de autorización especial para el establecimiento en Colombia del inversionista extranjero. Adicionalmente, se liberalizaron los derechos cambiarios y se eliminaron los topes máximos de giro de utilidades, de capital y de pago por contratos y la transferencia de tecnología. Por otra parte, se permitió la inversión extranjera en todos los sectores de la economía. Además, se realizaron acuerdos internacionales que permiten minimizar el riesgo político del inversionista (seguro contra la expropiación, la inconvertibilidad de la moneda y los daños ocasionados por la violencia). Entre 1991 y 1994 la inversión extranjera pasó de 457 millones de dólares a 1.928 millones de dólares, especialmente dirigida al sector petrolero y financiero.

1.2. MIRADA DESDE LA TEORÍA ECONÓMICA

El tema de la inversión extranjera y la seguridad o estabilidad a la inversión también ha estado presente en la teoría económica. La estabilidad jurídica entra al plano de la competitividad y el comercio internacional en años recientes, a pesar de que desde principios de los ochenta se hizo evidente la relación entre ambas variables como determinantes endógenas del desempeño económico.

Los clásicos, especialmente Ricardo, favorecen la inversión nacional y la teoría económica clásica no habla de la posibilidad de inversión por fuera de las fronteras nacionales (Smith y Ricardo). La seguridad jurídica está dada por acuerdos que no afectan el desenvolvimiento del mercado.

Por su parte, los neoclásicos asocian la inversión extranjera con la tasa de interés, los costos de producción y las oportunidades del mercado. Sin embargo, la ley, la seguridad y la estabilidad son variables que no pueden afectarse en el mercado; es decir, son variables ajenas a él. Según los neoclásicos el conjunto de normas es tal que no entorpece el mercado y garantiza la asignación eficiente de los recursos. La estabilidad y la seguridad a la inversión son dos elementos que están garantizados, que no se cuestionan y que no entorpecen las decisiones de los inversionistas. Una vez en el juego del mercado se parte de la hipótesis de “mundo perfecto”, donde la información es suficiente para enviar las señales adecuadas al inversionista sobre riesgo y utilidad.

Frente a este sueño del equilibrio neoclásico y “mundo perfecto” el keynesianismo vuelve a la realidad. Para esta teoría la inversión dinamiza la demanda agregada y está sujeta a la tasa de interés, las expectativas de los capitalistas y el tiempo. Esta última noción, el tiempo, hace pensar que las decisiones no se toman y se resuelven en el mismo instante (como lo sugirieron varios neoclásicos); es decir, al incluir el tiempo, se introduce la noción de estabilidad a largo plazo e inversiones pensadas para durar. El Estado juega un papel importante en la economía como agente regulador. En las circunstancias en las que el mercado genere fallas el Estado tiene la capacidad de intervenir para solucionarlas.

Hasta ahí la posición frente a la seguridad o confianza del inversionista había sido muy parca en la teoría económica. La nueva economía institucional introduce varios elementos para pensar el tema y para dar las respuestas que otras teorías no dieron. En general, la noción de instituciones hace referencia al conjunto de acuerdos que propician o frenan el desarrollo económico. Incluyen los costos de transacción como factores que pueden obstaculizar el buen desempeño de la economía. En los costos de transacción se puede incluir la claridad –información– sobre las posibilidades de inversión. Elementos como la legislación, el sistema judicial, la cultura, los grupos de presión y los intereses políticos son tenidos en cuenta para entender el buen desempeño de la economía. La inversión extranjera también está afectada por estas variables. Se trasciende la idea de costos y ventajas comparativas para hablar de estabilidad institucional –incluyendo estabilidad jurídica.

Como muestran Busse y Hefeker (2005), existen varios indicadores institucionales que afectan la inversión extranjera directa, entre ellos: estabilidad del gobierno, condiciones socioeconómicas, oportunidades de inversión, conflicto interno y externo, corrupción, participación del ejército en política, tensiones religiosas, ley y orden, tensiones étnicas, rendición de cuentas democráticas y calidad de la burocracia. Estos indicadores dan cuenta del riesgo político y la calidad de las instituciones en un país. Es decir, además las variables económicas (tamaño del mercado, costos laborales y apertura comercial) se hace necesario tener en cuenta el riesgo político y de seguridad que generan otras variables, especialmente la estabilidad del gobierno, leyes y orden y calidad de la burocracia.

Por su parte, Qian y Stahan (2005) buscan ver las variables legales e institucionales que afectan los contratos financieros. Para los autores, las variables determinantes son los derechos de los acreedores, el formalismo legal, los derechos de propiedad y la corrupción del gobierno. Es decir, el clima de seguridad y riesgo está determinado por la seguridad que la ley y su aplicación puede darle a las inversiones y contratos financieros. Adicional a estos factores, los autores

evalúan el origen legal de cada país. Aquellos cuya herencia es el sistema inglés consuetudinario tienen más posibilidades de éxito en su diseño y eficiencia legal que los que tienen herencia del sistema legal francés (el caso de Colombia). La razón que está detrás del origen legal es interesante, pues en el sistema inglés prevalece la costumbre, las formas de interrelación social y luego se diseña la norma. En nuestro caso, de herencia francesa, primero se impone la norma que, en muchos casos, es ajena y contradictoria con la costumbre y el tipo de relaciones que ocurren entre los individuos, de ahí surge una dificultad para obtener eficacia.

De lo anterior podemos señalar que la nueva economía institucional advierte que: la seguridad jurídica está relacionada con la confianza que se tenga en las instituciones; la confianza surge de la estabilidad en el tiempo y su efectividad; la confianza no puede imponerse, es decir, surge de algo más fuerte que la misma ley.

1.3. DE LA TEORÍA A LA PRÁCTICA: LA IMPLEMENTACIÓN DE MEDICIÓN DE LOS DETERMINANTES INSTITUCIONALES DE LA INVERSIÓN

La nueva economía institucional ha tenido un fuerte eco en los organismos internacionales que han incluido variables institucionales en los análisis del desempeño económico de los países y en sus estrategias para el crecimiento y la reducción de la pobreza. A partir de 1997 el Banco Mundial introduce un nuevo vocabulario en sus informes: las instituciones, el buen gobierno y las acciones que permiten generar un clima adecuado para la economía, los negocios y la reducción de la pobreza. En esta perspectiva, la seguridad y la estabilidad juegan un papel fundamental. De ser vistas como producto del buen desempeño macroeconómico y financiero de un país pasan a ser vistas con un lente legal, cultural, organizacional, etcétera; es decir, un lente institucional.

El tema de la inversión extranjera no ha sido ajeno a esta nueva mirada. Para el Banco Mundial (2005) las políticas y actuación de los gobiernos determinan las oportunidades y los incentivos que se presentan a las empresas, afectando los costos, los riesgos y las barreras a la competencia. Estos tres factores afectan positiva o negativamente la decisión del inversionista. El segundo incluye las variables institucionales que mencionamos anteriormente. En general, al ser una inversión de largo plazo las expectativas de las inversiones sobre el futuro son cruciales. Existe un tipo de riesgo que es endógeno a la empresa: la incertidumbre acerca de la respuesta de los clientes y competidores. Sin embargo, existe un riesgo exógeno a la empresa, donde los gobiernos son quienes deben crear mecanismos para reducirlo, asociado a un entorno estable y seguro, a la protección de los derechos de propiedad, incertidumbre normativa, inestabilidad macroeconómica y arbitrariedad de la regulación.

Según el Banco Mundial la principal preocupación de los inversionistas extranjeros son los riesgos asociados con las políticas de un país y al entorno político regional. En esta perspectiva, el Banco aconseja cuatro acciones a los gobiernos con miras a mejorar el clima para la inversión y, por tanto, el crecimiento y la reducción de la pobreza. Estos son: poner freno a la captación de las rentas, establecer la credibilidad, fomentar la confianza pública y la credibilidad y asegurarse que las políticas se ajusten a las condiciones locales. En general, se trata de crear correctivos

a la corrupción y el clientelismo de la clase política; generar confianza en las acciones del Estado (políticas públicas) en el marco normativo y legal; incentivar la credibilidad de la población en el Estado y sus políticas; por último, ser capaces de implementar políticas pensando y analizando el entorno. Cada uno de estos elementos aporta ampliamente a la confianza del inversionista, reduce su riesgo y nos deja ver que la decisión de invertir está fuertemente afectada por la confianza en las instituciones y su perdurabilidad.

Junto con esta mirada empírica se ven los esfuerzos de las economías emergentes para crear mecanismos enfocados a promocionar y atraer la inversión extranjera directa, convirtiéndose en puntos clave de la competencia económica. Algunos países se apoyan y confían en los incentivos financieros –beneficios tributarios y subsidios–; otros han escogido una variedad más amplia que incluye mejorar la infraestructura doméstica y las ventajas locales con el fin de satisfacer la demanda y las expectativas de los inversionistas extranjeros; por último, otros han buscado mejorar el clima general de los negocios, reduciendo las barreras administrativas y burocráticas –*red tape*. Muchos gobiernos han creado agencias estatales para ayudar a los inversionistas en el papeleo necesario y promoviendo la Inversión Extranjera Directa. Del mismo modo, muchos países han iniciado acuerdos internacionales para incrementar la atracción del lugar. Aquí encontramos la iniciativa múltiple de Colombia: ley de seguridad jurídica, agencias estatales, reducción de barreras administrativas y propuesta de ley para una reforma tributaria.

Estos nuevos factores han sido objeto de medición con el fin de caracterizar a los países. De ahí que encontremos varios índices de percepción de la inversión o del inversionista extranjero que buscan dar indicios de las variables que inciden en la decisión de invertir:

- Índice de Atracción a la Inversión Extranjera, Índice de Desempeño de la IED;
- Índice de Potencial de IED;
- Economic Freedom of the World, Index of Economic Freedom;
- Índice de Opacidad;
- FDI Performance Index.

En general, estos índices combinan dos tipos de variables, de percepción y duras, para dos aspectos gruesos, variables institucionales y variables netamente económicas. Los índices miden el desempeño de las inversiones extranjeras y el potencial de las inversiones extranjeras. De igual forma, existen índices de desempeño económico que incluyen la seguridad jurídica en el marco del Estado de derecho y en el sistema judicial.

Otros índices más específicos clasifican a los países según la inversión extranjera directa que reciben con respecto al tamaño relativo de su economía. En este índice, Colombia ocupa el lugar 80 entre 140 países. La mayoría de países de América Latina están por encima de Colombia: Nicaragua (13), Bolivia (14), Chile (19), México (72). El primer país es Bélgica y Luxemburgo y en el lugar 140 está Surinam.

En el cuadro 1 se encuentran las principales variables que estos índices incluyen (no todos las mismas variables).

CUADRO 1
VARIABLES QUE AFECTAN LA INVERSIÓN EXTRANJERA

Variables institucionales	¿Variables económicas?
<ul style="list-style-type: none"> • Incentivos del gobierno • Calificación de la fuerza laboral • Talento en la gerencia • Estado de derecho • Transparencia • Barreras culturales • Ambiente regulatorio • Sofisticación del consumo • Estabilidad política y social 	<ul style="list-style-type: none"> • Infraestructura • Acceso a mercados de exportación • Potencial de crecimiento de mercado • Tamaño del mercado, costos de producción y trabajo • Calidad de vida • Presencia de competencia • Régimen impositivo • Reformas económicas • Estabilidad económica y financiera

De acuerdo con los informes de los índices se observa que las variables institucionales pasan a ser las más observadas y cuestionadas por los inversionistas. En general, en las decisiones el Estado de derecho (estabilidad política y credibilidad en la ley), tienen mucho peso la transparencia y el ambiente regulatorio. Por el lado de las variables económicas, son importantes el tamaño y el crecimiento del mercado junto con el sistema impositivo. Vale la pena subrayar que las variables que están en la columna derecha del cuadro (económicas), también pueden ser entendidas como variables institucionales; es decir, detrás del régimen impositivo o las reformas económicas existe una noción de normas, de su implementación y pugnas políticas para cambiarlas. Igual sucede con la infraestructura y la idea de calidad de vida. Es decir, fácilmente podríamos dejar todas las variables del lado de las variables institucionales.

La historia, la teoría y la práctica nos dejan ver la importancia que tiene la seguridad para el inversionista y la estabilidad jurídica como uno de estos elementos. Pero, ¿qué es estabilidad jurídica? Desde el punto de vista de los inversionistas es un estatuto del inversionista extranjero, régimen tributario, régimen de propiedad privada. Como estatuto del inversionista extranjero es un contrato de ley entre el Estado y el primero; no discriminación frente al inversionista nacional, régimen tributario y arancelario aplicables a la inversión nacional. Vista desde el gobierno, es un compromiso con las metas de competitividad, de crecimiento y de desarrollo económico; una herramienta para propiciar las anteriores a través de las garantías a los inversionistas extranjeros.

Colombia no es el primer país en implementar una ley de estabilidad jurídica. En América Latina varios países han implementado esta iniciativa y los resultados aún no son evaluados y visibles. Este es el caso de Panamá en 1998, Perú en 1993, Venezuela y Chile en 1974 –con posteriores modificaciones.

Esta mirada sobre la importancia que adquieren las instituciones, en particular la seguridad jurídica, nos lleva a un análisis de la Ley 963 de 2005 sobre estabilidad jurídica.

2. ANÁLISIS DE LA LEY DE ESTABILIDAD JURÍDICA²

De acuerdo con el Senador Irragori³ –ponente del proyecto de ley en el Senado de la República– esta ley tiene como objetivo principal la generación de confianza al inversionista así como propiciar un ambiente jurídico estable para los inversionistas internacionales. Sin embargo, es un paso que ya parece cojear por la misma contradicción que genera.

En efecto, es preciso señalar que hablar de una ley para “garantizar la estabilidad jurídica” resulta de por sí contradictorio en un Estado de derecho cuya característica fundamental es precisamente la garantía de la ley –*rule of law*. Más aún, esto lleva a preguntarse ¿quién garantiza que esta ley se cumpla? ¿Es que acaso no nos encontramos en un Estado de derecho? Y si no es así, ¿éste puede suplirse con instrumentos como el que nos ocupa en este ámbito?

En lo que concierne a la regulación en particular, la ley presenta varias dificultades y contradicciones, incluso frente a políticas más amplias no sólo para la promoción de las inversiones, sino también en el contexto más general del comercio internacional.

En primer lugar, de la redacción del artículo 1 que prevé la definición de estabilidad jurídica no se pueden inferir los criterios para considerar que hay un cambio legislativo que afecte negativamente al inversionista. ¿Quién juzga esto? ¿El inversionista o el gobierno? La ley se limita a establecer que “(...) si durante su vigencia se modifica en forma adversa a estos alguna de las normas que haya sido identificada en los contratos como determinante de la inversión, los inversionistas tendrán derecho a que se les continúen aplicando dichas normas por el término de duración del contrato respectivo”. Y prosigue: “Para todos los efectos, **por modificación se entiende cualquier cambio en el texto de la norma** efectuado por el Legislador si se trata de una ley, por el Ejecutivo o la entidad autónoma respectiva si se trata de un acto administrativo del orden nacional, o un cambio en la interpretación vinculante de la misma realizada por autoridad administrativa competente” (el resaltado es nuestro).

En segundo lugar, la ley no prevé una definición de inversión extranjera ni de inversionista extranjero; al parecer, deja dicha temática a las normas generales que regulan la materia. Tampoco define lo que se entendería por inversiones adicionales o suplementarias en el caso de inversiones existentes. Esto puede generar problemas de interpretación en la medida en que, por ejemplo, en las normas generales de inversión existan definiciones que pueden estar en contradicción con algunos compromisos internacionales adquiridos por Colombia –por ejemplo, tratados bilaterales para promover y proteger la inversión o acuerdos de integración– y en estos casos surge la duda sobre cuál primaría.

En tercer lugar, la obligación de listar las normas y disposiciones respectivas puede convertirse en un ejercicio dispendioso para el inversionista que además lo pone en riesgo permanente de dejar por fuera normas o disposiciones que pueden ser de vital importancia, dando lugar a que el contrato se convierta en un instrumento carente de utilidad práctica. Adicionalmente,

³ Véase el texto de la Ley en el anexo.

⁴ Exposición hecha en el *Conversatorio sobre Ley de Estabilidad Jurídica*, Universidad del Rosario, 2 de septiembre de 2005.

esto eleva los costos de transacción y, por consiguiente, desincentiva el uso de este tipo de instrumentos.

En cuarto lugar, no se establece con claridad cuáles son los criterios que aplicará el Comité para determinar si aprueba o no el contrato respectivo, lo que genera, paradójicamente, inseguridad jurídica.

En quinto lugar, la existencia de una prima para garantizar el cumplimiento del contrato implica una carga adicional para el inversionista y una posición de privilegio para el Estado, en la medida en que éste no se ve obligado a garantizar el cumplimiento del contrato. La única vía que tiene el inversionista para exigir ese cumplimiento es la jurisdiccional o acudir ante un tribunal de arbitramento nacional, lo cual no le garantiza la imparcialidad que se requiere.

En sexto lugar, el hecho de no poder acudir al arbitraje internacional en caso de incumplimiento por parte del Estado, genera contradicciones con los tratados internacionales –BIT y Capítulos de Inversión en Acuerdos de Comercio– que sí lo permiten.

En séptimo lugar, la ley no contempla una cláusula de confidencialidad que proteja la información suministrada por el inversionista en el momento de elevar la solicitud ante el Comité. Es preciso señalar que de acuerdo con la Constitución Política este tipo de cláusulas son objeto de reservas de ley y, por consiguiente, no podrá ser subsanada por vía reglamentaria.

Finalmente, no existe mucha claridad sobre las normas aplicables a este tipo de contratos ni en lo que concierne a la naturaleza jurídica de los mismos, dando lugar, nuevamente, a mayor inseguridad jurídica.

CONCLUSIÓN

¿Cuáles son los beneficios que ofrece la ley de estabilidad jurídica? ¿Se justifica crear un “régimen especial para atraer a la inversión extranjera”?

El valor de la seguridad jurídica está condicionado por el realismo económico y por la legitimidad de los derechos que la legislación protege. Si el respeto por la ley no está acompañado por políticas fiscales prudentes la protección de la propiedad de los inversionistas se torna imposible.

Por otro lado, es preciso señalar que la seguridad jurídica es útil cuando es funcional a los principios de igualdad ante la ley y protección del interés general. Históricamente, el riesgo y la confianza han sido factores primordiales en la decisión de inversión extranjera. Teóricamente, la confianza está vinculada con la información, las instituciones y el tiempo. Las inversiones de largo plazo necesitan horizontes estables en el tiempo. Las instituciones pueden dar confianza, seguridad y reducir el riesgo. La estabilidad jurídica no es únicamente una ley. Es el contexto en el cual se toman las decisiones individuales y las interacciones sociales. La estabilidad jurídica es el producto de una combinación de normas y conductas sociales.

BIBLIOGRAFÍA

Banco de la República (1992). La inversión extranjera en Colombia, disponible en: <http://www.lablaa.org/blaavirtual/letra-c/colombia/ec0.htm>.

- Busse M y Hefeker C (2005). Political Risk, Institutions and Foreign Direct Investment. *Discussion Paper*, núm. 315. Hamburg Institute of International Economics.
- Graham y Sauvé (1996). "Towards a Rule-based regime for investment: issues and Challenges". En: Investment rules for global Economy.
- Nunnenkamp P (2002a). Determinants of FDI in developing countries: Has globalization changed the rule of the game? *Working Paper*, núm. 1122. KIEL. Disponible en: <http://www.uni-kiel.de/ifw/pub/kap/2002/kap1122.pdf>
- Nunnenkamp P (2002b). Foreign Direct Investment in Developing Countries. What economist (don't) know and what policymakers should (not) do. *Working Paper*, núm. 0216. Center for International Trade, Economics and Environment. Disponible en: <http://www.cuts-international.org/FDI%20in%20Developing%20Countries-NP.pdf>
- Marco legal apropiado para la inversión extranjera*. Disponible en: <http://www.inversiones.gov.ar/documentos/razon10.pdf>
- Qian J y Straban P (2005). How Laws and Institutions Shape Financial Contracts: The case of Bank Loans. Wharton Financial Institutions Center.
- Uribe, J.E (1994). Flujos de Capital en Colombia. En: www.banrep.gov.co/docum/ftp/borra025.pdf
- United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD (1997). "World Investment Report 1997: Transnational Corporations, Market Structure and Competition Policy," United Nations, New York and Geneva.
- _____ (1999). World Investment Report 1999: Foreign Direct Investment and the Challenge of Development (New York and Geneva: United Nations), United Nations publication, Sales No. E.99.II.D.3, pp.182-183.
- _____ (2000). World Investment Report 2000: Cross-border Mergers and Acquisitions and Development (New York and Geneva: United Nations), United Nations publication, Sales No. E.00.II.D.20, pp. 4-46.
- World Bank (2005). A Better Climate for Investment. Informe sobre el desarrollo mundial.
- World Bank (2005). Doing Business in 2006. *Creating Jobs*.
- World Trade Organization (WTO) (1997). "The Relationship between Trade and Foreign Direct Investment", Working Group on the Relationship between Trade and Investment, WT/WGTI/W/7, 18 September, Geneva, p. 6.
- _____ (1998). The Impact of Investment incentives and Performance Requirements on International Trade. Working Group on the Relationship between Trade and Investment, WT/WGTI/W/56, 30 September, Geneva, pp 2-5-6-8.

ANEXO**LEY 963 DE 2005**

(Julio 8)

Por la cual se instaura una ley de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. *Contratos de estabilidad jurídica.* Se establecen los contratos de estabilidad jurídica con la finalidad de promover inversiones nuevas y de ampliar las existentes en el territorio nacional.

Mediante estos contratos, el Estado garantiza a los inversionistas que los suscriban, que si durante su vigencia se modifica en forma adversa a estos alguna de las normas que haya sido identificada en los contratos como determinante de la inversión, los inversionistas tendrán derecho a que se les continúen aplicando dichas normas por el término de duración del contrato respectivo.

Para todos los efectos, por modificación se entiende cualquier cambio en el texto de la norma efectuado por el Legislador si se trata de una ley, por el Ejecutivo o la entidad autónoma respectiva si se trata de un acto administrativo del orden nacional, o un cambio en la interpretación vinculante de la misma realizada por autoridad administrativa competente.

Artículo 2°. *Inversionistas nacionales y extranjeros.* Podrán ser parte en los contratos de estabilidad jurídica los inversionistas nacionales y extranjeros, sean ellos personas naturales o jurídicas, así como los consorcios, que realicen inversiones nuevas o amplien las existentes en el territorio nacional, por un monto igual o superior a la suma de siete mil quinientos salarios mínimos legales mensuales vigentes (7.500 smlmv), para desarrollar las siguientes actividades: turísticas, industriales, agrícolas, de exportación agroforestales, mineras, de zonas procesadoras de exportación; zonas libres comerciales y de petróleo, telecomunicaciones, construcciones, desarrollos portuarios y férreos, de generación de energía eléctrica, proyectos de irrigación y uso eficiente de recursos hídricos y toda actividad que apruebe el Comité de que trata el artículo 4° literal b). Se excluyen las inversiones extranjeras de portafolio.

Artículo 3°. *Normas e interpretaciones objeto de los contratos de estabilidad jurídica.* En los contratos de estabilidad jurídica deberán indicarse de manera expresa y taxativa las normas y sus interpretaciones vinculantes realizadas por vía administrativa, que sean consideradas determinantes de la inversión.

Podrán ser objeto de los contratos de estabilidad jurídica los artículos, incisos, ordinales, numerales, literales y párrafos específicos de leyes, decretos o actos administrativos de carácter general, concretamente determinados, así como las interpretaciones administrativas vinculantes efectuadas por los organismos y entidades de los sectores central y descentralizado por servicios que integran la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional, a los que se refiere el artículo 38 de la Ley 489 de 1998, las Comisiones de Regulación y los organismos estatales sujetos a regímenes especiales contemplados en el artículo 40 de la misma ley, exceptuando al Banco de la República.

Parágrafo. Para los efectos de esta ley se entienden como inversiones nuevas, aquellas que se hagan en proyectos que entren en operación con posterioridad a la vigencia de la presente ley.

Artículo 4°. *Requisitos esenciales de los contratos de estabilidad jurídica.* Los contratos de estabilidad jurídica deberán cumplir con la totalidad de los siguientes requisitos:

- a) El inversionista presentará una solicitud de contrato que deberá cumplir con los requisitos contenidos en los literales c), d) y e) de este artículo, y deberá acompañarse de un estudio en el que se demuestre el origen de los recursos con los cuales se pretenden realizar las nuevas inversiones o la ampliación de las existentes, al igual que una descripción detallada y precisa de la actividad, acompañada de los estudios de factibilidad, planos y estudios técnicos que el proyecto requiera o amerite y el número de empleos que se proyecta generar;
- b) La solicitud de contrato será evaluada por un Comité que aprobará o improbará la suscripción del contrato conforme a lo establecido en el Plan Nacional de Desarrollo y al documento CONPES que para tal efecto se expida. Este Comité estará conformado por:
 - El Ministro de Hacienda y Crédito Público, o su delegado.
 - El Ministro de Comercio, Industria y Turismo, o su delegado.
 - El Ministro del ramo en el que se efectúe la inversión, o su delegado.
 - El Director del Departamento Nacional de Planeación, o su delegado.
 - El Director de la entidad autónoma, o su delegado, cuando se trate de normas expedidas por dichas entidades.
- c) En los contratos se establecerá expresamente la obligación del inversionista de realizar una inversión nueva o una de ampliación, conforme al artículo 2° de la presente ley, se señalará el plazo máximo para efectuar la inversión y se indicará el término de duración del contrato;
- d) En las cláusulas contractuales deberán transcribirse los artículos, incisos, ordinales, numerales, literales y párrafos de las normas emitidas por los organismos y entidades determinados en esta ley, así como las interpretaciones administrativas vinculantes, sobre los cuales se asegurará la estabilidad, y se expondrán las razones por las que tales normas e interpretaciones son esenciales en la decisión de invertir;
- e) En los contratos de estabilidad jurídica se deberá establecer el monto de la prima a que se refiere el artículo 5°, la forma de pago y demás características de la misma;
- f) Los contratos deberán suscribirse por el Ministro del ramo en el que se efectúe la inversión, según lo disponga el Comité. Esta firma no podrá ser delegada. El Ministerio tendrá cuatro (4) meses, a partir de la solicitud del inversionista, para suscribir el contrato o para señalar las razones por las cuales la solicitud no reúne los requisitos señalados en esta ley;
- g) En caso de presentarse subrogación o cesión en la titularidad de la inversión, el nuevo titular deberá contar con la aprobación del Comité, para efecto de mantener los derechos y obligaciones adquiridos en los contratos de estabilidad jurídica.

Parágrafo. Además de los requisitos contemplados en los literales c), d) y e), el inversionista que pretenda acogerse a los beneficios que la presente ley establece, estará obligado a:

- a) Cumplir de manera estricta las disposiciones legales y reglamentarias que regulen la actividad vinculada con el tipo de actividad de que se trate y pagar puntualmente los impuestos, tasas y contribuciones y demás cargos sociales y laborales a que está sujeta la empresa;
- b) Cumplir fielmente con el conjunto de normas establecidas o que establezca el Estado para orientar, condicionar y determinar la conservación, uso, manejo y aprovechamiento del ambiente y los recursos naturales;
- c) Cumplir con todas las obligaciones legales y reglamentarias de orden tributario y laboral adquiridas de conformidad con lo dispuesto en la presente ley.

Artículo 5°. *Prima en los contratos de estabilidad jurídica.* El inversionista que suscriba un contrato de estabilidad jurídica pagará a favor de la Nación –Ministerio de Hacienda y Crédito Público– una prima igual al uno por ciento (1%) del valor de la inversión que se realice en cada año.

Si por la naturaleza de la inversión, esta contempla un período improductivo, el monto de la prima durante dicho período será del cero punto cinco por ciento (0.5%) del valor de la inversión que se realice en cada año.

Artículo 6°. *Duración de los contratos de estabilidad jurídica.* Los contratos de estabilidad jurídica empezarán a regir desde su firma y permanecerán vigentes durante el término de duración establecido en el contrato, el cual no podrá ser inferior a tres (3) años, ni superior a veinte (20) años.

Artículo 7°. *Cláusula compromisoria.* Los contratos de estabilidad jurídica podrán incluir una cláusula compromisoria para dirimir las controversias derivadas de los mismos. En este caso, se establecerá un tribunal de arbitramento nacional regido exclusivamente por leyes colombianas.

Artículo 8°. *Terminación anticipada del contrato.* La no realización oportuna o retiro de la totalidad o parte de la inversión, el no pago oportuno de la totalidad o parte de la prima o el estar incurso en la causal del artículo 9° de la presente ley, dará lugar a la terminación anticipada del contrato.

Artículo 9°. *Inhabilidad para contratar.* No podrán suscribir ni ser beneficiarios de los contratos de estabilidad jurídica quienes hayan sido condenados mediante sentencia ejecutoriada o sancionados mediante acto administrativo definitivo, en el territorio nacional o en el extranjero, en cualquier época, por conductas de corrupción que sean consideradas punibles por la legislación nacional.

Artículo 10. *Registro.* Los contratos de estabilidad jurídica deberán registrarse ante el Departamento Nacional de Planeación, entidad que informará anualmente al Congreso de la República sobre los contratos celebrados, las normas por estos amparadas, los montos de la inversión protegida y el efecto fiscal anual derivado de estos contratos.

Artículo 11. *Limitaciones a los contratos de estabilidad.* Los contratos de estabilidad deben estar en armonía con los derechos, garantías y deberes consagrados en la Constitución Política y respetar los tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano.

No se podrá conceder la estabilidad prevista en la presente ley sobre normas relativas a: el régimen de seguridad social; la obligación de declarar y pagar los tributos o inversiones forzosas

que el Gobierno Nacional decrete bajo estados de excepción; los impuestos indirectos; la regulación prudencial del sector financiero y el régimen tarifario de los servicios públicos.

La estabilidad tampoco podrá recaer sobre las normas declaradas inconstitucionales o ilegales por los tribunales judiciales colombianos durante el término de duración de los contratos de estabilidad jurídica.

Artículo 12. *Vigencia.* La presente ley rige a partir de su promulgación.

El Presidente del honorable Senado de la República,

Luis Humberto Gómez Gallo.

El Secretario General del honorable Senado de la República,

Emilio Ramón Otero Dajud.

La Presidenta de la honorable Cámara de Representantes,

Zulema del Carmen Jattin Corrales.

El Secretario General de la honorable Cámara de Representantes,

Angelino Lizcano Rivera.

República De Colombia - Gobierno Nacional

Publíquese y ejecútese.

Dada en Bogotá, D. C., a 8 de julio de 2005.

Álvaro Uribe Vélez

El Ministro de Hacienda y Crédito Público,

Alberto Carrasquilla Barrera.

El Ministro de Comercio, Industria y Turismo,

Jorge Humberto Botero Angulo.

El Director del Departamento Nacional de Planeación,

Santiago Montenegro Trujillo.