

Promoviendo una Mayor Permanencia y Expansión de la Inversión en Colombia: Consideraciones para Establecer una Unidad de Defensoría de Inversiones¹

Mensajes clave:

Una investigación reciente del GBM muestra que alrededor de uno de cada cuatro Inversionistas en países en desarrollo descontinúan sus proyectos de inversión en países en desarrollo como resultado de las quejas que surgen con las agencias reguladoras nacionales. (Banco Mundial 2019) Habiendo pasado por el esfuerzo de atraer inversionistas a través de costosas campañas de promoción e incluso incentivos, parecería lógico esperar que la mayoría de los gobiernos contaran con políticas para promover la permanencia y expansión a largo plazo de los proyectos de inversión. Sin embargo, parece haber un lado ciego en la política de inversión. Los estados tienen múltiples niveles y son complejos, y los conflictos a menudo surgen como resultado de la interacción de los inversionistas con muchas agencias reguladoras. Por lo tanto, los gobiernos a menudo carecen de una infraestructura legal que les permita articular una reacción oportuna y coherente para abordar un conflicto que pueda poner un proyecto de inversión en riesgo de ser retirado. El "Mecanismo de Manejo de Conflictos Inversionista-Estado (MMC) buscan proporcionar dicha infraestructura legal. En Colombia, no hay información sistemática sobre cuántos proyectos de inversión se suspenden cada año, ni datos sobre los sectores donde las desinversiones puedan tender a concentrarse o si dichas desinversiones se deben a problemas con las agencias reguladoras o cualquier otro factor. Además, aunque Colombia ha hecho esfuerzos significativos para abordar los problemas y disputas relacionados con la inversión, el gobierno aún carece de un MMC inversionista-Estado eficiente. Esta nota incluye una serie de opciones de política para Colombia sobre cómo personalizar las buenas prácticas para establecer un MMC inversionista-Estado en la forma de una unidad de Defensoría dentro de la estructura existente del gobierno.

Introducción

Debido a sus beneficios reconocidos, la mayoría de los países en la actualidad— independientemente de su nivel de desarrollo—compiten por y dedican importantes recursos al diseño de costosas campañas de promoción y esquemas de incentivos para atraer inversión extranjera directa (IED). (Banco Mundial 2019, 2018) La captura de los efectos secundarios positivos totales de la IED es un proceso a largo plazo y requiere certeza regulatoria y previsibilidad para permitir a los inversionistas acometer una planificación comercial estratégica a largo plazo. (Echandi, Krajcovicova y Qiang 2015),

Habiendo pasado por el esfuerzo de atraer inversionistas, los gobiernos anfitriones deben contar con políticas para asegurar una rápida identificación y resolución de cualquier problema que surja entre los inversionistas y las agencias reguladoras nacionales que puedan afectar negativamente a los establecimientos comerciales u operaciones, poniendo así en riesgo de discontinuarse las inversiones. (Forneris, 2019, Arriagada Peters, 2020) Sin embargo, una investigación reciente del GBM muestra que en muchos países este no es el caso. Banco Mundial, 2019)

Muchos factores pueden llevar a los inversionistas a interrumpir sus proyectos de IED. Las inversiones pueden verse alteradas por cambios en las estrategias de producción de las empresas, variables micro y macroeconómicas o incluso eventos políticos tanto en el país anfitrión como en el extranjero. Además, no todas las interrupciones de IED pueden ser necesariamente malas, y no toda retención de IED puede ser necesariamente buena. Sin embargo, una investigación reciente del GBM ha demostrado que cada año en los países en desarrollo, alrededor del 25 por ciento de los proyectos de IED se suspenden debido a quejas no resueltas.

¹ Esta nota fue preparada por Roberto Echandi (Especialista Líder Sector Privado, Banco Mundial) y Daniela Gómez Altamirano (Consultora, Banco Mundial).

que surjan entre inversionistas y agencias reguladoras subnacionales o especializadas. (Banco Mundial, 2019) Esto es paradójico considerando que, contrario a otros factores que los formuladores de políticas no pueden controlar, garantizar un nivel mínimo de coordinación y coherencia en la implementación de las políticas de inversión debería estar al alcance de los gobiernos.

Además, la pérdida de Inversión Extranjera Directa (IED) como resultado de quejas entre inversionistas y Estados no resueltas puede parecer desconcertante considerando que la mayoría de los países han establecido no solo agencias de promoción de inversiones (API) que brindan servicios posteriores a la IED, sino también oficinas del fiscal general que tratan con disputas Estado-inversionistas legales. (Arriagada Peters, 2020) Sin embargo, la investigación del GBM ha demostrado que la mayor parte de la IED perdida como resultado de las quejas entre inversionistas y Estados se produce mucho antes de que los inversionistas consideren siquiera presentar una reclamación a una disputa legal. Tienden a irse "en silencio", y esa salida se produce en situaciones en las que los servicios de las API no han sido eficaces para hacer frente al conflicto o en sectores donde los inversionistas ni siquiera se acercan a las API. (Echandi 2019)

La mayoría de los conflictos que conducen a retiros de IED se derivan de supuestos cambios regulatorios repentinos y adversos, incumplimiento de contrato, expropiaciones de hecho y restricciones de transferencia y convertibilidad. La falta de transparencia y previsibilidad en el trato con las agencias públicas y las demoras en la obtención de los permisos gubernamentales necesarios para iniciar u operar una empresa han aumentado significativamente entre los factores que impulsan la interrupción de los proyectos de IED. (Banco Mundial, 2019) Estos patrones no deseados de comportamiento administrativo tienen lugar a pesar de la legislación nacional y los compromisos internacionales que obligan a los organismos reguladores a desempeñar sus funciones teniendo en cuenta los principios de debido proceso, transparencia, eficiencia, conveniencia, no discriminación, etc. Sin embargo, la mayoría de los reclamos que conducen a la interrupción de la IED son asumidas por organismos reguladores subnacionales o especializados, que a menudo se centran excesivamente en el cumplimiento de sus mandatos y pueden supervisar o no estar familiarizados con esos compromisos. (Echandi 2019) La frecuencia de la expropiación y el incumplimiento de contrato ha disminuido durante la última década, aunque siguen siendo los más impactantes, mientras que los cambios regulatorios repentinos y adversos han persistido en frecuencia. (Banco Mundial, 2019)

Los estados tienen varios niveles y son administrativamente complejos. A menudo carecen de cualquier infraestructura legal que les permita reaccionar rápidamente y abordar oportunamente un conflicto que puede poner un proyecto de IED en riesgo de ser retirado. Las "MMC inversionista-Estado" tienen como objetivo proporcionar dicha infraestructura legal. Los mecanismos de manejo de conflictos inversionista-Estado (MMC) pueden definirse como técnicas de resolución de problemas que permiten a los Estados receptores y a los inversionistas abordar eficazmente sus quejas en una etapa muy temprana, evitando que sus conflictos lleven a la interrupción de proyectos de IED y agravando dicho problema con una escalada de los reclamos en disputas legales abiertas. (Echandi y Gonstead, 2017)

La IED perdida como resultado de la resolución inoportuna de los reclamos inversionista-Estado es un reto serio que ha tendido a pasar desapercibido en la mayoría de las economías emergentes. Colombia no es una excepción. La mayoría de los gobiernos no tienen las herramientas para monitorear cuántos inversionistas retiran proyectos de IED en sus jurisdicciones, ni tienen datos sistemáticos que revelen los factores detrás de tales decisiones. Es más, aún menos gobiernos cuentan con mecanismos para identificar y reaccionar oportunamente y abordar esos reclamos tan pronto como ocurren, por lo que no promueven la retención y expansión de la IED. (Banco Mundial, 2019)

Sobre la base de las buenas prácticas internacionales extraídas de proyectos piloto e investigaciones recientes del GBM, esta nota resume una evaluación del marco institucional existente en Colombia para identificar, rastrear y abordar los conflictos inversionista-Estado que ponen la IED en riesgo de ser descontinuada. Además, esta nota presenta algunas opciones de política con el objetivo de traducir y hacer operativas las buenas prácticas en el contexto colombiano.

Retos clave

Falta de datos

En Colombia, no existe información sistemática sobre cuántos proyectos de IED se descontinúan cada año, ni datos sobre los sectores donde las desinversiones pueden tender a concentrarse o si dichas desinversiones provienen de problemas con las agencias reguladoras o cualquier otro factor. La evidencia anecdótica parece sugerir que al menos algunas de las tendencias internacionales identificadas por la investigación del GBM están presentes en Colombia.² (ProColombia, ver los recuadros 1 y 2). Sin embargo, el país carece actualmente de los mecanismos de seguimiento para identificar, clasificar y evaluar los montos de IED - y empleos asociados - que Colombia puede estar perdiendo debido a reclamos no resueltos asociados con la conducta irregular del gobierno.

El seguimiento y análisis de toda la IED perdida, independientemente de su causa, puede ser una tarea abrumadora. Sin embargo, los pilotos del GBM han demostrado que no ha sido particularmente compleja la creación de una herramienta de seguimiento para registrar y monitorear al menos los proyectos de IED que corren el riesgo de ser descontinuados debido a los reclamos inversionista-Estado asociados con la conducta del gobierno. (Banco Mundial, 2019) Dicha herramienta puede tener la forma de una herramienta simple basada en Excel o un software más sofisticado. Esta decisión se basa en los recursos, la capacidad y los sistemas de tecnología de la información existentes que se utilizan en el país. El desafío más complejo no es entonces configurar la herramienta de seguimiento, sino determinar los protocolos específicos de coordinación interinstitucional que permitan al Estado en su conjunto identificar y resolver oportunamente los reclamos inversionista-Estado, mucho antes de que el inversionista se sienta frustrado y tome la decisión de descontinuar la inversión e incluso buscar una compensación a través de arbitraje internacional. (Banco Mundial 2019)

Recuadro No. 1

IED en riesgo: Ejemplo de Evidencia

Anecdótica Exportador Japonés de Partes

Una empresa japonesa dedicada a la fabricación de partes metálicas de alta precisión para industrias como la automotriz, construcción y dispositivos médicos abre su primera planta fuera de Asia y decide invertir en Colombia. La empresa invirtió USD \$ 9,5 millones en una planta dentro de una zona franca en Bogotá. La planta no pudo operar hasta 2 años después de su inauguración formal.

Razón: El montaje de la planta requirió una multiplicidad de trámites con diversas entidades estatales que tomaron periodos extremadamente largos. Debido a este problema, el inversionista solicitó a la zona franca que lo ayudara a encontrar formas de agilizar al menos los permisos de construcción. El equipo contratado no tuvo en cuenta un procedimiento especial aplicable a la conexión eléctrica y la planta no obtuvo energía y no pudo operar durante 2 años.

Falta de protocolos de gestión de conflictos interinstitucionales

Actualmente, el gobierno de Colombia carece de MMC claras y eficientes que le permitan al gobierno en su conjunto identificar y abordar oportunamente los conflictos inversionista-Estado que ponen la IED en riesgo de discontinuación, y mucho antes de que un inversionista decida buscar reparación a través de la solución de controversias inversionista-Estado (ISDS).

El contexto colombiano se puede evaluar mejor observando la Figura 1, que describe gráficamente el continuo de reclamos y disputas inversionista-Estado. Como se puede observar a continuación, el establecimiento de cualquier proyecto de IED comienza con un estado de acuerdo entre inversionistas y Estados. En el proceso de comenzar

² La evidencia anecdótica también muestra que existen conflictos relacionados con la inversión que surgen con actores no estatales, como entre comunidades locales e inversionistas en sectores de recursos naturales. La mayoría de estos tipos de reclamos podrían abordarse mediante compromisos específicos asumidos por inversionistas en contratos públicos o privados o concesiones otorgadas para actividades de exploración y explotación de recursos naturales. Según la legislación colombiana, ya existen mecanismos para abordar de manera temprana los conflictos derivados de los contratos inversionista/gobierno, incluidas las asociaciones público-privadas (DNP 2020)

operaciones, a menudo surgen problemas. Si no se atienden, estos problemas tienden a escalar a reclamos o conflictos, que si no se resuelven adecuadamente, pueden generar un impacto económico tal que puede llevar al inversionista a discontinuar el proyecto de IED, e incluso en una minoría de casos, a buscar compensación por daños a través de arbitraje.

Contrariamente a un conflicto, una disputa legal es más bien un conflicto desatendido o no resuelto que se ha degradado en un desacuerdo definido y focalizado enmarcado en términos legales en el que el inversionista ya afectado busca una compensación por los daños generados por el conflicto. (Smith & Martínez, 2009, Costantino & Sickles-Merchant, 1996) Si bien los conflictos generalmente se resuelven entre las partes mediante el uso flexible de diversas técnicas de resolución de problemas, las disputas legales implican la adjudicación de un tercero sobre la base de marcos legales. (Echandi 2013) La investigación empírica muestra que cuando un inversor notifica al gobierno anfitrión de su intención de invocar ISDS, en la inmensa mayoría de los casos, ya se ha tomado la decisión de interrumpir el proyecto de IED en el país anfitrión. (Echandi 2019). Por lo tanto, los protocolos para preparar a los Estados para enfrentar litigios internacionales hacen muy poco, o nada en absoluto, para retener y expandir efectivamente la IED.

Durante la última década, el Gobierno de Colombia ha puesto en marcha diferentes mecanismos para mejorar el clima de inversión en el país y estar mejor preparado para hacer frente a ISDS. (Sin embargo, los mandatos de las instituciones existentes tienden a centrarse en ambos extremos del continuo del conflicto inversionista-Estado, dejando una brecha en el medio. En este sentido, tres instancias diferentes son particularmente relevantes para esta discusión. ProColombia, que es la principal agencia de promoción de inversiones (IPA) del país; el “Sistema de Facilitación de Inversiones” (SIFAI), liderado por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo (MInCIT) y la “Agencia Nacional Jurídica para la Defensa del Estado (ANJE). (Leyes y Decretos Colombia 2020)

Figura 1



FUENTE: GBM basado en Echandi 2013

Con respecto a ProColombia, parte del mandato de esta API es proporcionar servicios de postratamiento a los inversionistas. De hecho, ProColombia ha lanzado recientemente la “Estrategia Alfombra ROJA”, que es un paquete integral de

acciones institucionales, legales y de articulación para brindar a los inversionistas una atención oportuna y efectiva, mejorando el posicionamiento del país como destino de negocios. Estos servicios ofrecidos por ProColombia son herramientas efectivas para la facilitación y expansión de inversiones cuando los problemas que afectan a los inversionistas no implican problemas regulatorios graves. (ProColombia 2020)

Los problemas de postratamiento generalmente se relacionan con las dificultades que encuentran los inversionistas para establecerse y hacer operativa su inversión debido a requisitos administrativos, acciones o inacciones. Si bien estos problemas pueden generar costos y demoras, no necesariamente ponen la inversión en riesgo de ser discontinuada ni pueden implicar ninguna responsabilidad potencial para el Estado. El MMC generalmente se ocupa de situaciones que probablemente impongan restricciones a la IED que ponen al proyecto en riesgo de ser discontinuado. Tales situaciones coinciden con escenarios en los que la conducta regulatoria que afecta a los inversionistas puede hacer responsable al Estado, tales como conductas administrativas arbitrarias, falta grave de transparencia, expropiaciones de hecho, restricciones de transferencias y cambios regulatorios repentinos o arbitrarios.

En este contexto, como cualquier otra API en otros países, ProColombia enfrenta dos retos clave que le impiden desempeñar el papel de agencia líder para una MMC. Primero, su mandato es promover y facilitar la IED. Por lo tanto, como IPA, el rol de ProColombia no debe ser disciplinar a otras entidades públicas para asegurar que sus funciones regulatorias se realicen teniendo plenamente en cuenta las garantías de protección de inversiones incluidas en la legislación colombiana y los compromisos internacionales. Este hecho explica por qué ProColombia no tiene las atribuciones legales ni la influencia política para resolver directamente las quejas de los inversionistas cuando la agencia responsable elige no cooperar. En segundo lugar, dependiendo del sector afectado por un reclamo, no todos los proyectos de IED pueden ver a la API como su principal contraparte gubernamental o visualizarla como un interlocutor óptimo con el gobierno para resolver un problema específico. Este es el caso en particular en sectores especializados como la inversión en ciertos tipos de servicios, como transporte, telecomunicaciones, servicios públicos y otros o inversión en explotación de recursos naturales, donde los inversionistas tienden a tratar directamente con agencias reguladoras especializadas y no interactúan con la API ni en su establecimiento ni posteriormente. (Banco Mundial, 2019)

El Sistema de Facilitación de Inversiones (SIFAI) es un diálogo público/privado especializado para identificar oportunidades para una mejor regulación en torno al clima de inversión de Colombia; así como promover la implementación de algunas de ellas. Administrado por el MinCIT en estrecha colaboración con ProColombia, el SIFAI ha estado operando durante aproximadamente una década. Sin embargo, solo algunas de estas mejoras regulatorias parecen haberse implementado de manera efectiva. Parte del problema puede explicarse por la dificultad de lograr que los miembros del SIFAI, que son funcionarios de alto nivel, se reúnan. Para efectos de la gestión de conflictos inversionistas-Estados, el SIFAI tiene otras limitaciones. Primero, la cobertura frente a regulaciones a nivel subnacional es

Recuadro. No. 2

IED en riesgo: Ejemplo de Evidencia

Anecdótica de Centros Comerciales Chilenos

El inversionista es una cadena de centros comerciales de propiedad chilena que se distribuye en nueve ciudades de Chile, tres en Perú y dos en Colombia. La Compañía invierte un total de USD 170 millones para el establecimiento de sus dos primeros centros comerciales en Colombia. Actualmente la cadena pretende llevar a cabo una ampliación del centro comercial en Cartagena, pero hasta el momento no ha sido posible.

Razón: Se produce una invasión del terreno colindante al centro comercial. Este hecho, unido al continuo cambio del secretario de planeación, alcalde y equipo de gobierno local, ha dificultado el avance de las negociaciones con los ocupantes ilegales. Adicionalmente, los engorrosos trámites y permisos para la ampliación del centro comercial, incluyendo solicitudes con largos tiempos de espera para revisar los usos del suelo y el plan de ordenamiento territorial, han impedido la expansión de la inversión.

Fuente: ProColombia

mínima, no cuenta con un sistema de seguimiento y evaluación que pueda medir su impacto. En segundo lugar, y más importante, pese a lo útil que puede ser el SIFAI para discutir temas sistémicos para mejorar una agenda de clima de inversión, por definición el mecanismo no focaliza, rastrea ni aborda problemas y reclamos específicos de empresas que pueden poner los proyectos de IED en riesgo de ser discontinuados.

En el otro lado del continuo de conflicto inversionista-Estado, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (ANDJE) es la agencia en Colombia que maneja los conflictos que ya se han convertido en disputas legales. La ANDJE recibe las notificaciones de intención de los inversionistas de someterse a arbitraje internacional y asume la representación del Estado colombiano en esos procesos de litigio internacional. (Leyes y Decretos Colombia, 2020) Contar con una agencia especializada que se ocupe de las controversias internacionales inversionista-Estado es una buena práctica para garantizar una representación adecuada del Estado en los procesos judiciales. Sin embargo, la evidencia muestra que cuando un inversionista opta por presentar una notificación de intención de arbitraje internacional, ya se ha tomado la decisión de discontinuar los proyectos de IED. Por lo tanto, una buena preparación para disputas no equivale a MMC eficientes orientadas a asegurar la retención y expansión de la IED.

En suma, a pesar de la existencia de servicios de asistencia posterior por parte de ProColombia, un diálogo público / privado a través del SIFAI presidido por el MinCIT, y la disposición de disputa de la ANDJE, ninguna de estas instituciones está rastreando y midiendo el impacto de resolver o no agravios inversionista-Estado que puedan estar discontinuándose como resultado de la conducta irregular del gobierno en Colombia. Además, como se muestra en los Recuadros 1 y 2, parece haber una difusión en los procesos de toma de decisiones sobre problemas que ponen en riesgo los proyectos de IED, lo que lleva al Estado colombiano en su conjunto, a no reaccionar oportunamente para resolver esos conflictos.

Esta es precisamente la función que podría realizar un MMC inversor-Estado. Para un gobierno orientado a la reforma, un CMM inversionista-Estado permite a una agencia gubernamental coordinadora llamar la atención sobre los altos niveles de problemas gubernamentales que afectan las inversiones para abordarlos antes de que se intensifiquen aún más. El funcionamiento de la CMM incluye lo siguiente:

- Identificar patrones específicos y orígenes de la conducta del gobierno que generan agravios que conducen a la interrupción de la IED y aumentan la percepción de los riesgos políticos;
- Medir la inversión afectada como "evidencia" para abogar por cambios oportunos; y
- Fortalecer la capacidad de las instituciones "infractoras" para minimizar la recurrencia de este tipo de eventos. (Banco Mundial, 2019)

Opciones de Política

Consideraciones Generales

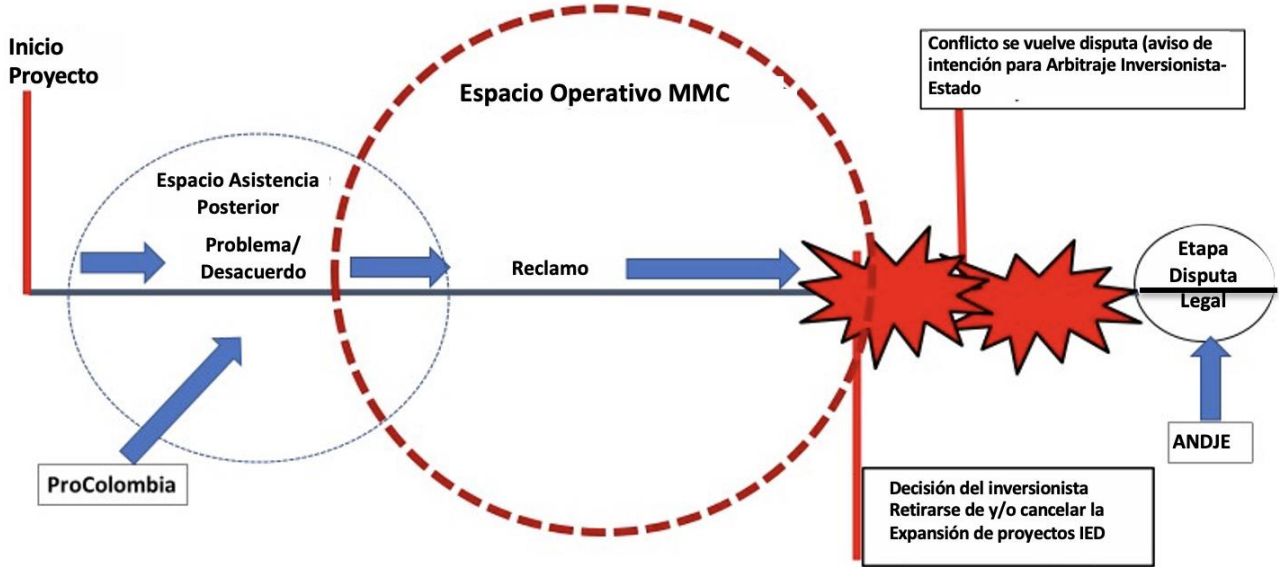
Colombia ya ha establecido un marco institucional que podría adaptarse fácilmente para establecer un CMM eficaz que comprenda tanto un sistema de seguimiento para generar datos sobre proyectos de inversión específicos en riesgo de interrupción, como protocolos de coordinación para permitir que el gobierno colombiano reaccione oportunamente y aborde las quejas de ese modo prevenir desinversiones y posibles disputas costosas.

Una CMM inversionista-Estado podría implicar el establecimiento de una Unidad de Defensoría dentro del MinCIT, con acceso directo a una instancia de toma de decisiones de alto nivel político (una buena opción sería una Comisión Ministerial presidida por la Presidencia). Tal paso puede implicar la promulgación de un decreto presidencial.

El mandato principal de la unidad de Defensoría podría ser identificar, rastrear y resolver las quejas entre inversionistas y Estados derivadas de la conducta del gobierno que pueden poner los proyectos de inversión en riesgo de ser discontinuados, así como medir los montos de inversión y empleos retenidos y expandidos (o perdido) como resultado de

resolver con éxito o sin éxito esos conflictos. Los criterios y procedimientos para determinar si un proyecto de inversión en particular está en riesgo de ser descontinuado, y los indicadores sobre cómo calcular la inversión y los empleos retenidos y / o expandidos se describen en el Anexo 2 de esta nota.

Figura 2
Continuo Conflicto Inversionista-Estado Espacio Operativo MMC



El establecimiento de una Unidad de Defensoría dentro del MinCIT no implicaría el establecimiento de ninguna agencia nueva. Además, como se describe a continuación, algunas de sus funciones de identificación de casos y análisis legal, podrían llevarse a cabo en colaboración con ProColombia y la ANJDE respectivamente. Una vez que la Unidad de Defensoría comience a generar un registro de datos de los casos abordados, dicha información empírica podría servir como base para complementar la agenda de reforma sistémica del clima de inversión que persigue el SIFAI.

Con el fin de probar gradualmente el proceso y asegurar que la CMM contribuya a la agenda de internacionalización de Colombia, la Unidad de Defensoría podría enfocarse en atender proyectos de inversión en riesgo de ser descontinuados, cuya discontinuación puede tener un impacto negativo en las exportaciones colombianas, independientemente de la nacionalidad de los proyectos de inversión. Dado que en la legislación colombiana existen mecanismos para abordar de manera temprana los conflictos derivados de los contratos entre inversionistas y gobiernos, incluidas las asociaciones público-privadas, esos arreglos contractuales podrían quedar a cargo de las autoridades competentes y fuera del alcance de la Unidad de Defensoría. (DNP, 2020)

Adaptación de buenas prácticas en CMM inversor-Estado a Colombia: Posible proceso bajo la Unidad de Defensores del Pueblo

El proceso para coordinar por la Unidad de Defensoría involucraría seis etapas: registro de quejas, filtrado, análisis jurídico y económico, resolución de problemas - nivel técnico, resolución de problemas - toma de decisiones políticas, y comunicación y seguimiento de la implementación. De entrada conviene aclarar

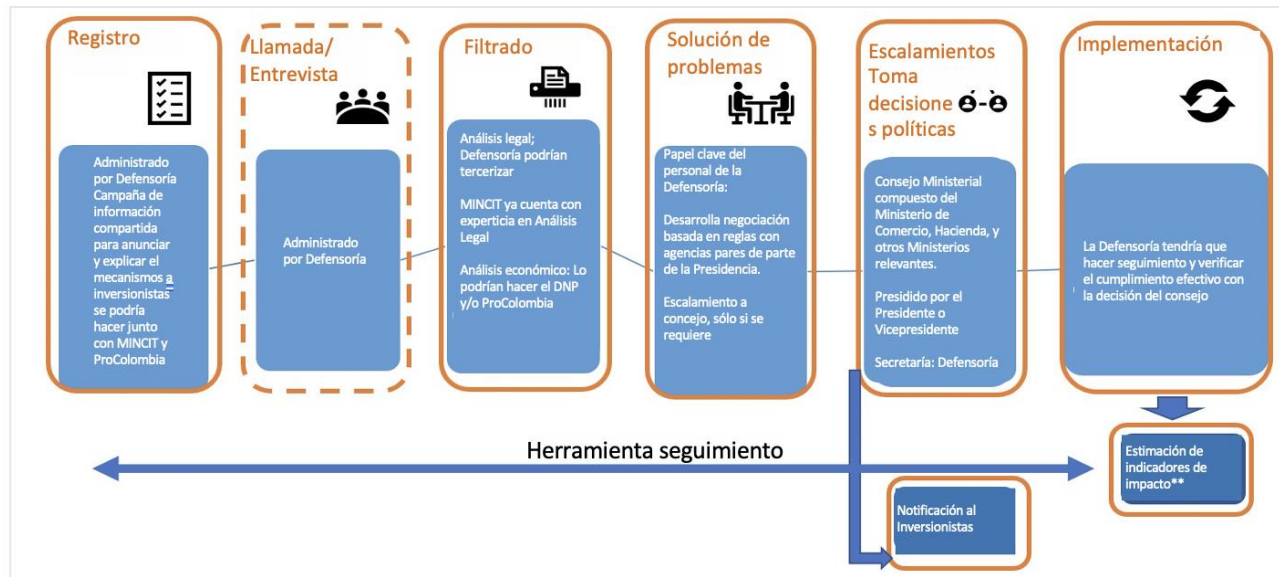
que dicho proceso debe estar abierto a todos los inversionistas independientemente de su nacionalidad, evitando así cualquier reacción política por este motivo.

1. **Registro de quejas y llamada / entrevista:** Se informaría a los inversionistas sobre los criterios de elegibilidad que deberían cumplir las quejas para que queden bajo la competencia de la Unidad de Defensoría. Esto se haría a través de campañas de intercambio de información realizadas antes de que la Unidad del Defensor del Pueblo comience a funcionar. Además, el personal de la Unidad de Defensoría establecerá y administrará una herramienta de seguimiento (que podría ser tan simple como una hoja de cálculo de Excel o un software más sofisticado). La primera etapa del proceso de CMM sería entonces el registro de un reclamo particular presentado por el inversionista, lo que sería facilitado por un formato simple que incluye datos básicos del problema en cuestión. ProColombia y la Unidad de Defensores del Pueblo podrían beneficiarse mutuamente de la colaboración en este espacio. De hecho, todos los problemas relacionados con la asistencia posterior de las inversiones que ProColombia no pudo resolver fácilmente podrían remitirse a la Unidad de Defensoría del MinCIT. Además, la Defensoría del MinCIT podría beneficiarse del programa “Alfombra Roja” de ProColombia, aprovechando la red de puntos de contacto de este último para informar a todos los inversionistas y funcionarios gubernamentales sobre el establecimiento de la unidad de Defensoría en caso de que el gobierno colombiano optara por hacerlo.

2. **Llamada/Entrevista con el inversionista:** Con la información disponible del registro del caso, un miembro de la Unidad de Defensoría realizaría una entrevista preliminar al inversionista no solo para aclarar algunos datos sensibles que este último puede no querer presentar por escrito, sino también para determinar la elegibilidad de la denuncia, por ser el registro un “caso” bajo el mecanismo.

3. **Filtrado:** esta fase está destinada a determinar si el reclamo particular presentado se encuentra dentro del alcance del mecanismo, es decir, (i) si el problema surge de la conducta del gobierno, (ii) el reclamo está poniendo una inversión en riesgo de ser descontinuada, y (iii) el conflicto está afectando el tipo de inversión que el gobierno ha optado por priorizar. Además, el filtrado implica una breve evaluación económica y legal para determinar el impacto potencial de no resolver el problema en cuestión. La evaluación económica implicaría una estimación amplia de la inversión y los puestos de trabajo en riesgo si no se resuelve el reclamo. Para tal efecto, es importante que la Unidad de Defensoría esté legalmente facultada para poder solicitar información a los organismos involucrados en el conflicto y aclaraciones o documentos adicionales al inversionista con el fin de afinar su análisis. La evaluación legal implicaría una revisión de si la conducta del gobierno (o la falta de ella) que generó el reclamo pudiera implicar alguna responsabilidad para el Estado colombiano bajo normas y disciplinas nacionales o internacionales. En este sentido, la colaboración de la ANDJE con la Unidad de Defensoría puede resultar particularmente útil y oportuna. Entre el mandato de la ANDJE se encuentra “diseñar y proponer estrategias, planes y acciones para prevenir conductas antijurídicas por parte de funcionarios y entidades públicas”. (Decreto 2269, 2019)

Figura 3. Flujo de trabajo de la Unidad de Defensoría de Inversiones



Fuente: GBM

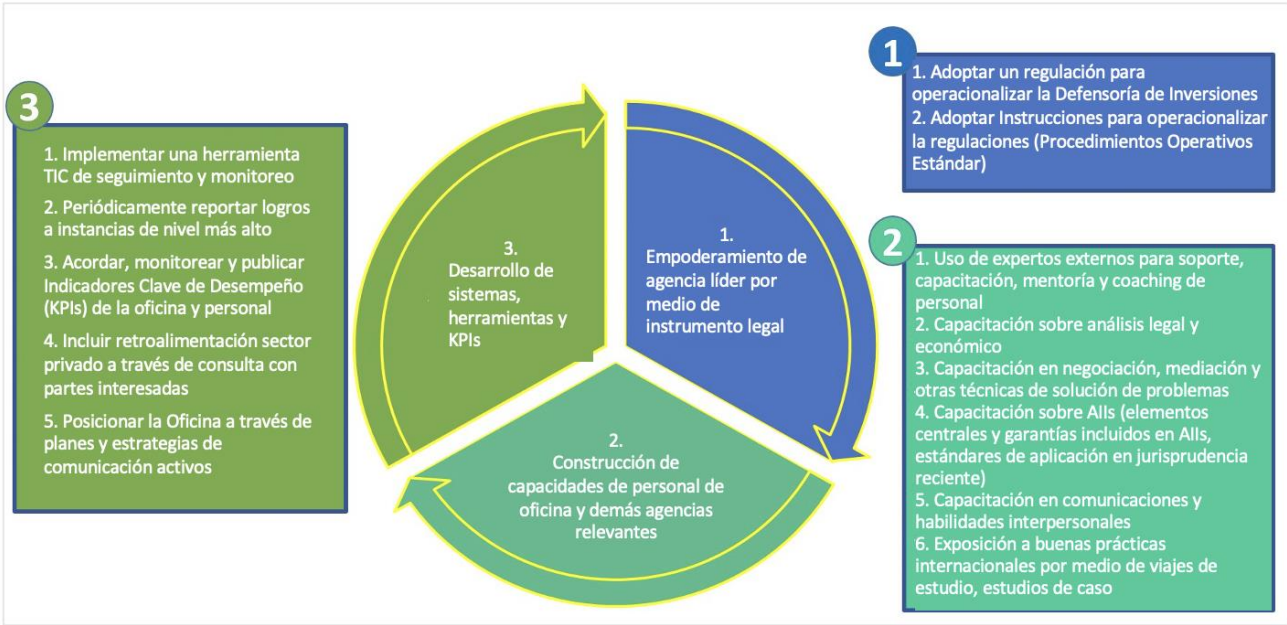
4. **Resolución de problemas - nivel técnico:** Este sería el papel clave de una unidad de Defensoría de inversiones. Una vez que la Defensoría verifica la legitimidad del problema planteado por el inversionista, la unidad tendría que evaluar el problema en cuestión y proponer una solución a la otra agencia par involucrada en el conflicto. La solución puede variar de un caso a otro y puede requerir diferentes técnicas de resolución de problemas, como negociaciones basadas en reglas, negociaciones basadas en intereses, negociaciones basadas en el poder, búsqueda de hechos, obtención de opiniones de terceros expertos, etc. El objetivo es convencer a la agencia en el origen del problema para que tome una medida correctiva o para negociar una solución con el inversionista basada en intereses más que en posiciones. Esta también es una oportunidad para que la Unidad de Defensoría comparta información e indirectamente brinde capacitación a otras agencias públicas subnacionales o reguladoras especializadas sobre normas y principios de transparencia, debido proceso, conveniencia, proporcionalidad, etc., que las entidades públicas deben respetar al realizar su rutina, funciones regulatorias, y que son estipuladas por la legislación colombiana y compromisos internacionales.
5. **Resolución de problemas–escalamiento hacia la toma de decisiones políticas:** si la Unidad de Defensoría no puede resolver el problema en cuestión debido a la falta de cooperación de la otra agencia o porque la pregunta puede ser demasiado delicada desde el punto de vista político, es posible que la Unidad de Defensoría deba escalar el problema a un nivel político local superior. Esta instancia política superior decidiría si intervenir y utilizar su jerarquía administrativa para disciplinar a la agencia subnacional o especializada involucrada en el conflicto, o más bien dejar que la inversión se pierda y permitir al inversionista buscar reparación legal a través de la solución de controversias nacional o internacional. Para lograr este objetivo, una unidad de Defensoría ubicada bajo el MinCIT necesitaría tener acceso directo a una instancia ministerial presidida por la presidencia. Incluso en los casos en que la unidad de Defensoría puede haber logrado negociar una solución a nivel técnico, el respaldo y el apoyo político de alto nivel pueden garantizar una implementación rápida y efectiva.
6. **Comunicación y seguimiento de la implementación:** En todas las situaciones, ya sea que la solicitud sea aceptada o rechazada, se encuentre o no una solución, es importante que la unidad de Defensoría informe al inversionista

sobre el progreso y resultado del proceso. Aunque las negociaciones internas entre la Defensoría y la agencia que causa el reclamo pueden permanecer confidenciales, sería importante informar al inversionista que se ha tenido debidamente en cuenta su reclamo. A tal efecto y con el fin de realizar un seguimiento del funcionamiento del sistema, la Unidad de Defensoría debe monitorear la implementación efectiva de las soluciones acordadas o no el impacto de no encontrar una solución al caso. Además, la agencia líder debe poner en práctica un mecanismo de circuito de retroalimentación para verificar la satisfacción del inversionista y el impacto del servicio a través de una llamada telefónica o una encuesta en línea o ambos.

Posibles Pasos de Implementación para el Establecimiento de una Unidad de Defensoría de Inversiones

Una vez que se haya acordado la estructura de la Defensoría de Inversiones, es necesario emprender varias acciones para brindar apoyo en el establecimiento e implementación del mecanismo. Como se muestra en el cuadro a continuación, las tres áreas principales de implementación abarcan: (1) promulgación de mandato legal por ley o decreto y el establecimiento de procedimientos operativos; (2) provisión de desarrollo de capacidades a los miembros del personal; y (3) desarrollo de herramientas, indicadores clave de desempeño (KPI) y (4) estrategias de comunicación.

Figura 4. Elementos para operacionalizar la Defensoría de Inversiones



El mandato legal para el establecimiento de la Unidad de Defensoría de Inversiones podría darse por ley o Decreto Presidencial, tomando en cuenta el marco existente para ProColombia, ANDJE y SIFAI. El costo de la creación de dicha Unidad de Defensoría no debería implicar un presupuesto significativo. Considerando los millones de dólares que la ANDJE ya paga en honorarios legales por litigios internacionales, si el establecimiento de la unidad pudiera evitar una sola disputa, la unidad se pagaría sola.

Una agencia empoderada a través de un instrumento legal es fundamental para dar la "influencia política" necesaria para ejecutar el mecanismo. El instrumento legal que establece la Defensoría de Inversiones debería incluir su estructura y competencia y una descripción general de sus funciones. Los detalles sobre la operación pueden incluirse en los procedimientos operativos estándar (POE) o en lineamientos de procedimiento que pueden no necesitar ser establecidos por decreto. Dichos procedimientos operativos estándar podrían incorporar información detallada para los miembros de la Unidad de Defensoría

sobre cómo evaluar y atender reclamos, cómo aplicar los criterios de filtrado, cómo tratar los diferentes problemas que puedan surgir y cómo cumplir con los plazos y otros requisitos del mecanismo. La formulación de dichas directrices y su distribución al personal puede ser una forma sencilla y útil de capturar el “conocimiento institucional” de los responsables de la toma de decisiones con más experiencia en una organización. También puede ayudar a capturar y cimentar los procesos establecidos. Los POE deben incluir modelos de formularios y listas de chequeo que debe seguir el personal.

Con respecto a la creación de capacidades, una vez que se haya establecido la Unidad de Defensoría de Inversiones, se requeriría apoyo regular e intercambio de conocimientos para otras agencias gubernamentales involucradas en el mecanismo. Este desarrollo de capacidades debe llevarse a cabo de manera continua para actualizar y refrescar el conocimiento de las agencias relevantes. Esta formación podría comprender aspectos como negociación, mediación y otras técnicas de resolución de problemas; instrumentos nacionales e internacionales que exigen obligaciones clave de conducta para las autoridades colombianas en el desempeño de sus funciones administrativas rutinarias, comunicación y habilidades blandas, buenas prácticas internacionales en la recolección de datos y aplicación de metodologías para estimar el impacto de la efectividad del mecanismo.

En cuanto al desarrollo de la herramienta de seguimiento, debería permitir a la Unidad de Defensoría estimar la inversión retenida, expandida o perdida como consecuencia de atender (o no) los reclamos. Las funciones generales de la herramienta incluyen las siguientes: recopilación de datos, seguimiento y flujo de trabajo, automatizaciones y optimización, capacidades de base de datos e informes y análisis. En cuanto a Indicadores **Clave de Desempeño (KPI)**, **será necesario** establecer indicadores que fijen métricas mediante las cuales se pueda medir el desempeño de la Defensoría de Inversiones y su personal. Los KPI normalmente vinculados a los MMC son los siguientes: número de reclamos resueltos; cantidad de inversión retenida/expandida; número de puestos de trabajo retenidos/ampliados; ahorros de costos para el sector privado mediante la gestión eficaz de los reclamos. La información sobre estos indicadores se puede recopilar mediante encuestas breves y también formará parte de la herramienta de seguimiento.

1. **Inversión retenida.** El monto de la inversión incluye el valor total de los activos que un inversionista existente ha identificado como en riesgo. La inversión en riesgo se refiere en términos generales a que el inversionista considere retirar el monto de la inversión o cancelar o suspender los planes de expansión. Los inversionistas pueden identificar una parte de su inversión como en riesgo, o la totalidad de su inversión en el país. Si se resuelven los reclamos y la empresa decide mantener su inversión, entonces la inversión en riesgo se convierte esencialmente en la inversión retenida.
2. **Puestos de trabajo retenidos.** Al estimar los puestos de trabajo retenidos, se utilizará la misma metodología que la inversión retenida, pero considerando el total de puestos de trabajo que ofrece la inversión.
3. **Ahorro de costos.** Los ahorros que resultaron al comparar los costos en los que el inversionista esperaba incurrir debido al reclamo y los costos que el inversionista realmente incurrió debido al reclamo. Estos costos deben calcularse utilizando una referencia de 12 meses a partir de la fecha de registro del reclamo.

Campañas de Intercambio de Información y Sensibilización. Es fundamental que el sector privado y otras agencias gubernamentales estén al tanto de la Oficina del Defensoría de Inversiones recientemente establecida para que puedan hacer uso y beneficiarse de esta. También es importante obtener comentarios continuos de los usuarios del mecanismo. Tener un plan y una estrategia de comunicación, que incluya el uso de multimedia y la producción de productos de comunicación como folletos y videos, demostrará la utilidad y el impacto del mecanismo, y con el tiempo a través de la demostración solidificará la reputación. Además, es necesario que aumente la conciencia de otras agencias públicas sobre la importancia de la inversión para los objetivos de desarrollo nacional y los métodos para tratar con los inversionistas que se basan en un sentido de servicio y atención al cliente.

REFERENCIAS

Arriagada Peters, C. (2020) "Aftercare Matters", en Columbia FDI Perspectives:

Perspectives on topical foreign direct investment issues, No. 276, 20 April 2020, available at: <http://ccsi.columbia.edu/files/2018/10/No-276-Arriagada-Peters-FINAL.pdf>

Costantino, C. and Sickles- Merchant, C (1996) Designing Conflict Management Systems, (San Francisco: Jossey-Bass)
DNP (2020), Departamento Nacional de Planeación, "Programa de Apoyo a la Participación Privada en Infraestructura", Presentación en Power Point, Mimeo

Echandi. R. (2020) " The blind side of international investment law and policy: The need for investor-state conflict management mechanisms fostering investment retention and expansion", in Columbia FDI Perspectives: Perspectives on topical foreign direct investment issues, No. 290, November 2, 2020, disponible en: <http://ccsi.columbia.edu/files/2018/10/No-290-Echandi-FINAL.pdf>

_____ (2019) "The Debate on Treaty-Based Dispute Settlement: Empirical Evidence (1987-2017) and Policy Implications", ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, Volume 34, Issue 1, Winter 2019. <https://doi.org/10.1093/icsidreview/siy024>

_____ (2013) "Complementing investor-State dispute resolution: a conceptual framework for investor-State conflict management" in Echandi, R. & Sauvé, P.(Eds), Prospects in International Investment Law and Policy, Cambridge University Press,

_____ & Gonstead, M. (2017), "Investor-State Conflict Management: Systemic Investment Response Mechanisms (SIRMS) and Shared Decisions System Design (SDSD)" En Cottier T. & Nadakavukaren, K. (Eds) Elgar Encyclopedia of International Economic Law, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, U.K. <https://www.e-elgar.com/shop/gbp/elgar-encyclopedia-of-international-economic-law-9781784713539.html>

_____ Krajcovicova, J. & Qiang C.Z. (2015), The impact of investment policy in a changing global economy : a review of the literature, World Bank Policy Research Working Paper, No. WPS7437, Washington D.C. <http://documents.worldbank.org/curated/en/664491467994693599/The-impact-of-investment-policy-in-a-changing-global-economy-a-review-of-the-literature>

Forneris, X. (2019), "Political risk: Not just the investor's affair", in Columbia FDI Perspectives: Perspectives on topical foreign direct investment issues, No. 268 December 30, 2019, available at: <http://ccsi.columbia.edu/files/2018/10/No-268-Forneris-FINAL.pdf>

Leyes y Decretos Colombia (2020), Archivo Electrónico de Leyes y Reglamentos de Colombia, disponible en <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/leyes>

ProColombia (2020), "Estrategia ALFOMBRA ROJA", Presentación en Power Point, Mimeo.

Smith, S. & Martinez, J. (2009) 'An Analytic Framework for Dispute Systems Design,' Harvard Negotiation Law Review, Vol. 14, 123-169.

UNCTAD (2011), United Nations Conference on Trade and Development, "Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration II", Proceedings of the Washington and Lee University and UNCTAD Joint Symposium on International Investment and Alternative Dispute Resolution, llevado a cabo el 29 Marzo 2010 en Lexington, Virginia, EE.UU. (Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas), Naciones Unidas, UNCTAD/WEB/DIAE/IA/2010/8.

Banco Mundial. (2019). Retention and Expansion of Foreign Direct Investment (Vol. 2) : Political Risk and Policy Responses
World Bank Group. Washington, D.C. : World Bank Group.
<http://documents.worldbank.org/curated/en/387801576142339003/Political-Risk-and-Policy-Responses>