

## **Comentarios<sup>1</sup> al Modelo de Acuerdo Internacional de Inversión 2017 de Colombia.**

*(Resumen)*<sup>2</sup>

Dirección de Inversión Extranjera y Servicios, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo

### **Introducción**

A través de los Acuerdos Bilaterales de Inversión (“**AII**”), los países regulan el derecho internacional de las inversiones, el cual versa sobre las obligaciones recíprocas entre Estados respecto del tratamiento que le van a dar a los inversionistas extranjeros que se someten a su jurisdicción. Los AII también contemplan un mecanismo de solución de controversias por los posibles incumplimientos a las obligaciones de los Estados, primordialmente a través del denominado arbitraje inversionista-Estado.

En reconocimiento a la importancia que representa para los Estados la observancia de sus obligaciones internacionales, Colombia procura negociar sus tratados internacionales de la forma que mejor represente los sus intereses, plasmados en su Ordenamiento Jurídico, y en este sentido ha considerado primordial contar con un modelo de negociación uniforme que permita tener una red de AII homogénea y uniforme que permita dar seguridad jurídica tanto a particulares como al mismo Estado.

A pesar de que no todos los países cuentan con un Modelo de AII (“**MAII**”), Colombia ha adoptado ya dos versiones de MAII, siendo el antecesor al presente el MAII de 2011. Al ser una rama del derecho internacional de una constante y rápida evolución, el derecho internacional de inversión ha presentado fuertes cambios que ameritan ser reflejados en los textos positivos de los AII, si bien las normas y posiciones jurídicas que reflejen dichas disposiciones ya hayan sido adoptadas por los Estados de tiempo atrás.

La mayor preocupación de Colombia al momento de analizar el estado del derecho internacional de inversiones, es la palpable situación de abusos al mecanismo de solución de

---

<sup>1</sup> **NOTA ACLARATORIA:** Estos comentarios complementan pero no reemplazan lo establecido en el texto del Modelo de Acuerdo Internacional de Inversión. En caso de discrepancia prima el texto del Modelo de Acuerdo Internacional de Inversión.

<sup>2</sup> **NOTA ACLARATORIA:** El Modelo de Acuerdo Internacional de Inversión es reflejo de la posición internacional de Colombia sobre el derecho internacional de inversión. Lo anterior es sin perjuicio de los textos negociados en los Acuerdos Internacionales de Inversión en vigor para Colombia. No se podrá interpretar ninguna divergencia o discrepancia entre el Modelo de Acuerdo Internacional de Inversión y los Acuerdos Internacionales de Inversión en vigor para Colombia como un cambio de posición de Colombia frente a la materia. Colombia se reserva el derecho de modificar sus posiciones así discrepen de lo plasmado en el Modelo de Acuerdo Internacional o en estos comentarios.

controversias inversionista-Estado (“ISDS” en inglés) y a los mismos AII, que han llevado a una crisis de legitimidad democrática del derecho internacional de inversión.

Motivado por lo anterior, pero además por las experiencias recogidas en las controversias inversionista-Estado, tanto aquellas en las que Colombia es Parte como en las que se han visto enfrentados otros Estados, el Gobierno de Colombia ha decidido adoptar un nuevo MAII que recoja y disciplina a la mayor cabalidad todas las circunstancias que presentan las relaciones entre los inversionistas extranjeros y los Estados que son objeto de regulación a través de los AII y el derecho internacional de las inversiones. Por esta razón Colombia migra del esquema clásico de AII de pocos artículos a un MAII más complejo el cual cuenta con 46 artículos, 6 secciones y 9 Anexos.

Desde el año 2001, los AII forman una parte integral de la política comercial colombiana y el nuevo MAII es una herramienta idónea para que los AII sigan cumpliendo ese papel importante en la atracción de capitales extranjeros al país. La respuesta de Colombia a las fuertes discusiones que actualmente enfrenta el derecho internacional de las inversiones no es sustraerse de los AII, ni promocionar fórmulas de AII que no otorgan suficiente protección a los inversionistas y terminan teniendo el mismo efecto práctico, sino que consiste en desarrollar un mejor AII. El nuevo MAII se estructura para impedir el abuso al mecanismo ISDS mencionado anteriormente, sin dejar de otorgar protección a los inversionistas y las inversiones que han sido realizadas y operadas de una manera consistente con el derecho colombiano e internacional.

En la elaboración del nuevo MAII se buscó activamente la participación de la academia, de firmas de abogados con experticia en el derecho internacional de las inversiones, así como de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD por sus siglas en inglés) y del Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (IISD por sus siglas en inglés). La amable colaboración de esta variedad de actores nutrió la discusión proporcionando perspectivas y soluciones diversas, contribuyendo a que el nuevo MAII se moderno, factible y balanceado. Dicho equilibrio es primordial y es un factor que distingue el nuevo MAII colombiano de otros proyectos recientemente adoptados por otros países.

### **Estructura del Modelo de Acuerdo Internacional de Inversión**

Cada Sección del MAII<sup>2017</sup> busca tener una unidad temática que permite sistematizar las disposiciones y facilitar su interpretación y aplicación. Las Secciones tratan sobre (A) Alcance y Definiciones; (B) Estándares de Trato a los inversionistas cubiertos; (C) el Derecho a Regular de los Estados y los Deberes y Obligaciones relacionados con la inversión extranjera; (D) Solución de controversias inversionista-Estado; (E) Asuntos institucionales y Solución de controversias entre los Estados parte; y (F) Disposiciones finales.

### **SECCIÓN [AA] ALCANCE Y DEFINICIONES**

En esta sección se establecen los criterios que permiten identificar la aplicación del acuerdo, desde un punto de vista subjetivo (*ratione personae*) como material (*ratione materiae*). Se

maneja en algunos casos el esquema de listas cerradas, pero con la flexibilidad de que los órganos de gobernanza del acuerdo permitan adaptar el AII a las realidades cambiantes de la inversión extranjera.

### **SECCIÓN [BB] ESTÁNDARES DE TRATO**

Se conservan los estándares de trato que se han concedido en los AII que ha suscrito Colombia (*v.gr.*: Trato Justo y Equitativo, protección contra la Expropiación, libertad de transferencias, No-Discriminación, etc.) Se ha hecho un mayor esfuerzo por concretar el contenido obligacional que se deriva de los estándares de trato para permitir una mayor certeza jurídica para el Estado, el Inversionista y la Sociedad.

### **SECCIÓN [CC] EL DERECHO A REGULAR Y LOS DEBERES Y OBLIGACIONES RELACIONADOS CON LA INVERSIÓN**

En línea con las corrientes modernas se consagra de forma positiva el Derecho a Regular de los Estados y el alcance que este Derecho tiene dentro del AII y las obligaciones que se derivan de éste.

Un elemento innovador dentro del MAII2017 es la inclusión de una denegación de beneficios mejorada, que permite excluir del ISDS a los inversionistas que hayan incurrido en conductas de una gravedad de tal magnitud que los hace merecedores de la exclusión de la protección del AII *in limine* como violaciones serias de derechos humanos y patrocinio a grupos armados al margen de la ley. Dicha figura cuenta con procedimientos y garantías propias para prevenir el abuso de la institución por parte de los Estados.

Adicionalmente, las Partes Contratantes se comprometen a fomentar que sus empresarios incorporen voluntariamente las Líneas Directrices de la OCDE para las Empresas Multinacionales.

### **SECCIÓN [DD] SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS INVERSIONISTA – ESTADO**

Esta es la sección más larga del MAII2017, el cual regula los aspectos procesales del ISDS. Esto se debe al interés de Colombia de positivizar las soluciones a las aparentes lagunas que se presentan en los procesos arbitrales entre inversionistas extranjeros y Estados.

En línea con modelos de AII más recientes, se contempla la posibilidad de que el Estado también pueda presentar pretensiones en contra del inversionista reclamante relacionadas con el objeto de la disputa, o por conductas que ameritan la denegación de los beneficios del tratado. Esta posibilidad está atada a una serie de requisitos y cargas procesales que evitan el abuso de los Estados demandados de esta posibilidad. Imprimiendo garantía de seriedad al ejercicio de las demandas reconventionales por parte del Estado.

Del mismo modo, se incluyen para todas las partes procesales una serie de cargas y deberes procesales con consecuencias que buscan desestimular el abuso del ISDS por parte de algunas empresas, permitiendo que la institución se utilice para aquellos casos en los que los Estados

han causado un daño a un inversionista como resultado del incumplimiento de alguna de las obligaciones derivadas del AII.

Las practicas que desafortunadamente han sido recurrentes en los últimos años, como la de presionar al Estado a través del ISDS serán fuertemente desincentivadas.

## **SECCIÓN [EE] ASUNTOS INSTITUCIONALES Y SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ENTRE LAS PARTES CONTRATANTES**

Una característica del MAII2017 es la búsqueda de construcción de gobernanza para el fenómeno de la inversión extranjera directa. En tal sentido se establece un Consejo Bilateral que actúa de forma análoga a los consejos administradores en los Tratados de Libre Comercio.

Asimismo, en línea con las recomendaciones de la UNCTAD y la OCDE se contempla la posibilidad de que las Partes Contratantes en su derecho interno establezcan la figura del defensor del inversionista, el cual podrá tener funciones de facilitación de inversión con miras a prevenir el uso del ISDS, y en ese sentido el acudir a dicho defensor sería un requisito previo para iniciar formalmente la controversia.

## **SECTION [FF] DISPOSICIONES FINALES**

Se establece la vigencia del Tratado, el cual no contará con renovación automática sin consentimiento expreso de las Partes Contratantes.

### **Los Anexos**

Para imprimirle dinamismo al MAII, se establecen ciertos temas que se podrán modificar por un proceso expedito y especial, que se enumeran a continuación:

- (1) Presentación de documentos para el ISDS y formularios conexos;
- (2) Declaración sobre la aplicación de la institución de Elección de vías o “fork in the road”;
- (3) Miembros de los órganos de gobernanza del AII;
- (4) Aclaración sobre Recursos Administrativos Locales y las Declaraciones Económicas que pueden requerir los Estados; y
- (5) Declaración sobre la relación del AII con el proceso de Paz de Colombia.