

## TALLER PARA AMÉRICA LATINA SOBRE NEGOCIACIONES EN MATERIA DE INVERSIONES, ACUERDOS INTERNACIONALES DE INVERSIÓN Y ARBITRAJE INVERSIONISTA-ESTADO

Bogotá, Colombia, 28 a 30 de noviembre de 2016

### 1 Informe del Taller

A la luz del alto y creciente número de controversias inversionista-Estado en Colombia y otros países de la región, es vital comprender en su integridad los acuerdos internacionales de inversión (AII) —sean tratados bilaterales de inversión (TBI), capítulos de inversión en tratados de libre comercio (TLC) u otros acuerdos con cláusulas de inversiones—, con el fin de evaluar su verdadero rol en la atracción de inversión extranjera y de poder garantizar su contribución al alcance de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS).

En este contexto, el Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (IISD), la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD) y la Dirección de Inversión Extranjera y Servicios del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo (MinCIT) del Gobierno de Colombia realizaron el Taller para América Latina sobre Negociaciones en Materia de Inversiones, Acuerdos Internacionales de Inversión y Arbitraje Inversionista-Estado en las oficinas del MinCIT en Bogotá, Colombia, del 28 al 30 de noviembre del 2016. Asistieron al taller 35 delegados de entidades gubernamentales de Colombia y Ecuador. Cinco expertos facilitaron la formación.

Los expertos hicieron presentaciones acerca de aspectos importantes de la negociación y del contenido jurídico de los AII y la prevención y resolución de controversias inversionista-Estado bajo AII. Las presentaciones cubrieron tendencias regionales y globales en negociaciones y disputas de inversión, nuevos abordajes y reforma del régimen global de inversión, los conceptos jurídicos de “inversión” e “inversionista”, liberalización en AII, requisitos de desempeño, trato nacional y de nación más favorecida (NMF), expropiación, expectativas legítimas, trato justo y equitativo, la cláusula paraguas, y las cláusulas de solución de controversias. Delegados de los gobiernos también compartieron las experiencias de Ecuador y Colombia en materia de negociaciones y disputas de inversión.

Los participantes se involucraron activamente en las discusiones a lo largo de los tres días del taller. Trabajaron en grupos en un estudio de caso ficticio y en ejercicios preparados por los expertos. El taller les permitió profundizar su conocimiento acerca de diferentes elementos del derecho internacional de las inversiones e identificaron, en las situaciones específicas de sus entidades respectivas, una serie de riesgos potenciales y retos reales enfrentados por los Estados en las negociaciones y en la implementación de AII, en la

prevención de conflictos con inversionistas extranjeros y en la gestión y solución de controversias internacionales en materia de inversión. Los participantes reconocieron la relevancia de las herramientas de política de la UNCTAD —especialmente el Marco de Políticas de Inversión para el Desarrollo Sostenible (IPFSD, por sus siglas en inglés), la Hoja de Ruta para la Reforma de los Acuerdos Internacionales de Inversión y el Menú de Acción Global para la Facilitación de las Inversiones— y de las publicaciones y los servicios de asesoría jurídica de IISD en materia de inversión y desarrollo sostenible.

En la última sesión del taller, los participantes formaron grupos para discutir e indicar, a partir de los temas analizados, necesidades y riesgos de sus respectivas entidades de gobierno en materia de inversiones extranjeras y, asimismo, las medidas institucionales que se pueden adoptar con el fin de promover una mejor gobernanza de las inversiones extranjeras y mitigar los riesgos de los AII. También apuntaron cómo sus entidades pueden contribuir a una mejor coordinación entre sí en materia de inversiones, de manera de fomentar inversiones extranjeras que contribuyan al desarrollo sostenible de sus países.

Esas discusiones en grupos —reportadas en plenaria por los participantes, con la facilitación de los expertos— resultaron en una **Hoja de Ruta para el diseño de políticas de inversión internacional favorables al desarrollo sostenible**, incluyendo consideraciones generales acerca de política y regulación de la inversión extranjera y propuestas específicas de políticas y medidas que recomiendan a Colombia y a los demás países de la región.

## 2 Entidades Representadas

### Entidades gubernamentales colombianas

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (ANDJE)  
Contraloría General de la República (CGR)  
Defensoría del Pueblo  
Ministerio de Comercio, Industria y Turismo (MinCIT)  
Ministerio de Justicia y del Derecho (MinJusticia)  
Ministerio de Minas y Energía (MME)  
Ministerio de Relaciones Exteriores (Cancillería)  
Ministerio de Salud y Protección Social (MinSalud)  
Ministerio de Tecnologías de Información y Comunicaciones (MinTIC)  
Procolombia  
Superintendencia de Industria y Comercio (SIC)

### Entidades gubernamentales ecuatorianas

Procuraduría General del Estado (PGE)

### Entidad académica colombiana

Universidad Manuela Beltrán (UMB)

### 3 Hoja de Ruta para el Diseño de Políticas de Inversión Internacional Favorables al Desarrollo Sostenible

#### 3.1 Consideraciones Generales

- El régimen actual de AII y arreglo de controversias de inversión conlleva riesgos importantes, sobre todo para los países en desarrollo, lo que resulta en la necesidad de repensar y reformar el régimen, a partir de un diálogo transparente que involucre a todas las partes interesadas.
- Entre los riesgos más importantes identificados están el tiempo y los recursos estatales necesarios para la gestión de las controversias y la defensa del Estado.
- Teniendo en cuenta que los inversionistas extranjeros pueden ser sometidos a procedimientos administrativos por parte de las entidades estatales, otro alto riesgo es el de que la actuación administrativa sea interpretada como violatoria de un AII.
- La agencia de promoción de inversiones (Procolombia) nunca ha sido consultada por inversionistas extranjeros acerca de la existencia o del contenido de un AII aplicable como condición para el establecimiento de las inversiones. Además, las demandas contra Colombia no son en los sectores en que la agencia de promoción de inversiones trabaja más proactivamente.
- Las entidades estatales responden no sólo a los intereses de los inversionistas extranjeros, sino también a intereses y valores más amplios, incluso la superación de fallas en el mercado como la corrupción y la falta de transparencia. Se deben conciliar esos intereses y valores que también hacen parte de la función del Estado con la protección de inversiones extranjeras, para desarrollar una agenda global de mejor gobernanza.
- El Estado debe garantizar el cumplimiento no sólo de los AII, sino de una serie de leyes y reglamentos, a través de una mejor interacción entre las entidades estatales y una mejor comprensión de qué normas se deben aplicar y a qué entidades les compete aplicarlas, para prevenir contradicciones en la actuación estatal.
- Los recursos humanos y económicos de los que disponen actualmente las entidades estatales son insuficientes para atender a las necesidades de una gestión adecuada de inversiones e inversionistas extranjeros.
- El Sistema de Facilitación para la Atracción de Inversión (SIFAI) del gobierno colombiano detecta oportunidades para reducir trabas regulatorias para la

inversión a nivel general, pero no posibilita una actuación específica respecto a problemas puntuales enfrentados por inversionistas e inversiones individuales.

- La elaboración de declaraciones interpretativas conjuntas así no tengan el mismo impacto y visibilidad, pueden ser más efectivas para el propósito de mantener la coherencia de la red de AII, que la renegociación y denuncia de los mismos.
- La creación de tribunales de inversiones que intentan imitar al sistema de solución de controversias de la Organización Mundial del Comercio (OMC) tal vez no sea el mejor modelo para preservar el espacio regulatorio del Estado, pero se podría intentar para garantizar consistencia en las decisiones arbitrales.
- Es necesario aclarar las condiciones en las cuales las decisiones de las autoridades jurisdiccionales constituyen responsabilidad internacional bajo los AII.

### 3.2 *Propuestas Específicas*

#### 3.2.1 **En los planos internacional y regional**

- Salvaguardar el poder regulatorio del Estado y la función de policía administrativa, a través de la negociación de tratados más robustos, que den más certeza para evitar las posibles amenazas de controversias por el ejercicio legítimo de las funciones estatales, mitigar el eventual riesgo de condenas contra el Estado y estimular inversiones extranjeras que contribuyan al alcance de los ODS.
- Establecer un programa de renegociaciones o de elaboración de declaraciones interpretativas conjuntas, según el caso, para delimitar el alcance de los AII existentes y así mitigar su potencial impacto negativo.
- A partir de un diálogo transparente e inclusivo, considerar la posibilidad de reformar el régimen actual de solución de controversias de inversión, incluso a través de la creación de un tribunal permanente de solución de controversias de inversión entre, por ejemplo, los miembros de la Alianza del Pacífico, al estilo del Sistema Judicial de Inversión del Acuerdo Económico y Comercial Global (AECG, o CETA por sus siglas en inglés) entre Canadá y Unión Europea, contemplando la posibilidad de apelación y otros mecanismos que permitan guardar la consistencia de las decisiones a falta de lo que ofrece el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

### **3.2.2 En el plano nacional**

- Fortalecer la articulación y coordinación entre diferentes entidades estatales para prevenir acciones contradictorias por parte del Estado, involucrando a todas las partes interesadas en las negociaciones y en la implementación de AII y en la gestión de controversias de inversión.
- Promover la capacitación integral y continua de los funcionarios estatales –especialmente aquellos cuya labor puede tener un impacto directo en la actividad de los inversionistas extranjeros– de la existencia, el alcance y los riesgos de los AII, para que al momento de adoptar medidas ponderen las decisiones teniendo en cuenta la posibilidad de litigio internacional.
- Fortalecer las capacidades institucionales del Estado, garantizando recursos humanos y económicos suficientes para enfrentar los retos relacionados con inversiones extranjeras, incluso a través de la formación de un grupo de abogados que asesoren al Estado en la negociación de los AII y en la prevención de conflictos y lo defiendan en las controversias de inversión.
- Fortalecer el Sistema de Facilitación para la Atracción de Inversión (SIFAI), de modo que también sirva para atender problemas puntuales y particulares de los inversionistas extranjeros y así prevenir conflictos que deriven en controversias internacionales.
- Crear un sistema de alertas tempranas a partir de experiencias de otros países y de una radiografía de las experiencias nacionales con inversionistas extranjeros que indican problemas encontrados para llevar a cabo sus operaciones.
- Crear una base de datos de inversionistas e inversiones posiblemente protegidos por AII, para que los funcionarios públicos consulten qué concesiones, contratos, licencias y demás situaciones podrían generar una controversia internacional y, por eso, requieren atención especial.
- Crear una figura análoga a la de la Abogacía de la Competencia de la SIC, que analice la potencialidad de controversias internacionales a raíz de la adopción de una medida legislativa o regulatoria.