

ANÁLISIS DEL ACUERDO BILATERAL DE INVERSIÓN ENTRE EL REINO UNIDO Y COLOMBIA

El Acuerdo Bilateral de Inversión RU-Colombia (el Acuerdo) se firmó el 17 de marzo 2010 y, actualmente, el Reino Unido está considerando la posibilidad de su ratificación por el Parlamento. Esta nota argumenta que el Parlamento del Reino Unido no debe ratificar el Acuerdo en su forma actual ya que el Tratado:

1. Pone en peligro la capacidad del Reino Unido para regular en función del interés público y no ofrece garantías para la inclusión de disposiciones sobre Solución de Controversias Inversionista-Estado (ISDS, por sus siglas en inglés);
2. Es contrario a los compromisos actuales del Reino Unido en materia de derechos humanos y a los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos (UNGPs, por sus siglas en inglés), y
3. Coloca el Reino Unido en peligro de incompatibilidad con sus compromisos actuales con Colombia respecto a los derechos humanos y los UNGPs.

El Acuerdo RU-Colombia amenaza la capacidad del Reino Unido para regular a favor del interés público y no ofrece garantías para la inclusión de disposiciones ISDS

Un informe reciente de la Comité de la UE de la Cámara de los Lores (Comité de la UE) ha identificado la necesidad de preservar el derecho de los Estados a reglamentar en función del interés público y de incluir disposiciones ISDS, como una de las principales preocupaciones para la negociación de la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (ATCI) entre la Unión Europea (UE) y Estados Unidos (EE.UU.). El informe hace recomendaciones para abordar estas preocupaciones. A la luz de estas recomendaciones, un análisis del Acuerdo RU-Colombia expone las deficiencias del Tratado, incluido el modo en que se pone en peligro la capacidad de los Estados partes para regular en función del interés público y la ausencia de garantías para la inclusión de ISDS.

Con motivo de la negociación en curso de la ATCI entre la UE y los EE.UU., el Comité de la UE de la Cámara de los Lores británica publicó un informe (el Informe) para presentar las conclusiones de una investigación que llevó a cabo con el fin de examinar las perspectivas de la UE y los EE.UU. para poder concluir la ATCI, explorar una serie de preocupaciones sobre los posibles efectos negativos del acuerdo y hacer recomendaciones al enfoque del Gobierno del Reino Unido en las negociaciones.ⁱ

El informe identifica dos áreas clave de interés, las cuales son relevantes para el Tratado entre Colombia y el Reino Unido.ⁱⁱ

Primero el informe destaca la necesidad de que el ATCI *“logre un mejor equilibrio entre asegurar la protección de los inversores y el derecho de los Estados a la regulación.”*ⁱⁱⁱ Según el Informe, se pueden tomar medidas en esta dirección *“señalando con mayor precisión la definición de los motivos sobre los que se pueda reclamar, y permitiendo interpretaciones vinculantes.”*^{iv}

Segundo, el Informe expresa las dudas del Comité de la UE sobre la inclusión de un mecanismo de ISDS que daría a los inversionistas el derecho a impugnar las medidas adoptadas por el Reino Unido en

temas de interés público como la salud, el medio ambiente y los derechos humanos. El Informe recomienda condicionar la inclusión de ISDS a la obtención de pruebas que determinen que el Reino Unido podría atraer más inversión de los EE.UU. mediante la firma de tales disposiciones.^v Además, el informe recomienda que si se incluyera una cláusula ISDS en la ATCI deberían establecerse una serie de garantías. Estas medidas de seguridad incluyen *“mejorar la transparencia en torno a los procedimientos de ISDS, por ejemplo, haciendo públicas las audiencias y documentos, permitiendo a terceros interesados hacer exposiciones, y revisando las normas en torno al nombramiento de árbitros.”*^{vi}

El Informe señala ciertos logros obtenidos durante las negociaciones del Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA, por sus siglas en inglés) entre la UE y Canadá como prueba de una mejor práctica para hacer frente a estas preocupaciones.^{vii}

El Acuerdo RU-Colombia no aborda adecuadamente la cuestión de la preservación de las facultades reglamentarias de los Estados partes, amenazando, por lo tanto, su capacidad de regular en función del bien público, incluyendo los derechos humanos. El Acuerdo también ofrece a los inversores el derecho a acceder a ISDS sin ninguna de las garantías determinadas por el Comité de la UE y sin ninguna evidencia de que el Tratado podría atraer más inversión para Colombia o el Reino Unido. Es importante tener en cuenta que, incluso sin un acuerdo, el Reino Unido ya es el segundo mayor inversor en Colombia,^{viii} y no hay evidencia empírica de que este Tratado vaya a aumentar los flujos de inversión en cualquiera de las dos direcciones.

Algunas referencias sobre mejores prácticas logradas en las negociaciones del CETA^{ix} iluminan aún más las graves deficiencias del Acuerdo RU-Colombia.

Reafirmación del derecho de regular: Mientras el CETA reafirma expresamente el derecho de los Estados partes a regular en función del interés público, el Acuerdo RU-Colombia no se pronuncia al respecto. Este tipo de declaraciones es particularmente relevante en la interpretación del tratado. En el caso del Acuerdo entre el Reino Unido y Colombia, tal afirmación habría sido particularmente útil dada la falta de referencia a los objetivos del Tratado - distintos de la protección de la inversión.

Reforzar la definición de disposiciones sustantivas: Por primera vez un acuerdo de inversión internacional, el acuerdo CETA, establece una definición precisa de Trato Justo y Equitativo (FET, por sus siglas en inglés). Las partes están de acuerdo en una lista taxativa de casos que sólo pueden ser prorrogados de mutua conformidad acuerdo. La violación del FET se plantearía en los siguientes casos:

- La negación de justicia en procesos penales, civiles o administrativos
- Incumplimiento esencial del debido proceso, incluyendo un incumplimiento esencial de transparencia, en los procesos judiciales y administrativos
- Arbitrariedad manifiesta
- Discriminación dirigida por motivos manifiestamente ilícitos, como género, raza o creencias religiosas
- Tratamiento abusivo de los inversores, como coerción, coacción y acoso.

Por el contrario, la disposición FET en el Acuerdo RU-Colombia es vaga y abierta, haciendo posible interpretaciones de amplio alcance. Además, el intento de aclarar esta disposición mediante un intercambio de notas entre los gobiernos del Reino Unido y Colombia resulta ineficaz, ya que añade una mayor complejidad e incertidumbre, en lugar de reforzar la definición.

En el artículo II del Acuerdo, las partes se comprometen a *“otorgar un trato justo y equitativo [...] en su territorio a las inversiones de inversores de la otra parte contratante.”* Para mayor certeza, el artículo señala que el concepto de *“trato justo y equitativo”* no *“requiere un tratamiento adicional al requerido conforme al derecho internacional”* y que incluye *“la prohibición de denegación de justicia en los procesos penales, civiles o administrativos, de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas jurídicos del mundo.”*

Además, en un intercambio de notas, los gobiernos de Colombia y el Reino Unido confirman que ... sin querer reducir el significado del concepto de *“trato justo y equitativo”* conforme al derecho internacional, no entienden este término para incorporar una cláusula de estabilización. Así, una Parte Contratante no está impedida de ejercer facultades regulatorias, en cualquier momento, que impacten sobre las inversiones de los inversores de la otra Parte Contratante, siempre y cuando estos poderes se ejerzan de manera justa y equitativa.

La consecuencia práctica de la falta de claridad de la FET en el Acuerdo RU-Colombia es la incertidumbre que genera a los inversionistas y a los gobiernos del Reino Unido y Colombia sobre las medidas que pueden ser impugnadas por los inversores. Esto favorece el llamado *“enfriamiento reglamentario”* donde los gobiernos se abstienen de regular para evitar litigios costosos. El enfriamiento reglamentario constituye una amenaza para la capacidad de Colombia y del Reino Unido de regular para proteger el interés público. Por otra parte, la falta de claridad de esta disposición incrementará los ya altos costos de litigio para los Estados y los inversores, ya que aclarar el sentido de la disposición requerirá una extensa argumentación e interpretación.

En términos de las ISDS, ninguna de las garantías de mejores prácticas consideradas por el CETA y destacadas por el informe de la Comisión de la UE están incluidas en el Acuerdo RU-Colombia. En particular:

- **Transparencia:** El Acuerdo RU-Colombia no prevé ninguna medida para garantizar la transparencia, mientras que el CETA ofrece una total transparencia: todos los documentos serán públicos, todas las audiencias abiertas y las partes interesadas (ONGs) pueden hacer presentaciones.
- **Interpretaciones vinculantes:** El Acuerdo RU-Colombia no se pronuncia sobre este aspecto, mientras que el CETA establece mecanismos para permitir a las partes emitir interpretaciones vinculantes sobre lo que originalmente querían decir y para participar en los procedimientos de arbitraje en las cuestiones de interpretación.
- **Reglas sobre nombramiento de árbitros:** Nuevamente, el Acuerdo RU-Colombia no se pronuncia en referencia a esto, mientras que el CETA establece un código de conducta para los árbitros y crea una lista (nómina) de árbitros, decidida conjuntamente por la UE y Canadá.

Al carecer de estas aclaraciones y garantías, el Acuerdo RU-Colombia aumenta la incertidumbre para los inversores y Estados, aumenta el riesgo de litigios, acrecienta la amenaza a la capacidad de los Estados para regular en función del bien público y ofrece pocas garantías de que las decisiones resultantes de ISDS estarán en consonancia con las intenciones de los Estados en firmar y ratificar este Acuerdo. Todos estos elementos son relevantes para que los gobiernos del Reino Unido y de Colombia cumplan con sus obligaciones internacionales de derechos humanos y para que el Reino Unido, en particular, ponga en práctica los UNGPs bajo su Plan de Acción Nacional (PAN), como se explica más adelante.

El Acuerdo RU - Colombia está fuera de línea con los compromisos actuales del Reino Unido en materia de derechos humanos y UNGPs

El Reino Unido ha emprendido recientemente importantes compromisos para la aplicación de los UNGPs incluso a través de la regulación de su actividad económica. En particular, el Reino Unido se ha comprometido a garantizar que *“los acuerdos que faciliten la inversión en el extranjero por empresas del Reino Unido o de la UE incorporen la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos, y no socaven la capacidad del país receptor para cumplir con sus obligaciones internacionales de derechos humanos.”* El Acuerdo RU-Colombia está fuera de línea con este compromiso claro.

El Reino Unido apoya firmemente el mandato del Representante Especial del Secretario General de la ONU para la cuestión de los derechos humanos, las empresas transnacionales y otras empresas, que culminó con la aprobación unánime de los UNGPs por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU en junio de 2011. Hasta la fecha el gobierno del Reino Unido continúa apoyando firmemente la implementación de los UNGPs en el Consejo, a nivel nacional e internacional.

Las empresas y los derechos humanos se han convertido en una de las seis prioridades temáticas de la política del Reino Unido en materia de derechos humanos y, en septiembre de 2013, el Reino Unido se convirtió en el primer gobierno en adoptar un PAN para la ejecución de los UNGPs. En el Prólogo Ministerial que acompaña el PAN, Rt Hon William Hague y Rt Hon Dr Vince Cable dejaron en claro que el Reino Unido se ha comprometido a aplicar los UNGPs y expresaron su intención de que el Reino Unido emerja como un líder en la temática de las empresas y los derechos humanos:

El Gobierno aprueba la creación de los Principios Rectores sobre las empresas y los Derechos Humanos de la ONU [...] Queremos que las empresas británicas sean exitosas y que el Reino Unido líder en materia de empresas y los derechos humanos, dado el alcance y el impacto mundial de las empresas del Reino Unido [...] [El PAN] encarna nuestro compromiso de proteger los derechos humanos ayudando a las empresas británicas a comprender y gestionar los derechos humanos [...] Los Principios Rectores son de aplicación global y vamos a trabajar por su captación internacional generalizada y la aplicación de los mismos.^x

En consecuencia, el PAN incluye, entre otras cosas, el compromiso del Reino Unido para presionar a los Estados extranjeros a apoyar la implementación internacional generalizada de los UNGPs, trabajar con socios de la UE para poner en práctica los UNGPs entre los estados miembros y a nivel internacional, y apoyar al Grupo de Trabajo de la ONU en su rol de promover la captación de los UNGPs.^{xi} Asimismo, el PAN incluye un compromiso explícito con respecto a los acuerdos internacionales de inversión.^{xii} El artículo 11 (vii) del PAN afirma que el Reino Unido se compromete a:

Asegurar que los **acuerdos que faciliten la inversión en el extranjero** por empresas del Reino Unido o de la UE **incorporen la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos, y no socaven la capacidad del país receptor para cumplir con sus obligaciones internacionales de derechos humanos**, ni para imponer la misma regulación ambiental y social a los inversionistas extranjeros como a las empresas nacionales. (El subrayado es nuestro)

Es precisamente en un acuerdo como el Acuerdo RU-Colombia que este compromiso debe ser respetado y realizado. Por tanto, este compromiso supone que el Acuerdo debe: (i) incorporar la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos; e (ii) incluir salvaguardias que preserven el espacio normativo necesario para que los Estados Partes cumplan con sus obligaciones de derechos humanos.

Como se discutió anteriormente, el Acuerdo RU-Colombia carece de las garantías para preservar la capacidad de regular en beneficio del interés público. Además, el Acuerdo no se pronuncia sobre las responsabilidades de los inversores, incluyendo su responsabilidad de respetar los derechos humanos. Estas deficiencias hacen que el Acuerdo RU-Colombia no sea compatible con los compromisos actuales del Reino Unido en materia de derechos humanos y UNGPs. También, como se explica a continuación, el Reino Unido ha promovido ampliamente sus compromisos de apoyo a Colombia para asegurar el respeto de los derechos humanos, también a través de la regulación de la actividad empresarial y la inversión. Estos compromisos intensifican la necesidad de garantizar la coherencia en la política del Reino Unido hacia Colombia en el área de inversión.

El Acuerdo RU - Colombia coloca el Reino Unido en peligro de incompatibilidad con sus compromisos actuales a Colombia en materia de derechos humanos y UNGPs

Colombia es uno de los 28 “países de especial preocupación” en los que el Ministerio de Relaciones Exteriores tiene las más graves y serias preocupaciones sobre los derechos humanos. El Reino Unido reconoce los importantes desafíos a los derechos humanos en Colombia, dado el legado de más de 50 años de conflicto, y ha comprometido su apoyo en diversas áreas prioritarias para ayudar a Colombia a emerger del conflicto. Estas áreas prioritarias incluyen asistir a Colombia en la implementación de los UNGPs y la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras. El Acuerdo RU-Colombia, como está escrito, no refleja los compromisos del Reino Unido en virtud de los UNGPs y el PAN. Por otra parte, el Acuerdo escrito vagamente pone en grave riesgo la aplicación de las leyes, como la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras. Esto imposibilita al Reino Unido ratificar un tratado bilateral que amenaza directamente el progreso que el Reino Unido se ha comprometido a apoyar en Colombia.

Colombia está envuelta en un conflicto desde hace décadas. El conflicto ha supuesto graves violaciones de los derechos humanos y ha resultado en el desplazamiento interno masivo de personas. De acuerdo con el Centro de Monitoreo de Desplazamiento Interno existen 5,7 millones de personas desplazadas internamente (PDI) por el conflicto,^{xiii} que implica una incautación ilegal de aproximadamente 6 millones de hectáreas de tierra.^{xiv}

El presidente colombiano Juan Manuel Santos ha instituido un cambio radical de política hacia el conflicto, las violaciones de los derechos humanos y la situación de los desplazados internos. Algunas de las medidas más relevantes de su gobierno son:

- La aprobación de la Ley 1448 - Ley de Víctimas y Restitución de Tierras - en junio de 2011. La Ley reconoce, por primera vez, la existencia de un conflicto, de víctimas de violaciones de derechos humanos y la necesidad de una reparación. La Ley establece un mecanismo para la reparación y la restitución de tierras a las personas desplazadas.
- El inicio de un proceso de paz con el principal grupo guerrillero en octubre de 2012. Las partes han llegado a acuerdos importantes sobre temas esenciales como la distribución de tierras y el desarrollo rural.

El Reino Unido se ha comprometido a ayudar a Colombia a salir del conflicto y a apoyar al gobierno en la implementación de estas medidas. En noviembre de 2011, el primer ministro David Cameron y el presidente Santos se reunieron en Londres y ambos gobiernos emitieron una declaración conjunta sobre derechos humanos. En la declaración, Colombia y el Reino Unido reafirmaron su compromiso común de respetar, proteger y promover los derechos humanos y aseguraron una sólida colaboración en este tema. En particular, el gobierno del Reino Unido se refirió a compartir su experiencia técnica para ayudar a la implementación de la Ley colombiana de Víctimas y Restitución de Tierras y su compromiso con la aplicación de las UNGPs:

La Ley colombiana de Víctimas y Restitución de Tierras es una pieza importante de la legislación que ha sido elogiada por la ONU. **El Reino Unido está compartiendo la experiencia técnica con el Gobierno de Colombia para ayudar a implementar la ley [...]** A medida que profundizamos los vínculos comerciales entre el Reino Unido y Colombia reconocemos la importancia de trabajar con el sector privado en materia de derechos humanos. **Estamos comprometidos con la aplicación de los Principios Rectores de la ONU sobre las Empresas y los Derechos Humanos.** Nuestros países están a la vanguardia de este debate a nivel mundial. El Reino Unido está apoyando un proyecto en Colombia que expondrá cómo los Principios se podrían aplicar en el contexto colombiano. (El subrayado es nuestro)

A este compromiso refiere el artículo 11 (i) del PAN:

El Gobierno hará lo siguiente para reforzar el cumplimiento de sus compromisos bajo el Pilar 1 de los UNGPs [...] Establecer alianzas con otros países que busquen implementar los UNGPs. Ya tenemos una fuerte alianza de colaboración con el Gobierno de Colombia sobre la aplicación en ambos países, en el contexto de la declaración conjunta de Noviembre de 2011 sobre derechos humanos [...]

Colombia se convertirá en un ejemplo sobre la participación del Reino Unido en esta materia. En consecuencia, es urgente que la política económica del Reino Unido, en particular el Acuerdo RU-Colombia, no socave sus propios compromisos de respetar y proteger los derechos humanos y de apoyar a Colombia en este esfuerzo.

En su forma actual, el Tratado es una amenaza a la capacidad del Reino Unido y de Colombia para mantener el espacio normativo en función de objetivos tales como la protección de los derechos humanos y la exposición al riesgo de litigios. En particular, Colombia podría ver su capacidad para aplicar los acuerdos de paz y la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras amenazada por un litigio en virtud del Acuerdo. Esta eventualidad puede poner al Reino Unido en una posición incongruente al comprometerse a apoyar la aplicación de medidas como la Ley de Víctimas y Restitución de Tierra, mientras que abre vías para impugnar esta misma aplicación a través de un procedimiento de arbitraje internacional no calificado en el Acuerdo.

Por otra parte, el Acuerdo no refleja los compromisos más amplios adquiridos por el Reino Unido bajo los UNGPs y el PAN, en particular con respecto a la exigencia de una conducta empresarial responsable a través de la inclusión de las responsabilidades de los inversores en el Tratado.

Por último, el Acuerdo no tiene en cuenta el impacto negativo que los inversores extranjeros pueden tener en los derechos humanos. El Tratado ofrece a los inversores el derecho a acceder a las

protecciones del Tratado y al arbitraje ante tribunales internacionales, sin contrapesos o garantías que condicionen estas protecciones a un estándar mínimo de conducta responsable.

Por las razones expuestas anteriormente, el Parlamento del Reino Unido no debe ratificar el Acuerdo RU-Colombia en su forma actual.

Julio de 2014

ⁱ Comité Europeo de la Cámara de los Lores británica, El Comercio y la Inversión de Asociación Transatlántica, 14o Informe del período de sesiones 2013-2014, publicado el 13 de mayo de 2014.

ⁱⁱ Estas preocupaciones responden a las opiniones expresadas durante la consulta que ISDS permitiría a los inversionistas extranjeros cuestionar ante tribunales arbitrales medidas adoptadas para proteger el interés público, incluyendo en áreas tales como el trabajo, la salud, el medio ambiente y los derechos humanos. Las deliberaciones de dichos tribunales no suelen hacerse públicas, y sus decisiones son definitivas e inapelables. También se observó que la propia perspectiva de demandas presentadas crearía un “enfriamiento reglamentario,” que “frena la mano de los gobiernos de regular en beneficio del interés público, por temor a los litigios.” Véase el informe en ¶¶ 156-162.

ⁱⁱⁱ Traducción no oficial del autor.

^{iv} Informe, en ¶ 168.

^v Id., en ¶169

^{vi} Id., en ¶168. Traducción no oficial del autor.

^{vii} Id.

^{viii} Comercio e Inversión RU, Orientación; Exportar a Colombia, actualizado el 1 de mayo de 2014, disponible en <https://www.gov.uk/government/publications/exporting-to-colombia/exporting-to-colombia>

^{ix} El análisis del contenido del CETA se preparó utilizando la nota explicativa puesta a disposición por la Comisión Europea en diciembre de 2013, en http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/november/tradoc_151918.pdf y el texto incluido en el documento de consulta sobre el TTIP también fue puesto a disposición por la Comisión Europea http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/march/tradoc_152280.pdf

^x Plan Nacional de Acción del Reino Unido, Buena Empresa - Aplicación de los Principios Rectores de la ONU sobre las Empresas y los Derechos Humanos, septiembre de 2013, Prólogo Ministerial.

^{xi} PAN del RU, artículos 11 (viii), (ix), (x).

^{xii} Este compromiso refleja el principio 9 de los UNGPs que obliga a los Estados a “mantener el espacio político adecuado para cumplir con sus obligaciones de derechos humanos al perseguir objetivos de política relacionados a los negocios con otros Estados o empresas, por ejemplo a través de los tratados de inversión o contratos.”

^{xiii} Véase <http://www.internal-displacement.org/americas/colombia/>

^{xiv} ABColombia, Colombia el panorama actual: Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, junio 2012, p. 2, disponible en http://www.abcolombia.org.uk/downloads/Colombia_the_Current_Panorama.pdf

Traidcraft comprises Traidcraft Plc, one of the UK’s leading fair trade companies sourcing products from around thirty countries worldwide, and Traidcraft Exchange a development NGO. We conduct research and advocacy work on trade justice and corporate accountability issues. <http://www.traidcraft.co.uk>

ABColombia es un proyecto de incidencia política de cinco agencias Británicas e Irlandesas con programas en Colombia: CAFOD, Christian Aid UKI, Oxfam GB, SCIAF y Trócaire. Amnistía Internacional y PBI son observadores. . www.abcolombia.org.uk