

2012
Vol. 5 N° 1



UNIVERSIDAD
EAFIT
Abierta al mundo
ISSN: 2027-2340

Revista de Negocios Internacionales

DEPARTAMENTO DE Negocios Internacionales

Rafael Tamayo Álvarez

Comentarios al capítulo de inversiones del TLC entre Colombia y los Estados Unidos

Revista de Negocios Internacionales. Vol. 5 N° 1 - Enero - Junio de 2012 - Pp. 142 - 144

Comentarios al capítulo de inversiones del TLC entre Colombia y los Estados Unidos

RAFAEL TAMAYO ÁLVAREZ¹ (LLM)

FECHA DE RECIBIDO: 14/02/2012

FECHA DE ACEPTADO: 29/03/2012

Existe la idea de que la importancia de los Tratados de Libre Comercio (TLC), radica en la creación de una zona de libre de comercio entre los Estados contratantes mediante la eliminación de aranceles. Sin embargo, la experiencia demuestra que estos Acuerdos abarcan cuestiones que sobrepasan el comercio de mercancías. En efecto, la anatomía usual de un TLC, refleja la adopción de compromisos en torno a temas tan disímiles como la propiedad intelectual y el cuidado del medio ambiente. La protección a la inversión extranjera, es uno de los aspectos de mayor relevancia, distintos al comercio, que suele incorporarse a un TLC. El Acuerdo suscrito entre Colombia y los Estados Unidos no es contrario a esta tendencia, por cuanto el Capítulo Décimo fue enteramente dedicado a la inversión. A continuación se comentan algunos de los aspectos más significativos del Capítulo:

La noción de inversionista e inversión

El ámbito de aplicación y cobertura del Capítulo Décimo, dependen esencialmente del alcance atribuido a los conceptos de inversionista e inversión. El término inversionista incluye:

- a) los individuos con nacionalidad de alguno de los países Parte del Acuerdo, y b) las empresas constituidas según las leyes de uno de los países Parte, o las sucursales localizadas en el territorio de uno de ellos, siempre que, en ambos casos, se lleven a cabo actividades de negocio en ese territorio.

En lo que concierne a individuos con doble nacionalidad, el Acuerdo dice que la persona se considerará exclusivamente como nacional del Estado de su nacionalidad dominante y efectiva. Sin embargo, como no se definió qué se

1 Rafael Alberto Tamayo Álvarez es Abogado de la Universidad de Medellín, especialista en Derecho de los Negocios de la Universidad Externado, y Máster en Derecho Internacional de la Universidad de Heidelberg. Actualmente trabaja como abogado asociado de la firma Cavalier Abogados, y es profesor de la Universidad EAFIT, de las materias "International Trade Law" en Negocios Internacionales y "International Law" en Derecho. Correo electrónico: rafaeltamayoalvarez@hotmail.com

entiende por “nacionalidad dominante y efectiva” podría denegársele injustamente la protección a los inversionistas con doble nacionalidad, catalogándolos no como extranjeros, sino como nacionales del país receptor de la inversión. Piénsese en una persona nacida en Colombia, quien obtuvo la ciudadanía Estadunidense luego de vivir en ese país por décadas, sin haber pisado suelo colombiano durante ese lapso. ¿Cuál sería la nacionalidad dominante y efectiva, la del lugar de nacimiento o la del sitio de residencia? ¿Si esta persona invierte en finca raíz en Colombia, podría considerársele un inversionista extranjero²?

Por su parte, en lo que atañe a la nacionalidad de las empresas, cabe preguntarse si una compañía local podría ser tratada como extranjera por el sólo hecho de ser administrada o controlada desde el exterior. Así, una empresa Colombiana, cuyo capital pertenece mayoritariamente a Estadunidenses, ¿podría, bajo el capítulo Décimo, solicitar la protección de sus inversiones en Colombia?

Por otro lado, el Capítulo contiene una noción bastante amplia de todo aquello susceptible de catalogarse como inversión, incluyendo, entre tangibles e intangibles, derechos de propiedad raíz, inversiones en acciones³, bonos o futuros, derechos de propiedad intelectual⁴, y hasta permisos o licencias otorgadas por cualquiera de los Estados Parte⁵.

Los compromisos específicos de las partes

Además de las obligaciones de trato nacional⁶ y nación más favorecida⁷, comunes a la mayoría de las áreas reguladas por el TLC, el Capítulo Décimo establece, como nivel mínimo de trato al inversionista, un “Trato Justo y Equitativo”, entendido, según las Normas Consuetudinarias del Derecho Internacional, como un estándar de protección que cubre cualquier medida arbitraria, irracional, discriminatoria o injustificada, a cargo del país receptor de la inversión, amparando incluso las legítimas expectativas del inversionista⁸.

2 Una posible solución a esta cuestión, sería aplicar el concepto de *nacionalidad efectiva* desarrollado por la Corte Internacional de Justicia en el Caso *Nottebohm*. Véase CIJ, “*Nottebohm Case*” (*Liechtenstein v Guatemala*) (*Preliminary Objections*) [1953] ICJ Rep 111

3 Con lo cual se abre la discusión en torno a si el accionista extranjero de una empresa Colombiana, estaría facultado para interponer una acción en contra del Estado Colombiano, obrando en defensa de los intereses de la compañía Colombiana.

4 Entendida en sentido amplio, es decir, tanto propiedad industrial como derechos de autor.

5 Por ejemplo, una licencia ambiental o un título minero.

6 Cada Parte debe conceder a los inversionistas de la otra, un trato no menos favorable que el concedido, en circunstancias similares, a los inversionistas locales.

7 Cada Parte debe conceder a los inversionistas de la otra, un trato no menos favorable que el concedido, en circunstancias similares, a los inversionistas de otra Parte o de cualquier otro país que no sea Parte.

8 Véase por ejemplo: *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/01/07, Award, 25 May. 2004

El Capítulo prohíbe cualquier expropiación que no se realice por motivos de interés público, sin discriminación, y con una indemnización conforme al valor de mercado de la inversión expropiada.

Mención aparte, merece la llamada expropiación indirecta⁹. En efecto, el TLC protege a los inversionistas frente a toda privación substancial de sus intereses, producto del ejercicio de la potestad regulatoria de uno de los Estados Parte del Acuerdo, particularmente, cuando tal regulación le impida al inversionista el ejercer un control efectivo sobre su inversión, u operar el día a día de su compañía o negocio. La principal connotación para Colombia, en materia de expropiación indirecta, es la eventual imposición tácita de límites a la potestad regulatoria del Gobierno Nacional. En efecto, existen casos de países que han sido demandados por inversionistas, por el sólo hecho de haber adoptado una regulación, acorde con el derecho interno, pero contraria a los intereses del inversionista¹⁰, lo cual es perfectamente factible que ocurra a partir de la entrada en vigencia del TLC, dada la amplitud del concepto “Trato Justo y Equitativo” como nivel mínimo de protección a la inversión.

Resolución de controversias inversionista-estado

El TLC admite la posibilidad de someter la reclamación de un inversionista frente al Estado, al conocimiento de un Tribunal de Arbitramento Internacional¹¹. Para que ello ocurra, es necesario que confluyan los siguientes requisitos:

- a) que se trate de una controversia entre un Estado Parte y un inversionista extranjero del otro Estado Parte;
- b) que la controversia guarde relación con un asunto de tipo legal; y
- c) que la transacción subyacente, que dio origen a la controversia, califique dentro del concepto de inversión.

9 El *Canada Model FIPA* define la expropiación indirecta como la resultante de una medida, o de un conjunto de medidas, de una Parte cuyo efecto es equivalente a la expropiación directa, pero sin la transferencia formal del título de propiedad, o sin una confiscación absoluta Ver, *Canada Model FIPA*, Annex B.13(1), en <http://www.international.gc.ca/tna-nac/documents/2004-FIPA-model-en.pdf>

10 Ver, como caso emblemático, *Metalclad v. Mexico*, *ICSID Case No. ARB (AF)/97/1*, Award, 30 Aug. 2000. Igualmente, otro ejemplo más reciente, es el caso de Australia y las nueva normatividad que prohíbe el uso de logos y colores en las cajas de cigarrillos, a fin disminuir el consumo entre adolescentes; regulación que causó enojo en la Industria Tabacalera, catalogándola como una forma indirecta de expropiar sus derechos de propiedad intelectual.

11 Particularmente, de acuerdo con las reglas de arbitraje del CIADI y CNUDMI.