



CIRCULAR EXTERNA No. 17

Para: Entidades públicas del orden nacional y del orden territorial

De: **CESAR PALOMINO CORTÉS**
Director General
Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado- ANDJE -
Coordinadora del SDJE

Asunto: Lineamientos generales de prevención para la mitigación
de controversias internacionales de inversión

23 DIC 2025

Fecha:

1. Introducción

1.1 Competencia

De conformidad con la Ley 1444 de 2011 y el Decreto Ley 4085 del mismo año, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (ANDJE) cuenta con competencias en materia de prevención del daño antijurídico y le corresponde impartir lineamientos y recomendaciones para que las entidades públicas adelanten una adecuada defensa de los intereses de la Nación¹.

Por su parte, el párrafo del artículo 5 de la ley anteriormente mencionada, indica que la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (en adelante, ANDJE) es competente para, entre otros, estructurar, formular y difundir las políticas de prevención del daño antijurídico de la Nación "en procura de la reducción de la responsabilidad patrimonial y la actividad litigiosa".

¹ Ordinal 1 del artículo 6 del Decreto-Ley 4085 de 2011, modificado por el artículo 1 del Decreto 2269 de 2019.

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

Dirección: Carrera 7 No.75 - 66, Bogotá D.C., Colombia

Conmutador: (+57) 601 255 8955

Fax: (+57) 601 255 8933



Defensa Jurídica del Estado

En particular, el numeral (i) del artículo 6 del Decreto Ley 4085 de 2011 dispuso que es función de la ANDJE, en relación con las políticas: “formular, aplicar, evaluar y difundir las políticas públicas en materia de prevención de las conductas públicas antijurídicas, del daño antijurídico y la extensión de sus efectos, la defensa jurídica pública y la protección efectiva de los intereses litigiosos del Estado, así como diseñar y proponer estrategias, planes y acciones en esta materia para la prevención de las conductas antijurídicas por parte de servidores y entidades públicas, el daño antijurídico y la extensión de sus efectos”.

Adicionalmente, el numeral (vii) del artículo en mención, establece la función de “Coordinar la implementación de las políticas y estrategias para la prevención del daño antijurídico, la defensa jurídica efectiva del Estado, la reducción de la responsabilidad patrimonial y la recuperación de recursos públicos con las entidades y organismos del orden nacional”.

La Dirección de Defensa Jurídica Internacional, conforme al artículo 17B del citado decreto ley, tiene dentro de sus funciones las siguientes: (i) coordinar la defensa del Estado colombiano en todas las etapas de controversias que se adelanten en instancias internacionales en relación con obligaciones contenidas en tratados internacionales en materia de inversión y (v) apoyar a la Dirección de Políticas y Estrategias en la elaboración de protocolos y lineamientos para prevenir litigios en conflictos de inversión.

Así, las competencias generales de la ANDJE en materia de prevención del daño antijurídico, junto con sus funciones específicas respecto de controversias derivadas de tratados internacionales de inversión, constituyen el fundamento jurídico que la habilita para expedir lineamientos especializados orientados a la prevención y gestión de riesgos en arbitraje internacional de inversión.

Adicionalmente, mediante el artículo 206 de la Ley 2294 de 2023² se creó el Sistema de Defensa Jurídica del Estado como el conjunto de actores, políticas, estrategias, principios, normas, rutas de articulación e instrumentos jurídicos, técnicos, financieros y gerenciales orientados a garantizar de manera articulada la eficacia de la política pública del Ciclo de Defensa Jurídica del Estado, en las entidades públicas del orden nacional y territorial, sin importar su naturaleza y

² «Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2022-2026 'Colombia potencia mundial de vida'».

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

Dirección: Carrera 7 No.75 - 66, Bogotá D.C., Colombia

Conmutador: (+57) 601 255 8955

Fax: (+57) 601 255 8933



Defensa Jurídica del Estado

régimen jurídico. Este artículo asignó a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado la coordinación del Sistema.

Dicho Sistema fue reglamentado mediante el Decreto 104 del 28 de enero de 2025 "Por el cual se adiciona la Sección 4 al Capítulo 2 del Título 3 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho, para reglamentar el Sistema de Defensa Jurídica del Estado, se modifica la Sección 1 del Capítulo 4 del Título 3 de la Parte 2 del Libro 2 de Decreto 1069 de 2015 y se dictan otras disposiciones".

De conformidad con el artículo 2.2.3.2.4.1.5,³ se define el ámbito de aplicación y los actores que integran el SDJE, el cual comprende todas las entidades públicas de orden nacional y territorial, sin perjuicio de su naturaleza, ni régimen jurídico, incluyendo todas las etapas del Ciclo de Defensa Jurídica del Estado.

El SDJE establece unos deberes⁴ para los actores de éste, destacando la obligatoriedad de las entidades de "2. Acatar e implementar los lineamientos, directrices, modelos, protocolos y demás herramientas que estén relacionados con las etapas del ciclo de defensa jurídica del Estado que expida la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado." y "4. Atender las solicitudes, recomendaciones y las estrategias de litigio elaboradas por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. En caso de que la entidad pública se aparte de estos deberá justificarlo por escrito y comunicarlo a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, a través de su representante legal o el(la) funcionario(a) de nivel directivo que este delegue".

En este contexto, los lineamientos de prevención en materia de arbitraje de inversión se integran como herramientas obligatorias dentro del Ciclo de Defensa Jurídica del Estado, cuya observancia es exigible a todas las entidades que conforman el Sistema de Defensa Jurídica del Estado.

1.2. Objetivo

Establecer lineamientos orientados a la prevención de las controversias internacionales de inversión⁵, con el fin de proporcionar a las entidades

³ Decreto 1069 de 2015 adicionado por el Decreto 104 de 2025.

⁴ Artículo 2.2.3.2.4.3.1. Deberes de los actores del SDJE.

⁵ El arbitraje de inversión en Colombia se configura como una práctica regulada por normas de arbitraje internacional, tratados internacionales y políticas públicas. Para aplicarlo correctamente, es esencial considerar el contexto jurídico internacional y las directrices nacionales vigentes. El arbitraje de inversión en Colombia no está definido como una figura jurídica autónoma en una única norma, pero sí se encuentra regulado de manera

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

Dirección: Carrera 7 No.75 - 66, Bogotá D.C., Colombia

Conmutador: (+57) 601 255 8955

Fax: (+57) 601 255 8933



Defensa Jurídica del Estado

destinatarias una base conceptual que les permita conocer y aplicar los principios del derecho internacional de las inversiones, así como conocer los principales deberes que el Estado asume en virtud de los acuerdos internacionales en esta materia⁶.

1.3. Justificación

La expedición del presente lineamiento responde a la necesidad de formular recomendaciones orientadas a la prevención del daño antijurídico en el marco de las controversias internacionales de inversión⁷, con el fin de fortalecer la gestión pública, para reducir la litigiosidad en asuntos relacionados con el incumplimiento de los deberes dispuestos en los Acuerdos Internacionales de Inversiones, en adelante AIIs y la toma de decisiones estatales conforme a los compromisos adquiridos por el Estado en virtud de los mencionados acuerdos.

En este contexto, se identifican dos (2) ejes estratégicos que se abordarán a través de los lineamientos y recomendaciones que serán desarrollados en el presente documento, tal y como se plantean, a continuación:

Primer eje estratégico: lineamientos dirigidos a la gestión pública que tienen como propósito que las entidades estatales desarrollen capacidades institucionales para: (i) estructurar estrategias de difusión y acceso a la información sobre los acuerdos internacionales de inversión vigentes y las principales inversiones en cada sector económico; (ii) implementar mecanismos de articulación interinstitucional entre las entidades, con funciones normativas, operativas y técnicas, del orden nacional (EPON) y territorial (EPOT); y (iii) establecer sistemas de alerta temprana que permitan identificar y gestionar oportunamente potenciales controversias de inversión.

funcional y práctica a través de un conjunto de instrumentos legales y políticos, como: la Ley 1563 de 2012 "Por la cual expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones", tratados internacionales bilaterales de inversión y tratados de libre comercio suscritos por Colombia que contienen cláusulas específicas que permiten a los inversionistas extranjeros iniciar arbitrajes ante tribunales internacionales como el CIADI.

La Convención de Viena de 1969 es el principal instrumento jurídico internacional que regula los tratados entre Estados. Establece normas sobre cómo se celebran, interpretan, aplican, modifican y terminan los tratados.

⁶ Estos lineamientos se elaboran con fundamento en los documentos: (i) "Guía de Estudio. Módulo: Arbitraje de Inversión" y "Lineamientos y Recomendaciones para la prevención de las controversias internacionales de inversión", diseñados por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y (ii) Documento Conpes No. 3684 titulado "Fortalecimiento de las Estrategia del Estado para la Prevención y Atención de Controversias Internacionales de Inversión", elaborado por el Departamento Nacional de Planeación.

⁷ Ver: Casos de arbitraje internacional de inversión contra Colombia: 1. Naturgy Energy Group S.A. vs. Colombia (Caso Electricaribe); 2. Telefónica y 3. Glencore International A.G. & Prodeco S.A. vs. Colombia.

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

Dirección: Carrera 7 No.75 - 66, Bogotá D.C., Colombia

Conmutador: (+57) 601 255 8955

Fax: (+57) 601 255 8933



Defensa Jurídica del Estado

Segundo eje estratégico: lineamientos orientados a la toma de decisiones, cuyo objetivo es que los servidores públicos ejerzan sus competencias de manera que: (i) se garantice el respeto al debido proceso de los inversionistas; (ii) se prevenga la adopción de decisiones arbitrarias o que impliquen tratamientos diferenciados injustificados; y (iii) se asegure la razonabilidad y proporcionalidad de las actuaciones administrativas.

La implementación de estos lineamientos contribuye a mitigar el riesgo de incurrir en responsabilidad internacional por actos u omisiones estatales y promueven una actuación pública alineada con los estándares internacionales de protección a la inversión extranjera⁸.

En consecuencia, en la presente Circular se abordarán los siguientes asuntos: (i) Conceptos básicos del derecho internacional de las inversiones; (ii) principales obligaciones sustantivas a la luz de los acuerdos internacionales de inversiones; (iii) recomendaciones de gestión pública para prevenir litigios derivados de acuerdos internacionales de inversión y (iv) recomendaciones para la toma de decisiones en las actuaciones públicas.

I. Conceptos básicos del derecho internacional de las inversiones

Existen tres (3) conceptos base en el contexto de las controversias internacionales de inversión: (i) derecho internacional de inversiones, (ii) acuerdos internacionales de inversiones y (iii) arbitraje internacional de inversiones:

(i) Derecho internacional de inversiones: es el sistema normativo que regula las relaciones entre los inversionistas y los Estados. Está conformado por un conjunto de disposiciones jurídicas que buscan garantizar la protección y el fomento de las inversiones extranjeras.

Este sistema, establece principalmente los derechos y deberes de los inversionistas, así como los deberes correlativos y las prerrogativas del Estado.


⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-379. Agosto 22 de 1996. Expediente: L.A.T. 061. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz. Esta sentencia es pionera en establecer que la protección de la inversión extranjera mediante tratados internacionales y mecanismos como el arbitraje de inversión es compatible con el orden constitucional colombiano, siempre que se respeten los principios de soberanía, igualdad y legalidad.



Defensa Jurídica del Estado

En caso de vulneración de derechos, los inversionistas pueden acudir a mecanismos internacionales de solución de controversias, como los tribunales de arbitraje de inversión, para exigir su protección.

Se consideran inversionistas, las personas naturales o jurídicas que invierten capital en otro país e interactúan con el Estado receptor o país anfitrión, es decir, aquel que recibe la inversión.

 *Para tener en cuenta.* Colombia ha enfrentado, al menos, 19 arbitrajes internacionales de inversión, en los que se han emitido 7 laudos arbitrales. El más reciente fue proferido en noviembre de 2024, en el que el Estado fue condenado a pagar a Telefónica S.A. cerca de 380 millones de dólares⁹.

(ii) Acuerdos internacionales de inversiones (AIIs): La principal fuente del derecho internacional de inversiones son los *acuerdos internacionales de inversiones*, los cuales fijan los principios y las reglas para la protección y la promoción de las inversiones extranjeras.

Los tratados internacionales firmados entre Estados en ejercicio de su soberanía pueden clasificarse en dos categorías: **(i) multilaterales**, cuando son celebrados entre varios Estados, y **(ii) bilaterales**, cuando se suscriben entre dos Estados.

Estos instrumentos, además de establecer los derechos y obligaciones sustantivas de las partes, regulan aspectos procedimentales fundamentales para la resolución de disputas relacionadas con la protección de las inversiones extranjeras, tales como la determinación de los tribunales competentes, las consideraciones para determinar la calidad de inversionista y los mecanismos de solución de controversias¹⁰.

⁹ Caso Telefónica S.A. c. República de Colombia. CIADI Caso No. ARB/18/3

¹⁰ De conformidad con Ministerio de Comercio, Industria y Turismo-Dirección de Inversión Extranjera y Servicios, los AIIs son tratados internacionales que buscan crear y mantener condiciones favorables para los inversionistas de un Estado en el territorio del otro Estado.

A través de estos se acuerdan reglas para los inversionistas extranjeros, brindando ello protección, claridad y seguridad mutua en el tratamiento de las inversiones.

La principal característica de estos acuerdos es que cuentan con un mecanismo de solución de controversias a través del cual un inversionista puede demandar a un Estado ante un tribunal de arbitraje internacional cuando considere que éste ha incumplido alguna de las obligaciones del tratado, mecanismo conocido como Solución de Controversias Inversionista – Estado (Investor – State Dispute Settlement -ISDS, por sus siglas en inglés). Estos acuerdos incluyen disposiciones que rigen la inversión en todas las actividades económicas,

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

Dirección: Carrera 7 No.75 - 66, Bogotá D.C., Colombia

Conmutador: (+57) 601 255 8955

Fax: (+57) 601 255 8933



Defensa Jurídica del Estado

☉ *Para tener en cuenta.* Colombia tiene 21 AII's vigentes: España, Suiza, Reino Unido, Japón, China, India, Perú, Canadá, Estados Unidos, México, Guatemala, El Salvador, Honduras, Costa Rica, Chile, Corea del Sur, la Alianza del Pacífico (Chile, México y Perú), Triángulo Norte de Centroamérica (El Salvador, Guatemala y Honduras), Unión Europea, Asociación Europea de Libre Comercio (Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza) e Israel¹¹.

(iii) Arbitraje internacional de inversiones. Es el mecanismo de resolución de controversias entre inversionistas extranjeros y Estados anfitriones sobre la protección y el fomento de las inversiones. Este mecanismo generalmente se estipula en acuerdos internacionales de inversiones, contratos de inversiones o en la legislación nacional.

El objetivo de este mecanismo es servir de foro imparcial para proteger al inversionista y a las inversiones que pudieren llegar a considerarse afectadas por el Estado anfitrión. Estos arbitrajes se llevan a cabo en distintos foros (ejemplo: Centro Internacional de Arreglo de Disputas de Inversión – CIADI o Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional – CNUDMI). Este mecanismo de resolución de conflictos permite que las partes, en lugar de ir ante un juez, elijan árbitros privados que estudian el litigio y profieren una decisión llamada *laudo arbitral*¹².

De proferirse una decisión manifiestamente arbitraria, las partes pueden solicitar la anulación del laudo ante el Centro Internacional de Arreglo de Disputas de Inversión, órgano adscrito al Banco Mundial y conocido como *CIADI*, o ante el foro competente para el caso en concreto.

☉ *Para tener en cuenta 1.* En Colombia, desde la Directiva Presidencial No. 4 de 2018, y ahora en virtud de la Directiva Presidencial No. 5 de 2025, se prohíbe la suscripción de pactos arbitrales en contratos estatales bajo

tanto del sector servicios como de no servicios, disposiciones que son de aplicación bilateral, es decir, ambos países deben cumplir con las mismas. Ver: [dies-abc-aiis-25-09-20.pdf.aspx](https://www.tlc.gov.co/acuerdos/vigente/dies-abc-aiis-25-09-20.pdf.aspx)

¹¹ El texto de estos acuerdos se puede consultar en el sitio web <https://www.tlc.gov.co/acuerdos/vigente>

¹² La definición de laudo arbitral se encuentra en el artículo 1 Ley 1563 de 2012. Definición, modalidades y principios, en los siguientes términos: "El laudo arbitral es la sentencia que profiere el tribunal de arbitraje. El laudo puede ser en derecho, en equidad o técnico",

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

Dirección: Carrera 7 No.75 - 66, Bogotá D.C., Colombia

Conmutador: (+57) 601 255 8955

Fax: (+57) 601 255 8933



Defensa Jurídica del Estado

*reglas del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)*¹³.

- ⊗ *Para tener en cuenta 2. Los tribunales arbitrales no están atados al precedente de otros –por lo que, frente a casos similares, pueden existir decisiones distintas–.*
- ⊗ *Para tener en cuenta 3. Los laudos no pueden apelarse. Solo, de manera excepcional, pueden anularse.*

Colombia ha pedido la anulación de fallos ante el CIADI. En 2019, el Estado presentó una solicitud de anulación parcial en contra del laudo emitido en el caso *Glencore International A.G. & Prodeco S.A.* contra la República de Colombia, por considerar que el tribunal arbitral había vulnerado su derecho al debido proceso. Esta solicitud fue resuelta el 22 de septiembre de 2021, por un comité ad hoc que decidió rechazarla. En 2025 presentó una solicitud de anulación en contra del laudo emitido en el caso *South 32 SA Investments Limited* contra la República de Colombia. Esta solicitud se encuentra en trámite.

II. Principales obligaciones sustantivas a la luz de los acuerdos internacionales de inversiones.

Los derechos de los inversionistas extranjeros, así como sus correlativos jurídicos, esto es, los deberes que asumen los Estados receptores en virtud de un Acuerdo Internacional de Inversiones- AII, se conocen como obligaciones sustantivas.

El contenido y alcance de estas obligaciones varía según las disposiciones específicas de cada acuerdo.

No obstante, por regla general, los AII reconocen cuatro (4) obligaciones sustantivas principales: (i) la obligación de no discriminación; (ii) la obligación de otorgar un nivel mínimo de trato y prohibición de arbitrariedad; (iii) la obligación de proveer protección y seguridad plenas; y (iv) la prohibición de expropiación.

¹³ chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgiclfefindmkaj/https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DIRECTIVA%20PRESIDENCIAL%20No%2005%20DE%202025.pdf



Defensa Jurídica del Estado

A continuación, se enuncian los conceptos base de las obligaciones sustantivas señaladas a manera de ilustración y no de forma taxativa, en los siguientes términos:

(i) **Obligación de no discriminación**

La obligación de no discriminación se fundamenta en el principio de igualdad de trato. A la luz de esta obligación, los Estados anfitriones deben tratar a los inversionistas de manera similar en las siguientes situaciones: (i) cuando se encuentren en situaciones de hecho análogas o similares y (ii) cuando no exista razón alguna que justifique el trato diferente.

Lo anterior, se materializa en el ámbito del derecho internacional de inversiones, a través de dos (2) estándares: (1) **estándar de trato nacional**, que obliga a los Estados a no tratar a los inversionistas locales de manera más favorable que a los inversionistas extranjeros y (2) **estándar de trato de nación más favorecida**, el cual asegura que los países no establezcan diferencias entre los inversionistas de diferentes Estados, en perjuicio de los inversionistas de ciertas nacionalidades.

1. **Estándar de trato nacional**: Los inversionistas extranjeros tienen derecho a no ser discriminados por su nacionalidad, de acuerdo con las condiciones y dentro los sectores previstos por el AII aplicable al caso concreto. En otras palabras, consiste en otorgar a las inversiones extranjeras un trato no menos favorable que el concedido a las inversiones nacionales en circunstancias similares¹⁴.

El inversionista extranjero que alegue la violación del *deber de trato nacional* por parte del Estado anfitrión, debe demostrar lo siguiente: (i) que el inversionista extranjero y el inversionista local están en situaciones análogas o similares; (ii) que el inversionista extranjero es tratado de forma menos favorable que los inversionistas nacionales; y (iii) que el trato desfavorable carece de justificación.

¹⁴ Ibidem.



Defensa Jurídica del Estado

☉ *Para tener en cuenta 1.* En el caso *Feldman c. México*, el Estado fue encontrado responsable por desconocer el deber de *trato nacional*. Marvin Feldman, de nacionalidad estadounidense, tenía una empresa que revendía y exportaba cigarrillos en México. El Estado le devolvía impuestos al Grupo Poblano, una empresa mexicana que hacía lo mismo, pero no le devolvía el mismo dinero a la compañía de Feldman. El tribunal que revisó el caso le dio la razón al inversionista, porque consideró que (i) ambos se encontraban en situaciones similares (en tanto se dedicaban al mismo trabajo), (ii) México le había dado un trato menos favorable a Feldman en comparación con el inversionista nacional, al darle beneficios fiscales solo a este último, y (iii) dicho trato carecía de justificación.

- 2. Estándar de la nación más favorecida:** Los inversionistas extranjeros tienen derecho a no ser discriminados por su nacionalidad, de acuerdo con las condiciones y dentro los sectores previstos por el AII aplicable al caso concreto. De acuerdo con este estándar, las ventajas que se conceden a las inversiones de los inversionistas de un tercer Estado, deben extenderse a las inversiones de los inversionistas del Estado con el que se tiene el acuerdo¹⁵.

En el marco de este derecho, los países que suscriben un AII tienen que garantizar que los inversionistas y sus inversiones recibirán el mismo trato que otorgan a los inversionistas y a las inversiones provenientes de terceros Estados.

El inversionista que alegue el incumplimiento de la *cláusula de la nación más favorecida* debe demostrar que: (i) el inversionista extranjero de un país y el inversionista extranjero de otro, se encuentran en situaciones análogas o similares; (ii) uno de los inversionistas es tratado de forma menos favorable que el otro; y (iii) que dicho trato diferenciado carece de justificación.

¹⁵ De conformidad con el Ministerio Comercio, Industria y Turismo-Dirección de Inversión Extranjera y Servicios, ver: Documento Acuerdos Internacionales de Inversión (Aii) Principales Características. La extensión que se otorga a un Estado no tiene lugar cuando las ventajas se conceden en el marco de una zona de libre comercio como la establecida entre EEUU, México y Canadá en el marco del TLC de América del Norte (NAFTA por sus siglas en inglés), una unión aduanera como la Comunidad Andina, un mercado común como MERCOSUR o una unión económica como la Unión Europea. Página: 3.

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

Dirección: Carrera 7 No.75 - 66, Bogotá D.C., Colombia

Conmutador: (+57) 601 255 8955

Fax: (+57) 601 255 8933



Defensa Jurídica del Estado

☉ Para tener en cuenta 1. En *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. República Islámica de Pakistán*, el tribunal de arbitraje concluyó que el Estado no había incumplido el deber de trato de *nación más favorecida*. Bayindir, un constructor turco, firmó un contrato para construir una autopista en Pakistán. La empresa constructora no cumplió con sus obligaciones en el marco del contrato. Entonces, el Estado decidió terminar el contrato y expulsarla del lugar de trabajo para que el proyecto pudiera ser terminado por contratistas locales. Bayindir argumentó que había sido el único contratista extranjero expulsado por demoras, incluso cuando otros contratistas habían incurrido en infracciones mucho peores. El tribunal concluyó que el inversionista no logró probar que el Estado hubiera actuado de mala fe; además, había razones legítimas para la terminación del contrato.

(ii) Obligación de otorgar un nivel mínimo de trato y prohibición de arbitrariedad

Los Estados anfitriones tienen el deber de garantizar un nivel básico de protección a todos los inversionistas. Esta obligación, es conocida como ***deber mínimo de trato***¹⁶, la cual obliga a los países a dar a los inversionistas un tratamiento conforme al derecho internacional consuetudinario, es decir, a las prácticas entre los Estados reconocidas como costumbre a nivel internacional.

Algunas de las prácticas aceptadas como jurídicamente obligatorias, en el ámbito del derecho internacional de inversiones, incluyen la prohibición de expropiaciones ilegales; el principio de no discriminación; la garantía del debido proceso; el acceso a la justicia y el principio de buena fe.

La prohibición de arbitrariedad es uno de los principios que forman parte del *nivel mínimo de trato*. De conformidad con esta obligación, las decisiones del

¹⁶ De conformidad con el Ministerio Comercio, Industria y Turismo-Dirección de Inversión Extranjera y Servicios, ver: Documento Acuerdos Internacionales de Inversión (Aiiis) Principales Características: "El Nivel Mínimo de Trato se establece de conformidad con estándares de la costumbre internacional. Es decir, el mínimo nivel de trato que otorgan por lo general los otros países a las inversiones extranjeras. Usualmente, este tipo de trato involucra compromisos de otorgar un "trato justo y equitativo" (significa un trato no arbitrario y ajustado al debido proceso) y "protección y seguridad plenas" a sus inversiones (significa protección física a las inversiones)" Página: 4.

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

Dirección: Carrera 7 No.75 - 66, Bogotá D.C., Colombia

Conmutador: (+57) 601 255 8955

Fax: (+57) 601 255 8933



Defensa Jurídica del Estado

Estado no pueden ser "arbitrarias, injustas, idiosincráticas o tardías", es decir, las actuaciones estatales no pueden ser caprichosas o injustificadas. Las decisiones adoptadas por los servidores públicos no pueden ser imprevisibles o inconsistentes con sus propias actuaciones, sesgadas, discriminatorias o abusivas. Esta obligación exige que toda medida que incida en los inversionistas y las inversiones extranjeras tenga justificación razonable.

☞ *Para tener en cuenta.* En el caso *Naturgy et. al. c. República de Colombia*, la empresa española consideró que la decisión del Estado de intervenir Electricaribe, que se encontraba en una complicada situación financiera y operativa, había vulnerado sus derechos. El inversor afirmó que Colombia no ayudó a la compañía con acciones como la actualización de la fórmula de tarifas –en lo que confiaba al momento de invertir–. Además, alegó que la decisión de intervenir tuvo razones políticas. El Estado argumentó que Naturgy no hizo el *due diligence* antes de invertir, para conocer los retos del mercado en la Región Caribe. El tribunal arbitral concluyó que la empresa no probó que Colombia le hubiera prometido un marco regulatorio fijo ni una ayuda específica para salvar la empresa; además, la intervención fue razonable para solucionar los problemas de la empresa y asegurar el servicio de electricidad. Así, la razonabilidad y proporcionalidad de la decisión descartó el desconocimiento de la prohibición de la arbitrariedad¹⁷.

(iii) Obligación de proveer protección y seguridad plenas

Los Estados tienen el deber de proveer seguridad física y jurídica a los inversionistas extranjeros. A la luz del derecho internacional de inversiones, esta obligación se traduce en el deber de actuar con la *debida diligencia* para "para prevenir el acoso y el daño a los inversionistas".

Proveer protección y seguridad plenas es una obligación de medio y no de resultado. Es obligación del Estado anfitrión, proteger a los inversionistas de circunstancias como: (i) saqueos o la destrucción de sus propiedades (seguridad

¹⁷ La decisión se puede consultar en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw181562.pdf>



Defensa Jurídica del Estado

física) y (ii) decisiones abruptas e injustificadas que afecten el ejercicio de sus derechos (seguridad jurídica).

☉ *Para tener en cuenta 1.* El caso *Pantechniki S.A. Contractors and Engineers c. República de Albania* ilustra el alcance de esta obligación. En dicha oportunidad, el Tribunal examinó los reclamos del inversor que, en marzo de 1997, tuvo que salir del país en medio de disturbios relacionados con un fraude financiero de envergadura nacional. Después de la salida de Pantechniki, grupos de personas armadas y destruyeron su inversión. La empresa promovió un arbitraje por violación del estándar de protección y seguridad plena, dado que Albania no evitó que se produjeran esos daños en su patrimonio. El Tribunal desestimó sus argumentos, en atención a la magnitud de las circunstancias de la violencia, que impidieron la actuación de las autoridades.

☉ *Para tener en cuenta 2.* En el caso *Naturgy et. al. c. República de Colombia*, el inversionista alegó que la decisión de intervenir administrativamente Electricaribe y, posteriormente, liquidarla, había vulnerado el estándar de seguridad y protección. En este caso, el tribunal concluyó que, aún si se asumía que a la luz de este estándar existía un deber de garantizar la "seguridad jurídica" de la inversión, no existían bases para asumir que Colombia hubiere violado esa obligación, ya que las medidas se habían llevado a cabo conforme al marco regulatorio que el inversionista conocía o debía haber conocido. En lo referido al deber de garantizar la seguridad física, el tribunal advirtió que el Estado tenía un deber de *debida diligencia*, y no una obligación absoluta de garantizar la protección y seguridad plena de la inversión.

(iv) Prohibición de expropiación

Por expropiación se define al acto mediante el cual se produce la transferencia de un título de propiedad del inversionista a un Estado o a un tercero¹⁸.

¹⁸ Según el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Acuerdos Internacionales De Inversión (Aiiis) Principales Características: la expropiación consiste en la pérdida o despojo de los derechos que tenga el inversionista sobre una propiedad. Esta pérdida puede darse directamente, como por ejemplo cuando una ley ordena que la propiedad a nombre del inversionista sea transferida al Estado, o indirectamente mediante actos que le impiden al inversionista ejercer su derecho de propiedad.

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado
Dirección: Carrera 7 No.75 - 66, Bogotá D.C., Colombia
Conmutador: (+57) 601 255 8955
Fax: (+57) 601 255 8933




Defensa Jurídica del Estado

En el ámbito del derecho internacional de inversiones, los AIIs y los tribunales de arbitraje han identificado otras actuaciones que, aun cuando no impliquen transferencia del título de propiedad del inversionista al Estado, generan, en la práctica, la pérdida de los atributos propios del derecho o la pérdida sustancial del valor de la inversión. Este último fenómeno es conocido como *expropiación indirecta*, en la que, si bien no se produce esta transferencia formal de la propiedad, el inversionista sufre una privación sustancial de la inversión.

Los AIIs establecen que la expropiación sólo debe hacerse por motivos de utilidad pública o interés social, de acuerdo con la ley, de manera no discriminatoria y con una compensación pronta, adecuada y efectiva¹⁹. La jurisprudencia constitucional ha señalado claramente que la cláusula contenida en los AIIs es acorde a la Constitución Política en cuanto (i) es compatible con la protección de la propiedad privada, (ii) prescribe que las razones de utilidad pública e interés social son razones válidas para efectuar las expropiaciones, (iii) busca salvaguardar la inversión extranjera y generar confianza en el inversionista respecto del tratamiento seguro de su capital, (iv) prevé soluciones para eventos que en la práctica implican un perjuicio sensible para los intereses sensibles de quien hace la inversión y (v) siempre que las medidas no sean discriminatorias y vayan acompañadas del pago de una indemnización²⁰.

En la práctica, buena parte de las decisiones regulatorias de los Estados inciden, así sea de manera leve, en el derecho a la propiedad del inversionista por ejemplo, en sus tasas internas de retorno. Por consiguiente, los tribunales internacionales de inversión, al evaluar los reclamos de los inversionistas por el incumplimiento de la prohibición de expropiación, están llamados a determinar cuáles son los actos regulatorios legítimos, razonables y proporcionados y cuáles los actos estatales que son expropiatorios y que, por tanto, dan lugar al deber de compensación.

 *Para tener en cuenta 1.* En el caso *RosInvestCo UK Ltd. c. Federación Rusa*, el inversionista tenía acciones en una empresa petrolera rusa llamada Yukos. El gobierno de Rusia aseguró que esa empresa había cometido un enorme fraude tributario por cerca de 24 mil millones de dólares, por lo que le ordenó

¹⁹ Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Acuerdos Internacionales De Inversión (AIIs) Principales Características.

²⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-252/19, párr. 274.



Defensa Jurídica del Estado

el pago de esta suma más una tasa del 7% sobre la deuda total por concepto de tasa de ejecución. Como la empresa no pudo pagar, el gobierno la obligó a vender sus activos principales en una subasta, que terminó por darle control de la empresa al Estado. En este caso, el tribunal le dio la razón al inversionista.

☉ *Para tener en cuenta 2.* En el caso *Rusoro Mining Limited c. República Bolivariana de Venezuela*, el Gobierno decidió transferir formalmente la propiedad y control al Estado de todas las compañías privadas de minería de oro. Como consecuencia, los derechos del inversionista para explotar oro fueron expropiados. El tribunal concluyó que el Estado anfitrión tiene el derecho a expropiar una inversión, pero ello debe hacerse de conformidad con los requerimientos establecidos en el acuerdo de inversión relevante. En este caso, aunque la expropiación se había realizado en atención a intereses públicos, de forma consistente con el debido proceso y sin discriminación, Venezuela incurrió en responsabilidad al no satisfacer el criterio de la compensación al inversionista de acuerdo con el valor de los bienes en el mercado.

III. Recomendaciones de gestión pública para prevenir litigios derivados de acuerdos internacionales de inversión

Conforme al derecho internacional, los servidores públicos actúan en representación del Estado, razón por la cual sus declaraciones, actuaciones, omisiones, autorizaciones o prohibiciones pueden comprometer la responsabilidad internacional del Estado ante tribunales arbitrales de inversión.

En este contexto, las siguientes recomendaciones tienen como finalidad establecer buenas prácticas de gestión pública que contribuyan a reducir la litigiosidad derivada del incumplimiento de los deberes establecidos en los Acuerdos Internacionales de Inversión (AII), en el marco del ejercicio ordinario de las funciones a cargo de los servidores públicos.

En razón a lo expuesto se recomiendan cuatro (4) líneas de acción a implementar por parte de las entidades públicas: (i) definir estrategias de información sobre los acuerdos internacionales de inversiones y las principales inversiones en cada

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado
Dirección: Carrera 7 No.75 - 66, Bogotá D.C., Colombia
Conmutador: (+57) 601 255 8955
Fax: (+57) 601 255 8933



Defensa Jurídica del Estado

sector; (ii) promover estrategias de coordinación entre Entidades Públicas del Orden Nacional –EPON– y Entidades Públicas del Orden Territorial –EPOT; (iii) generar sistemas de alerta temprana de eventuales controversias de inversión y (iv) *criterios orientadores para la toma de decisiones.*

(i) Definir estrategias de información sobre los acuerdos internacionales de inversiones y las principales inversiones en cada sector

Los servidores públicos deben tener a su alcance información suficiente, confiable y de calidad que les permita acceder de forma sencilla y práctica a los AIIs suscritos por Colombia. De igual manera, deben comprender cuáles son los sectores prioritarios en los que se concentran la inversión extranjera en el país.

Este conocimiento permitirá fundamentar y motivar adecuadamente las decisiones que adopten en el ejercicio de sus funciones. A su vez, les permitirá incorporar en sus gestiones una comprensión del impacto que estas decisiones puedan generar sobre el cumplimiento de las obligaciones sustantivas establecidas.

La información sobre los AIIs suscritos y vigentes está disponible en la página web del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo: <http://www.tlc.gov.co/acuerdos/a-internacional-de-inversion> . En este portal, los funcionarios podrán acceder a: (i) un resumen de los AIIs; (ii) el texto final del acuerdo; (iii) la normativa relevante para comprender su alcance y (iv) enlaces de interés en cada uno de ellos.

De igual forma, el Estado colombiano ha dispuesto canales de atención del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo²¹, así como la asesoría especializada de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, para resolver las dudas que puedan surgir sobre los AIIs²².

²¹ Línea Gratuita: 01 800 0944 570 y <https://gestiondocumental.mincit.gov.co/TMS.Solution.GESTIONDOC/PortalGovMINCIT>

²² Las solicitudes de asesoría pueden enviarse a la Dirección de Defensa Jurídica Internacional de la ANDJE al correo electrónico: asesoriainversion@defensajuridica.gov.co.

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

Dirección: Carrera 7 No.75 - 66, Bogotá D.C., Colombia

Conmutador: (+57) 601 255 8955

Fax: (+57) 601 255 8933



Defensa Jurídica del Estado

A continuación, se presenta un cuadro con recomendaciones para que las entidades definan la estrategia más adecuada de información sobre los acuerdos internacionales de inversiones, con miras a motivar debidamente las decisiones que profieran en el ejercicio de sus funciones y conocer el eventual impacto que puedan tener sobre el cumplimiento de las obligaciones sustantivas allí previstas.

Recomendaciones para definir estrategias de información sobre los acuerdos internacionales de inversiones y las principales inversiones en cada sector

- (i) Las EPON y EPOT deben implementar las siguientes estrategias de información sobre los acuerdos internacionales de inversiones y las principales inversiones en cada sector, ; diseñar, con el acompañamiento de la ANDJE, espacios de formación virtuales o presenciales dirigidos a los cargos directivos de las entidades para capacitarlos y adicionalmente, incluirlos en sus procedimientos internos en: (i) las obligaciones sustantivas en el marco de los AIIs; (ii) las conductas que han dado lugar a la responsabilidad internacional del Estado ante tribunales internacionales de inversiones; (iii) los lineamientos generales y específicos que deben tener en cuenta en sus actividades y, por último, (iv) los protocolos a seguir en caso de presentarse una controversia con los inversionistas.
- (ii) Identificar las inversiones estratégicas en el sector de su entidad con el objetivo de elaborar una cartografía que le permita identificar: (i) la presencia territorial (ejemplo: los departamentos o municipios en los que una empresa tiene inversiones) y (ii) el relacionamiento institucional del inversionista (ejemplo: las EPOT y EPON con las que tiene interlocución), sobre todo a partir de un criterio sectorial (minero-energético, telecomunicaciones o servicios públicos domiciliarios, entre otros).
- (iii) Garantizar que la comunicación en las entidades con los actores identificados en el punto (ii) sea fluida y permanente. Para esto, es fundamental tener en cuenta que los actos y omisiones que pueden dar lugar a la responsabilidad internacional de Colombia, no solo se predicen



Defensa Jurídica del Estado

de la Rama Ejecutiva del Poder Público, sino también de la Rama Legislativa y de la Rama Judicial. Lo mismo sucede con las empresas estatales o de economía mixta (Ejemplo: Ecopetrol).

- (iv) Determinar el alcance de las obligaciones sustantivas que le aplican al inversionista en el ámbito de sus competencias como entidad. Esto implica precisar antes, durante y con posterioridad al relacionamiento con el inversionista, cuáles son los deberes que tiene a la luz del AII que corresponda con cada empresa específica.
- (v) Elaborar un manual que le permita a los servidores públicos de las entidades entender en términos sencillos y dirigidos a un público no especializado en derecho, cuáles son los deberes a su cargo y cuáles son las conductas que los tribunales arbitrales han considerado contrarias a dichas obligaciones sustantivas.

(ii) Promover estrategias de coordinación entre Entidades Públicas del Orden Nacional –EPON– y Entidades Públicas del Orden Territorial –EPOT–

La coordinación entre las Entidades Públicas del Orden Nacional y Territorial²³ es fundamental para evitar litigios internacionales en materia de inversión. Lo anterior, habida cuenta de que, entre otras, la dispersión de requisitos, la inconsistencia en el relacionamiento o la contradicción de las respuestas ofrecidas a los inversionistas pueden ser alegadas por éstos como prueba de la vulneración del principio de seguridad jurídica.

Los AIIs tienen como finalidad ofrecer protección, claridad, previsibilidad y seguridad en el tratamiento de las inversiones, por lo que actuaciones erráticas, inconsistentes o discordantes de los distintos funcionarios que tienen relacionamiento con el inversionista extranjero, pueden dar lugar a reclamaciones por vulneración de las obligaciones sustantivas.

²³ Al referirse a los principios de la función administrativa el artículo 209 constitucional señala que "Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado".



Defensa Jurídica del Estado

Las actuaciones del Estado deben ser coherentes y consistentes. En estos términos, los comportamientos, las exigencias y las respuestas de los servidores públicos frente a los inversionistas extranjeros no solo deben darse en el marco legal y funcional de sus competencias, privilegiando los canales y vías oficiales tales como reuniones formalizadas mediante actas o comunicaciones escritas emitidas por funcionarios legalmente facultados para interactuar y comunicarse con el inversionista. También deben ser coordinadas entre los distintos niveles decisorios administrativos y territoriales (EPON y EPOT, por ejemplo) que intervienen en la toma de las decisiones respecto a los inversionistas y las inversiones extranjeras.

A continuación, se presentan recomendaciones para la promoción de estrategias de coordinación, que permitan asegurar que las actuaciones del Estado sean vistas como coherentes y consistentes.

Recomendaciones para la promoción de estrategias de coordinación entre las entidades del orden nacional -EPON y entidades del orden territorial -EPOT

Entre otras, las EPON y EPOT deben implementar las siguientes estrategias de coordinación:

- (i) Establecer mesas de planeación periódicas para la gestión y prevención de controversias con los inversionistas. Estos espacios deben servir para identificar los asuntos transversales que, planteados por los particulares, sean de interés común de las entidades (Ejemplo: la interpretación de una norma).
- (ii) Definir rutas de atención para las solicitudes presentadas por los inversionistas, que puedan dar lugar a respuestas comunes de distintas entidades.
- (iii) Diseñar canales institucionales para el flujo expedito de la información sobre procesos y decisiones relevantes relacionados con el inversionista.

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

Dirección: Carrera 7 No.75 - 66, Bogotá D.C., Colombia

Conmutador: (+57) 601 255 8955

Fax: (+57) 601 255 8933



**Defensa Jurídica
del Estado**

(iii) Generar sistemas de alerta temprana de eventuales controversias de inversión

Las entidades públicas, en el marco de sus funciones, deben identificar los aspectos, temáticas y situaciones críticas que se presentan en el relacionamiento con inversionistas extranjeros que, puedan derivar en reclamos por presuntos incumplimientos de los deberes establecidos en los Acuerdos Internacionales de Inversión (AIIs).

De esta forma, podrán propiciar estrategias que les permitan identificar y abordar eventuales controversias antes de que escalen las alertas tempranas y, por esa vía, evitar que el Estado afronte litigios internacionales de inversión. A continuación, se presentan recomendaciones para generar sistemas de alerta temprana frente a eventuales controversias internacionales de inversión.

Recomendaciones para generar sistemas de alerta temprana de eventuales controversias internacionales de inversión

Entre otros, las entidades públicas deben tener en cuenta los siguientes lineamientos para que, en el marco de sus funciones, puedan generar sistemas de alerta temprana:

- (i) Crear instrumentos que le permitan organizar la gestión de los procesos relacionados con inversionistas. Por ejemplo, matrices de seguimiento de las tareas que se han adelantado con los inversionistas, para identificar cuellos de botella o retrasos injustificados.
- (ii) Identificar con anticipación cuáles asuntos a su cargo son especialmente susceptibles de dar lugar a controversias en materia de inversión.
- (iii) Habilitar instancias de asesoría jurídica que fortalezcan la comunicación entre los funcionarios encargados del relacionamiento con los inversionistas.
- (iv) Garantizar que los funcionarios de las EPOT y las EPON cuenten con una actualización jurídica periódica. Esto permite advertir los cambios normativos y jurisprudenciales que deben tener en cuenta para interactuar con un inversionista o un sector económico específico.

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

Dirección: Carrera 7 No.75 - 66, Bogotá D.C., Colombia

Conmutador: (+57) 601 255 8955

Fax: (+57) 601 255 8933



Defensa Jurídica del Estado

- (v) Identificar las principales controversias internacionales de inversión en el sector al que pertenece cada entidad. Por esta vía, pueden establecer cuáles fueron los argumentos que fueron planteados por los actores privados y públicos en los respectivos escenarios.
- (vi) Elaborar un catálogo que le permita identificar con antelación las conductas que pueden generar la responsabilidad internacional del Estado. Entre las cuales se destacan: (i) negar que un funcionario o la entidad ha o no recibido alguna información sin tener certeza; (ii) dar por acreditada información que no es cierta; (iii) ofrecer trato favorable a alguna persona o empresa inversionista; (iv) brindar información imprecisa con el objetivo de evitar conflictos; (v) referirse en términos despectivos al Estado, a la entidad, su funcionamiento u otros servidores públicos y (vi) dejar de contestar comunicaciones presentadas por los inversionistas.

IV. Criterios orientadores para la toma de decisiones

Los procesos de toma de decisiones en la administración pública son complejos, en tanto que la forma, el procedimiento y el contenido sustantivo de la decisión adoptada resultan relevantes.

En este sentido, es indispensable contar con lineamientos generales que, complementados por aquellos que formulen las entidades en el ámbito de sus competencias, orienten a los servidores públicos en su relacionamiento con los inversionistas extranjeros conforme a los estándares internacionales aplicables.

Con fundamento en lo anterior y en el marco de los procesos de toma de decisiones se recomienda tener en cuenta los siguientes ejes transversales: (i) garantizar el debido proceso (ii) evitar la arbitrariedad, así como los tratamientos diferenciados e injustificados y (iii) garantizar la razonabilidad y la proporcionalidad de las decisiones.

(i) Garantizar el debido proceso

Las actuaciones públicas, conforme al debido proceso, son compatibles con el derecho internacional de inversiones. Este derecho fundamental, reconocido por

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

Dirección: Carrera 7 No.75 - 66, Bogotá D.C., Colombia

Conmutador: (+57) 601 255 8955

Fax: (+57) 601 255 8933



Defensa Jurídica del Estado

el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, aplica a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, incluidas las que los servidores públicos adoptan en relación con inversionistas e inversiones extranjeras protegidas por un AII. Esto explica que, por ejemplo, la vulneración del debido proceso puede derivar en un incumplimiento del estándar mínimo de trato.

El contenido del debido proceso ha sido determinado por las cortes domésticas y por los tribunales internacionales de inversión. En particular, los elementos relacionados a este derecho fundamental y que, por tanto, constituyen obligaciones para todos los servidores públicos, son los siguientes:

Competencia: los procedimientos deben ser llevados por la autoridad que tiene el mandato legal para hacerlo. La competencia habilita y limita la actuación del funcionario.

Procedimiento: los funcionarios deben cumplir con las normas procesales. El incumplimiento de las normas procesales y procedimientos establecidos genera un riesgo de responsabilidad internacional por la violación de estándares internacionales de inversión.

Derecho de defensa: el inversionista debe tener garantizada la posibilidad de ser escuchado, presentar y controvertir las pruebas presentadas en su contra y recibir asesoría jurídica adecuada durante todo el procedimiento adelantado ante la administración o ante los jueces.

Debida motivación: las decisiones de las autoridades que puedan incidir en los derechos de los inversionistas deben estar debidamente justificadas, ser claras, comprensibles, fundarse en pruebas y señalar las normas aplicadas. Lo anterior, con el fin de garantizar que se comprendan las razones de la decisión y, de ser el caso, se puedan ejercer en debida forma los recursos que procedan en su contra.

Imparcialidad: los funcionarios deben ejercer sus funciones con imparcialidad, absteniéndose de incurrir en prejuicios o favoritismos al momento de resolver los asuntos bajo su responsabilidad.

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

Dirección: Carrera 7 No.75 - 66, Bogotá D.C., Colombia

Conmutador: (+57) 601 255 8955

Fax: (+57) 601 255 8933



Defensa Jurídica del Estado

La neutralidad constituye un principio rector que debe observarse, tanto en los procedimientos de toma de decisiones, como en la elaboración de actos administrativos y en la emisión de providencias por parte de las autoridades competentes.

Publicidad: los procedimientos administrativos adelantados por las autoridades deben ser públicos y notificados en debida forma. Esta exigencia responde al deber de garantizar la transparencia en las actuaciones, permitiendo que los inversionistas ejerzan control y seguimiento sobre cada etapa del proceso, en concordancia con los estándares de acceso a la información.

☀ *Para tener en cuenta.* La garantía del debido proceso es requisito para determinar, por ejemplo, si una expropiación es compatible con el derecho internacional de inversiones. En el caso *Methanex Corporation v. United States of America*, el tribunal resaltó que, "como cuestión del derecho internacional general, no se consideran expropiatorias las regulaciones no discriminatorias de interés general, promulgadas de conformidad con el debido proceso y que afecten, inter alia, a una inversión o inversor extranjero".

(ii) Evitar la arbitrariedad, así como los tratamientos diferenciados e injustificados

Los funcionarios deben abstenerse de adoptar medidas arbitrarias e injustificadas y asegurar el cumplimiento de los estándares de no discriminación.

En relación con la prohibición de arbitrariedad, los servidores públicos deben tener presente que la facultad de discrecionalidad atribuida para la adopción de decisiones en el marco de sus competencias, esto es, la posibilidad de seleccionar entre varias alternativas legítimas conforme a la ley y atendiendo a las circunstancias particulares de cada caso, no equivale a actuar de manera arbitraria.

La arbitrariedad se configura cuando las decisiones carecen de fundamento legal, racionalidad o motivación suficiente, y responden únicamente al criterio subjetivo o caprichoso del funcionario.

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado
Dirección: Carrera 7 No.75 - 66, Bogotá D.C., Colombia
Conmutador: (+57) 601 255 8955
Fax: (+57) 601 255 8933



Defensa Jurídica del Estado

Frente al cumplimiento de los estándares de no discriminación, el servidor público deberá verificar que los sujetos comparados sean equivalentes o estén en situaciones similares y, de ser así, evitar que el inversionista extranjero sea tratado de forma menos favorable que el trato que ha otorgado a los inversionistas nacionales o a los de terceros países, de acuerdo con los AIIs que rijan las relaciones en cada supuesto y en cada sector específico.

De existir un tratamiento desigual, la diferencia de trato debe tener una finalidad legítima y estar constitucionalmente justificada.

💡 *Para tener en cuenta.* En el caso *Clayton/Bilcon c. Canadá*, un proyecto minero en Nueva Escocia fue rechazado tras una evaluación ambiental. Los inversionistas extranjeros alegaron discriminación, porque se les aplicó un estándar más estricto que a inversionistas nacionales en casos similares. El tribunal concluyó que hubo violación del principio de no discriminación, ya que a los inversionistas nacionales no se les aplicó el criterio de “*valores comunitarios fundamentales*”. Esto resultó en un trato más favorable hacia ellos en comparación con los extranjeros.

(iii) **Garantizar la razonabilidad y la proporcionalidad de las decisiones**

Las decisiones que adopten los funcionarios deben ser razonables y proporcionadas. De un lado, las medidas son razonables cuando persiguen fines legítimos que son compatibles con la Constitución Política y las obligaciones previstas por el AII aplicable al caso concreto.

La razonabilidad busca asegurar que las decisiones de los servidores públicos no tengan un propósito arbitrario o discriminatorio, sino que, por el contrario, las medidas que adopten sean compatibles con las finalidades reconocidas como legítimas o importantes por la Constitución y la ley.

De otro lado, **la proporcionalidad** busca asegurar que las medidas adoptadas por el servidor público sean adecuadas y equilibradas para alcanzar la finalidad que se persigue.

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

Dirección: Carrera 7 No.75 - 66, Bogotá D.C., Colombia

Conmutador: (+57) 601 255 8955

Fax: (+57) 601 255 8933



Defensa Jurídica del Estado

En este sentido, al momento de adoptar una medida, el servidor público deberá considerar los siguientes criterios orientadores que se relacionan a continuación: (i) idoneidad; (ii) necesidad y (iii) proporcionalidad en sentido estricto.

Idoneidad: este criterio exige verificar si la medida adoptada es adecuada para alcanzar el objetivo que se pretende.

En términos de razonabilidad, una medida será considerada idónea cuando guarde una relación de eficacia con el fin perseguido. A modo de ejemplo, no resultaría idóneo ordenar la expropiación de un proyecto de inversión si la finalidad es incrementar el recaudo fiscal.

En cambio, una medida más adecuada para ese propósito sería la imposición de impuestos razonables sobre las actividades económicas desarrolladas por la empresa.

Necesidad: este criterio exige evaluar si la medida adoptada es indispensable para alcanzar el fin legítimo que se persigue, o si existen alternativas igualmente eficaces que resulten menos restrictivas de los derechos de los inversionistas.

La necesidad implica un juicio de optimización entre la finalidad constitucionalmente válida y el grado de afectación a los derechos involucrados.

Por ejemplo: la expropiación de un proyecto de inversión no constituiría una medida necesaria para cumplir el objetivo de protección ambiental, si existen otras opciones, como la regulación de emisiones o la imposición de estándares técnicos que permiten alcanzar dicho fin con menor afectación al derecho de propiedad.

Proporcionalidad en sentido estricto: la medida será jurídicamente proporcionada cuando el grado de satisfacción del fin que se busca garantizar con la medida, es mayor que el grado de afectación de los derechos fundamentales del inversionista.



Defensa Jurídica del Estado

En este sentido, se consideraría proporcionada, por ejemplo, una disposición que imponga al inversionista una carga tributaria razonable, siempre que: (i) satisface el fin constitucionalmente legítimo de aumentar el recaudo y (ii) afecta de manera apenas leve el derecho a la propiedad.

⚙️ **Estrategias.** Utilice esta lista de comprobación, previo a proferir la decisión, para validar si ella es acorde con el derecho internacional de inversiones:

- ¿El funcionario que adopta la decisión es competente para proferir el acto jurídico?
- ¿El servidor público actuó de acuerdo con el procedimiento previsto por la Constitución, la ley y los reglamentos?
- ¿El funcionario notificó correctamente los actos de trámite que anteceden a la decisión?
- ¿El servidor público ha permitido el derecho a la defensa del inversionista?
- ¿El servidor público ha garantizado el derecho a interponer recursos?
- ¿El acto jurídico a proferir informa cuáles son los recursos a los que el inversionista tiene derecho?
- ¿Las normas en que se funda la decisión están vigentes? ¿Existe algún pronunciamiento de constitucionalidad sobre ellas?
- ¿El acto jurídico a proferir está debidamente motivado? ¿El funcionario ha expuesto los fundamentos fácticos y jurídicos de la decisión?
- ¿El funcionario expuso de forma expresa el juicio de razonabilidad y proporcionalidad que ha efectuado antes de adoptar la decisión?
- ¿La decisión adoptada es coherente con la motivación expuesta por el funcionario?
- ¿El acto jurídico se funda en un acervo probatorio sólido?
- ¿El funcionario aplicó las normas de acuerdo con el alcance que han definido los órganos judiciales de cierre?
- ¿Existen casos similares en los que se haya dado un trato diferente a un inversionista?
- ¿La decisión contradice la Constitución Política?

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

Dirección: Carrera 7 No.75 - 66, Bogotá D.C., Colombia

Conmutador: (+57) 601 255 8955

Fax: (+57) 601 255 8933



Defensa Jurídica del Estado

A modo de conclusión, estos lineamientos orientados a la prevención de las controversias internacionales de inversión²⁴, con el fin de proporcionar a las entidades destinatarias una base conceptual que les permita conocer y aplicar los principios del derecho internacional de las inversiones, así como conocer los principales deberes que el Estado asume en virtud de los acuerdos internacionales en esta materia²⁵.

Las recomendaciones contenidas en el presente lineamiento permitirán a las EPON y EPOT establecer un marco de acción para la prevención del daño antijurídico en relación con controversias internacionales de inversión y adoptar protocolos para su eventual atención en caso de que su objeto guarde relación con las competencias y funciones de las entidades.

Cordialmente,


CESAR PALOMINO CORTÉS
Director General

Aprobó: Julie Carolina Armenta Calderón - Directora Dirección de Políticas y Estrategias/ Yebrail Andrés Haddad Linero. Director de Defensa Jurídica Internacional.

Revisó: Alie Rocio Rodriguez. Jefe Oficina Asesora Jurídica/ Liliána Palacio Exp. DPE /Marcela Morales Exp. DPE

Elaboró: Diego González Medina Contratista DDJI/ Andrés Sarmiento Lamus. Exp. DDJI

²⁴ El arbitraje de inversión en Colombia se configura como una práctica regulada por normas de arbitraje internacional, tratados internacionales y políticas públicas. Para aplicarlo correctamente, es esencial considerar el contexto jurídico internacional y las directrices nacionales vigentes. El arbitraje de inversión en Colombia no está definido como una figura jurídica autónoma en una única norma, pero sí se encuentra regulado de manera funcional y práctica a través de un conjunto de instrumentos legales y políticos, como: la Ley 1563 de 2012 "Por la cual expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones", tratados internacionales bilaterales de inversión y tratados de libre comercio suscritos por Colombia que contienen cláusulas específicas que permiten a los inversionistas extranjeros iniciar arbitrajes ante tribunales internacionales como el CIADI.

La **Convención de Viena de 1969** es el principal instrumento jurídico internacional que regula los tratados entre Estados. Establece normas sobre cómo se celebran, interpretan, aplican, **modifican y terminan** los tratados.

²⁵ Estos lineamientos se elaboran con fundamento en los documentos: (i) "Guía de Estudio. Módulo: Arbitraje de Inversión" y "Lineamientos y Recomendaciones para la prevención de las controversias internacionales de inversión", diseñados por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y (ii) Documento Conpes No. 3684 titulado "Fortalecimiento de las Estrategia del Estado para la Prevención y Atención de Controversias Internacionales de Inversión", elaborado por el Departamento Nacional de Planeación.

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

Dirección: Carrera 7 No.75 - 66, Bogotá D.C., Colombia

Conmutador: (+57) 601 255 8955

Fax: (+57) 601 255 8933

