Luis Ferney Moreno Castillo (Director)
Carlos Villanueva (Coordinador)

ANUARIO IBEROAMERICANO DE DERECHO DE LA ENERGÍA

VOL. IV
HACIA UN DERECHO GLOBAL DE LA ENERGÍA

ASIDE
ASOCIACIÓN IBEROAMERICANA DE DERECHO DE LA ENERGÍA
IPI IUS PUBLICUM INNOVATIO
STRATEGIC PUBLIC LAW
Universidad Externado de Colombia

LUIS FERNEY
MORENO CASTILLO
(DIRECTOR)

CARLOS
VILLANUEVA
(COORDINADOR)

ANUARIO IBEROAMERICANO DE DERECHO DE LA ENERGÍA

VOLUMEN IV

HACIA UN DERECHO GLOBAL DE LA ENERGÍA

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Anuario iberoamericano de derecho de la energía. Volumen IV, Hacia un derecho global de la energía / Luis Ferney Moreno Castillo (director) ; Carlos Villanueva (coordinador) ; Manuel Salvador Acuña Zepeda [y otros]. -- Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2022.
585 páginas : gráficos ; 24 cm.

Incluye referencias bibliográficas.

ISBN: 9789587908732 (impreso)

1. Energía eléctrica -- Innovaciones tecnológicas – Colombia 2. Industria energética -- Aspectos jurídicos – Colombia 3. Energía renovable -- Aspectos ambientales – Colombia 4. Regulación económica -- Aspectos ambientales – Colombia 5. Derecho ambiental – Colombia 6. Derecho minero 7. Derecho público -- Colombia I. Moreno Castillo, Luis Ferney, director II. Villanueva Martínez, Carlos Alberto, coordinador III. Universidad Externado de Colombia IV. Título

348.3 SCDD 15

Catalogación en la fuente -- Universidad Externado de Colombia. Biblioteca. Área de Procesos Técnicos.
junio de 2022

ISBN 978-958-790-873-2

© 2022, LUIS FERNEY MORENO CASTILLO (DIRECTOR)
© 2022, CARLOS VILLANUEVA (COORDINADOR)
© 2022, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá
Teléfono (57 601) 342 0288
publicaciones@uexternado.edu.co
www.uexternado.edu.co

Primera edición: julio de 2022

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones
Corrección de estilo: Patricia Miranda
Composición: Julián Hernández - Taller de diseño
Impresión y encuadernación: Panamericana, Formas e Impresos S.A.
Tiraje: de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia
Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

CÉSAR R. MATA-GARCÍA*

*Seguridad jurídica, inversiones y discrecionalidad***

SUMARIO

Introducción. I. Seguridad jurídica. Noción general. II. Inversiones (extranjeras). Aspectos relevantes. III. Tratados de protección de inversiones versus intereses del Estado anfitrión. IV. Principales estándares del derecho internacional de las inversiones. V. Reflexiones sobre el derecho internacional de las inversiones y la potestad regulatoria del Estado anfitrión. Comentarios finales. Referencias bibliográficas.

RESUMEN

El presente artículo analiza las nociones jurídicas de la *seguridad jurídica* y la *inversión*, considerando que ambas constituyen una combinación obligatoria para reforzar la confianza y credibilidad entre las partes involucradas y afectadas por la discrecionalidad de los funcionarios del Estado en la adopción de los actos de dominio (*Jure Imperii*) o actos de gestión (*Jure Gestionis*) en el Estado anfitrión de las inversiones. Con frecuencia, estos actos comprometen los bienes del Estado, los cuales "deben" resguardar los intereses de las partes tomando en cuenta los principios y las instituciones jurídicas existentes. Por lo anterior, el presente artículo invita a la reflexión de los funcionarios del Estado, quienes son los encargados de ejecutar discrecionalmente la voluntad de este de conformidad con el principio de legalidad, el principio de discrecionalidad de la Administración pública, el principio de proporcionalidad y el principio de igualdad ante la ley; pero, a la vez, de respetar las normas de carácter internacional destinadas a promover y proteger las inversiones.

---

* PhD en Derecho y LL.M. en Derecho y Política Petrolera de la Universidad de Dundee (Escocia). Es abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela). Cuenta con más de 20 años de experiencia en el sector de los hidrocarburos y con más 15 años en el área académica. Ha sido profesor e investigador invitado en varias universidades en Venezuela y en el exterior. Actualmente, se desempeña como consultor legal, profesor universitario y como facilitador, instructor y escritor de temas legales-energéticos a nivel nacional e internacional. Correo electrónico: cmatagarcia@gmail.com

** El presente artículo se preparó para el III Congreso de la Asociación Iberoamericana de Derecho de la Energía (Aside), celebrado en mayo de 2021. El corte de información fue el 25 de abril de 2021.

PALABRAS CLAVE

Seguridad jurídica, discrecionalidad, confianza, credibilidad, Latinoamérica, principios, regulación, Administración pública, Estado anfitrión, inversiones, inversión extranjera, tratados, estándares, arbitraje, derecho interno, funcionarios, Estado.

INTRODUCCIÓN

En Latinoamérica, la *continuidad* y la *consistencia* en las políticas públicas en el sector energético dependen significativamente de la discrecionalidad (y subjetividad) de los funcionarios del Estado y de sus decisiones políticas, las cuales cambian constantemente —sin garantía de secuencia— cada vez que hay elecciones presidenciales o un cambio de gobierno. Como señala Stevens (2008, p. 11), con cierta frecuencia, lo que un gobierno hace, su sucesor lo quiere deshacer, en particular cuando se trata del aprovechamiento y la explotación de recursos naturales.

Ejemplo de lo anterior se puede encontrar en Venezuela, donde en 2006 se revirtió la apertura petrolera de los años noventa; en México, donde se revivió en 2021 la idea de "nacionalización" de la industria de los hidrocarburos que había sido objeto de una apertura mediante la reforma energética en los años 2010; en Brasil, donde se promovió cambios en la legislación petrolera tras el fracaso de algunas subastas en 2019; en Colombia, donde se suspendió la explotación de yacimientos de hidrocarburos no convencionales mediante la suspensión del *fracking* en 2020, pero, a su vez, en 2021 se propuso la oferta de 32 nuevas áreas para la exploración y explotación de hidrocarburos. De igual modo, están los casos de Ecuador, donde se planteó en 2010 cambios de las reglas de juego para las empresas petroleras en ese país; y de Argentina, donde se adoptó una desregulación energética en los años noventa y, recientemente, se planteó un proyecto de ley para impulsar el sector de los hidrocarburos, para maximizar su suficiencia energética y aprovechar el gas y el petróleo no convencional.

El impacto de las decisiones políticas en la estabilidad de las inversiones en el Estado anfitrión se rige principalmente por varios principios legales, incluyendo el de discrecionalidad de la Administración pública, el cual obedece a la sinergia entre la discrecionalidad de los funcionarios del Estado, las políticas públicas, las leyes, la economía y los intereses de los

inversionistas. En este sentido, la economía de un país se desarrolla basado en políticas públicas que, a su vez, se fundamentan en leyes que le sirven de fuente para brindar seguridad jurídica a los múltiples actores que activan el aparato productivo de ese país.

En el marco de las inversiones, la seguridad jurídica no solo deriva objetivamente de las leyes, sino también de elementos subjetivos como la confianza y la credibilidad de los particulares en el marco institucional del Estado que proyecta su voluntad mediante políticas públicas. Lo anterior incluye además la regulación de los sectores económicos y de sus principales componentes tributarios (incluyendo incentivos fiscales), que brindan en su conjunto las garantías deseadas por los individuos y contribuir así a la sensación subjetiva de estabilidad de las inversiones en el Estado anfitrión.

Por su parte, las leyes y la toma de decisiones políticas también son herramientas para materializar las políticas públicas que, a su vez, brindan (o deberían) la sensación de estabilidad económica y jurídica (objetiva y subjetivamente). Como se indicó, cada vez que hay un nuevo gobierno, el mismo pretende revisar (o deshacer) lo que el gobierno anterior hizo. La inconsistencia derivada de los cambios políticos, de los cambios en las políticas públicas y de la toma de decisiones que, a su vez, pueden generar una incertidumbre política que afecta la certeza y la voluntad de los inversionistas en el momento de tomar sus decisiones para invertir.

En este mismo orden de ideas, se encuentran elementos o estudios internacionales que influyen en la sensación (subjetiva) de estabilidad económica y jurídica como el elaborado por la Fundación Heritage (2021), en el cual, según el índice de libertad económica de 2021, Venezuela se ubica en el puesto 177 de 178 de las economías más restringidas del mundo, mientras que México se ubica en el puesto 65, Colombia en el puesto 49, Brasil en el puesto 143, Ecuador en el puesto 149, Argentina en el puesto 148, Perú en el puesto 50 y Chile en el puesto 19.

Por su parte, también se encuentra el índice de Estado de derecho de 2020, elaborado por el World Justice Project (2020), el cual expresa que el Estado de derecho exige que todas las actividades de un país deben regirse por las normas jurídicas preestablecidas, y ubica a Venezuela en el puesto 128 (el último) con 0,27 puntos[1], a México en el puesto 104 con 0,44, a

1 El índice es de 0 a 1, con 1 indicando la mayor adherencia al Estado de derecho.

Brasil en el 67 con 0,52, a Colombia en el 77 con 0,50, a Ecuador en el 86 con 0,49, a Argentina en el 48 con 0,58, a Perú en el 80 con 0,5, y a Chile en el 26 con 0,67.

La discrecionalidad (y el abuso de poder) en la administración de los recursos del Estado, incluyendo los recursos naturales, ha ocasionado desencuentros entre el Estado receptor de la inversión y los inversionistas, principalmente por abuso de los principios de legalidad y de discrecionalidad de Administración pública en el momento de adoptar los actos del Poder Ejecutivo, lo que ha contribuido también a deteriorar la sensación de seguridad jurídica en Latinoamérica. De hecho, según Economía Hoy (2021), existen varios arbitrajes de inversión contra algunos países latinoamericanos ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (Ciadi), donde Venezuela encabeza la lista con 17 casos, Colombia y Perú con 15 casos, México con 11 y Argentina con 8.

Las reclamaciones extranjeras formuladas mediante arbitrajes podrían evitarse o solucionarse de forma expedita si los principios e instituciones jurídicas son aplicados correctamente por los funcionarios del Estado. Lo anterior requiere tomar en cuenta los del derecho internacional de las inversiones que resguardan la inversión y generan confianza, credibilidad y seguridad jurídica entre las partes involucradas.

Sin embargo, estos principios son muchas veces obviados por quienes toman las decisiones ignorando el principio legal que establece que "el derecho internacional (incluyendo la mayoría de los ordenamientos jurídicos nacionales) no reconoce un cambio de gobierno como una razón para invalidar acuerdos contractuales o similares hechos por un gobierno anterior"[2]. En pocas palabras, como señalan Vielleville y Vasani (2008, p. 13), este principio consiste en que un Estado no debe alegar las normas de su derecho interno para incumplir obligaciones internacionales y contractuales, considerando que el derecho tiene un fin común: el bienestar colectivo o bien común.

Basados en las anteriores ideas, el presente artículo tiene como objetivo analizar las nociones jurídicas de la seguridad jurídica y la inversión, considerando que ambas constituyen una combinación obligatoria para reforzar la confianza y la credibilidad entre las partes involucradas y afectadas por la discrecionalidad de los funcionarios del Estado en la adopción de los actos

---

2 Ver decisión de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica en el caso Winstar versus US, en 116 SCt 2432 (1996).

de dominio (*Jure Imperii*) y los actos de gestión (*Jure Gestionis*) en el Estado anfitrión de las inversiones. Con frecuencia, estos actos comprometen los bienes del Estado, los cuales "deben" resguardar los intereses de las partes tomando en cuenta principios e instituciones jurídicas existentes.

Por lo anterior, el presente artículo invita a la reflexión de los funcionarios del Estado, quienes son los encargados de ejecutar discrecionalmente la voluntad de este de conformidad con los principios de legalidad, discrecionalidad de la Administración pública, proporcionalidad e igualdad ante la ley, pero, a la vez, de respetar las normas de carácter internacional como las destinadas a promover y proteger las inversiones.

I. SEGURIDAD JURÍDICA. NOCIÓN GENERAL

En la doctrina latinoamericana, conforme a lo expresado por Rafael Preciado Hernández, citado por Egaña (1984) "la seguridad jurídica es un criterio que se relaciona más que con el aspecto racional y ético del Derecho, con su aspecto técnico, positivo, sociológico" (p. 67). En este mismo orden de ideas, Egaña (1984) cita a Delos, expresando que "la seguridad es la garantía dada al individuo de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán objeto de ataques violentos, o que, si estos llegan a producirse, le serán asegurados por la sociedad protección y reparación" (p. 68).

Igualmente, resalta Egaña (1984) que, según Delos, existe en la seguridad un "elemento subjetivo" que se traduce en "La convicción que tengo de que la situación de que gozo no será modificada por la violencia, por una acción contraria a las reglas y a principios que rigen la vida social" (p. 68). De lo anterior, se deduce que si bien es cierto que la seguridad jurídica depende principalmente de elementos objetivos que —en la mayoría de los casos— derivan de la ley en su concepto amplio, también depende de elementos subjetivos.

La seguridad jurídica es un concepto integral que está compuesto de elementos subjetivos que derivan de las percepciones de "confianza" y "credibilidad" entre el ciudadano o la colectividad, y el Estado, y de elementos objetivos que emanan de la correcta aplicación por parte de los operadores del Estado de los principios e instituciones jurídicas perfeccionados por la ley, sin que ello quiera decir que los mismos no pueden ser modificados previo cumplimiento de las formalidades establecidas en el marco jurídico correspondiente.

Por su parte, en el derecho europeo, Craig (2006) expresa que el contenido legal de la seguridad jurídica (*legal certainty*) puede variar de un sistema a otro, para lo cual es importante distinguir dicho contenido para evitar confusiones. Al efecto, conforme al derecho comunitario europeo, la seguridad jurídica comprende la certeza de los ciudadanos de los Estados miembros que pueden organizar sus vidas con la seguridad y el conocimiento de las consecuencias legales de sus acciones.

Adicionalmente, se refiere a que los ciudadanos también puedan tomar en cuenta las limitaciones adoptadas por las normas del derecho europeo, las cuales "intenten" tener efectos legales antes de su publicación o de que esos ciudadanos tengan la "certeza" o la "oportunidad" de ajustarse a dichas disposiciones legales procedimentales o sustantivas. Lo anterior se traduce en brindar "estabilidad" en las relaciones entre el Estado y los individuos de tal forma que "las normas comunitarias [sean] claras y predecibles para aquellos quienes están sujetos a ellas" (Craig, 2006, p. 609).

Dentro del anterior contexto, Craig (2006, p. 611) describe cuatro escenarios que pueden causar preocupación en los individuos sobre la seguridad jurídica que le deben brindar los Estados miembros de la comunidad europea. Estos escenarios son:

- Cuando una autoridad pública toma una decisión formal afectando a una persona o a un grupo limitado de personas, y luego busca revocar esa decisión.
- Cuando una representación del Estado es ejercida por una persona o un grupo, luego la Administración toma una decisión que es inconsistente con esa representación.
- Cuando hay una norma general o la elección de una política que un individuo o grupo ha confiado en ella, y es reemplazada por la elección de una política diferente.
- Cuando una norma general o la elección de política es basaba en las circunstancias de un caso particular.

Los anteriores escenarios resaltan la importancia de los principios de legalidad, de discrecionalidad de la Administración pública, de proporcionalidad y de igualdad ante ley, en el marco de las relaciones entre el Estado y los particulares, ya que el resultado de ellos podría ocasionar resultados menos favorables que los esperados por esos individuos. Adicionalmente, ello es

una evidencia de la interdependencia entre la "seguridad jurídica" y la "expectativa legítima". El estudio de estas dos últimas instituciones escapa del análisis del presente artículo, pero sí es importante señalar porqué el cambio posterior de las decisiones del Estado, como se indicó antes, también pueden generar expectativas, muy a pesar de que las mismas pueden cambiarse previo seguimiento de las normas y procedimientos preestablecidos.

Por otro lado, en el derecho anglosajón, los autores Bradley y Ewing (2007, p. 753), expresan que la seguridad jurídica puede entenderse como la confianza que "las personas privadas tengan en sus relaciones con las agencias públicas para saber si ellos pueden confiar en las declaraciones de los funcionarios o en las decisiones que han sido notificadas a ellos". Señalan dichos autores que mientras en las relaciones de negocio y comerciales se espera que un individuo sostenga su palabra a las demás partes cuando el contrato ha sido suscrito, el mismo principio aplica a otras decisiones como la de los actos administrativos (como licencias y permisos) que no necesariamente tienen formas contractuales.

Al efecto, Bradley y Ewing (2007) clasifican, al igual que Craig (2006), las cuatro principales situaciones (indicadas) que requieren discusión para determinar la certeza legal, la seguridad jurídica y la expectativa legítima en la relación entre el Estado y los particulares. Para ello, resumen dichas situaciones en: (1) revocatoria de una decisión, (2) incumplimiento de una promesa, (3) consistencia en el ejercicio de la autoridad, y (4) cambio de políticas públicas, sin previa consulta pública.

Además, Bradley y Ewing (2007) reflexionan sobre los supuestos que encuadran dentro del principio de discrecionalidad de la Administración pública en el marco del principio de legalidad, proporcionalidad e igualdad ante la ley. Es decir, la facultad de la Administración pública de modificar sus decisiones o de negar la responsabilidad de un funcionario por las declaraciones realizadas en el ejercicio de sus funciones, sin afectar intencionalmente la decisión en desventaja de los ciudadanos, ya que dicha decisión pudo haber sido el fundamento para la toma de alguna decisión por parte de estos y la misma debe ajustarse a los principios jurídicos preestablecidos en la ley.

En la actualidad, los elementos subjetivos de la seguridad jurídica como la "confianza" y la "credibilidad" del inversionista en las instituciones del Estado anfitrión de las inversiones son piezas claves para la toma de decisiones y evaluación de riesgos. Sin embargo, muchas veces resulta difícil determinar con clara evidencia en cuál, en un supuesto caso, de las categorías

antes mencionadas se encuentran los ciudadanos ante las actuaciones del Estado. Para ello, hay que tomar en cuenta la tipicidad de cada relación derivada de un supuesto jurídico general y de la aplicación que ella podría causar en el resultado de un pago por compensación o indemnización por la responsabilidad del Estado.

La seguridad jurídica constituye justamente una pieza clave para la evaluación de un inversionista en el momento de ponderar los riesgos de brindar capital nuevo a un determinado Estado receptor de las inversiones. Es por ello que, en la siguiente sección, se puntualizan las nociones generales del régimen de inversiones (extranjeras) dentro del objetivo de este artículo, el cual invita a la reflexión de los funcionarios públicos latinoamericanos en el momento de adoptar medidas discrecionales para el uso y aprovechamiento de sus recursos naturales.

II. INVERSIONES (EXTRANJERAS). ASPECTOS RELEVANTES

Según los autores McLachlan, Shore y Weiniger (2007, p. 38), el Tratado de Carta de Energética define a la *inversión* como "cualquier tipo de activo". No obstante, el alcance de la definición puede variar según los parámetros que las partes deseen establecer en un determinado acuerdo.

En la práctica, en materia de inversiones, la anterior definición viene delimitada en las cláusulas o artículos de los tratados de promoción de protección de inversiones. Por ejemplo, según el Tratado de Promoción y Protección de Inversiones entre los Estados Unidos de Norteamérica y la República de Argentina de 1994, inversión (extranjera) puede entenderse como:

> todo tipo de inversión, tales como el capital social, las deudas y los contratos de servicio y de inversión, que se haga en el territorio de una parte y que directa o indirectamente sea propiedad o esté controlada por nacionales o sociedades de la otra parte, y comprende, entre otros: (i) derechos de propiedad tangible e intangible, así como derechos tales como hipotecas, privilegios y prendas; (ii) sociedades, acciones, participaciones u otros intereses en sociedades o intereses en sus activos; (iii) títulos de crédito o derechos sobre alguna operación que tenga valor económico y que esté directamente relacionada con una inversión; (iv) derechos de propiedad intelectual, que comprendan, entre otros, los relativos a: obras artísticas y literarias, incluidas las grabaciones de sonido; inventos en todos los ámbitos del esfuerzo humano; diseños industriales; obras de estampado de semiconductores; secretos comerciales, conocimientos técnicos e información comercial confidencial; y marcas registradas, marcas de servicio y nombres comerciales, y (v) todo derecho

conferido por ley o por contrato y cualesquiera licencias y permisos conferidos conforme a la ley.

Como señala Sornarajah (2004, p. 220), uno de los problemas de este tipo de definiciones es que se han desarrollado "de la forma más amplia posible". Por ello, para identificar una verdadera inversión se ha considerado la tesis del Salini Test[3], la cual destaca principalmente los cuatro elementos principales que requiere una inversión (extranjera) para ser considerada tal a los efectos del Convenio del Centro de Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (Ciadi). Estos elementos son: (1) que sea un aporte, (2) que cuente con una cierta duración durante la cual se implementa el proyecto, (3) que exista una distribución de los riesgos operativos, y (4) que exista una contribución al desarrollo del Estado anfitrión.

Tomando en cuenta la existencia de una contribución de la inversión al desarrollo del Estado anfitrión, se infiere la necesidad de tomar en cuenta la coexistencia de este tipo de definiciones de inversión con el interés público del Estado anfitrión, ya que es importante señalar que las inversiones públicas son diferentes de los acuerdos privados o comerciales de corto plazo, que típicamente se identifican con el comercio de bienes y servicios.

Para garantizar la protección de las inversiones, en los últimos 50 años se han suscrito más de 3.000 tratados bilaterales de promoción y protección de inversiones, lo que ha dado lugar, según Bishop, Crawford y Reisman (2005, p. 17), a la materialización de una rama del derecho internacional conocida como el *derecho internacional de las inversiones*. Destacando dentro de sus principales características la posibilidad de que sujetos del derecho privado participen dentro del alcance tradicional del derecho internacional público, como es la participación de individuos de derecho privado en la esfera de la noción tradicional del derecho internacional público conocido anteriormente como el derecho de las naciones.

La participación de sujetos del derecho privado en el derecho internacional público ha sido consensuada por los Estados anfitriones de la inversión a través de la suscripción de cláusulas en los tratados bilaterales de inversión que otorga ese derecho de acción a favor de personas privadas. Esta acción principalmente permite a esas personas privadas utilizar un mecanismo

---

3 Ver el caso Salini Costruttori, S.P.A. et al. versus Kingdom of Morroco (CIADI n.º. ARB/00/4), julio 16, 2001, Decisión sobre Jurisdicción, 42 ILM 609 (2003).

para demandar al Estado anfitrión de la inversión por la adopción de una determinada conducta regulatoria, tales como actos administrativos unilaterales incluyendo las expropiaciones que pueden violar, en consecuencia, las disposiciones o los estándares estipulados en un tratado bilateral de promoción y protección inversiones.

Por lo tanto, no es una tarea fácil para los árbitros de inversiones determinar el número y la naturaleza de las inversiones que están involucradas bajo el alcance de un determinado tratado de protección de inversiones. Es crucial señalar que uno de los aspectos inevitables de la definición de inversión es la incorporación de acuerdos de inversión de largo plazo, los cuales han sido asimilados simultáneamente a la noción de inversiones de interés público, ya que pueden impactar o beneficiar a la sociedad o a la economía del Estado anfitrión.

En este sentido, los tratados de protección de inversiones contienen la intención real de los Estados contratantes y el reconocimiento de un interés público común entre ellos, el cual busca generar una sinergia para estimular la iniciativa económica privada y aumentar, según indica Sornarajah (2004, p. 54), el bienestar y la prosperidad de ambos Estados involucrados.

En este contexto, Sornarajah (2004, pp. 7 y 63-64) ha definido la inversión extranjera como

> la transferencia de activos tangibles o intangibles de un país a otro, con el propósito de usarlos en el Estado anfitrión para generar riqueza bajo el control total o parcial del propietario de los activos, para cooperar en la promoción de los objetivos económicos de dicho Estado Anfitrión (p. 64).

Tomando en cuenta la anterior definición, es oportuno resaltar que el principal interés de los Estados contratantes de los tratados de protección de inversiones se encuentra principalmente en la redacción y el alcance de la inversión, para lo cual se hace necesario repasar los principales aspectos de dichos acuerdos internacionales.

III. TRATADOS DE PROTECCIÓN DE INVERSIONES VERSUS INTERESES DEL ESTADO ANFITRIÓN

Por lo general, en el preámbulo de los tratados de protección de inversiones, las partes contratantes expresan su mutua intención o interés originario, el

cual comprende principalmente: (1) la promoción de la cooperación económica entre las partes contratantes, (2) el beneficio recíproco para ambas partes y (3) la protección de sus nacionales y sus inversiones.

En términos generales, se puede inferir que la cooperación económica entre las partes de un tratado promoción y protección de inversiones está centralizada en áreas de su interés público (por ejemplo, materias relacionadas con la construcción, transporte, explotación de recursos naturales, etc.). Por lo tanto, según Peter (1995, p. 13), este tipo de cooperación está básicamente destinada a mejorar el desarrollo o el bienestar de una de las partes (es decir, el Estado anfitrión) y a beneficiar a los nacionales de la otra parte.

No obstante lo anterior, también es oportuno resaltar que pueden producirse conflictos entre los Estados contratantes, los cuales deben resolverse mediante un mecanismo de solución de controversias como el arbitraje establecido en un tratado de conformidad con las normas del derecho internacional. En otras palabras, según Brownlie (2008, p. 622), estas disputas o controversias son atendidas de conformidad con las disposiciones de la Convención de Viena (incumplimiento material).

En muchos casos, estos conflictos se refieren a un conflicto regulatorio entre inversionista y el Estado anfitrión, esencialmente cuando el Estado anfitrión ejerce su poder público basado en el principio de discrecionalidad y viola, en consecuencia, las disposiciones de un determinado tratado de protección de inversiones. Este conflicto surge principalmente cuando un Estado anfitrión necesita ejercer su poder regulatorio que, como consecuencia, impacta en los intereses del inversionista. Según Van Harten y Loughlin (2006, p. 121), este problema es similar al conflicto normativo o regulatorio interno que se produce cuando la Administración pública ejerce su autoridad pública y al hacerlo afecta los intereses de los particulares.

Es por ello que Sornarajah (2004, p. 101) argumenta que este tipo conflicto puede crear una especie de imagen contradictoria para los particulares por dos razones principales: (1) el interés del Estado anfitrión en atraer inversiones, por un lado, y (2) la necesidad urgente del mismo Estado de regular las actividades del país con el fin de proteger el bienestar nacional y el interés colectivo, por el otro lado.

En el contexto de este artículo, se debe resaltar esa doble función del Estado anfitrión, ya que el aparato legal para la promoción y protecciones de inversiones podría entrar en conflicto con los principios del derecho interno, en especial si existe abuso de poder por parte de las autoridades locales por

violar algunos principios del derecho administrativo, como el de legalidad, de la discrecionalidad de la Administración pública, de proporcionalidad, de igualdad ante la ley y de motivación, entre otros.

Este último punto es completamente diferente al debate tradicional entre la aplicación de los principios del derecho internacional de las inversiones en el mundo del arbitraje internacional y la coexistencia de estos principios con los del derecho interno (administrativo) del Estado anfitrión, el cual es escapa del análisis del presente artículo[4].

No obstante, es relevante señalar que los Estados contratantes han decidido incorporar diversos mecanismos para resolver sus diferencias en la estructura de los tratados de protección de inversiones, los cuales van desde la consulta, negociación, designación de expertos y conciliación, hasta al arbitraje y los tribunales nacionales. En cualquier caso, el incumplimiento estándares por parte del Estado anfitrión de los principios establecidos en un determinado tratado de inversión podría requerir de una compensación, es decir, de una indemnización que debe negociarse o pagarse a la parte agraviada.

En el anterior contexto, a pesar del argumento de Sornarajah (2004, p. 208) que "el arbitraje internacional [...] radica en la idea de neutralidad entre Estados, y no entre inversores y estados", señala Van Harten (2008, p. 131) que este mecanismo ha sido considerado para abordar disputas no solo entre Estados (desacuerdo contractual), sino también entre un Estado contratante y un inversionista nacional del otro Estado contratante, lo que podría considerarse principalmente desacuerdos regulatorios. No obstante, se debe prestar atención al hecho de que la idea principal del arbitraje como mecanismo de solución de controversias entre los Estados contratantes y sus nacionales se basa principalmente en la idea de promover y proteger el flujo de inversiones entre ellos.

Por lo anterior, la naturaleza regulatoria de un elemento sometido a un mecanismo de arbitraje dependerá —en gran medida— de la materia de derecho público aplicable a dicha inversión, de la conducta reguladora de una de las partes contratantes (es decir, el Estado anfitrión), y cómo la conducta reguladora socava el objetivo principal de un determinado tratado de protección de inversiones y sus disposiciones. Al efecto, señala Picker

---

4 Para mayor información sobre este tema, véase Mata García (2016a, 2016b y 2018).

(2008, p. 1090), que "La aplicación del derecho internacional depende, en gran medida, de la autorregulación estatal".

Un elemento adicional con respecto al arbitraje de inversión es el debate sobre la distinción de los actos estatales conocidos como actos de dominio (es decir, *Acta Jure Imperii*) y los actos de gestión (es decir, *Acta Jure Gestionis*). Es por ello que surge una preocupación sobre la coexistencia del poder regulador del Estado anfitrión (control estatal) y aquellos derechos y obligaciones (estándares de trato, en particular el estándar del trato justo y equitativo) que están estipulados, según señala Reuter (1995, p. 39), para el beneficio directo de las personas amparadas en los tratados de protección de inversiones.

Por ello, Van Harten (2008, p. 70) afirma que los arbitrajes internacionales de inversión son "un brazo internacional único del aparato de gobierno de los Estados, que emplea el arbitraje para revisar y controlar el ejercicio de la autoridad pública", debido a la carencia de un ente internacional que adopte y haga cumplir las leyes tomando en cuenta que el derecho interno contiene una buena referencia de los principios legales que podrían ser utilizados en la resolución de disputas regulatorias internacionales.

En este sentido, es importante llamar la atención sobre el hecho de que una vez que los individuos extranjeros y sus propiedades han ingresado a la jurisdicción de un determinado Estado anfitrión, están sujetos principalmente a la ley del referido Estado anfitrión, la cual incluye también los principales estándares aplicables a las inversiones conforme al derecho internacional de las inversiones y que se resumen en la siguiente sección.

IV. PRINCIPALES ESTÁNDARES DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES

Los principales estándares sustantivos del derecho internacional de inversiones que se reproducen en la mayoría de los tratados de promoción y protección de inversiones, los cuales se rigen, a su vez, principalmente por las disposiciones de la Convención de Viena, pueden ser resumidos de la siguiente manera:

- *Trato justo y equitativo.* Según Klager (2011), este estándar está vinculado a la transparencia, coherencia y estabilidad en la forma en que actúa un Estado anfitrión. Dicho principio consiste en la promesa

del Estado anfitrión de garantizar un trato justo y equitativo dentro de su territorio a los activos de inversionistas nacionales de la otra parte contratante del tratado de protección de inversiones. Dicho compromiso también incluye la obligación de no afectar las expectativas básicas que fueron consideradas por el inversionista extranjero en el momento de realizar la inversión. En otras palabras, conforme a Newcombe y Paradell (2009, p. 255), se ha asumido que el Estado anfitrión debe actuar de manera predecible y transparente para evitar que se considere que este infringe este principio.

- *Trato nacional*. Esta obligación, según Montt (2009, p. 35), se ha asimilado a la doctrina (cláusula) Calvo, según la cual "los extranjeros que se establecen en un país tienen los mismos derechos de protección de los que disfrutan los nacionales". Según el Tratado de Protección de Inversiones entre Perú y Colombia, este estándar también representa el compromiso internacional mutuo entre las partes contratantes y es la fase previa a la entrada de las partes contratantes de abstenerse de dar a los inversores (de la otra parte) dentro de su territorio un trato menos favorable que el otorgado a los inversores nacionales del Estado anfitrión y a sus beneficios.
- *Trato de la nación más favorecida*. El alcance de este estándar es muy similar y comparable a la noción de trato nacional. De hecho, se argumenta que a ambos estándares se aplican los mismos fundamentos. Al respecto, señala Sornarajah (2004, p. 236) que este estándar incluye —en principio— el trato dado a los nacionales de terceros Estados en un determinado Estado anfitrión. Este estándar representa el compromiso mutuo de las partes contratantes de un tratado de protección de inversiones de abstenerse de tratar a los inversionistas pertenecientes a otras partes contratantes de manera menos favorable que a los de un tercer Estado, sus inversionistas nacionales y sus activos.
- *Protección integral y seguridad*. Según Reinisch (2009, p. 131), el alcance de este estándar ha evolucionado constantemente de una protección física a una protección integral de las inversiones extranjeras. En tal sentido, se establece, en el numeral 2 del artículo 2 del Tratado de Protección de Inversiones entre Venezuela y Barbados, la plena protección y seguridad jurídica de la inversión extranjera dentro del territorio de la otra parte contratante.

- *Acceso a la justicia, procedimientos justos y denegación de justicia*. Este estándar fue presentado a través del artículo 5.2.a del proyecto de Tratado de Protección de Inversiones de los Estados Unidos de Norteamérica de 2004, que establece expresamente que "el trato justo y equitativo" incluye la obligación de no denegar justicia en los procedimientos judiciales penales, civiles o administrativos de conformidad con el principio del debido proceso consagrado en los principales ordenamientos jurídicos del mundo. En la práctica, este principio fue adoptado textualmente por el Tratado de Protección de Inversiones entre Estados Unidos de Norteamérica y Uruguay en 2005.
- *Repatriación de fondos*. Este estándar consiste en la obligación de garantizar que todas las transferencias de divisas relacionadas con una determinada inversión extranjera se puedan realizar libremente y sin demora hacia y desde el Estado anfitrión.
- *Expropiación*. Esta figura legal exige, según Dolzer y Schreuer (2008, p. 91), que la medida sea adoptada cumpliendo acumulativamente los siguientes elementos: (1) con un fin público; (2) de manera no discriminatoria; (3) tras una indemnización rápida, adecuada y eficaz; y (4) de acuerdo con el debido proceso legal. Esto, para poder considerar una medida expropiatoria gubernamental como conducta lícita.

V. REFLEXIONES SOBRE EL DERECHO INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES Y LA POTESTAD REGULATORIA DEL ESTADO ANFITRIÓN

Basados en el principio de legalidad, todas las partes están sujetas al Estado de derecho, dentro del cual se encuentra los tratados de promoción y protección de inversiones que establecen, a su vez, los referidos estándares internacionales mínimos para el tratamiento y la legalidad de la conducta regulatoria del Estado anfitrión. Es decir, estos estándares de trato representan una especie de limitación al poder regulador del Estado anfitrión y la manera en que un inversionista extranjero debe ser tratado dentro de ese territorio.

Como señala Cassese (2001, p. 170), con base en el concepto de la naturaleza contractual de los tratados de protección de inversiones, se puede afirmar *a priori* que los Estados, como partes contratantes, son sujetos y están sujetos principalmente a las disposiciones del tratado por su consentimiento

expreso (es decir, *lex specialis*) y luego posteriormente a la ley en general (es decir, *lex generali*).

Algunas veces, en los tratados las partes establecen expresamente disposiciones a través de las cuales reconocen y respetan el poder regulador del Estado anfitrión. Las pruebas de este último punto se pueden encontrar en el Tratado Modelo Bilateral de Inversiones de los Estados Unidos de Norteamérica de 2012, en el Proyecto de Capítulo de Inversión de la Asociación Transpacífico de junio de 2012 y en el Proyecto de Tratado Bilateral de Inversión de Noruega de 2007. Sin embargo, áreas de regulación pertenecientes a los Estados contratantes, tales como salud, seguridad, trabajo y medio ambiente quedan —de manera progresiva— excluidos del ámbito de aplicación de los documentos antes mencionados.

Un ejemplo de la anterior afirmación se encuentra también de una forma excepcional y más amplia en el Acuerdo de Inversión Integral de la Asociación de Naciones Surasiáticas (Asean, por su siglas en inglés) de 2012, donde el derecho de los Estados contratantes a regular se extiende a áreas como la moral pública, el orden público, la protección de la vida humana, animal o vegetal, la salud, la seguridad, los impuestos, la protección de los tesoros nacionales de valor artístico, histórico y arqueológico, la conservación de los recursos naturales agotables y los servicios financieros.

Por su parte, en los tratados de protección de inversiones entre China y Bulgaria, China y Bahréin, y Venezuela y Vietnam, se ha adoptado una posición similar a la descrita en el párrafo anterior mediante la fórmula de proteger las inversiones solo si se han "realizado de conformidad con las leyes, políticas y reglamentos" del Estado anfitrión.

En este mismo orden de ideas, señala Brownlie (2008, p. 520), que la relación entre Estado anfitrión y el inversionista es —en gran medida— una relación regulatoria que también involucra la incorporación de políticas económicas internas que pueden afectar no solo la actividad económica de los individuos nacionales, sino también la de los extranjeros.

COMENTARIOS FINALES

La principal preocupación derivada del anterior análisis surge sobre la idea de determinar el correcto equilibrio entre la interpretación del comportamiento regulatorio razonable de un Estado anfitrión de acuerdo con la noción

de trato justo y equitativo a nivel internacional, y la noción de trato justo y equitativo a nivel nacional.

En otras palabras, encontrar la equilibrada interpretación del mencionado estándar del derecho internacional de las inversiones, de acuerdo con el principio de legalidad y otros principios relacionados del derecho interno del Estado anfitrión, representa un verdadero reto para el derecho contemporáneo. En la práctica, ese equilibrio se ha querido concretar a través de cláusulas de estabilización jurídica que, a su vez, pueden entrar en un conflicto sobrevenido con la teoría del "hecho del príncipe".

Sin embargo, es en el anterior contexto donde el uso (o abuso) del principio de discrecionalidad de la Administración pública y la discrecionalidad (subjetividad) de los funcionarios del Estado juegan un papel determinante. En particular, tomando en cuenta la coexistencia entre la seguridad jurídica y el régimen de inversiones, el cual toma mayor relevancia en las transacciones entre particulares y estados anfitriones.

En Latinoamérica, en algunos países desaparece y en otros "revive" la frase "el Estado soy yo" del rey Luis XIV de Francia. En algunos países como Venezuela, Nicaragua, Argentina y Cuba, el Poder Ejecutivo busca "artificiosamente" concentrar y monopolizar cada vez más el poder. Muchos de estos Estados o, mejor dicho, muchos de sus funcionarios ignoran o desconocen la amplitud de su ordenamiento jurídico, el cual comprende no solo las normas del derecho interno, sino también las normas y principios del derecho internacional.

El principal problema de la práctica del uso (o abuso-subjetividad) de la discrecionalidad de los funcionarios del Estado deriva de la carencia de un código para la Administración pública para regular la conducta del Estado y sus funcionarios, tal como existe en el Código Civil para la conducta de los privados. La carencia de este tipo de regulación hace que los funcionarios públicos administren a su discreción (y subjetividad), incluso incurriendo en abuso de poder, los intereses del Estado, incluyendo el uso y aprovechamiento de los recursos naturales como los hidrocarburos, la minería y el ambiente.

De hecho, la carencia de esta norma también está relacionada con la limitación de la conducta regulatoria razonable de los Estados anfitriones, ya que en el momento de asumir acuerdos internacionales para promover la inversión, existe la promesa mutua de las partes contratantes de promover y proteger las mismas dentro de sus territorios, lo que está íntimamente

relacionado con el comportamiento en el que los Estados tratan y regulan las inversiones e inversionistas en cuestión.

En otras palabras, si bien este tipo de obligaciones internacionales se rigen principalmente por principios de derecho internacional, no se puede negar que el cumplimiento de estas obligaciones internacionales (en particular está el principio del trato justo y equitativos), también debe basarse en el uso racional de los principios del derecho interno relevantes para la conducta reguladora de cada parte contratante.

En tal sentido, los funcionarios públicos, en el ejercicio de sus funciones, no deben tomar decisiones subjetivas, personales, caprichosas o dogmáticas, pues ellas pueden afectar no solo la seguridad jurídica de los individuos en general, sino también los intereses del Estado y los de los inversionistas.

Es por lo anterior que debe promoverse una buena administración, que inspire la confianza y la credibilidad de los particulares en los gobiernos y sus instituciones, pues las decisiones de los funcionarios públicos deben tomarse basadas en una correcta aplicación de la ley. Sus declaraciones pueden crear expectativas en los inversionistas, pues muchos de ellos realizan gastos de pre-inversión antes de iniciar y ejecutar la inversión en el Estado anfitrión. La seguridad jurídica depende sensiblemente de la discrecionalidad (y subjetividad) de los funcionarios públicos del Estado anfitrión, quienes deben evitar cambios abruptos en el marco regulatorio y contractual aplicable.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bishop, D., Crawford, J., & Michael Reisman, W. (2005). *Foreign Investment Disputes. Cases, Materials and Commentary*. Kluwer Law International.

Bradley, A. W., & Ewing, K. D. (2007). *Constitutional and Administrative Law* (14.º ed.). Pearson Longman.

Brownlie, I. (2008). *Principles of Public International Law* (7.º ed.). Oxford University Press.

Cassese, A. (2001). *International Law*. Oxford University Press.

Craig, P. (2006). *EU Administrative Law*. Oxford University Press.

Dolzer, R., & Schreuer, C. (2008). *Principles of International Investment Law*. Oxford University Press.

Economía Hoy. (2021). Venezuela tiene 17 demandas pendientes en el Ciadi. https://economiahoy.digital/venezuela-tiene-17-demandas-pendientes-en-el-ciadi/amp/?__twitter_impression=true

Egaña, M. S. (1984). *Notas de introducción al derecho*. Editorial Criterio.

Fundación Heritage. (2021). *Index of Economic Freedom*. https://www.heritage.org/index/ranking

Klager, R. (2011). *Fair and Equitable Treatment in International Law. Cambridge Studies in International and Comparative Law.* Cambridge University Press.

Mata García, C. R. (2016a). *International Investment and Regulatory Disputes. Applying Principles of Administrative Law to Investor State Treaty Arbitrations*. Editorial Scholars' Press.

Mata García, C. R. (2016b). *Manual de derecho de los hidrocarburos en Venezuela*. Editorial Arte.

Mata García, C. R. (2018). *Diagnostico jurídico de la actual industria petrolera y gasífera de Venezuela*. https://www.academia.edu/37460711/Diagn%C3%B 3stico_jur%C3%ADdico_de_la_actual_industria_petrolera_y_gas%C3%ADfera_en_Venezuela

McLachlan, C., Shore, L., & Weiniger, M. (2008). *International Investment Arbitration. Substantive Principles*. Oxford University Press.

Montt, S. (2009). *State Liability in Investment Treaty Arbitration. Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation*. Hart Publishing.

Newcombe, A., & Paradell, L. (2009). *Law and Practice of Investment Treaties. Standards of Treatment*. Wolters Kluwer - Law & Business.

Peter, W. (1995). *Arbitration and Renegotiation of International Investment Agreements* (2.ª ed.). Kluwer Law International.

Picker, C. B. (2008). International Law's Mixed Heritage: A Common/Civil Law Jurisdiction. *Vand. J. Transnat'l L.*, *41*(1083).

Reinisch, A. (2009). *Standards of Investment Protection*. Oxford University Press.

Reuter, P. (1995). *Introduction to Law of Treaties*. Kegal Paul International.

Sornarajah, M. (2004). *The International Law of Foreign Investment* (2.ª ed.). Cambridge University Press.

Steven, P. (2008). *Oil Wars: Resource Nationalism and the Middle East*. cepmlp 30 Anniversary Seminars.

Van Harten, G., & Loughlin, M. (2006). Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law. *EJIL*, *17*(1), 121-150.

Van Harten, G. (2008). *Investment Treaty Arbitration and Public Law*. Oxford University Press.

Vielleville, D. E. & Vasani, B. S. (2008). Sovereignty Over Natural Resources Versus Rights Under Investment Contracts: Which One Prevails? *Transnational Dispute Management*, *5*(2).

World Justice Project. (2020). *Rule of Law Index 2020*. https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/WJP-ROLI-2020-Online_0.pdf

Felizmente se presenta a la comunidad académica y del sector energético el cuarto volumen del Anuario Iberoamericano de Derecho de la Energía, resultado de las ponencias presentadas en el Tercer Congreso Anual de ASIDE y en las Jornadas Internacionales de Derecho Minero Energético organizadas por el Departamento de Derecho Minero Energético de la Universidad Externado de Colombia, en torno al tema "Hacia un derecho global de la energía".

De esta manera, presentamos 29 trabajos de autores provenientes de un amplio abanico de países iberoamericanos, que aportan sus reflexiones en torno al tema central de la obra, contribuyendo a difundir los temas que ocupan a la academia, las autoridades sectoriales y los participantes de la industria energética en sus respectivos países de origen.