

NATHALIA ALEJANDRA VASQUEZ ORDOÑEZ

**EL INTERÉS PÚBLICO Y LA CLÁUSULA DE MEDIDAS NO PRECLUSIVAS EN EL
ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIÓN**

(Trabajo de Grado)

BOGOTA D.C., COLOMBIA

2020

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMIA

FACULTAD DE DERECHO

RECTOR:

DR. JUAN CARLOS HENAO

SECRETARIA GENERAL:

DRA. MARTHA HINESTROSA REY

**DECANA DE LA FACULTAD
DE DERECHO:**

DRA. ADRIANA ZAPATA GIRALDO

**DIRECTOR DEPARTAMENTO
DERECHO CONSTITUCIONAL:**

**DRA. MAGDALENA CORREA
HENAO**

DIRECTOR DE TESIS:

DR. WILFREDO ROBAYO GALVIS

PRESIDENTE DE TESIS:

**DRA. MAGDALENA CORREA
HENAO**

EXAMINADORES:

DR. BERNARDO VELA ORBEGOZO

DR. ERIC TREMOLADA ÁLVAREZ

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	5
CAPITULO I. EL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES	7
1. EVOLUCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE INVERSIONES	7
2. TRATADOS INTERNACIONALES DE INVERSIÓN	15
3. CIADI (Centro Internacional de Arreglo de las Diferencias relativas a Inversiones)	19
4. INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA EN AMÉRICA LATINA	25
CAPITULO II. LA CLAUSULA DE MEDIDAS NO PRECLUSIVAS EN LOS ACUERDOS DE INVERSION	29
1. DECISIONES ARBITRALES: CMNP VS ESTADO DE NECESIDAD.....	34
a. <i>Lex specialis</i> y <i>lex generalis</i>	35
b. Estado de necesidad en el derecho internacional consuetudinario.....	38
c. Establecimiento de responsabilidad.....	44
CAPITULO III. LAS MEDIDAS REGULATORIAS Y LOS ESTANDARES DE PROTECCION AL INVERSIONISTA	47
1. TRATO JUSTO Y EQUITATIVO.....	48
a. Nivel Mínimo de Trato	50
b. Trato justo y equitativo como un estándar independiente.....	57
i. Vigilancia y protección	58
ii. Denegación de justicia.....	60
iii. Transparencia	62
c. Las potestades regulatorias y el trato justo y equitativo	64
2. EXPROPIACION.....	69
a. Expropiación directa y expropiación indirecta	71
b. Decisiones arbitrales y judiciales sobre Expropiación	74
i. Propiedad sujeta a expropiación.....	75
ii. Medidas expropiatorias.....	77
iii. Interferencia a los derechos de propiedad (Teoría Sole effects)	79
c. Expropiación mediante regulación.....	84
i. Debido proceso.....	89

ii. No discriminación	90
iii. Proporcionalidad y límites.	91
CAPITULO IV. INTERÉS PÚBLICO	95
CAPITULO V. CASO COLOMBIANO: ECO ORO MINERALS	102
1. LA CONTROVERSIA	102
a. Páramo De Santurbán.....	102
b. Eco Oro Minerals.....	103
c. Proyecto de Angostura: Eco Oro en Santurbán.	103
2. LOS ARGUMENTOS DE LAS PARTES ECO ORO VS. COLOMBIA.....	108
a. La postura de Eco Oro (demandante)	108
i. El Estado Colombiano expropio indirectamente al inversionista según el anexo 811 del TLC Colombia– Canadá.....	109
iii. Violación al principio de la buena fe - Artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.	112
b. La postura de Colombia (demandado)	113
i. Actuación bajo la Cláusula de medidas no preclusivas establecida en el Tratado (Artículo 815)	113
ii. No existe violación al Artículo 811 del TLC Colombia– Canadá que prohíbe la expropiación directa o indirecta sin previa indemnización.....	116
iii. No existen expectativas legítimas en el contrato de concesión ni derechos adquiridos en materia ambiental.....	118
CONCLUSIONES.....	119
BIBLIOGRAFIA	122

INTRODUCCIÓN

En los últimos años, el Derecho Internacional de Inversiones se ha ido proliferando en toda la región, teniendo aumentos significativos año a año, según la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) los flujos de inversión extranjera directa en Latinoamérica aumentaron en un 8% en el 2017, y en Colombia las inversiones aumentaron en un 5% hasta alcanzar los 14.500 millones de dólares.

Así es como, en el contexto internacional se crearon una gran cantidad de tratados, que agrupan el régimen emergente en el marco de los acuerdos de inversión, contenidos en Tratados de Libre Comercio con capítulos de Inversión, en Tratados Bilaterales de Inversión o en Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, existiendo actualmente más de 6.000 tratados que regulan la inversión extranjera.

El contenido de los acuerdos de inversión firmados por las partes es variado, y principalmente se incluyen estandartes de protección al inversionista, como lo son trato justo y equitativo, nación más favorecida, trato nacional y expropiación. De la misma forma, se ha proliferado la inclusión de la cláusula de medidas no preclusivas, que actúa como un eximente de responsabilidad para los Estados, con respecto a las medidas tomadas de conformidad al orden público, permeando así, los estándares de protección a la inversión.

Así pues, en el presente trabajo, se estudian dos de los estándares de protección principales, la Expropiación Indirecta y el Trato Justo y Equitativo, haciendo hincapié en la facultad regulatoria del Estado o sus poderes de policía, por motivos de propósito, bienestar o utilidad pública y actuando en virtud de la cláusula de medidas no disconformes contenida en los tratados.

Con lo anterior, el concepto de interés público, utilidad pública, o bienestar público, es un elemento que está muy presente en los acuerdos de inversión y es imprescindible para

definir si el Estado receptor de la inversión ha violado las protecciones al inversionista o está actuando dentro de sus potestades para proteger sus intereses nacionales.

De esta manera, resulta importante establecer una definición de lo que se debe entender por interés público según el derecho internacional consuetudinario. Al respecto, los tribunales arbitrales no han tomado una posición unificada a fin de esclarecer una definición sobre interés público, por el contrario, cada tribunal ha acogido una posición diferente según las particularidades del caso en concreto.

De tal manera que, se pretende tratar de dilucidar las diferentes concepciones de los tribunales arbitrales, y del Derecho Internacional Consuetudinario han tomado para definir este concepto, partiendo de este problema de investigación ¿Cuál es la definición y aplicación del interés público dentro del estándares de protección a las inversiones y la cláusula de medidas no preclusivas en el arbitraje internacional de inversiones?

Por último, se hará un análisis del caso Eco Oro Minerals c. Colombia, haciendo una aplicación de los anteriores conceptos, a las posibles defensas de cada parte en el caso en concreto.

CAPITULO I. EL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES

En la actualidad se ha evidenciado la aparición de un régimen emergente, que pretende la regulación de las relaciones inversionista-estado, originadas cuando un potencial inversionista pretende incursionar en una actividad económica en un país extranjero, por medio de un marco jurídico de regulación que se ha establecido, mediante la gran proliferación de tratados bilaterales y multilaterales de inversión, así como, la inclusión de capítulos de inversión en los Tratados de Libre Comercio, para la promoción y reconocimiento recíproco de las inversiones realizadas.

El objetivo teórico del Derecho Internacional de Inversiones es proporcionar un entorno de inversión seguro, que mitigue los riesgos, y brinde estabilidad con el fin de atraer entradas de capital extranjero para el beneficio mutuo de las partes, a través de tratados internacionales y la incorporación de mecanismos de resolución de conflictos.

La creación de este régimen emergente no es espontánea, ya que proviene de un complejo proceso de evolución que se desarrolla a través de la historia del Derecho Internacional, y por lo tanto se ha construido a través de los conceptos tradicionales del Derecho Internacional Público¹ y de la historia expuesta a continuación.

1. EVOLUCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE INVERSIONES

Históricamente, la protección de las inversiones extranjeras se desarrolló en el Derecho Internacional Consuetudinario², dado que la vida en comunidad y el comercio requería

¹ CLASMEIER, Maximilian. "Chapter 2: Characteristics of International Investment Law". En: *Arbitral Awards as Investments: Treaty Interpretation and the Dynamics of International Investment Law*. Volumen 39. International Arbitration Law Library, © Kluwer Law International, 2016, p. 23

² KOVÁCS, Csaba. "Chapter 1: The State as an International Investment Law Subject". En: *Attribution in International Investment Law*. Volume 45. International Arbitration Law Library, © Kluwer Law International, 2018, p.5.

relaciones con foráneos, lo que condujo a establecer cuál era el trato que un Estado le debía dar a los extranjeros cuando están en su territorio.

Los inicios de la regulación del Derecho Internacional de Inversiones se pueden remontar al fin de la revolución de los 30 años, con el Tratado de Westfalia en 1648, y con el inicio del Derecho Internacional Moderno. Con ello se instauró el principio de soberanía de los Estados en sus asuntos internos como externos, y se reconoció la restitución de propiedad privada extranjera durante la guerra³.

En 1758, Emer De Vatell en el Tratado sobre la ley de las Naciones, describió el derecho de los extranjeros a ingresar temporalmente a un país por negocios o por placer, teniendo como garantía un mínimo trato y protección⁴, ya que eran considerados como iguales a los ciudadanos del Estado. De esta manera, se fueron sentando las bases en la protección a los extranjeros y el surgimiento de la protección diplomática, pues, una violación de los derechos de un nacional era considerada como una violación de los derechos del Estado de origen, dado que su propiedad se consideraba como una extensión de la riqueza del Estado⁵.

Dicha figura fue reconocida por la Corte Permanente de Justicia Internacional en 1924, como un legítimo derecho de los Estados, tratándose el caso *Mavrommatis Palestine Concessions, Grecia vs. Reino Unido*⁶, en el que se solicitaba a la Corte que decidiera sobre si la controversia debía someterse a conocimiento de otro tribunal, para analizar el desconocimiento de los derechos contractuales del nacional griego M. Mavrommatis, por unas concesiones de obras públicas en Jerusalén y El-Hodja.

³ PRIETO, Gustavo. "Evolución del Derecho Internacional de Inversiones: hacia un régimen global estable". FORO: Revista de Derecho, No. 17. Ecuador: 2012, p. 5

⁴ CLASMEIER, Maximilian. "Chapter 2: Characteristics of International Investment Law". En: *Arbitral Awards as Investments: Treaty Interpretation and the Dynamics of International Investment Law*. Volumen 39. International Arbitration Law Library, © Kluwer Law International, 2016, p.23.

⁵ PRIETO, Gustavo. "Evolución del Derecho Internacional de Inversiones: hacia un régimen global estable". FORO: Revista de Derecho, No. 17. Ecuador: 2012, p. 6

⁶ *The Mavrommatis Palestine Concessions, Greece v. United Kingdom*. August 30 de 1924, Corte Permanente de Justicia Internacional, Series A, No. 2.

Posteriormente, la protección diplomática también fue tratada en diferentes casos conocidos por la Corte Internacional de Justicia (CIJ), entre ellos se encuentra *Barcelona Traction*⁷ en el cual se discutían las actuaciones y decisiones del gobierno español frente a una empresa canadiense, que contaba con mayoría de accionistas de nacionalidad belga y sucursal en España. Frente a ello, Bélgica presentó la controversia frente a la CIJ, la cual desestimó las reclamaciones, por considerar que no le correspondía el ejercicio de la protección diplomática a Bélgica sino a Canadá por ser una compañía de nacionalidad canadiense. De tal manera, dicho caso dejó ver como no solo la protección diplomática afecta tanto a los individuos como a las personas jurídicas, sino también como no es posible extender la protección diplomática a los accionistas de una sociedad.

Así pues, la protección diplomática surge como uno de los antecedentes principales, de la protección al inversionista por parte del Estado de origen, asumiendo acciones tanto diplomáticas como judiciales, razón por la cual dichas reclamaciones adquieren un carácter internacional entre dos Estados soberanos⁸.

A mediados del siglo XIX, se empezaron a desarrollar en Reino Unido un tipo de persona jurídica titular de la inversión extranjera, que adoptaron el nombre de *Compañías Free Standing*⁹, definidas como “una compañía formada¹⁰ en un país con el propósito de llevar a cabo operaciones en el extranjero desde el principio, sin un previo desarrollo doméstico”¹¹.

⁷ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Belgium v. España*. February 5 de 1970. Corte Internacional de Justicia, Reports 1970, 3.

⁸ BURGOS-DE LA OSSA, María Angélica; LOZADA-PIMIENTO, Nicolás. “La protección diplomática en el marco de las controversias internacionales de inversión” 15 *International Law*, Revista Colombiana de Derecho Internacional, 2009, p.249.

⁹ *Ibid.* P. 7.

¹⁰ Estas Compañías Free Standing se diferenciaban de una multinacional principalmente porque, se creaban y se instituían dentro del país en el que pretendían desarrollar sus actividades.

¹¹ SNYDER, Jeffery. (2007) “Compañías británicas Free-standing y la fiebre del oro en Venezuela” Disponible en: https://www.estudioshistoricos.inah.gob.mx/revistaHistorias/wp-content/uploads/historias_70_85-98.pdf (Consultada: 21 de marzo de 2019)

Se establecieron principalmente en América Latina, como compañías de responsabilidad limitada, semiautónoma, dedicadas principalmente a la minería, ferrocarriles y plantaciones¹². Así, estas *Compañías Free Standing* marcaron el principio para introducción de las personas jurídicas en la inversión extranjera.

Por otro lado, se dio la concreción de las reglamentaciones bilaterales, con los Tratados de Amistad, Comercio y Navegación, el primero de ellos, desarrollado entre Estados Unidos y Francia en 1778. Estos tratados contenían algunos de los principios de protección al inversionista extranjero, como la no discriminación y el establecimiento de arbitrajes ad hoc como método pacífico de solución de controversias, sin llegar al uso de la fuerza¹³.

Entre ellos se encuentra *Jay Treaty* suscrito entre Gran Bretaña y Estados Unidos, en el cual se estableció una comisión ad hoc para llevar los reclamos específicos que involucraban el tratado en cuestión con respecto al tratamiento de los ciudadanos británicos y estadounidenses¹⁴.

A pesar de lo anterior, durante el siglo XIX, muchas potencias económico-militares de la época abusaron del uso de la protección diplomática, pues, utilizaron la fuerza y las amenazas para resolver las controversias derivadas del comercio, a fin de presionar a los Estados Latinoamericanos para que reconocieran y pagaran indemnizaciones de perjuicios causadas a sus ciudadanos¹⁵.

¹² LIEHR, Reinhard & TORRES BAUTISTA, Mariano. (1998) "Las Free-Standing Companies Británicas en el México del porfiriato, 1884-1911" Disponible en: <https://historiamexicana.colmex.mx/index.php/RHM/article/viewFile/2411/1935> (Consultado: 21 de marzo de 2019)

¹³ PRIETO, Gustavo. "Evolución del Derecho Internacional de Inversiones: hacia un régimen global estable". FORO: Revista de Derecho, No. 17. Ecuador: 2012, p. 7.

¹⁴ NEWCOMBE, Andrew. & PARADELL, Lluís. "Chapter 1: Historical Development of Investment Treaty Law". En *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*. © Kluwer Law International, 2009, p.54.

¹⁵ PÉREZ, J. "La doctrina y cláusula Calvo en el Derecho Internacional, su evolución y práctica. En: Zapata, Adriana (Comp.). *Derecho Internacional de los Negocios: alcances*. 1ª. ed., Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 232.

Como respuesta a ello, surgió la Doctrina Calvo que tiene como fundamento el principio de igualdad entre nacionales y extranjeros, así pues, los extranjeros solo pueden recurrir a los medios de solución de controversias disponibles en el ámbito local del país anfitrión, para la reclamación de cualquier perjuicio derivado de una violación contractual, lo que implicaba que la protección diplomática, la intervención militar o las jurisdicciones internacionales, quedaban excluidas¹⁶.

También, surgió la Doctrina Drago de una nota enviada en 1902 por el canciller argentino Luis Drago a la Cámara de Representantes de los Estados Unidos, explicando que las deudas públicas no pueden ser motivo de ocupación armada de territorios. Así pues, la Doctrina Drago se fundamenta en la prohibición del uso de la fuerza y el principio de no intervención para el cobro de la deuda pública a los países de América Latina¹⁷. Dicha doctrina se incorporó en 1907 en la segunda Conferencia de Paz de la Haya, conocida como Convención Drago-Porter sobre las limitaciones del empleo de la fuerza para la recuperación de las deudas contractuales.

La discusión de estas doctrinas fue punto de quiebre importante para la institucionalización de la solución de disputas en materias comerciales y principalmente de inversiones¹⁸, y así excluir la amenaza o el uso de la fuerza, la intervención armada o la coerción diplomática y reafirmar el principio de igualdad tanto de los Estados como de nacionales y extranjeros.

Años más tarde, en 1938, tiene origen la *Formula Hull* como respuesta a la nacionalización mexicana de propiedad de Estados Unidos de una industria petrolera¹⁹.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ GRIGERA NAON, Horacio. "Chapter 19: Arbitration and Latin America: Progress and Setbacks". En: Lew, Julian. & Mistelis, Loukas. (Eds.), *Arbitration Insights: Twenty Years of the Annual Lecture of the School of International Arbitration*. Volume 16. International Arbitration Law Library, © Kluwer Law International, 2007, p. 393.

¹⁸ PRIETO, Gustavo. "Evolución del Derecho Internacional de Inversiones: hacia un régimen global estable". *FORO: Revista de Derecho*, No. 17. Ecuador: 2012, p. 9.

¹⁹ OLMOS GIUPPONI, Belen. "Chapter 3: Foreign Direct Investment and Dispute Resolution in Latin America". En: *Trade Agreements, Investment Protection and Dispute Settlement in Latin America*. © Kluwer Law International, 2018, p. 85.

La cual, establecía los parámetros para llevar a cabo la compensación en caso de expropiación, pues el Estado anfitrión debe pagar al propietario extranjero a título de indemnización el valor total de la propiedad de manera pronta, adecuada y efectiva, siendo estos los estándares de compensación que se incluirían posteriormente en los tratados bilaterales de protección a las inversiones²⁰.

Ahora bien, también han existido diferentes iniciativas para consolidar un marco jurídico internacional a nivel multilateral que regule exclusivamente la inversión extranjera, en donde se incluyan los estándares de protección más importantes. Uno de estos intentos se dio en el marco de la Organización de Comercio Internacional, teniendo como resultado la Carta de la Habana en 1948, que no tuvo los elementos sustanciales suficientes para la protección a la inversión, por tal motivo no fue avalada por muchos países, y principalmente porque Estados Unidos tenía más interés en la conclusión del Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT). Sin embargo, uno de los aportes de la Carta de la Habana fue la separación de la regulación del comercio y la inversión²¹ en el Derecho Internacional.

En 1949, la Cámara de Comercio Internacional propuso el Código Internacional de Trato Justo para la Inversión Extranjera, el cual reflejaba altos estándares de protección entre ellos, el trato nacional y trato a la nación más favorecida, la prohibición a las restricciones por transferencias de fondos y la garantía a una compensación justa de acuerdo con el Derecho Internacional en caso de expropiación²². No obstante, los Estados se mostraron reticentes a aceptar un régimen de inversión tan amplio, por tal motivo el código no fue adoptado.

²⁰ Ibid.

²¹ Desde esta época las regulaciones de comercio e inversión empezaron a tomar caminos separados. La regulación en materia de comercio fue tomada por la OMC y los GATTs y en materia de inversión por los TBI, TLC con capítulos de inversión y APPRI.

²² NEWCOMBE, Andrew. & PARADELL, Lluís. "Chapter 1: Historical Development of Investment Treaty Law". En Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment. © Kluwer Law International, 2009, p.54.

Otro intento, fue el modelo de regulación a la inversión denominado *Abs Schawcross*, de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), el cual, si contenía una consolidación de estándares y principios a favor de la inversión extranjera. Fue el primero en establecer el arbitraje entre inversionista Estado como método de solución de controversias²³. A pesar de los esfuerzos, no tuvo éxito en su implementación debido a la falta de ratificaciones necesarias para que entrara en vigor, por la resistencia a su aprobación, dado el ambiente político de descolonización de algunos países africanos²⁴.

En 1962, la OCDE publicó el *Proyecto de Convención sobre la Protección de la Propiedad de Asuntos Exteriores*, el cual tampoco logro tener el apoyo suficiente para su adopción como una convención multilateral, pero, sus disposiciones han servido como modelo para el desarrollo de los Tratados Bilaterales de Inversión, pues incorpora principios reconocidos y relacionales con la protección a la propiedad extranjera, estableciendo estándares mínimos de trato, como la protección y seguridad a los bienes, y el pago de una indemnización justa que represente el valor real de la propiedad afectada²⁵.

También existieron iniciativas para regular la inversión de forma multilateral, dentro de la Organización Mundial del Comercio, uno de ellos fue el Acuerdo sobre las Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio, el cual tiene aplicación exclusiva en materia de inversiones relacionadas con mercancías²⁶. También se encuentra el Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (AGCS), en el que se encuentran estándares de la nación más favorecida y trato nacional, que pueden aplicarse a la

²³ Ibid.

²⁴ PRIETO, Gustavo. "Evolución del Derecho Internacional de Inversiones: hacia un régimen global estable". FORO: Revista de Derecho, No. 17. Ecuador: 2012, p. 11.

²⁵ NEWCOMBE, Andrew. & PARADELL, Lluís. "Chapter 1: Historical Development of Investment Treaty Law". En Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment. © Kluwer Law International, 2009, p.56.

²⁶ FRANCO VASCO, Andrés, "Mecanismos Multilaterales de Protección (MIGA, ICSID) y OPIC". En Lombaerde, Philippe. (Coord.), La inversión extranjera en Colombia. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 1993, p. 39

inversión. A pesar de su desarrollo, estos acuerdos no contienen regulaciones sustantivas relativas a la inversión extranjera²⁷.

Una vez más en el marco de la OCDE, a finales de la década de los 90 se dio otro intento de negociación de un tratado multilateral que contuviera los estándares de protección, denominado Acuerdo Multilateral de Inversiones – AMI. Dicha iniciativa también fracasó, debido a las dificultades en la negociación por el desacuerdo sobre los objetivos que debería cumplir, pues “los países desarrollados ya estaban obteniendo ventajas concretas en negociaciones bilaterales con países en vías de desarrollo por lo que difícilmente iban a comprometerse en estándares extensivos con otros países en desarrollo”²⁸. Sin embargo, como lo establece Villanueva, es de resaltar que el AMI fue “el único instrumento que ha tratado de universalizar y estandarizar un marco normativo de las expectativas de los inversores con respecto del tratamiento de sus inversiones en el extranjero”²⁹

Por otro lado, el Banco Mundial también emprendió esfuerzos, por medio de la Convención de la Agencia Multilateral de Garantía para la Inversión Extranjera (MIGA), creada en 1985, con el propósito de ofrecer seguridad a los inversionistas extranjeros por riesgos políticos y sociales en países en vía de desarrollo. Su aceptación tuvo varias incomodidades principalmente por algunos países industrializados que ya habían desarrollado esquemas de protección a la inversión y por algunos países en vía de desarrollo que consideraban que este mecanismo tenía conflictos con su autodeterminación y el ejercicio de su soberanía³⁰. Sin embargo, si fue aprobada, dado que no contenía obligaciones directas para los Estados.

²⁷ PRIETO, Gustavo. “Evolución del Derecho Internacional de Inversiones: hacia un régimen global estable”. FORO: Revista de Derecho, No. 17. Ecuador: 2012, p. 16.

²⁸ Ibid. p.16

²⁹ Ibid. P. 16.

³⁰ RESTREPO URIBE, Esteban. “Mecanismos Multilaterales de Protección (MIGA, ICSID) y OPIC”. En Lombaerde, Philippe. (Coord.), La inversión extranjera en Colombia. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 1993, p. 21.

Así mismo, en 1992, se dieron las directrices sobre el tratamiento de la Inversión Extranjera Directa desarrolladas por el Banco Mundial, en donde se destacó la importancia y los beneficios de la inversión extranjera directa, y se estableció un marco legal para el desarrollo de esta, teniendo como premisa principal la igualdad de trato de los inversores³¹. Estas pautas no se crearon como reglas vinculantes, sino como parte de la evolución de estándares internacionales generalmente aceptados, que complementan, pero no sustituyen, los TBI.

En ese contexto, con todos los intentos fallidos enunciados anteriormente, se produce una ratificación masiva de Tratados Bilaterales de Inversión, acompañada de una modernización de la legislación arbitral que incluye reglas sustantivas y de gestión de conflictos entre inversionista Estado, que someten sus controversias a procedimientos arbitrales, o a conciliación en el marco del Centro Internacional de Arreglo de las Diferencias relativas a Inversiones (CIADI).

2. TRATADOS INTERNACIONALES DE INVERSIÓN

Dados los esfuerzos fallidos que tuvo la regulación del Derecho Internacional de inversión por vía multilateral, se empezaron a negociar Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) entre las partes interesadas. El primer TBI fue firmado por Alemania y Pakistán en 1959, el cual contuvo disposiciones sobre no discriminación, protección y seguridad plenas, compensación por expropiación y libre transferencia de capital, entre otros estándares de protección y fomento a la inversión³². También se establece la solución de controversias de Estado a Estado ante la Corte Internacional de Justicia o ante un tribunal de arbitramento a petición de cualquiera de las partes³³.

³¹ NEWCOMBE, Andrew. & PARADELL, Lluís. "Chapter 1: Historical Development of Investment Treaty Law". En *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*. © Kluwer Law International, 2009, p.57.

³² GHOURI, Ahmad. "Chapter 2: The Evolution of Investment Treaties". En: *Interaction and Conflict of Treaties in Investment Arbitration*. Volumen 32. *International Arbitration Law Library*, © Kluwer Law International, 2015, pp. 11 - 48

³³ NEWCOMBE, Andrew. & PARADELL, Lluís. "Chapter 1: Historical Development of Investment Treaty Law". En *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*. © Kluwer Law International, 2009, p. 60.

Posteriormente otros Estados suscribieron TBI³⁴, entre ellos: Suiza en 1961, Países Bajos en 1963, Italia en 1964, Noruega en 1966, Francia en 1972, el Reino Unido en 1975, Austria en 1976 y Japón en 1977.

Los TBI en este período fueron generalmente cortos, y se basaron en las directrices contenidas en los proyectos de convenios multilaterales desarrollados por la OCDE. Los estándares de protección eran muy básicos, incluían disposiciones como el trato nacional, el trato a la nación más favorecida, un estándar mínimo de trato (trato justo y equitativo), la compensación por expropiación y derechos de transferencia de capital y rendimientos³⁵.

Desde esta etapa los TBI desarrollados, han tenido una particularidad, la relación económica y política asimétrica que existía entre los Estados parte del tratado, pues se suscribían entre países en vía de desarrollo y países con una posición dominante, los cuales querían imponer sus intereses por encima de los de su contraparte³⁶. Aun así, los Estados en vía de desarrollo suscribían este tipo de tratados, a fin de atraer nuevos flujos de inversión y competir con otros países en vía de desarrollo, acogiendo condiciones más favorables al inversionista³⁷.

Pero en 1964 también se empezaron a suscribir tratados entre Estados en vía de desarrollo, el primero de ellos fue entre Kuwait e Irak. Estos tratados tuvieron su origen en el interés de los países en vía de desarrollo por incursionar inversiones en otros territorios y proteger la inversión extranjera de sus nacionales.

³⁴ Ibid. p.48.

³⁵ GHOURI, Ahmad. "Chapter 2: The Evolution of Investment Treaties". En: Interaction and Conflict of Treaties in Investment Arbitration. Volumen 32. International Arbitration Law Library, © Kluwer Law International, 2015, pp. 11 - 48

³⁶ GHOURI, Ahmad. "Chapter 2: The Evolution of Investment Treaties". En: Interaction and Conflict of Treaties in Investment Arbitration. Volumen 32. International Arbitration Law Library, © Kluwer Law International, 2015, p. 38.

³⁷ OLMOS GIUPPONI, Belen. "Chapter 3: Foreign Direct Investment and Dispute Resolution in Latin America". En: Trade Agreements, Investment Protection and Dispute Settlement in Latin America. © Kluwer Law International, 2018, p. 85.

“En otras palabras, estados tradicionalmente importadores de capital empezaron a adquirir al mismo tiempo y de forma paralela una calidad de exportadores. El caso más evidente de esta realidad es China, que en un inicio fue un país que empezó importando capital, cuando suscribió su primer TBI con Suecia en 1982 y que actualmente, sin perder su calidad de importador, ha empezado una inversión agresiva en el mundo, lo cual se ha traducido en que China hasta el año 2010 tiene suscritos al menos 125 tratados bilaterales de inversiones”³⁸.

Además de los tratados bilaterales ya existentes, también se han desarrollado gran cantidad de tratados de protección a la inversión a nivel regional, entre estos se encuentran el Tratado de Libre Comercio de América del norte (TLCAN), la Decisión 24, Decisión 220 y Decisión 291 de la Comunidad Andina, en el Mercado Común del Sur (Mercosur) se encuentra el Protocolo de Colonia de 1994 para la Promoción y Protección del flujo de capitales dentro de Mercosur y el Protocolo de Buenos Aires.

Así pues, este régimen global emergente ha tenido gran avance y proliferación en la esfera internacional y tiene por único objetivo la protección y promoción a las inversiones extranjeras, ya que, como característica principal los TBI tienden a establecer un marco regulatorio, estable, predecible y seguro a las partes, que disminuya el riesgo político, y brinde un entorno propicio para el desarrollo de proyectos de inversión.

De esta manera, es preciso especificar las disposiciones que por lo general los Tratados de protección a la inversión incluyen³⁹:

1. En primer lugar, las disposiciones iniciales establecen la cobertura del tratado, definiendo así, quienes son “inversionistas” y qué se entiende por “inversiones” que se benefician de las protecciones del tratado. También, se encuentra la definición del territorio de las partes contratantes, a fin de que las inversiones realizadas en el territorio de una parte sean beneficiarias de la protección.

³⁸ PRIETO, Gustavo. “Evolución del Derecho Internacional de Inversiones: hacia un régimen global estable”. FORO: Revista de Derecho, No. 17. Ecuador: 2012, p. 19.

³⁹ CLASMEIER, Maximilian. “Chapter 2: Characteristics of International Investment Law”. En: *Arbitral Awards as Investments: Treaty Interpretation and the Dynamics of International Investment Law*. Volumen 39. International Arbitration Law Library, © Kluwer Law International, 2016, p.32.

2. Las cláusulas que contienen los derechos sustanciales específicos otorgados a los inversionistas, a través de estándares de protección como clausula a la nación más favorecida o trato justo y equitativo, entre otras.

3. Mecanismos de solución de controversias entre las partes contratantes, para poder ejercer sus derechos sustanciales. El comúnmente usado es el arbitraje entre inversionista y estado.

4. Por último, las disposiciones finales sobre entrada en vigor y terminación.

A pesar de que muchos de los TBI suscritos contienen las anteriores disposiciones, algunos de ellos tienen diferencias en sus redacciones que hacen que las cláusulas tengan sentidos distintos y se interpreten de manera diferente. Por tal motivo, uno de problemas más frecuentes a la hora de suscribir un TBI, es encontrar un equilibrio entre la redacción específica o generalizada de las cláusulas, ya que, una redacción más detallada facilitaría al inversionista la determinación de sus derechos y, por otro lado, una redacción generalizada permite flexibilidad y vaguedad, dejando a interpretación de los árbitros el contenido de los estándares⁴⁰.

Así mismo, las interpretaciones a estas cláusulas realizadas por los tribunales arbitrales, reflejan un creciente cuerpo de decisiones especializadas en materia de inversión, pero, de ellas no hay doctrina formal o precedente⁴¹, lo que hace que cada tribunal arbitral sea autónomo en sus decisiones⁴², y por lo tanto tenga libertad en la interpretación de cada

⁴⁰ NEWCOMBE, Andrew. & PARADELL, Lluís. "Chapter 1: Historical Development of Investment Treaty Law". En *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*. © Kluwer Law International, 2009, p. 60.

⁴¹ Artículo 59, *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*: La decisión de la Corte no tiene fuerza vinculante, excepto entre las partes y con respecto a ese caso particular. Lo cual, excluye la aplicabilidad de la vinculación por precedentes en siguientes casos.

⁴² En muchos de los casos, los TBI establecen ciertos principios aplicables en caso de disputa entre un inversor extranjero y el Estado, cuyos contenidos aún son imprecisos, vagos y poco concretos, lo cual ha dado lugar, a que en la práctica exista un amplio margen de discrecionalidad y creatividad a favor de los árbitros, que no pueden excusarse de resolver las disputas en virtud de lagunas legales. De tal manera, que el contenido de los Tratados solo proporciona unos estándares mínimos, y su contenido y definición concreta deben ser definidos en cada caso por los árbitros. BOHOSLAVSKY, Juan Pablo. "Tratados de protección a las inversiones e implicaciones para la

una de las cláusulas del tratado, pero, eso no obsta, para que se puedan tener en cuenta decisiones anteriores con hechos y disposiciones similares.

Como el anterior, en la elaboración e implementación de los TBI se pueden encontrar diferentes desafíos, pues, el Derecho Internacional de inversión se ha concentrado en la protección principal del inversionista, pero, ha dejado de lado los intereses del Estado receptor de la inversión⁴³, esto ha ocasionado que asuntos como la violación de derechos humanos, desconocimiento de normas ambientales, y de responsabilidad empresarial, pasen a un segundo plano, y cedan su importancia al desarrollo de proyectos de inversión.

De esta manera, un TBI ofrece a la inversión protecciones para su desarrollo en el Estado anfitrión, y, así mismo, reduce los obstáculos de manera recíproca para el fomento y desarrollo de proyectos extranjeros. En muchos tratados, se proporciona el arbitraje por medio del CIADI, en caso de presentarse alguna disputa entre las partes, ya que, si un Estado anfitrión incumple alguna disposición sustantiva relacionada con los estándares de protección, que afecte al inversionista, este último puede iniciar un proceso directamente contra el Estado.

3. CIADI (Centro Internacional de Arreglo de las Diferencias relativas a Inversiones)

Bajo el auspicio del Banco Mundial⁴⁴, en 1965 nació el CIADI, como institución líder a nivel mundial dedicada al arreglo de diferencias relativas a inversión. Inicialmente, el Banco se involucró en forma directa, promoviendo el acercamiento entre las partes, ante

formulación de políticas públicas (especial referencia a los servicios de agua potable y saneamiento)” CEPAL – Naciones Unidas. Chile, 2010, p. 34.

⁴³ CLASMEIER, Maximilian. “Chapter 2: Characteristics of International Investment Law”. En: *Arbitral Awards as Investments: Treaty Interpretation and the Dynamics of International Investment Law*. Volumen 39. International Arbitration Law Library, © Kluwer Law International, 2016, p.32.

⁴⁴ El Banco Mundial, desde sus inicios ha sido una institución que ha tenido como meta fundamental el fomento para el crecimiento de los países en vías de desarrollo, mediante la promoción del flujo de recursos de los países ricos. Lo cual despertó en el Banco, el interés por facilitar el arreglo pacífico de las controversias vinculadas al flujo internacional de inversiones.

cualquier controversia, pero sin ejercer funciones de árbitro⁴⁵, limitado así, a jugar un rol facilitador y a mejorar las comunicaciones entre las partes, convocándolas a negociar, para así llegar a un acuerdo en el diferendo.

Estas prácticas conciliadoras del Banco advirtieron la necesidad de liberarlo de este rol informal y conflictivo con su misión de promoción del desarrollo. Lo cual lo llevó a que el Departamento Jurídico del Banco diseñara y propusiera la creación de un mecanismo especializado en la conciliación y arbitraje de disputas entre estados e inversionistas.

La idea principal en este nuevo proyecto era fomentar un ambiente de confianza mutua entre inversores y los países receptores de la inversión, para así, crear un clima de inversión atractivo, que facilitara el flujo de recursos en función del desarrollo. De esta manera, se consideró prioritario crear una institución neutral para la resolución de diferencias en materia de inversiones extranjeras.

El escenario en el que nacía el CIADI, era propicio, pues eran tiempos de descolonización, posteriores a la Segunda Guerra Mundial en los que se llevaban a cabo la extinción de las últimas potencias coloniales. Así pues, el uso del arbitraje como medio de solución de controversias entre Estados y extranjeros, tendría un común denominador, pues, “se caracteriza por los tiempos de cambio, las tendencias favorables al incremento del comercio y las inversiones, pero también por la realidad y consecuencias de los procesos de descolonización”⁴⁶.

Así, el CIADI fue establecido en el año 1966 por medio del Convenio Washington sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, ratificado por 154 Estados, y entró en vigor el día 14 de octubre de 1966. El

⁴⁵ REISMAN, Michael & CRAWFORD, James (eds.). “Chapter 4: Forums for Resolving Foreign Investment Disputes”. En: Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary. 2ª edición. © Kluwer Law International, 2014, p. 283

⁴⁶ CAMINITI, Franz. “El arbitraje, el Derecho Internacional de las inversiones y la doctrina Calvo.” Disponible en: http://www.arbitrajecomercial.com/BancoConocimiento/E/el_arbitraje_el_derecho_internacional_de_las_inversiones_y_la_doctrina_calvo/el_arbitraje_el_derecho_internacional_de_las_inversiones_y_la_doctrina_calvo.asp?CodigoSeccion=1 (Consultado el 11 de abril de 2019)

Convenio del CIADI es un tratado multilateral formulado por los Directores Ejecutivos del Banco Mundial, con disposiciones autónomas⁴⁷, independientes del derecho nacional, que busca configurar un organismo intergubernamental autónomo e imparcial⁴⁸, compuesto por el Consejo Administrativo y un Secretariado frente al cual se pueden ventilar disputas relativas a inversión extranjera que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante y el nacional de otro Estado.

Su objetivo principal es la promoción de la inversión extranjera principalmente en países emergentes como fomento al desarrollo, así mismo, busca promover un ambiente de confianza mutuo para las partes a fin de incrementar el libro flujo de capital y crear un método de solución de controversias pacífica para las partes.

De tal manera, lo dispone el artículo 1 del Convenio CIADI consagrando como objetivo “facilitar el sometimiento de las diferencias relativas a inversiones entre Estados contratantes y nacionales de otros Estados contratantes a un procedimiento de conciliación y arbitraje de acuerdo con las disposiciones de este Convenio”, así pues, el Centro se instituye como un foro neutral⁴⁹ donde ambas partes, inversionista y Estado se sometan a la solución de sus controversias, en condiciones de igualdad y sin la intervención del Estado del que es nacional el inversor.

El establecimiento de sistema arbitral exclusivo para inversiones acarrea una serie de ventajas. Entre ellas, su neutralidad, pues, el procedimiento arbitral no depende de las reglamentaciones internas de los países de cada parte, siendo el CIADI totalmente

⁴⁷ ÁLVAREZ ÁVILA, Gabriel. Anuario de Derecho Internacional. Revistas Jurídicas UNAM. Disponible en: [<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/32/35>]. (Consultado el 11 de abril de 2019)

⁴⁸ Aunque el CIADI pregona su independencia, no puede negarse la existencia de fuertes vínculos entre el CIADI y el Banco Mundial. Por ejemplo, su sede se encuentra en las oficinas centrales del Banco, en Washington, su membresía está limitada a aquellos Estados que son miembros también del Banco, y, además, tradicionalmente el Asesor Jurídico del Banco ha sido elegido por el Consejo Administrativo del CIADI como su Secretario General.

⁴⁹ PEREZ ESCALONA, Susana. “Las operaciones de control societario ante el arbitraje internacional en materia de inversiones extranjeras: notas a propósito del caso Camuzzi International vs. República de Argentina”. Disponible en: <https://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero8/perezescalona.pdf> (Consultado el 12 de abril de 2019)

deslocalizado⁵⁰, ya que cuenta con sus propias normas procedimentales lo que lo dota de autonomía e independencia de las partes. Además, las decisiones del Centro son definitivas y vinculantes, solo están sujetas a los recursos establecidos en la Convenio de Washington⁵¹ y no a revisiones por los tribunales nacionales, por lo tanto, son de obligatorio cumplimiento⁵².

Por otro lado, la piedra angular del procedimiento CIADI se basa en el consentimiento de las partes, así lo establece el preámbulo del Convenio CIADI “la mera ratificación, aceptación o aprobación de este Convenio por parte del Estado Contratante, no se reputará que constituye una obligación de someter ninguna diferencia determinada a conciliación o arbitraje, a no ser que medie el consentimiento de dicho Estado”. Así pues, es necesario el consentimiento escrito, libre y voluntario de las partes para que una controversia se dirima ante el Centro, “sin embargo, el Convenio no exige ninguna fórmula solemne y única para el otorgamiento de ese consentimiento⁵³. Es más, tampoco exige que el consentimiento de ambas partes se haga constar en un mismo instrumento”⁵⁴.

También, podemos destacar que el CIADI es una institución con vocación de permanencia a disposición de los Estados parte, lo que lo diferencia de tribunales *ad hoc*. Además, es la única institución con vocación especializada⁵⁵ a nivel internacional para la resolución de disputas entre inversionista y Estado, haciendo que su funcionamiento y decisiones que adopta gocen de legitimidad.

⁵⁰ REED, Lucy & PAULSSON, Jan & BLACKABY, Nigel. “Advantages of ICSID Arbitration”. En: *Freshfields Guide to ICSID Arbitration*. 2ª edición. © Kluwer Law International, 2011, p. 17.

⁵¹ Artículo 50, 51, 52, del Convenio CIADI, en los que se encuentran establecidos los recursos de aclaración, revisión y anulación del laudo.

⁵² Artículo 54 del Convenio CIADI.

⁵³ No obstante, existen tres formas de entender prestado el consentimiento del Estado receptor de la inversión: en virtud de cláusula o pacto suscrito directamente por escrito entre el Estado y el inversionista, en virtud de una oferta según el Derecho interno del Estado receptor, y en virtud de una oferta establecida en un acuerdo internacional entre el Estado receptor de la inversión y el Estado del que es nacional el inversor extranjero.

⁵⁴ CLAROS ALEGRÍA, Pedro, “El sistema arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)”. España: Revista del Club Español de Arbitraje, 2008, p. 22.

⁵⁵ *Ibid.* p.20.

Así pues, el desarrollo de decisiones arbitrales en el Centro en los últimos años ha influenciado para el reconocimiento y legitimación de inversores extranjeros, por medio de multinacionales, lo que conlleva a un respaldo a la subjetividad de estas en el Derecho Internacional Público, dotándolas de derechos incluso para acudir a un tribunal internacional.

Ahora bien, es importante establecer cómo el Convenio CIADI no contiene definiciones expresas acerca de lo que se debe entender por inversión o por inversionista, el Convenio solo alude que se debe someter a arbitraje “las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión”⁵⁶, esto conlleva que las partes tengan libertad absoluta sin ningún límite en el establecimiento de las definiciones para dotar de jurisdicción al Centro, lo cual ha sido establecido el Informe sobre los Directores Ejecutivos acerca del Convenio:

“No se ha intentado definir el término inversión teniendo en cuenta el requisito esencial del consentimiento de las partes y el mecanismo mediante el cual los Estados contratantes pueden dar a conocer de antemano, si así lo desean, las clases de diferencias que estarán o no dispuestos a someter a la jurisdicción el Centro”

De tal manera, que queda a las partes determinar todos los aspectos que regirán la su relación Inversionista – Estado, frente a las posibles controversias que se puedan presentar, como el tipo de actividades consideran inversión para llevar al CIADI. Esto, trae como consecuencia que las decisiones sobre la jurisdicción del Centro sean poco uniformes y diferenciadas, pues cada caso se resuelve con lo prescrito en el Tratado a aplicar en el caso en concreto.

Así pues, para que el CIADI goce de competencia es necesario de 3 presupuestos: en razón de la persona (inversionista), en razón de la voluntad (consentimiento), en razón de la materia (inversión), cumplidos estos elementos, un inversionista puede llevar su diferendo ante arbitraje o conciliación, presentando una solicitud al Secretario General,

⁵⁶ Artículo 25 del Convenio CIADI.

que contenga los hechos básicos de la controversia y las razones que dotan de jurisdicción al Centro, la cual se debe notificar a las partes para que se proceda a constituir el tribunal arbitral. El proceso termina con la decisión del tribunal mediante un laudo en el que se resuelven las pretensiones y excepciones de las partes de manera motivada.

El proceso del CIADI está diseñado para tener en cuenta las características particulares tanto de las diferencias relativas al tratamiento de las inversiones internacionales, como de las partes involucradas⁵⁷, de esta manera, conservar el equilibrio entre los intereses de inversionistas y Estados receptores y así cumplir su fin en el fomento al desarrollo.

En la actualidad, 162 países han ratificado el Convenio CIADI y al año 2018 han llegado más de 700 casos⁵⁸ para ser dirimidos en el Centro. Lo anterior denota una amplia aceptación de la comunidad internacional de este método de solución de controversias, que también es consecuencia de la extensa suscripción y acogida de Tratados Internacionales de Inversión, que han dado lugar a múltiples controversias.

No obstante, es importante resaltar que el CIADI también ha sido sometido a algunas críticas, entre ellas, su vinculación con el Banco Mundial que le resta independencia en su funcionamiento, y lo vinculan con instituciones privadas, que podría viciar el procedimiento arbitral. Y, por otra parte, se evidencian diferentes inconformidades con respecto de la falta de consistencia y uniformidad con las decisiones emitidas, pues los árbitros deciden según el caso en concreto y basando en el tratado internacional de inversiones aplicable, lo que denota que no exista un cuerpo jurídico articulado en las decisiones⁵⁹.

⁵⁷ Página Web oficial de CIADI: <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/about/default.aspx>. Consultada el 13 de abril de 2019.

⁵⁸ CIADI. Carga de casos del CIADI – Estadísticas. Edición 2019-1. Disponible en: [https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202019-1\(Spanish\).pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202019-1(Spanish).pdf) (Consultada el 13 de abril de 2018)

⁵⁹ CLAROS ALEGRÍA, Pedro, “El sistema arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)”. España: Revista del Club Español de Arbitraje, 2008, p. 22.

4. INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA EN AMÉRICA LATINA

En los últimos años la inversión extranjera en América Latina ha ido en incremento, convirtiendo a los Estados latinoamericanos tanto en importadores como en exportadores, trayendo crecimiento económico en la región y un amplio margen de competitividad de los Estados emergentes.

Sin embargo, para el 2017, las entradas de IED se redujeron en 7.9% con respecto al gran aumento del 2011⁶⁰, además, el mayor flujo de inversiones provino de Estados Unidos, principal inversor, y de la Unión Europea⁶¹.

Así pues, el marco reglamentario de protección de las inversiones en América Latina se ha enfrentado al reto de evolucionar, para estar en la capacidad de responder a los desafíos planteados por los flujos de inversión entrante⁶². En este contexto, se han firmado múltiples Tratados Internacionales de Protección a las Inversiones, promovidos principalmente por los países más desarrollados e industrializados, entre ellos, Estados Unidos, Alemania, Australia, Canadá, China y Japón⁶³, que cuentan con TBI modelos con amplias cláusulas de protección a la inversión.

Así pues, América Latina se ha enfrentado de manera directa a desafíos frente a los inversionistas, para brindar un entorno de inversión estable, certidumbre en las regulaciones, seguridad jurídica y garantía en el fortalecimiento del Estado de derecho. Así, los Estados han adoptado diferentes enfoques, por un lado, adherirse a la tendencia tradicional brindada por los Estados en desarrollo y por otro, desarrollar un modelo propio que incorpore elementos más innovadores⁶⁴.

⁶⁰ CEPAL. "Inversión Extranjera directa en América Latina y el Caribe". 2018. Disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43689/13/S1800684_es.pdf. (Consultado el 14 de abril de 2019)

⁶¹ Ibid. P.44.

⁶² OLMOS GIUPPONI, Belén. "Chapter 2: Foreign Direct Investment in Latin America". En: Trade Agreements, Investment Protection and Dispute Settlement in Latin America. © Kluwer Law International, 2018, p. 45.

⁶³ MORALES, Josefina. "Inversión extranjera directa y desarrollo en América Latina" Revista Problemas del Desarrollo, 163 (41), octubre – diciembre, 2010. p. 145

⁶⁴ Ibid. p. 48.

Sin embargo, podemos resaltar los elementos más comunes que se establecen en los Tratados Internacionales de Inversión adoptados en toda América Latina, entre ellos, la inclusión de obligaciones sustanciales tradicionales como los principales estándares de tratamiento, el trato nacional, el trato de la nación más favorecida, tratado justo y equitativo, los requisitos de desempeño, las transferencias y la posible denegación de beneficios a los inversionistas⁶⁵. Además, particularidades como otorgar protección y seguridad plenas, prohibición de tratamiento arbitrario y discriminatorio. Con todo lo anterior, se evidencia una cláusula general que obliga al Estado receptor a cumplir con las obligaciones asumidas con respecto al inversionista.

También se incluye cláusulas cruciales con respecto a las garantías compensatorias en caso de expropiación y límites al poder regulatorio que proporcionen seguridad jurídica a la inversión, debido a que los países Latinoamericanos se han enfrentado a un número significativo de reclamos⁶⁶ con respecto a estos temas.

De igual modo, se ha hecho bastante hincapié en temas como el desarrollo sostenible, responsabilidad de los inversores y cláusulas de protección al medio ambiente.

Por último, la tendencia recurrente, es incluir cláusulas para la solución de disputas, por lo general acudir al arbitraje internacional entre un Estado y un inversionista extranjero, Algunos de estos Tratados obligan a los inversionistas a recurrir al arbitraje internacional después de agotar los recursos locales durante un período específico de tiempo y otros permiten acudir directamente al CIADI, comúnmente usado por Estados latinoamericanos.

⁶⁵ OLMOS GIUPPONI, Belén. "Chapter 2: Foreign Direct Investment in Latin America". En: Trade Agreements, Investment Protection and Dispute Settlement in Latin America. © Kluwer Law International, 2018, p. 50.

⁶⁶ La proporción de casos totales del CIADI ha sido mucho mayor en casos contra Estados Latinoamericanos, se estima que alrededor del 15% de los asuntos concluidos y un 49% de los asuntos pendientes son reclamos en contra de Latinoamérica. CIADI. Carga de casos del CIADI – Estadísticas. Edición 2019-1. Disponible en: [https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202019-1\(Spanish\).pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202019-1(Spanish).pdf) (Consultada el 13 de abril de 2018)

No obstante, podemos destacar algunas excepciones a estas tendencias, entre ellas, Brasil siendo una potencia emergente y parte de los BRICS, no ha ratificado ningún Tratado Internacional de Inversión y tampoco se ha adherido a el Convenio CIADI, y sin embargo recibe la mayor inversión extranjera de la región⁶⁷. También, Bolivia, Ecuador y Venezuela, denunciaron el Convenio del CIADI y están revisando y reconfigurando sus políticas de inversión a través de reformas internas⁶⁸.

De tal manera, se pueden identificar las características actuales de las disputas de arbitraje de inversión en América Latina, pues los tribunales del CIADI juegan un papel importante en la decisión de temas preponderantes para el tratamiento a la inversión, que experimenta cambios continuos debido a las circunstancias inestables de los países⁶⁹, que da lugar a los procedimientos de anulación para impugnar los laudos.

La protección de la inversión continúa caracterizándose por la tensión entre los países desarrollados y en desarrollo, incrementando TBI celebrados en América Latina que ofrecen garantías adecuadas frente a los inversionistas extranjeros con respecto a la protección de las inversiones realizadas y garantizan el acceso a la solución de controversias internacionales.

Por último, de la creciente ola de casos latinoamericanos ante el CIADI se pueden plantear diferentes temas polémicos y recurrentes, que incluyen⁷⁰:

⁶⁷ CASTRO PEÑA, Natalia. "El Estado colombiano ante un arbitraje internacional de inversión." *Derecho del Estado* n.º 38, Universidad Externado de Colombia, enero-junio de 2017, p. 23-66.

⁶⁸ OLMOS GIUPPONI, Belén. "The Protection of Foreign Direct Investment in Latin America: Where Do We Stand on International Arbitration?". Volumen 32. *Journal of International Arbitration*, © Kluwer Law International, 2015, p. 125.

⁶⁹ *Ibid*, p.128.

⁷⁰ OLMOS GIUPPONI, Belen. "Chapter 3: Foreign Direct Investment and Dispute Resolution in Latin America". En: *Trade Agreements, Investment Protection and Dispute Settlement in Latin America*. © Kluwer Law International, 2018.

1. Reclamaciones concernientes a los contratos, sobre, incumplimiento de los términos de las concesiones y renegociación de contratos internacionales de inversión.
2. Incumplimiento de estándares de tratamiento y protección, en particular trato justo y equitativo y protección y seguridad plenas.
3. Sobre el Estado de necesidad invocado como principal excepción por los Estados demandados.
4. Incumplimiento de las decisiones arbitrales y falta de pago de indemnizaciones correspondientes.
5. Procedimientos de anulación.
6. Por expropiación indirecta y extralimitación de las facultades reglamentarias del Estado frente a las inversiones.
7. Cuestiones acerca del interés público, pues en algunos casos, tanto el Estado demandado como terceros abordan cuestiones relacionadas con la privatización de los servicios públicos, los derechos humanos y protección del medio ambiente.

Así pues, la evolución del Derecho Internacional de Inversión nos ha proporcionado un sistema que va más allá del modelo Estado-Nación, pues nos permite la involucración de otros actores como los inversionistas privados, que ostentan el rol más relevante en la relación, y que sobre el cual se ha ido desarrollando un cuerpo normativo y arbitral mediante los Acuerdos Internacionales de Inversión, que proporcionan una nueva fuente de derecho a nivel bilateral, regional y multilateral, creando unos estándares de protección para garantizar seguridad y estabilidad dentro de la relación inversionista-Estado.

CAPITULO II. LA CLAUSULA DE MEDIDAS NO PRECLUSIVAS EN LOS ACUERDOS DE INVERSION

En la redacción de los tratados de protección a las inversiones, los Estados han venido incluyendo una cláusula sobre medidas no precluidas (CMNP)⁷¹ o cláusulas de emergencia (CDE), las cuales aparecen a mediados del siglo XX, estando presentes en los Tratados de Amistad, Comercio y Navegación, y en el primer Tratado Bilateral de Inversiones entre Alemania y Pakistán.

Dicha cláusula nació con el propósito estadounidense de “*aislar la inversión privada de las cuestiones del orden público extranjero o nacional motivadas políticamente*”⁷², sin embargo, esta separación entre política e inversión no podía ser tan radical, pues en algunos casos, existiría una subordinación a los aspectos de orden político y social. De manera que, se regulo la cláusula de medidas no preclusivas, con el fin de permitir a las partes la protección de intereses soberanos.

La CMNP se puede definir como “una disposición de un tratado que reserva a los Estados parte la posibilidad de tomar ciertas medidas necesarias para proteger un interés esencial”⁷³, permitiendo que el Estado tome medidas extraordinarias, que, puedan significar el incumplimiento de obligaciones internacionales del Estado, o del mismo Tratado, cuando, por ejemplo, las acciones son necesarias para la protección de la seguridad esencial, el mantenimiento del orden público o para responder a una emergencia de salud pública⁷⁴.

De otro modo, la aplicación de la CMNP se puede tomar como incompatibles con el tratado y por lo tanto ilícitas para el derecho internacional, pero, dichas medidas no son

⁷¹ Las cuales también se encuentran en tratados de diferentes clases, como en el ámbito de Derechos Humanos.

⁷² TORTEROLA, Ignacio. “Los institutos de la emergencia en el derecho internacional y el Estado argentino”. Revista internacional de Arbitraje: Enero – junio 2010, p. 132.

⁷³ Ibid. p. 119.

⁷⁴ TBI Argentina – Estados Unidos. Artículo XI.

una violación al tratado, a pesar de que pueden ser perjudiciales para los inversionistas⁷⁵, dado que las mismas, tendrían el efecto de excluir la ilicitud de las medidas estatales en ciertas circunstancias. Así, deben entenderse como una limitación a la aplicación del Tratado en algunos eventos.

De la misma manera se estableció en el caso *Plataformas Petrolíferas* ante la Corte Internacional de Justicia, entendidas como una cláusula que determina, define y delimita la obligación de las partes, simultáneamente y en el mismo nivel que otras disposiciones sustantivas del tratado⁷⁶, en concreto, precisara la aplicación de los demás estándares de protección a la inversión como el trato justo y equitativo y la expropiación indirecta.

Dicha cláusula ha sido replicada frecuentemente en tratados tanto bilaterales como multilaterales⁷⁷, y se encuentra contenida en la gran mayoría de TBI suscritos por EE. UU., Alemania y Canadá⁷⁸, teniendo un uso extendido y de considerable importancia para el régimen legal internacional de inversión extranjera.

Por lo tanto, fue de gran aceptación que las controversias relativas a inversión extranjera estuvieran limitadas por las medidas necesarias para proteger intereses esenciales para el Estado, a pesar de que las mismas restringieran la protección al inversionista.

Así dicha cláusula ha sido establecida de diferentes maneras, por ejemplo, en el TBI Argentina - Estados Unidos⁷⁹, artículo XI:

“El presente Tratado no impedirá la aplicación por cualquiera de las Partes de las medidas necesarias para el mantenimiento del orden público, el cumplimiento de sus obligaciones para el mantenimiento o la restauración de

⁷⁵ MARTIN, Antoine “Investment Disputes after Argentina’s Economic Crisis: Interpreting BIT Non-precluded Measures and the Doctrine of Necessity under Customary International Law” *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, 2012, Volume 29 Issue 1, p.66.

⁷⁶ Iran c. Estados Unidos. Decisión noviembre 06 de 2003, Corte Internacional de Justicia, par. 43

⁷⁷ Incluida en los artículos XX y XXI del GATT de 1994.

⁷⁸ TORTEROLA, Ignacio. “Los institutos de la emergencia en el derecho internacional y el Estado argentino”. *Revista internacional de Arbitraje*: Enero – junio 2010, p. 120.

⁷⁹ Dicho tratado fue bastante estudiado por los tribunales arbitrales, en los casos sobre la crisis económica de Argentina.

la paz o seguridad internacionales, o la protección de sus propios intereses esenciales de seguridad.”

O, en el artículo 1114 del Tratado de Libre comercio de América del Norte:

“Medidas relativas a medio ambiente:

1. Nada de lo dispuesto en este capítulo se interpretará como impedimento para que una Parte adopte, mantenga o ponga en ejecución cualquier medida, por lo demás compatible con este capítulo, que considere apropiada para asegurar que las inversiones en su territorio se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental.

2. Las Partes reconocen que es inadecuado alentar la inversión por medio de un relajamiento de las medidas internas aplicables a salud o seguridad o relativas a medio ambiente. En consecuencia, ninguna Parte debería renunciar a aplicar o de cualquier otro modo derogar, u ofrecer renunciar o derogar, dichas medidas como medio para inducir el establecimiento, la adquisición, la expansión o conservación de la inversión de un inversionista en su territorio. Si una Parte estima que otra Parte ha alentado una inversión de tal manera, podrá solicitar consultas con esa otra Parte y ambas consultarán con el fin de evitar incentivos de esa índole.”

También se contempló dicha cláusula en tratados suscritos por Colombia como, en el artículo 815 del capítulo de inversión del TLC con Canadá:

“Las Partes reconocen que no es adecuado fomentar la inversión mediante la disminución de sus estándares en medidas nacionales de salud, seguridad o medioambientales. En consecuencia, una Parte no deberá dejar de aplicar o de otra manera dejar sin efecto, u ofrecer dejar de aplicar o de otra manera dejar sin efecto tales medidas como una forma de incentivar el establecimiento, adquisición, expansión o retención en su territorio de una inversión de un inversionista. Si una Parte considera que la otra Parte ha ofrecido este tipo de incentivos, podrá solicitar consultas con la otra Parte. Las Partes harán todo intento de ocuparse del asunto a través de consultas e intercambio de información.”

De las disposiciones anteriores, se puede concluir el establecimiento de la CMNP, pero cada una contiene diferentes aspectos o intereses que deben ser protegidos, pues se contempla, la paz y seguridad internacionales, el medio ambiente, la seguridad y la salud, todos ellos teniendo en común la característica de ser un interés esencial para el Estado.

Sin embargo, se puede ver reflejado como la cláusula delimita el alcance de las obligaciones sustantivas del propio TBI, diferenciando expresamente ciertas conductas del estado de posibles violaciones de tratados que comprometen su responsabilidad.

La CMNP reflejan la tensión existente⁸⁰ entre el derecho soberano de los Estados a regular y proteger los aspectos de su interés y el principio de *pacta sunt servanda*, de aplicar y respetar las obligaciones contenidas en el tratado.

Ahora bien, una de las características más controversiales de la CMNP, ha sido su carácter de auto juzgable o discrecional, la cual depende de la redacción de la cláusula en cada Tratado en concreto, y es entendida como una facultad del mismo Estado al decidir de buena fe si la ejecución de sus acciones está justificada por las condiciones extraordinarias que permiten adoptar medidas extraordinarias para protegerse⁸¹.

La OCDE ha tenido en cuenta dicho elemento generalizándolo así: “Essential security concerns are self-judging investment instruments recognize that each country has a right to determine what is necessary to protect its national security.”⁸²

La existencia de la cláusula trae consigo un tratamiento a favor del Estado que la invoca, y otorgándole la potestad al Estado de juzgar lo que es razonable y necesario para su propia protección y preservación, ya que, son sus autoridades las que ostentan el poder de regular los asuntos al interior de las fronteras.

De la misma manera, la UNCTAD se ha referido a que una característica general de este tipo de cláusulas es “dejar al arbitrio de los estados la determinación de cuando existe una amenaza, para su seguridad y orden público y cómo reaccionar a esa amenaza”⁸³,

⁸⁰ PARMA, Agustín. “La interpretación de las cláusulas de emergencia en el Derecho Internacional económico. Una aproximación a partir del caso argentino en el CIADI”. En: ¿Hacia dónde va América Latina respecto del derecho internacional de las inversiones? Universidad Externado de Colombia, 2015, p.65.

⁸¹ TORTEROLA, Ignacio. “Los institutos de la emergencia en el derecho internacional y el Estado argentino”. Revista internacional de Arbitraje: Enero – junio 2010, p. 131.

⁸² OCDE. Guidelines For Recipient Country Investment Policies Relating to National Security. 25 de mayo de 2009.

⁸³ Conferencia de las Naciones Unidas Sobre Comercio y Desarrollo. “La protección de la seguridad nacional en los AII”. UNCTAD, 2009, p.41.

dejando en claro que son los mismos Estados los encargados de evaluar las medidas adoptadas y su necesidad, excluyendo la posibilidad de una revisión judicial.

Pero, además se señaló que con el solo uso de la cláusula no se excluía la responsabilidad internacional de los Estados que la invocan, pues “el requisito de actuar de buena fe pone en manos de los tribunales arbitrales una vara con la que medir la legalidad de la medida”⁸⁴, y así distinguir una verdadera protección a los intereses de los Estados.

También, este carácter estuvo en discusión en el caso *Nicaragua c. Estados Unidos*, sobre las actividades militares y paramilitares contra el Gobierno de Nicaragua, en el cual Estados Unidos desarrollo su defensa acerca de la jurisdicción de la Corte, basándose en invocar que el Tratado de Amistad Comercio y Navegación de 1956, contenía que la protección de los intereses esenciales del estado era de carácter auto juzgable⁸⁵, argumento que no fue acogido por la Corte.

En general, los tribunales arbitrales se han mostrado reacios a aceptar el carácter de auto juzgable de la cláusula, por la protección al derecho de defensa de las partes y, teniendo en cuenta que de cualquier manera el tribunal tiene que determinar el carácter de las medidas ejecutadas, las circunstancias del caso y su implementación de forma discreta y de buena fe.

Sin embargo, para determinar el carácter de auto juzgable de la cláusula, es necesario remitirse expresamente al texto del tratado y a su contexto, pues, las cláusulas que utilizan la expresión “medidas necesarias (...)” no tienen naturaleza discrecional, por el contrario, las que utilizan la expresión “destinadas a (...)” o “por razones de (...)” o que el “Estado estime o considere”, tienen una naturaleza eminentemente discrecional, que le permite al Estado un alto nivel de autonomía en las decisiones públicas. Es de resaltar que, según el tratamiento otorgado por los tribunales, “a falta de una disposición que

⁸⁴ Ibid.

⁸⁵ Nicaragua c. Estados Unidos. 27 de junio de 1988, Corte Internacional de justicia, par. 221-222.

señale algo distinto, se presume que la excepción sobre seguridad y orden público no tiene naturaleza discrecional”⁸⁶

De cualquier forma, la cláusula de medidas no preclusivas, independiente de sus efectos, es entendida, a favor de las actuaciones de los Estados, pues guarda relación con los intereses estatales que deben ser protegidos en pro del bienestar público.

1. DECISIONES ARBITRALES: CMNP VS ESTADO DE NECESIDAD

Los casos de Argentina originados en un contexto de crisis económica han proporcionado una mayor discusión y análisis sobre la aplicación de la CMNP contenida en el TBI entre Argentina – Estados Unidos y el estado de necesidad de carácter consuetudinario.

Dichos casos, se dieron por la promulgación de una Ley de Emergencia en 2002 que eliminó el derecho a calcular los aranceles en dólares estadounidenses y devaluó el peso, que también implicó un proceso de renegociación de contratos de servicios públicos afectados por las medidas.

Las acciones ejecutadas por el Estado trajeron como resultado una serie de reclamos de los inversionistas extranjeros, argumentando que las condiciones ofrecidas inicialmente eran distintas, y que la Ley de Emergencia violaba las obligaciones contractuales del Gobierno, los compromisos de estabilidad y las garantías específicas establecidas en los TBI, como el trato justo y equitativo y la prohibición de expropiación indirecta.

Sin embargo, Argentina rechazó las acusaciones de violación y alegó que sus medidas eran legítimas mientras estaban justificadas por un período de estado de necesidad y emergencia, fundamentando su defensa tanto en el artículo XI del TBI, como en la

⁸⁶ CLAROS, Roberto. “La protección de los intereses de seguridad y orden público en los Acuerdos internacionales de los que son parte los Estados que integran la Alianza del Pacífico” En: ¿Hacia dónde va América Latina respecto del derecho internacional de las inversiones? Universidad Externado de Colombia, 2015, p.115.

doctrina del estado de necesidad contenido en artículo 25 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados.

Se han pronunciado varios tribunales CIADI, teniendo que decidir sobre la base de dos fuentes distintas de derecho, llegando a la conclusión en los casos de *CMS c. Argentina*, *Enron c. Argentina* y *Sempra c. Argentina*, que tanto la CMNP como la defensa de necesidad no eran aplicables, pero los tribunales *LG&E c. Argentina* y *Continental c. Argentina* si encontraron que la cláusula CMNP había sido invocada adecuadamente, así como el estado de necesidad. Por consiguiente, vemos como se han producido decisiones que no son unánimes, siendo algunas de ellas objeto de anulación.

Las anteriores decisiones estuvieron centradas en primer lugar, en definir si las disposiciones de un TBI constituían una norma excluyente y especial, prevaleciente en el derecho internacional⁸⁷. En segundo lugar, si eran aplicables y se habían dado los requisitos para determinar el estado de necesidad, según los criterios de la Comisión de Derecho Internacional y si estos también serían aplicables a las disposiciones del TBI. Y, por último, si la determinación de responsabilidad variaría según la normatividad aplicable sobre el estado de necesidad. Estos elementos serán analizados a continuación.

a. *Lex specialis* y *lex generalis*

Uno de los aspectos más controversiales para el análisis de los casos, es el aspecto sobre la prevalencia entre estas dos fuentes de derecho: tanto el artículo 25 del Proyecto de artículos sobre responsabilidad de los estados como las disposiciones de la CMNP en los TBI. Para ello, existe el principio *lex specialis derogat lege generali*, que implica que

⁸⁷ MARTIN, Antoine "Investment Disputes after Argentina's Economic Crisis: Interpreting BIT Non-precluded Measures and the Doctrine of Necessity under Customary International Law" *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, 2012, Volume 29 Issue 1, p.50

cuando dos o más normas regulen sobre un mismo objeto, debe darse prioridad a la norma más específica y cercana a la voluntad de los Estados⁸⁸

Los acuerdos de protección a las inversiones son por naturaleza normas especiales, pues nacieron con el propósito de unificar criterios en torno al tema en específico de protección a la inversión, construyéndose un cuerpo normativo suficiente que le permite ostentar superioridad en su aplicación para los casos que involucren inversores extranjeros.

La CMNP es una garantía adicional a los Estados negociada por las partes, incluida en los tratados de inversión, y dispuesta para ser aplicable en situaciones de emergencia, que tienen el fin de proteger y mantener el orden público y los intereses esenciales para un Estado, estableciendo una base separada que permite excluir la responsabilidad del Estatal⁸⁹.

De tal forma, no son una fuente de derecho de segunda categoría, sino una regla que debe ser específicamente aplicada a disputas de inversión, con independencia de la influencia del derecho consuetudinario.

Las normas establecidas en los tratados de inversión, de ninguna manera constituyen un conjunto de normas secundarias y facultativas que pueden ser remplazadas por normas de carácter general⁹⁰, pues se trata de un régimen contenido en un tratado que se encarga de un específico asunto y prevalecerá sobre las reglas generales del derecho consuetudinario⁹¹.

⁸⁸ PARMA, Agustín. "La interpretación de las cláusulas de emergencia en el Derecho Internacional económico. Una aproximación a partir del caso argentino en el CIADI". En: *¿Hacia dónde va América Latina respecto del derecho internacional de las inversiones?* Universidad Externado de Colombia, 2015, p.75.

⁸⁹ BURKE-WHITE, William "Part IV Chapter 17: The Argentine Financial Crisis: State Liability under BITs and the Legitimacy of the ICSID System" En "The Backlash against Investment Arbitration" © Kluwer Law International, 2010, p. 421

⁹⁰ MARTIN, Antoine "Investment Disputes after Argentina's Economic Crisis: Interpreting BIT Non-precluded Measures and the Doctrine of Necessity under Customary International Law" *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, 2012, Volume 29 Issue 1, p. 54.

⁹¹ *Enron Corporation y Ponderosa Assets c. República Argentina (Caso CIADI No. ARB/01/3) Laudo* (22 de mayo de 2007). Par. 334

Sin embargo, en varios casos arbitrales, le otorgaron mayor primacía al derecho internacional consuetudinario, relegando las disposiciones de los tratados a un papel subsidiario, por considerar que las disposiciones de los tratados son inseparables de las normas del derecho consuetudinario⁹². Por ejemplo, en el laudo *Sempra*, se descartó la necesidad de llevar a cabo una revisión según la disposición del TBI⁹³ cuando se estableció que la crisis no cumplía con los requisitos de necesidad del derecho internacional consuetudinario.

No reconocer la defensa del estado de necesidad desde la CMNP, desconoce la intención de los estados partes, de pactar mayores protecciones y mayor libertad de acción, de las que hubieran estado disponibles en el derecho consuetudinario.

No obstante, a diferencia de las decisiones, en los Comités de Anulación de la *CMS* y *Sempra*, si se realizó la distinción entre la *lex specialis* contenida en las medidas no preclusivas y el estado de necesidad del artículo 25. De tal manera, que se le dio primacía a la aplicación a la disposición del TBI, dejando al Derecho Internacional Consuetudinario como una fuente de derecho 'subsidiaria' en el caso en cuestión⁹⁴.

De igual forma, se pronunció el tribunal en el caso *LG&E*, diferenciando las dos fuentes aludidas y estableciendo una prevalencia al respecto: “El Tribunal reitera que, para realizar el doble análisis antes mencionado, aplicará, en primer lugar, el Tratado, en segundo lugar, el Derecho internacional general (...)”⁹⁵

⁹² *Sempra Energy International c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/02/16) Laudo (28 de septiembre de 2007) Par. 378

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ *Sempra Energy International c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/02/16) Decisión sobre la solicitud de anulación del Laudo (29 de junio de 2010). Par.116

⁹⁵ *LG&E c. República Argentina*. (Caso CIADI No. ARB/02/1) Decisión sobre Responsabilidad (03 de octubre de 2006). Par. 206.

b. Estado de necesidad en el derecho internacional consuetudinario

Argentina baso una parte de su defensa en alegar la aplicación de la doctrina del estado de necesidad en el derecho internacional consuetudinario con el fin de excluir su responsabilidad frente a los inversores, contenida en el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos de la Comisión de Derecho internacional:

“Artículo 25: Estado de necesidad

1. Ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud de un hecho que no esté de conformidad con una obligación internacional de ese Estado a menos que ese hecho:

- a) Sea el único modo para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave a inminente; y
- b) No afecte gravemente a un interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto.

2. En todo caso, ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud si:

- a) La obligación internacional de que se trate excluye la posibilidad de invocar el estado de necesidad; o
- b) El Estado ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad.”

La invocación del estado necesidad tiene los efectos de impedir la ilicitud de la conducta en virtud del derecho internacional⁹⁶, en ese sentido, lo argumentó Argentina en el contexto de la crisis financiera de 2001 y 2002 que perjudicó los intereses esenciales del país y por tal motivo las acciones tomadas fueron la única respuesta disponible para la crisis, por consiguiente se cumplieron con los requisitos del estado de necesidad en el derecho consuetudinario, con el fin de excluir la ilicitud de sus acciones.

⁹⁶ BURKE-WHITE, William “Part IV Chapter 17: The Argentine Financial Crisis: State Liability under BITs and the Legitimacy of the ICSID System” En “The Backlash against Investment Arbitration” © Kluwer Law International, 2010, p. 416.

La Corte Internacional de Justicia al resolver el caso *Gabcikovo-Nagymaros* reconoció la validez de la defensa conforme al estado de necesidad entendida como una causal que hace parte del Derecho Internacional Consuetudinario, que surte los efectos de excluir la ilicitud de un acto, sin embargo, la CIJ consideró que la defensa no era aplicable, ya que Hungría tenía otros medios disponibles para abordar las amenazas ambientales a sus intereses esenciales⁹⁷.

Así pues, para una invocación efectiva del estado de necesidad se deben cumplir a cabalidad los requisitos contenidos en el artículo 25 del Proyecto de Artículos Sobre Responsabilidad de los Estados, pues, la aplicación de esta figura debe ser de manera excepcional⁹⁸, dado que las obligaciones internacionales quedan suspendidas, por encontrarse incurso de manera estricta en un atenuante de la responsabilidad.

Tribunales arbitrales como *CMS*, *Sempra* o *Enron* han considerado que la necesidad debe tratarse principalmente de acuerdo con los principios del derecho internacional consuetudinario, pues las disposiciones de los tratados sobre la CMNP no dan muchos elementos para identificar una situación de emergencia o necesidad.

En el caso *Sempra*, por ejemplo, dejó en claro que el hecho de que el tratado en sí no tocara los elementos legales necesarios para la invocación legítima de un estado de necesidad⁹⁹, hace inseparable su análisis desde los aspectos más detallados del Derecho Internacional Consuetudinario. De igual manera se refirió el tribunal en el caso *Enron*, al especificar que no encuentra una guía específica en el tratado por lo que se hace necesario confiar en los requisitos del estado de necesidad según el derecho internacional consuetudinario¹⁰⁰, equiparando las dos defensas.

⁹⁷ Hungría c. Eslovaquia. Corte Internacional de Justicia.

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ *Sempra Energy International c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/02/16) Laudo (28 de septiembre de 2007) Par. 376

¹⁰⁰ *Enron Corporation y Ponderosa Assets c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/01/3) Laudo (22 de mayo de 2007) Par. 333.

También en las consideraciones de los casos, se ha argumentado que, dado que la responsabilidad del Estado es esencialmente una cuestión de derecho internacional, los excluyentes de responsabilidad deben determinarse bajo el régimen de derecho internacional. Así lo consideraron los árbitros en el caso *CMS*, pues analizaron la exclusión de la responsabilidad solo bajo el Artículo 25, tomándolo como fuente básica y dejando muy poco análisis a las disposiciones del tratado.

Para estos tribunales la CMNP no tiene un impacto legal independiente, pues, solo es una reafirmación textual del estado de necesidad tradicional y preexistente. Así mismo, se denota una aplicación de la CMNP de manera muy rigurosa, y poco favorable para el Estado, equiparándola con los requisitos del Derecho Internacional Consuetudinario, y exigiendo una demostración estricta de cada uno de ellos en las acciones emanadas por el Estado. Con estas consideraciones se limita completamente la aplicación de la cláusula contenida en el TBI, y hace muy dificultoso para el Estado invocarla.

Así pues, para los tribunales arbitrales de *CMS*, *Sempra* y *Enron* no resultó aplicable el estado de necesidad al caso en concreto, y por lo tanto no excluyó la ilicitud de las acciones de Argentina, pues consideraron que la crisis sufrida no fue de la magnitud suficiente como para amenazar los intereses esenciales protegidos por el Estado. Por ejemplo, en *Enron* el tribunal puntualizó que “the argument that such a situation compromised the very existence of the State and its independence so as to qualify as involving an essential interest of the State is not convincing.”¹⁰¹

También, invalidaron la petición de Argentina por considerar que el requisito consistente en que la medida sea “la única forma en que el Estado puede salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente”, no se vio cumplido, pues las acciones ejecutadas, no eran el único mecanismo disponible para sobrellevar la crisis¹⁰². Los tribunales consideraron que siempre hay una variedad de políticas estatales en respuesta

¹⁰¹ *Enron Corporation y Ponderosa Assets c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/01/3) Laudo (22 de mayo de 2007) Par. 306.

¹⁰² *CMS Gas Company c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/08/1) Laudo (12 de mayo de 2005) Par. 324

a cualquier problema, cualquier política que elija un estado no es, por definición, la única respuesta disponible a la crisis¹⁰³.

Por último, fue argumentado por los tribunales, que Argentina había contribuido al desarrollo de la crisis, pues no le atribuyen su ocurrencia simplemente a factores exógenos, y, por el contrario, les atribuyeron el desarrollo a distintas autoridades argentinas la contribución sustancial para producir la crisis¹⁰⁴.

Así pues, los resultados de dichos casos no fueron favorables para la defensa de Argentina, pues, encontraron no ajustadas las actuaciones del Estado a los requisitos y elementos, según el análisis de los árbitros sobre cada uno de los requisitos del estado de necesidad según el derecho internacional consuetudinario.

Por el contrario, en el caso LG&E el tribunal encontró que las acciones ejecutadas por Argentina obedecieron a la necesidad de promulgar medidas para proteger y mantener el interés público y esencial para el Estado, durante un periodo de crisis, que amenazaba con un colapso total del gobierno¹⁰⁵, tomando de buena fe las actuaciones de Estado, y otorgándole un margen de discrecionalidad en situaciones de emergencia.

De manera que los árbitros hacen un análisis conjunto de las dos disposiciones, desencadenando la protección contenida en el tratado y reconociendo su valor, pero, también apoyándose en la aplicabilidad de la doctrina del estado de necesidad bajo el derecho internacional consuetudinario:

“El concepto de eximir a un Estado de responsabilidad por la violación de sus obligaciones internacionales durante el llamado “estado de necesidad” o “estado de emergencia” también existe en el Derecho internacional. Luego, y aunque el Tribunal considera que las protecciones del Artículo XI del Tratado han sido accionadas en este caso y son suficientes para eximir a Argentina de responsabilidad, reconoce que el estado de necesidad, tal y como se define

¹⁰³ Sempra Energy International c. República Argentina (Caso CIADI No. ARB/02/16) Laudo (28 de septiembre de 2007). Par. 350

¹⁰⁴ ¹⁰⁴ CMS Gas Company c. República Argentina (Caso CIADI No. ARB/08/1) Laudo (12 de mayo de 2005) Par.331

¹⁰⁵ LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. c. República de Argentina, (caso CIADI No. ARB/02/01) Laudo (3 de octubre de 2006) Par. 162.

hoy en el Derecho internacional (reflejado en el Artículo 25 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados por Hechos Ilícitos Internacionales, elaborado por la Comisión de Derecho Internacional) confirma la conclusión del Tribunal.”¹⁰⁶

Así pues, el tribunal en *LG&E*, usó ambos términos al azar y no hizo ninguna diferencia entre los efectos de uno y otro, no obstante, le reconoció una naturaleza subjetiva a ciertas cláusulas establecidas en el TBI, pues los “Estados a menudo están en la mejor posición para elaborar respuestas políticas adecuadas a situaciones de emergencia”¹⁰⁷

Ahora bien, es importante mencionar que, por el contrario de los anteriores casos mencionados, también se encuentra el laudo *Continental*, el cual, si estableció un análisis diferenciado entre las dos defensas de Argentina, de la siguiente manera:

“In view of these differences between the situation regulated under Art. 25 ILC Articles and that addressed by Art. XI of the BIT, the conditions of application are not the same. The strict conditions to which the ILC text subjects the invocation of the defence of necessity by a State is explained by the fact that it can be invoked in any context against any international obligation.²⁴³ Therefore “it can only be accepted on an exceptional basis.” This is not necessarily the case under Art. XI according to its language and purpose under the BIT. This leads the Tribunal to the conclusion that invocation of Art. XI under this BIT, as a specific provision limiting the general investment protection obligations (of a “primary” nature) bilaterally agreed by the Contracting Parties, is not necessarily subject to the same conditions of application as the plea of necessity under general international law.”¹⁰⁸

No obstante, se establecido la existencia de una serie de elementos comunes entre las dos regulaciones, pues las dos guardan la intención de permitir flexibilidad en el cumplimiento de las obligaciones internacionales, ante la necesidad de proteger intereses

¹⁰⁶ Ibid. Par. 245.

¹⁰⁷ TOMKA, Peter “Chapter 34: Defenses Based on Necessity Under Customary International Law and on Emergency Clauses in Bilateral Investment Treaties”. En “Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID”. © Kluwer Law International, 2015, p. 493.

¹⁰⁸ *Continental Causality Company c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/03/9) Laudo (5 de septiembre de 2008) Par.167.

nacionales esenciales, sin que, por ello, se determine responsabilidad por el incumplimiento al tratado¹⁰⁹.

Así pues, el tribunal se centró principalmente en el análisis y aplicación para el caso en concreto de la CMNP, entendida por el tribunal como, una “*cláusula de salvaguardia*”, siendo una restricción de las obligaciones sustanciales asumidas por las partes en el tratado, en la medida en que se cumplan las condiciones para su invocación. Solo se toman las disposiciones de Derecho Internacional Consuetudinario como un elemento de interpretación frente a vacíos en el tratado.

En este caso el tribunal concluyó que las medidas tomadas por Argentina fueron necesarias según el artículo XI del TBI entre Estados Unidos y Argentina, y que además fueron las menos perjudiciales y proporcionales para el inversionista.

De la misma manera se han pronunciado los Comités de anulación de los casos *Sempra* y *CMS*. En *CMS*, el Comité enfatizó en la diferencia entre las dos disposiciones, aclarando que el tribunal incurrió en un error manifiesto de derecho, al asumir que el artículo XI del BIT y el artículo 25 del proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados estaban en pie de igualdad, cuando los dos textos tienen una operación y contenido diferentes: “El primero comprende medidas necesarias para la conservación del orden público o la protección de los intereses de seguridad esenciales de cada Parte, sin calificar dichas medidas. Por su parte, el segundo supedita el estado de necesidad al cumplimiento de cuatro condiciones.”¹¹⁰

Para el comité, el tribunal primero debió analizar si había una infracción al tratado y luego, si esta infracción estaba excluida por la cláusula de medidas no preclusivas¹¹¹, dejando

¹⁰⁹ Ibid. Par.168.

¹¹⁰ CMS Gas Company c. República Argentina (Caso CIADI No. ARB/08/1) Decisión sobre la solicitud de anulación del Laudo (25 de septiembre de 2007) Par 101

¹¹¹ Ibid. Par 134

a la cláusula de derecho internacional consuetudinario como una fuente subsidiaria de exclusión de la responsabilidad.

El Comité de anulación en el caso *Sempra*, también hizo las mismas consideraciones, acusando al tribunal de cometer una extralimitación manifiesta de sus facultades, al no haber aplicado las disposiciones de necesidad contenidas en el tratado, y por el contrario haber decidido según el artículo 25, que no ofrece una “guía interpretativa de los términos empleados en el Artículo XI”¹¹², pues los dos se ocupan de situaciones muy diferentes.

Así pues, de los casos mencionados anteriormente, los casos *CMS*, *Enron* y *Sempra* condenaron a Argentina, al subsumir la CMNP en la doctrina del estado de necesidad del Derecho Internacional Consuetudinario, no encontrando satisfechos los requisitos para la configuración de un estado de necesidad, e incurriendo en un error¹¹³. Pero, por el contrario, los tribunales de LG&E, Continental y los comités de anulación de CMS y Enron, si encontraron diferencias sustanciales en la aplicación de las dos defensas, otorgándole un contenido a la cláusula de medidas no preclusivas, a favor de los estados con el fin de salvaguardar un interés público.

c. Establecimiento de responsabilidad

Por otro lado, encontramos diferencias en la determinación del tipo de responsabilidad, según la aplicación de una norma o la otra. Dado que, establecer la necesidad respecto del Derecho Internacional Consuetudinario, solo permite excusar una conducta estatal en determinadas circunstancias y, por lo tanto, limitar la responsabilidad por un período de tiempo determinado. Pero, aplicar la CMNP, excluiría la ilicitud de los incumplimientos

¹¹² *Sempra Energy International c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/02/16) Decisión sobre la solicitud de anulación del Laudo (29 de junio de 2010). Par 199

¹¹³ ROSELL, José. “The CMS Case: ¿A Lesson for the Future?”. En: “*Journal of International Arbitration*”. © Kluwer Law International, 2008, Volume 25, Issue 4, p. 483

mediante medidas estatales restringidas bajo el tratado y por lo tanto exonerarían de responsabilidad.

Así, se evidencian dos formas de aplicación, por un lado, suspender temporalmente el cumplimiento de las obligaciones, justificando las medidas adoptadas, y por otra, excluir la responsabilidad por actos ilícitos¹¹⁴.

Los Comités de Anulación de *CMS* y *Sempra*, reiteraron que una medida que entra dentro del alcance de una cláusula de emergencia contenida en el tratado no equivaldría en absoluto a una violación del tratado porque la misma cláusula tendría el efecto de excluir la responsabilidad por las medidas estatales en circunstancias determinadas:

“Aún más importante, el Artículo 25 se ocupa de la invocación de un Estado Parte de la necesidad “como causa de exclusión de la ilicitud de un hecho que no esté de conformidad con una obligación internacional de ese Estado”. El Artículo 25 presupone que se ha cometido un acto que es incompatible con las obligaciones internacionales del Estado y que es, por tanto, “ilícito”. El Artículo XI, por su parte, establece que “[e]l presente Tratado no impedirá” ciertas medidas a fin de que, cuando el Artículo XI resulte aplicable, la adopción de dichas medidas no sea incompatible con las obligaciones internacionales del Estado y no sea, por tanto, “ilícita”. El Artículo 25 y el Artículo XI, en consecuencia, se ocupan de situaciones muy diferentes. No se puede asumir, entonces, que el Artículo 25 defina el “estado de necesidad y [...] las condiciones requeridas para su ejercicio” a los efectos de interpretar el Artículo XI, y mucho menos que lo hace como norma imperativa del derecho internacional.”¹¹⁵

De tal manera que las disposiciones del tratado no tratan de eximir a los Estados de responsabilidad derivada de actos ilícitos, pero, si crear excepciones a los compromisos

¹¹⁴ PARMA, Agustín. “La interpretación de las cláusulas de emergencia en el Derecho Internacional económico. Una aproximación a partir del caso argentino en el CIADI”. En: ¿Hacia dónde va América Latina respecto del derecho internacional de las inversiones? Universidad Externado de Colombia, 2015, p.74.

¹¹⁵ *Sempra Energy International c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/02/16) Decisión sobre la solicitud de anulación del Laudo (29 de junio de 2010). Par. 200

de protección a la inversión, limitando las obligaciones sustantivas¹¹⁶ de los Estados en ciertas circunstancias específicas.

Una CMNP constituye una regla primaria, que cumple una función esencial de delimitar el alcance de las obligaciones del TBI, diferenciando expresamente ciertas conductas del estado de posibles violaciones al tratado¹¹⁷ que pueden comprometer su responsabilidad.

Así que, una medida compatible con la disposición del tratado que tiene por objeto la protección de un interés público no generaría incumplimiento del tratado, y por lo tanto no surgiría obligación de indemnizar por las medidas tomadas durante las circunstancias que dieron origen a la necesidad¹¹⁸, pues, no estamos frente a un incumplimiento de los compromisos de carácter convencional. Pero, por el contrario, una medida analizada según el Derecho Internacional Consuetudinario tiene el efecto de eximir de responsabilidad a un estado, y no elimina el hecho de la violación de la obligación pactada.

Ahora bien, con todo lo anterior, podemos ver como las cláusulas de medidas no preclusivas pueden tener grandes implicaciones en la defensa de los Estados ante un arbitraje de inversiones, ya que las medidas tomadas en virtud de estas cláusulas son en virtud de un interés público, mediante las potestades regulatorias que ostentan los Estados. De manera que, la responsabilidad estatal por las violaciones a los estándares de protección a los inversionistas se ven minimizados por el uso de estas.

¹¹⁶ MARTIN, Antoine "Investment Disputes after Argentina's Economic Crisis: Interpreting BIT Non-precluded Measures and the Doctrine of Necessity under Customary International Law" *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, 2012, Volume 29 Issue 1, p.56

¹¹⁷ Ibid.

¹¹⁸ ROSELL, José. "The CMS Case: ¿A Lesson for the Future?". En: "Journal of International Arbitration". © Kluwer Law International, 2008, Volume 25, Issue 4, p. 490.

CAPITULO III. LAS MEDIDAS REGULATORIAS Y LOS ESTANDARES DE PROTECCION AL INVERSIONISTA

Los tratados internacionales de inversión desarrollados se concentran en establecer un marco legal autónomo que pretende la protección de los inversionistas nacionales de los Estados partes del tratado, en relación con las inversiones desarrolladas en el territorio del otro estado parte del tratado. Es así como, con el fin de proteger a los inversionistas, se proporcionan una serie de cláusulas y estándares que “persiguen un objetivo de estabilidad, intentando garantizar al inversor extranjero frente a aleas legislativos, o de otra índole, del Estado parte. Tratan, así, de preservar lo que los países desarrollados consideran el ‘equilibrio de los contratos’”¹¹⁹

De tal manera que, los estándares de protección pretenden proporcionar seguridad jurídica y garantías necesarias para el inversionista, que le permitan desarrollar sus actividades dentro del territorio receptor de la inversión, y que, además les otorguen mecanismos suficientes para obligar a los Estados a ceñirse a dichos acuerdos.

No obstante, estos Acuerdos Internacionales de Inversión, contemplan un clausulado básico de obligaciones para los Estados, que se pueden ver como estándares de conducta¹²⁰, que no está determinados por completo o de manera taxativa, sino que se irán estableciendo, según las circunstancias del caso en concreto.

Pero, dichos estándares de protección se pueden ver menoscabados, pues constantemente se presenta una fuerte tensión entre las relaciones del Derecho Internacional Público y el Derecho Interno¹²¹. Una manifestación de esta tensión se deja ver en el desarrollo de la noción de soberanía, en virtud de la cual el Estado puede regular

¹¹⁹ GUTIÉRREZ POSSE, Hernan. “Acuerdos para promoción de inversiones extranjeras. Sistemas de solución de controversias”. Argentina, 1993, Los Convenios para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, p.67

¹²⁰ Pontificia Universidad Javeriana. “Expropiación indirecta: protección sustantiva en los acuerdos de promoción y protección recíproca de la inversión extranjera y sus efectos en Colombia”. Bogotá, 2018, p. 32.

¹²¹ Corrientes monistas y dualistas.

ciertos aspectos, que terminan generando preocupaciones a nivel internacional¹²², como en la inversión extranjera.

La actividad de regular surge como una expresión de las facultades del poder público, en la reglamentación de las actividades económicas de los particulares¹²³, con el fin de asegurar el debido funcionamiento del Estado, y evitar que el uso de propiedad privada sea contrario a los intereses generales del Estado.

En este orden de ideas, se describirán de forma sucinta algunas de las características de los estándares de Expropiación y Trato Justo y Equitativo, y su relación con las potestades reglamentarias de la administración.

1. TRATO JUSTO Y EQUITATIVO

Dentro de los estándares de protección al inversionista encontramos el trato justo y equitativo, que en muchas ocasiones ha servido para reconocer protección a los inversionistas frente al actuar de los Estados.

La referencia al trato justo y equitativo estuvo presente en distintos escenarios como en la Carta de la Habana de 1948¹²⁴ por medio de la cual se creaba la Organización Internacional del Comercio y en el Convenio Económico de Bogotá¹²⁵ de la Novena Conferencia Internacional de los Estados Americanos, instrumentos que, a pesar de no haber entrado en vigor, hacían especial mención al trato debido a los extranjeros.

¹²² VILLEGAS CARRASQUILLA, Lorenzo. “Acuerdos de protección a las inversiones y la potestad regulatoria del Estado: un análisis de la expropiación indirecta y el trato justo y equitativo.” *Revista Internacional de Arbitraje*: enero – junio, 2010, p. 61.

¹²³ *Ibid.* p. 59.

¹²⁴ En su artículo 11.2 se menciona que se podían realizar recomendaciones en las cuales se asegurara el trato justo y equitativo de la empresa.

¹²⁵ Convenio Económico de Bogotá, Novena Conferencia Internacional Americana de 1948. Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-43.html>

También, se vio reflejado en el borrador de la Convención sobre Protección de la Inversión Extranjera de la OCDE y en el borrador del Código de Conducta sobre Corporaciones Transnacionales de las Naciones Unidas, haciendo referencia al tratamiento que se le debe asegurar a la propiedad extranjera, estableciendo que:

“Las corporaciones transnacionales deben recibir trato [justo y] equitativo [y no discriminatorio] [bajo] [de acuerdo con] las leyes, regulaciones y prácticas administrativas de los países en los cuales operarán [lo mismo que las obligaciones intergubernamentales a las cuales los Gobiernos han suscrito libremente] [consistente con sus obligaciones internacionales] [consistente con el derecho internacional].”¹²⁶

Dicho estándar ha sido incluido en numerosos tratados de inversión, pero como es usual en la materia, su redacción no ha sido uniforme, teniendo diferentes alcances y contenidos en los tratados, e interpretado según las diversas circunstancias particulares de cada caso en concreto. Mientras que algunos doctrinantes como *Dolzer* y *Schreuer* señalan que el propósito del trato justo y equitativo es integrar los vacíos normativos que dejan los otros estándares de tratamiento¹²⁷.

En algunos casos puede parecer un estándar de protección independiente, mientras que, en otros se relaciona con las reglas del derecho internacional consuetudinario con un nivel mínimo de trato a los extranjeros o, con los principios de derecho internacional. Estas variaciones textuales representan enfoques fundamentalmente diferentes en lo que respecta a la interpretación del estándar de trato justo y equitativo, teniendo un gran impacto según los diferentes enfoques de redacción y las decisiones de los procedimientos arbitrales.

A pesar de ello, se pueden identificar dos elementos que han sido claros en la doctrina y jurisprudencia internacional: “a) su contenido depende del derecho común internacional y del lenguaje usado en el TBI o TLC que lo incorpora y b) su alcance normalmente se

¹²⁶ Conferencia de las Naciones Unidas Sobre Comercio y Desarrollo. “International Investment Instruments: A Compendium”, UNCTAD, 1996, p. 172.

¹²⁷ DOLZER, Rudolf y SCHREUER Christoph “Principles of international investment law”. Oxford University Press, 2008.

determina caso a caso, siendo una herramienta subsidiaria muy potente en la limitación de la acción del Estado.”¹²⁸

a. Nivel Mínimo de Trato

Las protecciones que ofrece el estándar mínimo de tratamiento se refieren a todos los principios de derecho internacional consuetudinario que protegen derechos e intereses económicos de los extranjeros¹²⁹, así mismo, sirve como parámetro de interpretación en la aplicación del trato justo y equitativo, y de otros estándares de protección a la inversión¹³⁰.

En varias decisiones se ha expuesto el alcance y contenido del nivel mínimo de trato, uno de ellos es el caso *Neer* de la Comisión General de Reclamaciones EE.UU – México, en el cual se discutía la poca diligencia para investigar y juzgar a los responsables del asesinato de un ciudadano estadounidense en México, sobre lo cual la Comisión General estableció:

“(…) (first) that the propriety of governmental acts should be put to the test of international standards, and (second) that the treatment of an alien, in order to constitute an international delinquency, should amount to an outrage, to bad faith, to wilful neglect of duty, or to an insufficiency of governmental action so far short of international standards that every reasonable and impartial man would readily recognize its insufficiency. Whether the insufficiency proceeds from deficient execution of an intelligent law or from the fact that the laws of the country do not empower the authorities to measure up to international standards is immaterial.”¹³¹

¹²⁸ VILLEGAS CARRASQUILLA, Lorenzo & MARQUEZ ESCOBAR, Carlos “Regulación e inversión extranjera los tratados de promoción recíproca a las inversiones y el trato justo y equitativo.” *Revista Internacional de Arbitraje*: julio – diciembre, 2009, p. 170.

¹²⁹ *Ibid.* p. 171.

¹³⁰ NEWCOMBE, Andrew & PARADELL Lluís. “Chapter 6 - Minimum Standards of Treatment”. En: *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, (© Kluwer Law International, 2009) p. 237

¹³¹ L.F.H Neer and Pauline Neer (U.S.A) c. Estados Unidos Mexicanos. *Reports of International Arbitral Awards* Volumen IV, 15 de octubre de 1926, p. 61-62.

Afirmando así, una regla de tratamiento para los ciudadanos extranjeros, bajo el derecho internacional, al mencionar una serie de principios mínimos que los Estados deben respetar a los inversionistas extranjeros. El nivel mínimo de trato consiste en un conjunto de garantías básicas establecidos por el derecho internacional que protegen los intereses de los inversionistas¹³².

Otra decisión que es importante mencionar es la del caso *ELSI* de la Corte Internacional de Justicia de 1989, en el que se aplicó el Acuerdo de Amistad Comercio y Navegación entre EE. UU. – Italia de 1948 que prohibía las medidas arbitrarias y discriminatorias, pues, una planta industrial estadounidense, fue intervenida por Italia al no cumplir con sus obligaciones financieras. En concreto, la CIJ decidió que no había violación alguna al tratado, pues especifico que el hecho de que un acto sea ilícito o arbitrario en instancias nacionales, no quiere decir que también lo sea a nivel internacional¹³³.

No obstante, se presentó una opinión separada del Juez Schwebel, el cual considero que, si había una violación al derecho internacional, conforme a los trabajos preparatorios del Acuerdo de Amistad Comercio y Navegación entre EE. UU. – Italia, identificando la intención de las partes de aplicar el principio relativo al trato justo y equitativo¹³⁴, que fue violado por las medidas aplicadas a ELSI, pues habían sido irrazonables y arbitrarias.

Uno de los ejemplos de la relación entre trato justo y equitativo y nivel mínimo de trato es el artículo 1105 del TLCAN: “Cada una de las Partes otorgará a las inversiones de los inversionistas de otra Parte, trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas.”, la cual refleja la inclusión de las dos referencias, tanto en el encabezado como en el texto, evidenciando que: “fair and

¹³² DE LA CERDA OLIVOS, Cristóbal & GOLDENBERG PEÑAFIEL Mónica. “Trato justo y equitativo en inversión extranjera”. Universidad de Chile, 2007, p. 20.

¹³³ Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) c. Estados Unidos. Fallo del 20 de julio de 1989. ICJ Reports. 84. P. 4.

¹³⁴ Ibid. p. 8.

equitable treatment is part of international law, specifically of its rules on the minimum standard of treatment.”¹³⁵

También se encuentra la interpretación de dicho artículo por la Comisión de Libre Comercio del TLCAN, equiparando el artículo 1105 del TLCAN con el estándar mínimo de trato del derecho internacional consuetudinario:

“B. Nivel mínimo de trato conforme al derecho internacional

1. El artículo 1105(1) establece el nivel mínimo de trato a los extranjeros propio del derecho internacional consuetudinario, como el nivel mínimo de trato que debe otorgarse a las inversiones de los inversionistas de otra Parte.
2. Los conceptos de "trato justo y equitativo" y "protección y seguridades plenas" no requieren un trato adicional al requerido por el nivel mínimo de trato a los extranjeros propio del derecho internacional consuetudinario, o que vaya más allá de éste.”

Así pues, el artículo 1105, establece que el estándar mínimo de tratamiento de los inversores debe estar basado en los principios de larga data del derecho internacional consuetudinario que protegen los derechos económicos e intereses de los extranjeros, convirtiendo al estándar en uno de carácter consuetudinario y no de carácter convencional.¹³⁶

De la misma manera, se pronunció el tribunal en el caso *Mondev*, destacando la relación existente entre estas dos referencias:

“there can be no doubt that, by interpreting Article 1105(1) to prescribe the customary international law minimum standard of treatment of aliens as the minimum standard of treatment to be afforded to investments of investors of another Party under NAFTA, the term ‘customary international law’ refers to customary international law as it stood no earlier than the time at which NAFTA came into force. (...) In holding that Article 1105(1) refers to customary

¹³⁵ SCHREUER, Christoph. “Fair and equitable treatment in arbitral practice”. En: The Journal of Investment & Trade, 2005, p.362.

¹³⁶ OCDE Working Papers on International Investment 2004/03. Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law. p. 12.

international law, the FTC interpretations incorporate current international law, whose content is shaped by the conclusion of more than two thousand bilateral investment treaties and many treaties of friendship and commerce. Those treaties largely and concordantly provide for 'fair and equitable' treatment of, and for 'full protection and security' for, the foreign investor and his investments."¹³⁷

También, el caso *ADF*, se refirió al nivel mínimo de trato del artículo 1105 del TLCAN, exaltando que no está *congelado en el tiempo*, pues se encuentra en constante proceso de desarrollo y evolución, aun cuando el umbral para la violación del estándar sigue siendo alto, pues, "customary international law projects is not a static photograph of the minimum standard of treatment of aliens as it stood in 1927 when the Award in the Neer case was rendered. For both customary international law and the minimum standard of treatment of aliens it incorporates, are constantly in a process of development."¹³⁸

Por lo tanto, el trato justo y equitativo ha sido identificado como uno de los elementos integrantes en el contenido del derecho internacional consuetudinario, contemplando las garantías de administración de justicia, seguridad y protección por parte del Estado, dentro del nivel mínimo de trato a los inversionistas y a su propiedad¹³⁹,

Es así, como el trato justo y equitativo, su conexión con la estabilidad y previsibilidad requeridas del entorno empresarial, basado en compromisos legales y contractuales solemnes¹⁴⁰, no es diferente del estándar mínimo del derecho internacional y su evolución bajo el derecho consuetudinario.

El contenido mínimo del derecho internacional, se ha visto permeado e influenciado por las disposiciones de los acuerdos de inversión y las prácticas del Derecho Internacional

¹³⁷ *Mondev International Ltd c. Estados Unidos*. (Caso CIADI No. ARB (AF)/99/02) Laudo (11 de octubre de 2002), par. 125.

¹³⁸ *ADF Group INC c. Estados Unidos*. (Caso CIADI No. ARB/(AF)/00/1) Laudo (09 de junio de 2003), par. 179.

¹³⁹ DE LA CERDA OLIVOS, Cristóbal & GOLDENBERG PEÑAFIEL Mónica. "Trato justo y equitativo en inversión extranjera". Universidad de Chile, 2007, p. 20

¹⁴⁰ DOLZER, Rudolf y SCHREUER Christoph "Principles of international investment law". Oxford University Press, 2008.

de Inversiones, en el marco de las relaciones entre las partes, pues cualquier conducta que restrinja o perturbe este nivel mínimo acarrea responsabilidad del estado¹⁴¹.

A pesar de ello, el concepto de trato justo y equitativo relacionado con un nivel mínimo de trato no está definido con precisión. Simplemente, nos ofrece un punto de partida general sobre el trato mínimo, al ejecutar medidas injustas o contrarias a sus intereses¹⁴² es por lo tanto un concepto que depende en gran medida de los hechos específicos de cada caso, y de las decisiones arbitrales para su contenido.

En algunas decisiones arbitrales como *S.D. Myers*¹⁴³ y *Pope & Talbot*¹⁴⁴ demuestran que algunos de los tribunales del TLCAN no consideraron el estándar de trato justo y equitativo como restringido al Derecho Internacional Consuetudinario, sosteniendo que, dicho estándar surge de forma independiente, apartándose de su interpretación conforme a presupuestos consuetudinarios, pues, su contenido incluye requisitos adicionales del derecho internacional¹⁴⁵.

También, fuera del ámbito TLCAN, otros tribunales¹⁴⁶ han interpretado que el estándar de trato justo y equitativo es autónomo respecto de la costumbre internacional, argumentando que dentro del texto de los TBI se ve reflejado la costumbre y que, si se pretendiera consagrar un estándar mínimo bajo la órbita de la costumbre internacional, se debería exponer de esa manera y no adoptando una redacción distinta¹⁴⁷.

¹⁴¹ Ibid.

¹⁴² SCHREUER, Christoph. "Fair and equitable treatment in arbitral practice". En: *The Journal of Investment & Trade*, 2005, p.365.

¹⁴³ *S.D Myers, Inc c. Canadá* (CNUDMI 1976) Laudo (13 de noviembre de 2000), par. 259.

¹⁴⁴ *Pope and Talbot Inc. c. Canada.* (CNUDMI 1976) Laudo (31 de mayo de 2002). Par. 113.

¹⁴⁵ WILLS-VALDERRAMA, Santiago. "Protección a la inversión extranjera en infraestructura por medio de acuerdos internacionales de inversión: Un nuevo reto para Colombia". *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Julio-diciembre de 2011, p. 23.

¹⁴⁶ Tecmed, Occidental, Enron, Ponderosa.

¹⁴⁷ DOLZER, Rudolf y SCHREUER Christoph "Principles of international investment law". Oxford University Press, 2008.

Es así como surge también la interpretación del trato justo y equitativo simplemente conforme al Derecho Internacional, incluyendo todas sus fuentes del derecho y sus principios generales. La OCDE así lo expuso, adoptando al trato justo y equitativo en algunos casos, como una cláusula general que se puede utilizar para todos los estándares de tratamiento, en ausencia de garantías específicas¹⁴⁸. En todo caso, el tratamiento protección y seguridad otorgado al inversor nunca será menor al requerido por el derecho internacional.

De esta manera se pronunció el tribunal en el caso *Tecmed*, refiriéndose al trato justo y equitativo como “una expresión y parte constitutiva del principio de buena fe reconocido por el derecho internacional, aunque para su violación no es menester que la parte estatal haya actuado de mala fe”¹⁴⁹. Así pues, los elementos que constituyen la violación del trato justo y equitativo están vinculados con la buena fe, las expectativas legítimas, la ambigüedad y la transparencia, el debido proceso, se reconocen como principios generales del derecho.

También, en *S.D. Myers*, el tribunal considero que el trato justo y equitativo y protección y seguridad, no deben leerse de forma aislada, sino como un todo, que contiene el tratamiento a los inversores de acuerdo con el derecho internacional: “The Tribunal considers that a breach of Article 1105 occurs only when it is shown that an investor has been treated in such an unjust or arbitrary manner that the treatment rises to the level that is unacceptable from the international perspective.”¹⁵⁰

A pesar de lo anterior, se puede establecer que el trato justo y equitativo de conformidad con el derecho internacional significa al menos y, por definición, el estándar mínimo de

¹⁴⁸ OCDE Working Papers on International Investment 2004/03. Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law. p. 20.

¹⁴⁹ Técnicas Medioambientales c. Estados Unidos Mexicanos (Caso CIADI No. ARB 70072), Laudo (29 de mayo de 2003), p. 153.

¹⁵⁰ S.D Myers, Inc c. Canadá (CNUDMI 1976) Laudo (13 de noviembre de 2000), par. 263.

tratamiento¹⁵¹, acompañado de las demás fuentes de derecho internacional, como las obligaciones de los tratados o los principios generales del derecho. Por consiguiente, el trato debe obedecer a un nivel mínimo, debajo del cual el tratamiento de los inversores extranjeros no debe estar, así, la conducta debe denotar negligencia intencional en el cumplimiento de un deber, insuficiencia en las actuaciones muy por debajo de los niveles internacionales, o incluso mala fe subjetiva¹⁵².

Por otro lado, también se ha afirmado, que el tratamiento según el derecho internacional se extiende a las otras obligaciones contenidas en tratados del Estado receptor de la inversión. Esta interpretación es poco común en los TBI, pues, amplía las obligaciones y da un alcance adicional a los inversores respecto de cualquier obligación del Estado, así se ha establecido en el artículo 10 (1) de la Carta de Energía: “En ningún caso se otorgará a dichas inversiones un trato menos favorable que el requerido por el derecho internacional, incluidas las obligaciones de los tratados”.

Por el contrario, otros TBI de Estados Unidos y Canadá, aclaran que las referencias al tratamiento de conformidad con el derecho internacional significan tratamiento de conformidad con el mínimo estándar de trato, y que, el incumplimiento de una disposición de otro tratado aparte no establece que se haya incumplido la disposición del estándar mínimo de tratamiento¹⁵³.

De tal manera, una actuación inferior de los niveles mínimos de tratamiento exigidos por el derecho internacional es vital para determinar la responsabilidad del estado receptor de la inversión, por la violación del estándar de trato justo y equitativo.

¹⁵¹ NEWCOMBE, Andrew & PARADELL Lluís. “Chapter 6 - Minimum Standards of Treatment”. En: *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, (© Kluwer Law International, 2009) p. 256.

¹⁵² Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil Genin c. República de Estonia. (Caso CIADI No. ARB/99/2) Laudo (25 de junio de 2001), par. 367.

¹⁵³ Artículo 5 (3) del TBI modelo de Canadá 2003 y TBI modelo Estados Unidos 2004.

b. Trato justo y equitativo como un estándar independiente

También, otras visiones han adoptado al estándar de trato justo y equitativo como un estándar independiente, con un significado autónomo, pues, no es apropiada la equivalencia con el nivel mínimo de trato, ya que una puede prevalecer sobre la otra, en cuestiones como el tratamiento arbitrario, la discriminación, y transparencia¹⁵⁴. Además, la incorporación automática de la norma mínima internacional con respecto al trato justo y equitativo evoca un concepto vago¹⁵⁵, para el tratamiento a los inversores extranjeros.

Es así como su interpretación debe ser textual según la redacción del tratado, teniendo en cuenta la intención de las partes para la promoción y protección a la inversión y tomando a las normas de Derecho Internacional como complementario.

Para ello resulta muy útil los principios de interpretación dispuestos en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículo 31 (1), del cual se puede extraer que el estándar debe tener un significado ordinario, analizado sobre el contexto de las otras normas de tratamiento y de conformidad con el propósito general de los tratados de protección y promoción a la inversión, respaldando la interpretación de que es un estándar autónomo y no equivalente al estándar mínimo de tratamiento.

Aun así, el uso del significado ordinario no llega a ser muy eficaz para establecer el significado del trato justo y equitativo. Y, la interpretación conforme el objeto y propósito del tratado, no es muy dicente, pues, todas las cláusulas contenidas en un TBI deben equilibrar los intereses legítimos tanto de los inversores como de los estados¹⁵⁶, el trato justo y equitativo debe leerse teniendo en cuenta los dos contextos, por un lado los intereses legítimos en la regulación de las inversiones para lograr los objetivos estatales y la aplicación de las leyes y al mismo tiempo, que el propósito expreso de los Tratados de promover y proteger las inversiones.

¹⁵⁴ DOLZER, Rudolf y SCHREUER Christoph "Principles of international investment law". Oxford University Press, 2008.

¹⁵⁵ Ibid.

¹⁵⁶ Saluka Investments c. República Checa (CNUDMI) Laudo parcial (17 de marzo de 2006). Par. 300.

La UNCTAD, ha dado un significado más concreto a este concepto, tratando de construir su contenido a partir de los comportamientos que son contrarios a la equidad o “if a State acts fraudulently or in bad faith, or capriciously and wilfully discriminates against a foreign investor, or deprives an investor of acquired rights in a manner that leads to the unjust enrichment of the State, then there is at least a prima facie case for arguing that the fair and equitable standard has been violated”¹⁵⁷.

Por consiguiente, el contenido del trato justo y equitativo comprende una serie de subelementos que protegen diferentes aspectos de los intereses de los inversores extranjeros, sin dejar de lado, las diferentes formulaciones de los TBI y de sus diferentes interpretaciones independientes caso por caso, para así identificar y evaluar si las acciones del Estado son justas y equitativas.

i. Vigilancia y protección

Uno de los elementos que es común al trato justo y equitativo para los tribunales es la obligación de vigilancia y protección, o, la obligación de ejercer una debida protección a la inversión, manifestada en ejercer una debida diligencia o vigilancia con respecto a la protección física de la inversión extranjera, aunque, en algunos tratados bilaterales de inversión, el trato justo y equitativo y la protección y seguridad plenas figuran como un solo estándar mientras que en otros lo establecen como protecciones separadas¹⁵⁸.

En el caso *AAPL* sobre la destrucción de una granja durante un conflicto entre los rebeldes y las fuerzas de Sri Lanka, se decidió acerca del requisito de protección y seguridad, el cual impone una responsabilidad estricta al estado anfitrión¹⁵⁹, concluyendo

¹⁵⁷ Conferencia de las Naciones Unidas Sobre Comercio y Desarrollo. “Fair and Equitable Treatment” UNCTAD, Series on Issues in International Investment Agreements, 1999, p.12.

¹⁵⁸ *Azurix Corp. c. República de Argentina*. (Caso CIADI No. ARB/01/12) Laudo (14 de julio de 2006). Par. 407.

¹⁵⁹ *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) c. República de Sri Lanka*. (Caso CIADI No. ARB/87/3) Laudo (27 de junio de 1990). Par. 73.

que se había presentado una violación al estándar debido a que las autoridades de Sri Lanka no tomaron medidas de precaución antes de lanzar un ataque armado destruyendo la granja.

De la misma manera, se estableció en el caso *AMT*¹⁶⁰, especificando que la obligación que cae en cabeza del Estado en virtud del trato justo y equitativo es la garantía de protección y seguridad a los inversores, incluyendo el deber de tomar todas las medidas necesarias para su disfrute y sin invocar la legislación interna para restarle validez a la obligación, de tal forma que el tribunal decidió que Zaire había incumplido con dicho estándar.

La obligación de protección y vigilancia conlleva el deber de los Estados de tomar todas las medidas razonables que proporcionan una protección física a los inversores extranjeros, teniendo en cuenta que el Estado esta "nothing more or less than the reasonable measures of prevention which a well-administered government could be expected to exercise under similar circumstances"¹⁶¹. La evaluación de sus actuaciones está determinada por el principio de diligencia debida, y limitada por lo que se podría esperar razonablemente del Estado según sus recursos, así pues, la diligencia debida está definida por la capacidad de un Estado para actuar.

El Estado receptor de la inversión no será responsable si las acciones de protección y seguridad al inversor son imposibles, pues, es importante analizar sus circunstancias particulares, como el nivel de desarrollo, su estabilidad y todas las condiciones para determinar a qué conducta estaba obligado el Estado, según la debida diligencia¹⁶². Por ejemplo, un inversionista que invierte en un área con conflictos civiles y mala gobernanza

¹⁶⁰ American Manufacturing & Trading (AMT), INC. c. República de Zaire. (Caso CIADI No. ARB/93/1) Laudo (21 de febrero de 1997). Par. 6.05.

¹⁶¹ FREEMAN, Alwyn. "The International Responsibility of States for Denial of Justice". London, New York Longmans, Green and Co, 1938, p. 277-278.

¹⁶² NEWCOMBE, Andrew & PARADELL Lluís. "Chapter 6 - Minimum Standards of Treatment". En: Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment, (© Kluwer Law International, 2009) p. 237

no puede tener la misma expectativa de seguridad que uno que invierte en un Estado desarrollado, y con estabilidad económica.

Es así, como el trato justo y equitativo está interrelacionado con la obligación de otorgar al inversor protección y seguridad plenas, ya que un trato que no es justo ni equitativo entraña automáticamente la falta a dicho estándar¹⁶³, el cual se puede ver manifestado en actos de violencia física o daños materiales, como en desprotección legislativa, poca estabilidad sin un entorno de inversión seguro.

ii. Denegación de justicia

El trato justo y equitativo también ha sido relacionado con el debido proceso o denegación de justicia, que exige la posibilidad de brindar a los inversores extranjeros una defensa efectiva a sus derechos e intereses dentro de los procedimientos judiciales y administrativos¹⁶⁴. Así, los tribunales arbitrales han analizado la forma en que se administra justicia en relación con los inversionistas, sin estar actuando en ningún momento como una jurisdicción de apelación.

Una violación a este estándar se puede manifestar en la no disposición de mecanismos procesales para la defensa del inversor, retraso excesivo de los procedimientos judiciales, incumplimiento de las garantías indispensables para la adecuada administración de justicia o un proceso manifiestamente injusto, de tal manera que se pueden evidenciar en 3 sentidos:

“In the broadest sense, it “seems to embrace the whole field of State responsibility, and has been applied to all types of wrongful conduct on the part

¹⁶³ Occidental Exploration and Production Company c. Ecuador (LCIA Administered Case No. UN 3467) Laudo (1 de julio de 2004). Par. 187.

¹⁶⁴ KLÄGER, Roland “Chapter 11: Fair and Equitable Treatment and Sustainable Development” En: “Sustainable Development in World Investment Law”. Global Trade Law Series, Volume 30, © Kluwer Law International, 2011, p. 246-247.

of the State towards aliens”¹²³ it includes therefore acts or omissions of the authorities of any of the three branches of government, i.e. executive, legislative or judiciary¹²⁴. In the narrowest sense, it is “limited to refusal of a State to grant an alien access to its courts or a failure of a court to pronounce a judgement”. There is also an intermediary sense, in which it is “employed in connection with the improper administration of civil and criminal justice as regards an alien, including denial of access to courts, inadequate procedures, and unjust decisions”¹⁶⁵

Así pues, el estándar de trato justo y equitativo permite a los tribunales evaluar la equidad, mediante el tratamiento estatal en la aplicación de los derechos del inversor tanto sustantivos como procesales a nivel nacional, ya que su rechazo arbitrario constituye una denegación de justicia¹⁶⁶.

En el caso, *Azinian c. México* el Tribunal sostuvo que estamos ante una violación al debido proceso cuando las instancias judiciales se niegan a considerar una demanda de este tipo, si la someten a demoras indebidas o si administran justicia en una forma inadecuada o grave, pero además añaden una denegación de justicia mediante una clara y maliciosa aplicación incorrecta de la ley¹⁶⁷. También, en el caso *Loewen c. Estados Unidos*, el tribunal también definió el trato justo y equitativo desde el debido proceso, y estableció que se trata de una “Manifest injustice in the sense of a lack of due process leading to an outcome which offends a sense of judicial propriety is enough, even if one applies the Interpretation according to its terms”¹⁶⁸

Más allá de estos ejemplos, algunos tribunales arbitrales son reacios a encontrar una violación al estándar de trato justo y equitativo, pues las solas irregularidades procesales no pueden constituir una violación del Derecho Internacional, pues se requiere algo más

¹⁶⁵ OCDE Working Papers on International Investment 2004/03. Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law. p. 20.

¹⁶⁶ FREEMAN, Alwyn. “The International Responsibility of States for Denial of Justice”. London, New York Longmans, Green and Co, 1938, p. 277-278.

¹⁶⁷ *Azinian c. Estado Unidos Mexicanos*. (Caso CIADI No. ARB(AF)/97/2) Laudo (1 de noviembre de 1999) par. 102-103.

¹⁶⁸ *Loewen Group Inc. and Raymond L. Loewen c. Estados Unidos*. (CASO CIADI No. ARB(AF)/98/3) Laudo (26 de junio de 2003) par.132.

que una injusticia manifiesta, pues aún los procesos estatales de toma de decisiones que cumplen con los requisitos de debido proceso y transparencia aún pueden conducir a un tratamiento que infringe el trato justo y equitativo.

iii. Transparencia

Al respecto, existe un amplio acuerdo entre los Estados sobre la importancia de la transparencia como un elemento que crea un clima predecible, estable y seguro para la inversión extranjera¹⁶⁹, pero a pesar de ello, no existe un consenso sobre su contenido específico en los TBI, al ser un concepto ambiguo.

Así pues, es útil identificar los elementos centrales o las obligaciones que surgen para el Estado de actuar de manera transparente, para ello el Derecho Comercial Internacional proporciona alguna orientación distinguiendo tres obligaciones distintas:

“(i) the obligation to publish, or at least make publicly available, all relevant regulations, and, as a general rule, not to apply or enforce them until this has been done;

(ii) provisions on the notification of various forms of governmental action to the WTO and other Members; and

(iii) obligations relating to the consistent, uniform, impartial and reasonable administration of regulations, and the right of review of decisions taken under them.”¹⁷⁰

En el contexto del trato justo y equitativo, la transparencia tiene que ver con la apertura y la claridad del régimen legal y los procedimientos del Estado anfitrión, para que así, todos los requisitos legales relevantes entorno a iniciar, completar y operar con éxito las

¹⁶⁹ WTO, Working Group on the Relationship between Trade and Investment, Transparency, Note by Secretariat, WT/WGTI/W/109, 27 March 2002.

¹⁷⁰ Ibid.

inversiones deben ser fácilmente conocidos por los inversores extranjeros¹⁷¹. Es este contexto, es de vital importancia la comunicación inequívoca entre el Estado anfitrión y el inversor, ya que puede evitar falsas expectativas por parte del inversor e incluso contribuir a la equidad general de los procedimientos legales¹⁷².

Los tribunales arbitrales no han desarrollado completamente un concepto uniforme sobre el deber de transparencia, pero, el término en algunas ocasiones se usa de manera general para referirse a la totalidad de las medidas gubernamentales que afectan negativamente la inversión, así lo estableció el tribunal arbitral en el caso *Metalclad* en el cual dilucidó su contenido estableciendo la violación del trato justo y equitativo: “El Tribunal entiende que esto incluye la idea de que todo requerimiento legal pertinente a efecto de iniciar, completar u operar exitosamente inversiones realizadas, o que se tenga intención de realizar al amparo del Tratado, deberían de ser de fácil conocimiento de todos los inversionistas afectados de la otra Parte. No debería de haber lugar a duda o incertidumbre en tales asuntos.”¹⁷³. con el fin de que los inversionistas “puedan proceder con toda la apropiada prontitud y con la seguridad de que están actuando conforme a las leyes pertinentes.”¹⁷⁴.

En el caso en concreto, el tribunal decidió que no se cumplió con la obligación de asegurar un marco transparente y previsible para la planeación de la inversión a *Metaclad*, violando la protección del trato justo y equitativo.

Es así como los tribunales arbitrales poco a poco van llenando de contenido los diferentes estándares de protección, concretamente, definiendo las obligaciones de transparencia. En *Tecmed* se especificó las actuaciones del Estado deben ser "de manera consistente,

¹⁷¹ KLÄGER, Roland “Chapter 11: Fair and Equitable Treatment and Sustainable Development” En: “Sustainable Development in World Investment Law”. Global Trade Law Series, Volume 30, © Kluwer Law International, 2011, p. 248-249.

¹⁷² Ibid.

¹⁷³ *Metalclad Corporation c. Estado Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB (AF)/97/1) Laudo (30 de agosto de 200) par. 76

¹⁷⁴ Ibid.

libre de ambigüedades y totalmente transparente en sus relaciones con el inversionista extranjero"¹⁷⁵, lo cual representa un gran reto para los Estados en la coordinación de los múltiples niveles de gobierno a fin de respetar el trato justo y equitativo.

Así pues, a pesar de que es evidente que la mayoría de los acuerdos de protección a las inversiones contemplan la garantía de recibir un trato justo y equitativo, no existe un acuerdo general sobre el significado preciso de esta protección, es así como el deber de los tribunales resulta fundamental en el contenido de los diferentes estándares de protección¹⁷⁶, ya que, deben tomar las decisiones basados en el tratado específico, y en los principios del derecho internacional, incluidas las normas de interpretación de los tratados.

En conclusión, la determinación de si ha habido una violación del trato justo y equitativo depende en gran medida de los hechos y del contexto del caso en particular, incluyendo la conducta tanto del inversor como del Estado, todo esto analizado bajo la protección de los estándares del tratado, su objeto y contenido.

c. Las potestades regulatorias y el trato justo y equitativo

Ahora bien, es importante analizar las consideraciones de los tribunales sobre el estándar de trato justo y equitativo a la luz de las potestades regulatorias del Estado que son ejecutadas para proteger intereses esenciales.

Uno de los elementos incluidos en el trato justo y equitativo, es la estabilidad y previsibilidad del marco legal de los derechos conforme a la legislación nacional¹⁷⁷, elemento que se vio reflejado en las decisiones de los tribunales arbitrales sobre los casos argentinos en la crisis económica, estableciendo que esta garantía surge de la

¹⁷⁵ Técnicas Medioambientales c. Estados Unidos Mexicanos (Caso CIADI No. ARB 70072), Laudo (29 de mayo de 2003), Par.154

¹⁷⁶ NEWCOMBE, Andrew & PARADELL Lluís. "Chapter 6 - Minimum Standards of Treatment". En: Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment, (© Kluwer Law International, 2009) p. 278.

¹⁷⁷Ibid. p. 288.

confianza o expectativas de los inversionistas por las representaciones o compromisos específicos. En estos casos, los tribunales han encontrado que el marco legal no puede ceder a su favor a menos que se hayan hecho compromisos específicos o que se hayan garantizado derechos particulares, de tal manera que exista una expectativa legítima de que el marco legal no cambiara¹⁷⁸.

Es así como no caben las legítimas expectativas cuando un Estado hace declaraciones generales sobre reformas regulatorias, pues estas solo surgen cuando hay una conducta específica e inequívoca dirigida a un sujeto específico, de tal manera que, no existen derechos adquiridos relacionado a un marco regulatorio y los cambios en la política del gobierno son, por naturaleza, un riesgo de la inversión¹⁷⁹. Por lo tanto, se podría hacer un reclamo más fuerte cuando el Estado realiza promesas específicas y directas a un inversionista sobre los cambios en el marco regulatorio.

De tal forma es importante tener en cuenta otro elemento entorno a la potestad regulatoria como el entorno político del Estado, los riesgos legales y comerciales conocidos por el inversor, o que pudieron haberse conocido con la debida diligencia razonable en el momento de realizar la inversión, es un factor importante para evaluar la garantía de previsibilidad en el marco regulatorio y las garantías que el Estado receptor de la inversión habría podido ofrecer, así como el entorno económico¹⁸⁰.

Adicional a ello tribunales arbitrales como *Parkerings* han señalado que la estabilidad y la previsibilidad nunca son absolutas:

“It is each State’s undeniable right and privilege to exercise its sovereign legislative power. A State has the right to enact, modify or cancel a law at its own discretion. Save for the existence of an agreement, in the form of a stabilization clause or otherwise, there is nothing objectionable about the amendment brought to the regulatory framework existing at the time an investor

¹⁷⁸ CMS Gas Company c. República Argentina (Caso CIADI No. ARB/08/1) Decisión sobre la solicitud de anulación del Laudo (25 de septiembre de 2007). Par. 277.

¹⁷⁹ SCHREUER, Christoph. “Fair and equitable treatment in arbitral practice”. En: The Journal of Investment & Trade, 2005.

¹⁸⁰ Generation Ukraine Inc c. Ucrania. (Caso CIADI No. ARB/00/9) Laudo (16 de septiembre de 2003) par. 20.37.

made its investment. As a matter of fact, any businessman or investor knows that laws will evolve over time. What is prohibited however is for a State to act unfairly, unreasonably or inequitably in the exercise of its legislative power”¹⁸¹.

Según el tribunal, el régimen legal de cualquier inversión tiende a evolucionar en el tiempo, con el fin de abordar las necesidades esenciales de los Estados, hecho que de por si es permitido a menos que el Estado haya actuado de forma injusta, desigual o irrazonables en el ejercicio de su poder regulatorio.

Así pues, se deja en evidencia la necesidad de una ponderación necesaria entre las legítimas expectativas del inversor con respecto al marco legal y las potestades regulatorias de la administración, al respecto, en el caso *Saluka* se estableció:

“A foreign investor protected by the Treaty may in any case properly expect that the Czech Republic implements its policies bona fide by conduct that is, as far as it affects the investors’ investment, reasonably justifiable by public policies and that such conduct does not manifestly violate the requirements of consistency, transparency, even-handedness and nondiscrimination. In particular, any differential treatment of a foreign investor must not be based on unreasonable distinctions and demands and must be justified by showing that it bears a reasonable relationship to rational policies not motivated by a preference for other investments over the foreign-owned investment.

Finally, it transpires from arbitral practice that, according to the “fair and equitable treatment” standard, the host State must never disregard the principles of procedural propriety and due process⁴¹ and must grant the investor freedom from coercion or harassment by its own regulatory authorities.”¹⁸²

El trato justo y equitativo no requiere que los gobiernos adopten tipos específicos de políticas económicas, o que liberalicen, privaticen, desregulen, reduzcan los impuestos o participen en otras políticas económicas que podrían considerarse como condiciones favorables para la inversión privada.

¹⁸¹ *Parkerings – Compagniet AS c. República de Lituania* (Caso CIADI No. ARB/05/8) Laudo (11 de septiembre de 2007) Par. 332.

¹⁸² *Saluka Investments c. República Checa* (CNUDMI) Laudo parcial (17 de marzo de 2006). Par. 307 -306.

En tal sentido se pronunció el tribunal en el caso *MTD*, declarando que el trato justo y equitativo debe entenderse como un tratamiento imparcial que está destinado a promover, crear y estimular la inversión en lugar de proporcionar prescripciones para un comportamiento pasivo del Estado, pero al mismo tiempo, evita conductas perjudiciales para los inversores¹⁸³, pues, el Estado anfitrión debe establecer y mantener un marco legal apropiado para desarrollo óptimo de la inversión, unos tribunales imparciales, una burocracia eficiente y legalmente restringida, y transparencia en las decisiones, como un mecanismo de control sobre el gobierno¹⁸⁴.

En el caso *Gami c. Mexico* en el que una empresa azucarera mexicana con participación minoritaria estadounidense reclama la violación al estándar de trato justo y equitativo por una regulación arbitraria a la industria azucarera, frente a esto el tribunal sostuvo que:

“Es en este sentido que el fallo del gobierno en implementar o cumplir con sus propias leyes que afecta de manera negativa a los inversionistas extranjeros puede, pero no necesariamente llevar a una violación del artículo 1105. Mucho depende del contexto. (...) Cada parte del TLCAN debe por el contrario aceptar responsabilidad si sus agentes no implementan las regulaciones o lo hacen de una manera discriminatoria o arbitraria.”¹⁸⁵

También, en el caso *ADF* en el que se reclamaba por los daños derivados de una legislación federal de EE.UU. respecto a un proyecto de construcción, se consideró que no había violación al trato justo y equitativo debido a que según el tribunal, no hay lugar a analizar la validez legal del marco regulatorio interno estadounidense, al no tener el carácter de un tribunal de apelación, pues el alcance del arbitraje de inversiones está limitado por el TBI y las normas aplicables por el derecho internacional: “But something more than simple illegality or lack of authority under the domestic law of a State is necessary to render an act or measure inconsistent with the customary international law

¹⁸³ MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. c. República de Chile (Caso CIADI No. ARB/01/7) Laudo (25 de mayo de 2004), par. 117.

¹⁸⁴ Ibid.

¹⁸⁵ Gami Investments Inc. c. Mexico. Caso UNCITRAL. Laudo del 15 de noviembre de 2004, par. 91, 94.

requirements of Article 1105(1), even under the Investor's view of that Article. That "something more" has not been shown by the Investor."¹⁸⁶

Así pues, es evidente la fuerte tensión que existe entre derecho internacional y el ejercicio de la soberanía por parte de los Estados, en el uso de sus facultades regulatorias. Desde el derecho internacional de inversiones se han ido consolidado una gran serie de garantías y protecciones a los inversionistas extranjeros, con el fin de que la potestad regulatoria del Estado pueda ser ejercida en perjuicio injustificado a los inversionistas¹⁸⁷, sin embargo, no existe garantía de inmutabilidad de la ley o un compromiso de no ejercer las competencias constitucionales y legales.

El poder regulatorio estatal encuentra sus límites en el derecho internacional, "que obliga a no expropiar sin compensación, pero que reconoce la capacidad de los gobiernos de regular ciertas actividades económicas, con el fin de cumplir con los objetivos de bienestar general"¹⁸⁸. En la aplicación de las protecciones a la inversión frente a la regulación de los Estados, se han identificado los elementos que derivan en una violación a los derechos de los inversionistas como: el debido proceso, la no arbitrariedad, o la falta de transparencia.

En conclusión, se ha definido el trato justo y equitativo, bajo sus diferentes interpretaciones adoptadas por las decisiones arbitrales, como el estándar mínimo de trato o los principios aplicables del derecho internacional y otras fuentes reconocidas en ausencia de los principios aplicables y bajo los principios análogos de justicia generalmente reconocidos los estados que han desarrollado sistemas legalmente razonables¹⁸⁹.

¹⁸⁶ ADF Group Inc. c. Estados Unidos. (Caso CIADI No. ARB (AF)/00/1) Laudo (9 de junio de 2003) par. 190.

¹⁸⁷ VILLEGAS CARRASQUILLA, Lorenzo. "Acuerdos de protección a las inversiones y la potestad regulatoria del Estado: un análisis de la expropiación indirecta y el trato justo y equitativo." *Revista Internacional de Arbitraje*: enero – junio, 2010, p. 102

¹⁸⁸ *Ibid.* p.103.

¹⁸⁹ The American Law Institute's Restatement (Second) of Foreign Relations Law of the United States, 1965, par. 165.2.

Las muchas definiciones del trato justo y equitativo no afectan el deber del estado de otorgar el estándar mínimo actual de tratamiento según el derecho internacional consuetudinario, sin ignorar también, los derechos soberanos del Estado en torno a la regulación en virtud de un interés público.

2. EXPROPIACION

Esta figura es originaria del Derecho Público, y ha sido ampliamente reconocido por el Derecho Internacional, pues, media entre dos principios ampliamente reconocidos como la soberanía de los Estados sobre su territorio y el respeto a los derechos adquiridos de los extranjeros.

Así lo expone la Comisión de Derecho Internacional (CDI):

“Tradicionalmente a este derecho se le ha considerado como una facultad inherente a la soberanía y jurisdicción que ejerce el Estado sobre las personas y cosas que se encuentran en su territorio, que le permite proveer al bienestar y al progreso económico-social de la población.

(...)El hecho de que el derecho de expropiación también esté reconocido específicamente por el ordenamiento jurídico internacional. En efecto, salvo en las hipótesis de excepción que se examinarán oportunamente, la acción de expropiar, pura y simple, constituye una actuación legítima de parte del Estado y, consecuentemente, no comporta por sí misma responsabilidad internacional alguna.”¹⁹⁰

Así pues, la CDI identifica, que solo puede surgir responsabilidad si la medida adoptada es incompatible con el Derecho Internacional y con el derecho a expropiar, ya que implica la privación del ejercicio del derecho de propiedad a los extranjeros de manera arbitraria por parte del Estado.

¹⁹⁰ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. Responsabilidad del Estado por daños causados en su territorio a la persona o bienes de los extranjeros - Medidas que afectan derechos adquiridos. Disponible en: http://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a_cn4_119.pdf. (Consultado el 18 de junio de 2019)

Se ha regulado esta figura en dos instrumentos. Por un lado, encontramos el *Restatement, Third, Foreign Relations Law of the United States*¹⁹¹, en el cual se establece la garantía contra la expropiación indirecta en la que incluye los actos del Estado de adquisición forzosa y los que tengan por efecto privar de la propiedad mediante la imposición de tributos o regulaciones que limiten o restrinjan el goce de los derechos de propiedad de los extranjeros¹⁹².

También encontramos el Proyecto de la Convención sobre Responsabilidad Internacional de los Estados por Daños a Extranjeros, en el que se establece la prohibición explícita del Derecho Internacional a cualquier interferencia no razonable con el uso, disfrute o disposición de la propiedad. Sin embargo, especifican que serán consideradas ilícitas la apropiación de la propiedad compensada cuando esta resulte de la ejecución de leyes tributarias, de un cambio general en el valor de la moneda, de la acción de las autoridades competentes del Estado en el mantenimiento del orden, de la salud o de la moralidad pública¹⁹³.

Del mismo modo, esta figura ha sido incluida dentro de los estándares de protección a las inversiones, de los Acuerdos de Inversión, con el fin de evitar la vulneración, de los derechos de propiedad del inversionista, contemplando tanto las medidas de expropiación o nacionalización o cualquier otra medida que provoque directa o indirectamente la pérdida de la posesión o las que tengan su efecto equivalente.

¹⁹¹ Instrumento que recoge el Derecho Internacional que se aplica a Estados Unidos.

¹⁹² A state is responsible under international law for injury resulting from: (1) a taking by the state of the property of a national of another state that (a) is not for a public purpose, or (b) is discriminatory, or (c) is not accompanied by provision for just compensation.

¹⁹³ DOCUMENTO A/CN.4/106. Responsabilidad del Estado por daños causados en su territorio a la persona o bienes de los extranjeros. Disponible en: https://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a_cn4_106.pdf (consultado el 05 de marzo de 2020)

a. Expropiación directa y expropiación indirecta

En cuanto a la expropiación directa, o tradicional, en la que el Estado físicamente se apropia de los bienes del extranjero, y transfiere formalmente el título de propiedad para sí, la licitud de estas acciones depende del cumplimiento de los siguientes requisitos: la medida expropiatoria se debe tomar de forma no discriminatoria, siguiendo el principio del debido proceso, precedida de una indemnización y por motivo de un propósito público.¹⁹⁴

Con el cumplimiento de estos requisitos se limita la libertad del Estado para expropiar sin un motivo aparente, de forma arbitraria, con abuso de la buena fe y principalmente vulnerando los derechos de los inversionistas extranjeros.

Sin embargo, el punto más polémico en la expropiación indirecta es el referente la compensación, en caso de que sea lícita se deberá pagar una indemnización total y plena, correspondiente al valor justo del mercado de la inversión antes de que la expropiación se haya llevado a cabo. Por otro lado, en caso de una expropiación ilícita la indemnización deberá eliminar todos los daños y consecuencias causadas a los inversionistas según el principio Chorzów¹⁹⁵.

En todo caso, la indemnización debe ser pronta, plena, efectiva, y esta no debe reflejar ningún cambio al inversionista, ni beneficio para el Estado¹⁹⁶.

¹⁹⁴ Tratado de Libre Comercio Colombia – Estados Unidos. Artículo 10.7.

¹⁹⁵ El principio de Chorzów Factory implica la obligación de reparar para que en la medida de lo posible se borren todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación que habría existido si dicho acto no se hubiera cometido.

¹⁹⁶ Los parámetros para la indemnización fueron dados por la Doctrina Hull y la Doctrina Calvo.

Así pues, cuando estamos ante una expropiación directa, “el Estado ejecuta un acto¹⁹⁷ de nacionalización en el que los activos físicos del inversionista extranjero, generalmente su propiedad privada, pasan a manos del Estado para su uso y goce”¹⁹⁸.

Actualmente la expropiación directa es poco común y excepcional¹⁹⁹, pues ha ganado mucha más popularidad la expropiación indirecta o expropiación de facto, en la cual el Estado afecta los derechos de propiedad del inversionista con medidas que son equivalentes o tienen los mismos efectos de una expropiación directa, a tal punto que dichos derechos quedan inútiles a pesar de que el Estado no haya tenido la intención de expropiarlos y que el título de propiedad permanezca en el dueño²⁰⁰.

Por lo tanto, podemos establecer que la expropiación indirecta reúne las siguientes características mínimas:

- “1) Es un acto atribuible al Estado.
- 2) Implica una interferencia sobre derechos de propiedad, de tal magnitud que deja dichos derechos inútiles, evitando su uso, goce o disposición.
- 3) A pesar de que el dueño permanezca con la propiedad legal o posesión del bien.”²⁰¹

También, se puede considerar que un elemento decisivo para la existencia de una expropiación indirecta es la pérdida sustancial del control o del valor económico de la

¹⁹⁷ En estos actos pueden estar: la toma de tierras, la monopolización de la industria, intervención económica del Estado en sectores de la economía, o expropiación específica de empresas individuales.

¹⁹⁸ BOADA, Sebastián. “El concepto de expropiación según el arbitraje internacional de inversiones”. En Ensayos arbitrales. Centro de Arbitraje y Conciliación de Bogotá, 2010, p. 192.

¹⁹⁹ GONZALEZ DE COSSIO, Francisco. “Medidas equivalentes a expropiación en arbitrajes de inversión”. En Revista internacional de arbitraje. Enero a junio de 2006, p.146.

²⁰⁰ FAYA, Alejandro. “¿Cómo se determina una expropiación indirecta bajo tratados internacionales en materia de inversión? Un análisis contemporáneo”. Biblioteca jurídica virtual del instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, 2013, p. 222.

²⁰¹ Ibid.

inversión extranjera sin la privación física²⁰², por parte del Estado, y por lo tanto no implican un aumento de riqueza para el Estado²⁰³.

Igualmente, varios tribunales arbitrales como *Lauder c. República Checa* o *Tecmed c. México*, han definido la expropiación indirecta como:

“(…) la expropiación importa la apropiación forzada por el Estado de la propiedad tangible o intangible de particulares a través de actos administrativos o acción legislativa a ese efecto, el término también cubre situaciones que constituyen una expropiación de facto, en las que tales actos o legislación transfieren los bienes que constituyen su objeto a tercero o terceros distintos del Estado expropiador, o cuando dicha legislación o actos privan de tales bienes a los sujetos que los sufren, sin atribuirlos a terceros o al propio Estado”²⁰⁴

La expropiación indirecta también se puede clasificar en dos categorías: *Creeping expropriation* definida como una serie de medidas o actuaciones del Estado que vistas en conjunto en un lapso de tiempo dan lugar a una interferencia lenta y gradual en alguno de los derechos del inversionista que disminuye por el valor de la inversión, pero con ninguna de estas medidas por separado se puede dar lugar a una expropiación²⁰⁵.

Por otro lado, esta *Tantamount expropriation* referida a una serie de medidas estatales equivalentes a una expropiación dependiendo del contenido de la medida²⁰⁶, de esta manera, casi que cualquier actuación del Estado que tenga efectos económicos en los

²⁰² VILLEGAS CARRASQUILLA, Lorenzo. “Acuerdos de protección a las inversiones y la potestad regulatoria del Estado: Un análisis de la expropiación indirecta”. En *Revista internacional de arbitraje*. Enero a junio de 2010, p.77.

²⁰³ FAYA, Alejandro. “¿Cómo se determina una expropiación indirecta bajo tratados internacionales en materia de inversión? Un análisis contemporáneo”. *Biblioteca jurídica virtual del instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM*, 2013, p. 222.

²⁰⁴ *Técnicas Medioambientales c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB 70072), Laudo (29 de mayo de 2003), Par. 114.

²⁰⁵ BOADA, Sebastián. “El concepto de expropiación según el arbitraje internacional de inversiones. En *Ensayos arbitrales*”. Centro de Arbitraje y Conciliación de Bogotá, 2010, p. 194.

²⁰⁶ MARQUES ESCOBAR, Carlos Pablo. “Expropiación mediante regulación: inversión extranjera, tratados de promoción a las inversiones y el poder de policía de la administración”. *Int. Law: Rev. Colomb. Derecho Int.* Bogotá: 2008, p. 41.

inversionistas, equivaldría a una expropiación, pues llevan consigo la disminución del valor de la inversión.

Lo anteriormente expuesto evidencia que la mayoría de las medidas que dan origen a una expropiación indirecta, son de carácter regulatorio del Estado, en uso de su poder de policía a fin de adoptar disposiciones relativas al medio ambiente, la salud, la cultura, la moralidad pública etc. Por esta razón están en constante tensión los intereses de los inversionistas extranjeros y el derecho legítimo del Estado a regular persiguiendo un interés público y común.

Esto hace que sea un reto para los tribunales arbitrales distinguir ante un evento de expropiación indirecta o del uso legítimo de las potestades regulatorias de la administración, lo cual debe verificarse en un análisis caso por caso.

Sin embargo, comúnmente en los Tratados de Protección a las inversiones se establecen una serie de elementos que permiten establecer si se trata o no de una expropiación indirecta en un estudio caso por caso, entre ellos encontramos: impacto económico de la medida gubernamental entendida como la pérdida de los beneficios económicos y del control de la inversión, interferencia a las expectativas inequívocas y razonables, el carácter de la medida gubernamental entendida en tanto su duración.

Además, se establece que no constituirán expropiaciones indirectas los actos regulatorios no discriminatorios a fin de proteger intereses legítimos de interés público, como la salud pública, la seguridad y el medio ambiente.

Dichos elementos se analizarán en el título siguiente.

b. Decisiones arbitrales y judiciales sobre Expropiación

Ahora bien, los distintos tribunales arbitrales se han referido a la aplicación de la garantía contra la expropiación indirecta contenida en los tratados de protección a las inversiones, y que actualmente es la principal fuente de derecho para dilucidar su contenido. Así

mismo, las decisiones de los tribunales arbitrales se encuentran en constante evolución, pero, se pueden evidenciar dos posiciones en particular²⁰⁷, una pro-estatal dándole prioridad a las facultades regulatorias de la administración y otra pro-inversionista que maximiza los derechos de los extranjeros.

Así pues, las decisiones de los tribunales arbitrales se han centrado en analizar los factores que son tomados en cuenta para definir la expropiación indirecta, ya mencionados anteriormente.

i. Propiedad sujeta a expropiación.

En la mayoría de las ocasiones en los Tratados de Protección a las inversiones están definidos los límites en los que debe entenderse el concepto de inversión que podría estar sujeta a expropiación. No obstante, estas definiciones suelen estar consagradas en términos muy amplios, por tal motivo algunos tribunales y cortes han desarrollado que tipo de propiedad puede ser sujeta de expropiación.

En primer lugar, es pertinente mencionar la controversia *Norwegian Shipowners* ante la Corte Permanente de Arbitraje, la cual se dio sobre el monto de indemnización que debía pagarse a los dueños de astilleros noruegos que tenían contratos de construcción de barcos con empresas estadounidenses en la Primera Guerra mundial²⁰⁸, Estados Unidos requiso barcos en construcción, materiales, equipamiento, a lo cual la Corte concluyó que se había producido una expropiación de facto y por lo tanto se debían compensar los astilleros y también la cancelación de los contratos y ordenes existentes.

²⁰⁷ PAEZ, Marisol. "La expropiación indirecta frente al CIADI: consideraciones frente a la regulación de los actos administrativos de los Estados." *Revista de estudios internacionales*.

²⁰⁸ *Ibid.*

Otro de caso importante es el de la *Fábrica Chorzow*²⁰⁹, el cual se originó en 1926 cuando el gobierno polaco expropió la administración de una fábrica de las sociedades anónimas *Oberschlesische* y *Bayerische*, en cuyo contrato incluía patentes y contratos comerciales²¹⁰. Sobre este caso, la Corte Permanente de Justicia Internacional decidió que, si se encontraban frente a una expropiación indirecta, y debían reparar conforme a ella.

Los dos casos anteriores son significativos debido a que contienen el principio general concerniente a que una interferencia a la propiedad por parte del Estado puede constituir una expropiación, y también, contemplan la importancia de proteger tanto los derechos incorporales como los derechos corporales dado que gozan de contenido económico y patrimonial para los inversionistas extranjeros.

En este mismo sentido han fallado tribunales arbitrales como *Wena Hotels c. Egipto*, disputa surgida por dos acuerdos para arrendar y administrar dos hoteles en Egipto, que posteriormente fueron tomados en posesión por parte de una entidad Estatal, sin una compensación previa²¹¹. En dicho caso el tribunal concluyó que pueden estar expuestos a expropiación tanto los derechos tangibles como los intangibles de la propiedad y que no necesariamente pueden estar sujetos a expropiación los derechos reales, posición que también encontramos en el fallo del tribunal SPP c. Egipto, afirmando que los derechos contractuales gozan de igual protección bajo el Derecho Internacional²¹².

También, se ha entendido que no puede expropiarse un derecho que no está reconocido por el Derecho Interno, así lo reconoce Faya: “La razón es simple: los derechos de propiedad protegidos por el Derecho Internacional son creados por las leyes del país

²⁰⁹ El caso de *Fabrica Chorzow* también menciona elementos muy importantes acerca de la obligación de reparar, los daños que sirven para la evaluación del monto, y el alcance de la reparación, aspectos que son conocidos como “el estándar de *Chorzow*”.

²¹⁰ *Alemania c. Polonia*, (Caso *Fabrica Chorzow*) CPJI (13 de septiembre de 1928)

²¹¹ *Wena Hotels c. República Árabe de Egipto*, (Caso CIADI No. ARB/98/4) Laudo (8 de septiembre de 2000). Par. 98.

²¹² *Southern Pacific Properties Limited c. República Árabe de Egipto*, (Caso CIADI. No. ARB/84/3) Laudo (20 de mayo de 1992) Par. 164.

receptor, por lo tanto, es el derecho doméstico el que define la naturaleza y alcance de los derechos que un inversionista extranjero puede adquirir²¹³, pues para que exista expropiación los derechos afectados deben existir en la legislación del Estado receptor de la inversión, así lo establece el tribunal en *Encana c. Ecuador*²¹⁴.

De esta manera, los tribunales requieren de un grado de interferencia en los derechos de propiedad reconocidos por el Estado, ya sean corporales o incorporales, como requisito previo para la expropiación.

ii. Medidas expropiatorias

La expropiación indirecta lleva consigo la ejecución de una serie de actos o medidas por parte del Estado entendidas como acciones emprendidas por alguno de los órganos o poderes estatales, en el ejercicio de la libertad reglamentaria o regulatoria, como por ejemplo una ley, reglamento, decisión judicial, procedimiento, requisito o práctica, que se toma para lograr un propósito particular²¹⁵, y que en específico derivan en la privación de los derechos de propiedad y económicos del inversionista²¹⁶.

Es importante aclarar que, la naturaleza de la medida ejecutada es el elemento que marca la diferencia entre una medida regulatoria y una medida expropiatoria.

²¹³ FAYA, Alejandro. “¿Cómo se determina una expropiación indirecta bajo tratados internacionales en materia de inversión? Un análisis contemporáneo”. Biblioteca jurídica virtual del instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, 2013, p. 225.

²¹⁴ Encana Corporation c. República de Ecuador, (CNUDMI). Laudo (3 de febrero de 2006). Par. 184.

²¹⁵ RAJPUT, Aniruddha “Chapter 2: The Concept of 'Regulatory Measure' and 'Expropriatory Measure’”. En: Regulatory Freedom and Indirect Expropriation in Investment Arbitration. Kluwer Law International: 2018, p. 11.

²¹⁶ Dentro de las medidas se encuentra una gran variedad, como: impuestos, ventas forzadas, solicitud de tierras, anulación y cancelación a los derechos de propiedad, anulación de licencias o permisos, creación de monopolios estatales u otras formas de conductas arbitrarias que privan al inversionista de los beneficios de su propiedad. NEWCOMBE, Andrew & PARADELL, Lluís.” Chapter 7 – Expropriation”. En: Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment. Kluwer Law International: 2009, p. 328.

Uno de los elementos a analizar sobre los actos o medidas del Estado, es la duración que provoque un impacto considerable para que se lleve a cabo una expropiación²¹⁷.

Varios tribunales arbitrales coinciden en la permanencia de las medidas expropiatorias, pues no son suficientes las medidas de carácter transitorias o temporales, pues no provocaría los efectos sustanciales e importantes esperados en la propiedad²¹⁸.

Por ejemplo, en *Tecmed* en el que se reclama que la revocación de una licencia de operación es una expropiación indirecta, el tribunal sostiene: “se entiende que medidas adoptadas por un Estado, de naturaleza regulatoria o no, revisten las características de una expropiación indirecta en su modalidad de facto si es irreversible y de carácter permanente”²¹⁹

También, en *SD Mayers* caso en el cual se alegó la ocurrencia de una expropiación indirecta surgida de una prohibición a la exportación de desechos por parte de Canadá hacia Estado Unidos, por un aproximado de 18 meses. Dicho tiempo en consideración del tribunal, no demuestra que la medida tuviese los efectos o fuese equivalente a una expropiación, pues simplemente se pospuso por un tiempo los proyectos del inversionista²²⁰.

Ello no obsta, para que los inversionistas puedan reclamar expropiaciones surgidas de medidas de carácter transitorio, que tengan los efectos propios de anular la propiedad y dejarla inutilizable²²¹, sin embargo, en principio dichos actos no se considerarían expropiaciones indirectas a la inversión.

²¹⁷ PAEZ, Marisol. “La expropiación indirecta frente al CIADI: consideraciones frente a la regulación de los actos administrativos de los estados.” Revista de estudios internacionales, p. 23.

²¹⁸ APPLETON, Barry. “Regulatory Takings: The International Law Perspective”. New York University Environmental Law Journal, p. 45.

²¹⁹ Técnicas Medioambientales c. Estados Unidos Mexicanos (Caso CIADI No. ARB 70072) Laudo (29 de mayo de 2003), Par. 116.

²²⁰ S.D Myers, Inc. c. Canadá (CNUDMI 1976) Laudo (13 de noviembre de 2000), par. 268.

²²¹ AMADO, Jose & AMIEL Bruno. “Expropiación indirecta y la protección a las inversiones extranjeras”. Revista de Derecho, Themis, p. 66.

Sobre el grado de limitación a la propiedad que produzcan las medidas expropiatorias, esta puede ser de forma parcial o total, ya que los tribunales arbitrales no se han puesto de acuerdo sobre dicho aspecto. En algunos casos, no es necesario que el inversor se encuentre privado de la totalidad de sus propiedades, solo se requiere que tenga por efecto destruir el uso y disfrute económico²²², y en otros se requiere que necesariamente la privación sea de carácter total para que estemos frente a una expropiación indirecta. De cualquier manera, el impacto económico de las medidas expropiatorias debe tener consecuencias preponderantes para que interfiera con la propiedad del inversionista.

iii. Interferencia a los derechos de propiedad (Teoría Sole effects)

Para que se dé una expropiación indirecta por medio de una interferencia en los derechos de propiedad, no es necesario que exista una transferencia forzosa para privar al inversionista de sus activos, pues el título formal puede permanecer en poder del inversor extranjero²²³, y tampoco, es necesario que el Estado se beneficie de las medidas tomadas como expropiación indirecta.

Así pues, un inversionista puede ser objeto de una expropiación en virtud de cualquier medida administrativa o legislativa del Estado, que produzca una transferencia de los derechos de propiedad de la inversión, pero que se pierda su valor o se reduzca sustancialmente la rentabilidad esperada²²⁴.

²²² KRIEBAUM, Ursula. "Regulatory takings: Balancing the Interests of the Investor and the State". The Journal of World Investment and Trade. 2007, p.727.

²²³ KUNOY, Bjorn. "Developments in Indirect Expropriation Case Law in ICSID Transnational Arbitration". The Journal of World Investment & Trade. 2005, p. 472.

²²⁴ "Un inversionista extranjero, puede alegar que las acciones del Estado receptor de su inversión constituyen una expropiación indirecta en la medida que éstas lo hayan privado del beneficio económico que razonablemente esperaría, al "expropiar" su derecho a una expectativa razonable, económicamente viable e internacionalmente aceptada. Las legítimas expectativas de dicho inversionista, entendiéndose por éstas aquéllas que un inversionista razonablemente hubiese esperado obtener dentro del marco legal y económico en que dicha inversión fue desarrollada y eventualmente realizada, se encuentran entonces protegidas por el Derecho Internacional, y los

De esta manera se han pronunciado tribunales como *Metalclad*, caso en el cual a un inversionista estadounidense se le negó el permiso de construcción de un vertedero de residuos peligrosos por las autoridades municipales, a pesar de que el inversor haya recibido garantías de las autoridades federales de que había adquirido todas las licencias necesarias para realizar esta inversión, por ello, el Tribunal declaró que "una interferencia disimulada o incidental del uso de la propiedad que tenga el efecto de privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente esperaría de la propiedad, aunque no necesariamente en beneficio obvio del Estado receptor"²²⁵

Por otro lado, también es importante tener en cuenta si la interferencia es lo suficientemente restrictiva como para concluir que han despojado de la propiedad²²⁶, ya que, dicha interferencia debe tener grandes efectos como para dejar inútil o inservible la propiedad y que por ende se prive al dueño de cualquier uso o beneficio, de igual forma fue señalado por el tribunal *SD Mayers*:

“An expropriation usually amounts to a lasting removal of the ability of an owner to make use of its economic rights although it may be that, in some contexts and circumstances, it would be appropriate to view a deprivation as amounting to an expropriation, even if it were partial or temporary.”²²⁷

La gravedad del perjuicio causado con las acciones tomadas por el Gobierno, deben ser de tal importancia que prive de manera significativa y evidente de todo control de los activos del inversionista. Lo anterior también fue establecido por el tribunal en el caso *Feldman c. México* sobre la aplicación de unos tributos a la exportación de tabaco, en el

actos del Estado que afecten la misma pueden constituir una violación de la obligación internacional de dicho Estado contra la expropiación indirecta” Amado, Jose; Amiel Bruno. Expropiación indirecta y la protección a las inversiones extranjeras. Revista de Derecho, Themis, p. 65

²²⁵ Metalclad Corporation c. Estado Unidos Mexicanos (Caso CIADI No. ARB (AF)/97/1) Laudo (30 de agosto de 200) par. 130.

²²⁶ FAYA, Alejandro. “¿Cómo se determina una expropiación indirecta bajo tratados internacionales en materia de inversión? Un análisis contemporáneo”. Biblioteca jurídica virtual del instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, 2013, p. 225.

²²⁷ S.D Myers, Inc. c. Canadá (CNUDMI 1976) Laudo (13 de noviembre de 2000), par. 268.

que el tribunal no encontró una privación de la propiedad que diera lugar a una expropiación: “los actos regulatorios no han privado al demandante del control sobre su compañía, no han interferido directamente en sus operaciones internas y no han desplazado al demandante de su posición como accionista dominante”²²⁸.

De tal manera que, los tribunales arbitrales han sostenido que la privación de la propiedad debe ser grave, no efímera, y duradera en el tiempo; estos elementos se deben analizar teniendo en cuenta las características y el tipo de inversión expropiada.

Así pues, de las medidas debe surgir el efecto de privar al inversionista de todo poder económico de sus activos, de ello se desprende la doctrina de los efectos únicos o *sole effects*, que plantea que el único factor preponderante para determinar si se ha producido una expropiación indirecta es el efecto que se ha derivado en las inversiones²²⁹, pues si la interferencia y limitación en los derechos de propiedad es importante y exagerada, sería fundamental para determinar la ocurrencia de una expropiación indirecta, independientemente de la finalidad de la disposición adoptada.

En otras palabras, la intención es menos importante que los efectos o consecuencias derivadas de la toma de la propiedad; como por ejemplo la eliminación de los beneficios de la inversión, hacer que la propiedad carezca de valor²³⁰ o que los actos tengan los efectos equivalentes de una expropiación directa. De la siguiente manera se expone en el caso *Tippets* del Tribunal de Reclamación Irán -Estados Unidos: “The intent of the government is less important than the effects of the measures on the owner, and the form of the measures of control or interference is less important than the reality of their impact”²³¹,

²²⁸ Marvin Roy Feldman c. Estados Unidos Mexicanos (Caso CIADI No. ARB (AF)/99/1) Laudo (16 de diciembre de 2002), par. 142.

²²⁹ MOSTAFA, Ben. “The Sole Effects Doctrine, Police Powers and Indirect Expropriation under International Law”. Australian International Law Journal, 2008, p, 279.

²³⁰ Ibid.

²³¹ Irán c. Estados Unidos (Caso Tippets) 1984, p. 68.

Este mismo razonamiento fue expuesto por el tribunal en *Metalclad*, por darle más preponderancia a los efectos que a las motivaciones o fines buscados por las disposiciones estatales²³², con las que se privó al inversor del uso y beneficio económico que esperaba de su inversión, pues el acto en sí mismo da lugar a una expropiación indirecta.

Así pues, uno de los aspectos decisivos para determinar la existencia de una expropiación indirecta, es que la gravedad o severidad de la interferencia a la propiedad exceda un cierto nivel²³³ considerado por el tribunal como privatorio de la inversión.

Por ejemplo, en *Tokios Tokeles c. Ucrania*, en el que el Estado inició procesos e investigaciones sobre los negocios del inversionista para así paralizar sus contratos, al respecto el tribunal señaló:

“A critical factor in the analysis of an expropriation claim is the extent of harm caused by the government's actions. For any expropriation - direct or indirect to occur, the state must deprive the investor of a "substantial" part of the value of the investment. Although neither the relevant treaty text nor existing jurisprudence have clarified the precise degree of deprivation that will qualify as "substantial", one can reasonably infer that a diminution of 5% of the investment's value will not be enough for a finding of expropriation, while a diminution of 5% would likely be sufficient.”²³⁴

Así, hay un cuerpo de casos que representan las decisiones a favor de la doctrina de los efectos únicos, para darle más preponderancia al enfoque que considera que la expropiación surge de los hechos de los cuales se produce una transferencia o destrucción directa de la propiedad del inversionista, sin considerar los demás factores que dieron lugar a las disposiciones estatales.

En el mismo sentido, se encuentra el caso *Santa Elena c. Costa Rica*:

²³² *Metalclad Corporation c. Estado Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB (AF)/97/1) Laudo (30 de Agosto de 200) par. 124.

²³³ KRIEBAUM, Ursula. “Regulatory takings: Balancing the Interests of the Investor and the State”. *The Journal of World Investment and Trade*. 2007, p.727.

²³⁴ *Tokios Tokeles c. Ucrania*. (Caso CIADI No. ARB/02/18) Decisión sobre jurisdicción (29 de abril de 2004) par. 120

“Si bien una expropiación o una toma por razones ambientales puede ser clasificada como una toma para un propósito público, y esto puede ser legítimo, el hecho de que la Propiedad fue tomada para este fin no afecta ni la naturaleza ni la medida de la compensación a ser pagado por la toma. Es decir, el propósito de proteger el entorno para el cual se tomó la Propiedad no altera el carácter legal de la toma por la cual se debe pagar una compensación adecuada. La fuente internacional de la obligación de proteger el medio ambiente no hace ninguna diferencia”²³⁵

Es suficiente, demostrar que los actos expropiatorios ejecutados por el Estado tenían los efectos de una expropiación directa, como la pérdida del control de su actividad, o que el valor de la empresa haya sido virtualmente aniquilado²³⁶, o se ha perdido el valor económico y comercial de la inversión, para que estemos ante una expropiación indirecta.

No obstante, en la práctica actual, la doctrina de *sole effects* no tiene una acogida mayoritaria, pues “no resulta razonable presumir que los Estados, al incluir disciplinas de expropiación indirecta en sus tratados, aceptan ceder una parte de su espacio de política pública”²³⁷, pues los Estados permanentemente reivindicán su derecho soberano a regular en virtud del interés público²³⁸.

De esta manera, usualmente los tribunales se alejan de las posiciones extremas y consideran tanto la interferencia en los derechos de propiedad que causan el impacto de las medidas, como la naturaleza, finalidades y motivos que llevaron a que se tomen dichas medidas, de esta manera han fallado tribunales como *LG&E c. Argentina*:

“No hay duda de que la severidad de los cambios en el status legal y el impacto práctico sufrido por el inversionista en este caso, así como en la posibilidad del goce y uso de la inversión, son determinantes para establecer si hubo o no

²³⁵ Santa Elena c. Costa Rica (Caso CIADI No. ARB/96/1) Laudo (17 de febrero de 2001) par.71.

²³⁶ MOSTAFA, Ben. “The Sole Effects Doctrine, Police Powers and Indirect Expropriation under International Law”. *Australian International Law Journal*, 2008, p, 284.

²³⁷ FAYA, Alejandro. “¿Cómo se determina una expropiación indirecta bajo tratados internacionales en materia de inversión? Un análisis contemporáneo”. *Biblioteca jurídica virtual del instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM*, 2013, p. 231.

²³⁸ BURGHEITTO, María Beatriz & LORFING, Pascale Accaoui. “The Evolution and Current Status of the Concept of Indirect Expropriation in Investment Arbitration and Investment Treaties”. En: *Indian Journal of Arbitration Law*. Centre for Advanced Research and Training in Arbitration Law, National Law University, 2017, Volume VI Issue 2. p. 112.

expropiación indirecta. Lo que se discute es si, únicamente, deben ser tomados en cuenta los efectos que produce la medida o también el contexto en que se dictó y el propósito del Estado receptor. La opinión de este Tribunal es que debe haber un equilibrio en el análisis, es decir, ha de tratarse de un análisis que alcance tanto a las causas como a los efectos de una medida, a los fines de calificarla como expropiatoria.”²³⁹

Así pues, se ha generado discusión en torno a que el estudio de los efectos sobre la propiedad sea el único factor por analizar, pues, el solo hecho que una medida ocasione un impacto económico contrario a la inversión no podría concluirse que estamos frente a hechos expropiatorios, sin analizar otros aspectos que resultan importantes, como la interferencia en las expectativas razonables del inversor, las razones y el propósito del Estado.

c. Expropiación mediante regulación

Como se mencionó anteriormente, la generalidad de las expropiaciones, son llevadas a cabo mediante medidas regulatorias, tomadas por los Estados en uso de facultad soberana de regular aspectos esenciales para el funcionamiento estatal.

De manera que, los Estados pueden llevar a cabo una expropiación mediante el uso de medidas regulatorias o medidas netamente expropiatorias²⁴⁰, las cuales tienen el mismo efecto de impactar el valor de la propiedad. Pero, los Estados al hacer uso de una medida regulatoria tienen un objetivo, pues actúan en protección de un interés superior y legítimo.

Así pues, la doctrina del poder de policía hace un estudio sobre el carácter de la acción gubernamental, fijándose en el propósito y finalidad del Estado al adoptar disposiciones expropiatorias, analizando el contexto, las circunstancias y los elementos que llevaron al Estado a tomar decisiones que afectan los derechos de propiedad de particulares.

²³⁹ LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. c. República de Argentina, (caso CIADI No. ARB/02/01) Laudo (3 de octubre de 2006) Par. 191.

²⁴⁰ RAJPUT, Aniruddha “Chapter 2: The Concept of 'Regulatory Measure' and 'Expropriatory Measure’”. En: Regulatory Freedom and Indirect Expropriation in Investment Arbitration. Kluwer Law International: 2018, p. 11.

Según esta doctrina, los Estados en virtud de su potestad regulatoria²⁴¹, actúan por medio de políticas públicas, con el interés de promover objetivos o intereses legítimos, y que pueden afectar derechos de inversionistas extranjeros, pero que no necesariamente constituyen una expropiación²⁴² y, por lo tanto, no requieren de una compensación.

De este modo, las medidas tomadas en virtud de la libertad regulatoria de un Estado, puede dar lugar a una expropiación lícita, sin compensación²⁴³, pues con ello se preserva un interés público legítimo de la sociedad, lo que constituiría una exclusión de la responsabilidad del Estado.

La base de esta doctrina ha sido reconocida en instrumentos como *Restatement, Third, Foreign Relations Law of the United States* o en el Acuerdo Multilateral de Inversiones auspiciado por la OCDE, enunciando que el Estado no será responsable de pérdidas económicas de los extranjeros que son consecuencia de un ejercicio normal del poder de policía, manifestado en las actuaciones del poder público en cumplimiento del Derecho Nacional, como las regulaciones, los decretos o decisiones.

De tal manera que, esta doctrina ha sido reconocida en varios casos de inversión en tribunales arbitrales, los cuales han tenido que lidiar una creciente tensión entre el derecho a regular de los Estados y la ejecución de expropiaciones indirectas, pues, en los últimos años esa potestad regulatoria ha tenido un mayor uso ya que los Estados están interesados en desempeñar un papel más activo en la protección y regulación de la propiedad privada²⁴⁴. Y, por otro lado, cada vez son mayores las obligaciones

²⁴¹ El Derecho Internacional reconoce los derechos soberanos de los Estados, entre ellos el poder regulatorio en aspectos que gozan de gran interés para un Estado, de lo contrario, las potestades innatas de un Estado se verían mermadas.

²⁴² RAJPUT, Aniruddha "Chapter 2: The Concept of 'Regulatory Measure' and 'Expropriatory Measure'". En: *Regulatory Freedom and Indirect Expropriation in Investment Arbitration*. Kluwer Law International: 2018, p. 11.

²⁴³ PELLET, Alain. "Chapter 32: Police Powers or the State's Right to Regulate". En: KINNEAR, Meg & FISCHER, Geraldine, et al. (eds). *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID* © Kluwer Law International, 2015, p. 455.

²⁴⁴ Ibid.

internacionales de los Estados, que exigen una regulación interna para llevarlas a cabo, por ejemplo, en temas de derechos humanos, salubridad, y protección al medio ambiente.

Tribunales arbitrales como *Feldman*, reconocen que establecer una diferencia entre los poderes regulatorios y la expropiación indirecta es una tarea difícil, así lo exponen:

“Un Estado es responsable por la expropiación de bienes cuando somete los bienes extranjeros a impuestos, regulaciones u otras medidas de naturaleza confiscatoria o que impidan, interfieran arbitrariamente o demoren indebidamente el goce efectivo de los bienes extranjeros o su traslado desde el territorio de ese Estado... Un Estado no es responsable de la pérdida de bienes u otras desventajas económicas derivadas de tributos o regulaciones impuestos de buena fe y en general, de la confiscación por delitos u otros actos de este tipo que sean comúnmente aceptados como parte del poder de policía de los Estados, si no son discriminatorios”²⁴⁵

De tal manera, que la línea divisoria entre uno y otro es muy delgada, pues, cualquier regulación que lleve a cabo el Estado no está exenta de llevar consigo una expropiación indirecta, en esta medida, habría que analizar los motivos y condiciones en que el Estado ejecuta dichos actos y las garantías ofrecidas al inversor a fin de ejecutar el poder regulatorio, como el cumplimiento con el debido proceso y la no discriminación.

También, existe una tensión en las regulaciones estatales, pues se encuentran limitadas por los compromisos específicos y los derechos adquiridos por el Estado receptor, elementos que toman los tribunales arbitrales en consideración para determinar una expropiación indirecta, dando más prioridad, según la doctrina del poder de policía, al propósito y contexto en que las medidas estatales fueron tomadas.

De tal manera que el Estado tiene todo el poder de establecer su regulación, que debe ser aceptada por los inversionistas extranjeros, y por lo tanto no se debería demandar su responsabilidad por dichas medidas, salvo si las actuaciones son manifiestamente desproporcionadas o exceden los límites en relación a la necesidad o propósito que

²⁴⁵ Marvyn Roy Feldman c. México. (Caso CIADI No.ARB (AF)/99/01) Laudo (16 de diciembre de 2002). Par. 103

persigue el Estado con esta regulación²⁴⁶, pues en la mayoría de las ocasiones los Estados no tienen ninguna otra opción para actuar y mantener un interés de seguridad esencial.

Uno de los casos pioneros en la materia es *Sedco c. National Iranian Oil Co* en el que se sostiene que el derecho a regular de los Estados ejecutado de buena fe en uso de su poder de policía es un principio ampliamente aceptado por el derecho internacional, y por lo tanto no requiere de compensación²⁴⁷. La misma consideración se expuso en *Feldman*, en el que se apoyó firmemente la doctrina de los poderes de policía, afirmando que el derecho internacional consuetudinario la reconoce.

Así, en el caso *Methanex c. Estados Unidos*, en el cual una empresa canadiense alega expropiación indirecta por la prohibición del uso y comercialización del MTBE principio que usa el metanol para para mejorar la oxigenación del combustible, y que su prohibición alentaría la compra de sustitutos del metanol como el etanol. De esta manera, el tribunal especificó las características de las medidas regulatorias: “as a matter of general international law, a non-discriminatory regulation for a public purpose, which is enacted in accordance with due process and, which affects, inter alios, a foreign investor or investment is not deemed expropriatory and compensable²⁴⁸. Sin embargo, este laudo ha sido controvertido dado que supone un poder regulatorio ilimitado para los Estados²⁴⁹.

En este mismo sentido está el caso *Chemtura c. Canadá* en el cual el Estado receptor privó al inversionista de ejecutar sus contratos al establecer una regulación en la que no permite el uso de un pesticida agrícola (Lindano). El tribunal consideró que los actos del

²⁴⁶ VILLEGAS CARRASQUILLA, Lorenzo. “Acuerdos de protección a las inversiones y la potestad regulatoria del Estado: Un análisis de la expropiación indirecta”. En Revista internacional de arbitraje. Enero a junio de 2010

²⁴⁷ *Sedco c. National Iranian Oil Co.* (tribunal de reclamaciones Irán-EE. UU No. ITL 55-129-3) Laudo (28 de octubre de 1985). Par. 87.

²⁴⁸ *Methanex Corporation c. Estado Unidos (CNUDMI)* Laudo (3 de agosto de 2005). Par. 7.

²⁴⁹ BURGHEITTO María Beatriz & ACCAOUI LORFING Páscale. “The Evolution and Current Status of the Concept of Indirect Expropriation in Investment Arbitration and Investment Treaties”. En: *Indian Journal of Arbitration Law: Centre for Advanced Research and Training in Arbitration Law, National Law University, Jodhpur, Volume VI, 2017*, p. 116.

Estado fueron no discriminatorios, ejecutados siguiendo un interés prioritario como la salud humana y el medio ambiente, y por tal motivo se encuentra dentro del ejercicio válido del poder regulatorio del Estado, que no constituye una expropiación indemnizable²⁵⁰.

Los dos casos expuestos anteriormente dejan ver la forma más extrema de aplicación de la doctrina del poder de policía, puesto que establecen que cualquier medida regulatoria no discriminatoria, es un ejercicio válido de los poderes policiales del Estado y por lo tanto no hay obligaciones de pagar una indemnización, pero, además, niega también la existencia de una expropiación.

También, se encuentra el caso *Saluka c. República Checa*, en el que el tribunal arbitral reafirmó que los actos ejecutados por el Estado en ejercicio de su derecho a regular no son indemnizables, así priven al inversionista de sus derechos de propiedad, no obstante, el tribunal reconoce la dificultad que hay en la diferenciación de una medida estatal indemnizable y una no indemnizable, estableciendo que el Derecho Internacional aún no ha establecido el alcance preciso de las reglamentaciones estatales en virtud del poder de policía que no son resarcibles a los inversionistas:

“It thus inevitably falls to the adjudicator to determine whether particular conduct by a state “crosses the line” that separates valid regulatory activity from expropriation. Faced with the question of when, how and at what point an otherwise valid regulation becomes, in fact and effect, an unlawful expropriation, international tribunals must consider the circumstances in which the question arises. The context within which an impugned measure is adopted and applied is critical to the determination of its validity.”²⁵¹

Es importante mencionar el caso de *Philips Morris c. Uruguay* en el que el tribunal encontró que las medidas controvertidas se dieron en ejercicio legítimo del derecho del Estado a regular a fin de proteger la salud pública, interés reconocido y aceptado por el Derecho Internacional consuetudinario. Además, en el TBI aplicable se mencionaba una

²⁵⁰ Chemtura Corporation c. Canadá. (CNUDMI) Laudo (2 de agosto de 2010).

²⁵¹ Saluka Investments c. República Checa (CNUDMI) Laudo parcial (17 de marzo de 2006). Par. 264.

disposición que le permitía a los Estados negarse a aceptar inversiones por razones de seguridad, salud pública o moralidad.

Otros casis como *Glamis Gold c. Estados Unidos* o *Fireman's Fund c. México*, exponen una tesis contraria a la anterior, pues se enfocan en identificar la diferencia entre una regulación normal cuyos efectos deben ser soportados por los inversionistas y una expropiación indirecta como consecuencia de una regulación que implicaría una compensación.

De esta manera, se han enumerado las condiciones o características enunciadas por las decisiones arbitrales y el Derecho Internacional consuetudinario para que se dé una medida regulatoria que sea compensable en virtud del poder de policía, entre ellas se encuentran:

“si la acción se encuentra dentro de los poderes de policía reconocidos del Estado receptor; el objetivo (público) y efectos de las medidas; si la medida es discriminatoria; la proporcionalidad entre las medidas tomadas y el objetivo buscado; y que la naturaleza de la medida sea de buena fe.”²⁵²

La gran mayoría de casos coinciden en que para que se lleva a cabo una expropiación mediante regulación que no sea indemnizable, las medidas tomadas deben ser: no discriminatorias y deben cumplir con el debido proceso.

i. Debido proceso

Sobre el debido proceso, en algunos Tratados de Inversión se refieren a este como el cumplimiento de las disposiciones legales del Estado receptor de la inversión, o como el seguimiento de los procesos establecidos por la ley. De esta forma, las violaciones al debido proceso se pueden dar con una falta de notificación, omisión de audiencias, no permitir el derecho de defensa, no establecer formas de reparación, etc. De tal manera

²⁵² *Fireman's Fund c. México* (Caso CIADI No. ARB(AF)/02/1) Laudo (17 de julio de 2006). Par. 176.

que una violación al debido proceso se considera como una violación a la legislación local, y a las garantías de cada una de las partes²⁵³.

En este mismo sentido se pronunció el tribunal en el caso *ADC*, exponiendo que, los Estados deben poner a disposición los mecanismos legales básicos, como, medios de notificación eficaces, una administración de justicia imparcial, disponible y accesible, para hacer que dicho procedimiento legal sea eficaz²⁵⁴.

En conclusión, los Estados deben brindar los procedimientos legales adecuados que garanticen al inversionista las oportunidades necesarias para reclamar sus derechos y se escuchen sus peticiones e inconformidades, de lo contrario, los Estados estarían omitiendo su obligación de proporcionar un debido proceso, ante la inexistencia de mecanismos legales en el derecho local, dispuestos para las inconformidades de los inversionistas.

ii. No discriminación

Otra de las características que prescriben los acuerdos de inversión y los tribunales arbitrales es que una expropiación debe llevarse a cabo, de manera no discriminatoria con una regulación sea lícita. Este requisito se complementa con el estándar de nación más favorecida²⁵⁵.

El derecho internacional consuetudinario, también prohíbe las expropiaciones discriminatorias, sobre la base que no se le puede otorgar un trato diferente a un

²⁵³ NEWCOMBE, Andrew & PARADELL Lluís. "Chapter 7 – Expropriation". En: "Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment". Kluwer Law International, 2009, p. 377.

²⁵⁴ *ADC c. República de Hungría* (Caso CIADI No. ARB/03/16) Laudo (2 de octubre de 2006). Par. 435.

²⁵⁵ El estándar de nación más favorecida protege a los inversionistas de cualquier tipo de medida que el Estado lleve a cabo en perjuicio de ellos, y por razón de su nacionalidad, por lo tanto, requiere de una comparación entre el inversionista afectado y los inversionistas de otros países, si en circunstancias similares, el Estado discrimina y prefirió imponer la medida perjudicial a unos más que a otros.

extranjero motivados por razones de religión, cultura, etnia, nacionalidad, o grupo racial²⁵⁶.

De tal manera que para determinar si se ha llevado a cabo una expropiación discriminatoria y por lo tanto ilícita, se pueden hacer dos tipos de comparaciones: una comparación del tratamiento otorgado entre diferentes inversionistas extranjeros y una comparación del tratamiento otorgado entre inversionistas extranjeros e inversionistas nacionales, para identificar las diferencias de tratamiento discriminatorio entre uno y otro.

Si bien la mayoría de los tratados de inversión definen las características o requisitos para una expropiación lícita o por regulación, vistos anteriormente, los casos de expropiación indirecta requieren un análisis caso a caso, basados en las medidas en cuestión, los efectos en la inversión, y en general todo el contexto fáctico de las partes, pues las disposiciones de los tratados y las decisiones arbitrales²⁵⁷ no se pueden aplicar uniformemente a todos los casos, por la particularidad de los hechos.

iii. Proporcionalidad y límites.

Una de las cuestiones más importantes que se debe estudiar dentro de los poderes de policía es la proporcionalidad entre las medidas tomadas, el fin buscado por el Estado, sus efectos y los daños causados en la inversión. De tal manera que se debe analizar si los medios ejecutados son proporcionales al propósito alcanzado y si el Estado podría

²⁵⁶ MOLINUEVO, Martín. "Part III, Chapter 7: Expropriation". En: "Protecting Investment in Services: Investor-State Arbitration versus WTO Dispute Settlement". Global Trade Law Series, Volume 38 © Kluwer Law International, 2011, p. 197.

²⁵⁷ La importancia de las decisiones arbitrales radica en el análisis particular caso por caso, y así identificar de los factores más importantes que deben evaluarse en el desarrollo de los diferentes estándares de protección, para servir de referencia a casos posteriores.

haber ejecutado actos menos restrictivos²⁵⁸ que podría haber logrado el mismo efecto sin afectar los derechos del extranjero.

El laudo más completo en esta materia en específico es *Tecmed c. México*, en el que se establece que la proporcionalidad se debe observar desde el interés público protegido y las protecciones otorgadas a los inversionistas, pues, debe existir una relación razonable entre las cargas impuestas al inversionista extranjero y los objetivos que se pretenden alcanzar por el Estado, “para valorar tal carga o peso, se debe medir el tamaño de la privación de propiedad causada por las acciones del Estado y si dicha privación fue compensada o no”²⁵⁹, ya que el acto o medida no debe imponer ninguna carga o peso excesivo al inversor extranjero en relación con la finalidad perseguida.

En *Tecmed*, el tribunal explica la proporcionalidad recurriendo a las decisiones adoptadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sobre el Protocolo Adicional del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales²⁶⁰:

“Not only must a measure depriving a person of his property pursue, on the facts as well as in principle, a legitimate aim “in the public interest”, but there must also be a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realized (...). The requisite balance will not be found if the person concerned has had to bear “an individual and excessive burden” (...). The Court considers that a measure must be both appropriate for achieving its aim and not disproportionate thereto”²⁶¹

²⁵⁸ NEWCOMBE, Andrew & PARADELL Lluís. “Chapter 7 – Expropriation”. En: “Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment”. Kluwer Law International, 2009, p. 363.

²⁵⁹ Técnicas Medioambientales c. Estados Unidos Mexicanos (Caso CIADI No. ARB 70072), Laudo (29 de mayo de 2003), p. 122.

²⁶⁰ Protocolo Adicional del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales. Artículo 1: Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del derecho internacional.

Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las Leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas.

²⁶¹ James y otros c. Reino Unido (TEDH No. 8793/79) Fallo (21 de febrero de 1986). Par. 50.

De igual forma, lo han establecido tribunales como *LG&E*, en el que se reafirmó el poder del Estado de adoptar políticas para salvaguardar un propósito público de bienestar general, pero, el Estado debe cuidar que dichas medidas sean, acordes a las necesidades que se pretenden proteger, y que se puedan justificar frente a las inversiones²⁶². De tal manera que, dentro del análisis de proporcionalidad, se deben observar tres elementos, en primer lugar, los objetivos y la razonabilidad de las medidas estatales, siguiendo por la medida de la privación de los derechos económicos de la inversión y, por último, las expectativas legítimas adquiridas por los inversionistas extranjeros²⁶³.

No obstante, ese poder regulatorio que ostenta el Estado está limitado por los compromisos particulares que se le otorgaron al inversor extranjero, como por ejemplo incentivos otorgados para entrar al Estado anfitrión, como la obligación de abstenerse de tomar medidas regulatorias que impacten negativamente a la inversión²⁶⁴. Dichos compromisos pueden crear expectativas legítimas al inversionista y así mismo ser una limitación al Estado.

También se encuentran varios laudos que exponen un enfoque negativo de la doctrina del poder de policía, entre ellos esta *Pope & Talbot Inc. C. Canadá* en el que compararon una expropiación progresiva que se puede llevar a cabo mediante sucesivas regulaciones²⁶⁵, lo cual crea la oportunidad para vulnerar los derechos de los inversionistas expropiando su propiedad. Por otro lado, se encuentra *Santa Elena* en el que afirman que permanece la obligación internacional de compensar, producto de

²⁶² *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. c. República de Argentina*, (caso CIADI No. ARB/02/01) Laudo (3 de octubre de 2006) Par. 195.

²⁶³ NEWCOMBE, Andrew & PARADELL Lluís. "Chapter 7 – Expropriation". En: "Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment". Kluwer Law International, 2009, p. 363.

²⁶⁴ BURGHEITTO María Beatriz & ACCAOUI LORFING Páscale. "The Evolution and Current Status of the Concept of Indirect Expropriation in Investment Arbitration and Investment Treaties". En: *Indian Journal of Arbitration Law: Centre for Advanced Research and Training in Arbitration Law, National Law University, Jodhpur, Volume VI, 2017*, p. 119.

²⁶⁵ *Pope and Talbot Inc. c. Canadá*. (CNUDMI 1976) Laudo (31 de mayo de 2002). Par. 99.

cualquier medida que tome el estado en virtud de un interés general y limiten la propiedad extranjera, pues ellos se equiparan a una medida expropiatoria, sin importar que beneficios o que fin primordial persigan²⁶⁶.

²⁶⁶ Santa Elena c. Costa Rica (Caso CIADI No. ARB/96/1) Laudo (17 de febrero de 2001) Par. 72.

CAPITULO IV. INTERÉS PÚBLICO

Las figuras analizadas anteriormente, tiene como elemento en común, que derivan de una actuación del Estado, que tiene como fin de proteger un propósito o un interés públicos que debe ser visto según el Derecho Internacional Consuetudinario. Las normas integrantes del orden público deben ser de carácter general y esencial para la comunidad internacional que, según la Comisión de Derecho Internacional, deriva en *ius cogens*²⁶⁷, debido a sus efectos jurídicos.

El interés público, ha sido definido por el derecho privado internacional como una institución jurídica protectora del orden jurídico nacional que reflejan los valores o principios fundamentales del sistema jurídico, de la cultura del pueblo, la seguridad nacional, o los derechos fundamentales²⁶⁸, siendo: “(...) una excepción (cláusula de reserva) a la aplicación de la ley sustancial designada por la ley de conflicto o al reconocimiento y ejecución de una sentencia extranjera, por ir estas en contravención a los principios sobre los cuales se edifica un Estado.”²⁶⁹

De tal forma que el orden público, denota la existencia de normas y principios que son fundamentales, esenciales, universales, imperativos, y comunes para toda la comunidad internacional²⁷⁰. por ejemplo, para Monroy Cabra se refiere a un “conjunto de normas tendentes a salvaguardar la seguridad, la estabilidad, la paz, la salubridad y, en general, el interés comunitario y el bien común”²⁷¹, en este orden de ideas, un propósito público

²⁶⁷ VARÓN MEJÍA, Antonio. “Orden público internacional y normas *ius cogens*: Una perspectiva desde la Comisión de Derecho Internacional y la Convención de Viena de 1969”. Universidad del Rosario, 2010, p. 222.

²⁶⁸ JIMENEZ, Elba. “Orden Público Internacional (OPI) Fuentes de las normas de Derecho Internacional de Derechos Humanos” Universidad Nacional Autónoma de México, 2018, p. 23.

²⁶⁹ ROLDÁN PARDO, Juan Felipe. “El estado del arte del concepto de orden público internacional en el ámbito del derecho internacional privado y el arbitraje internacional”. Revista de Derecho privado No. 44, julio – diciembre 2010, p.7.

²⁷⁰ JIMENEZ, Elba. “Orden Público Internacional (OPI) Fuentes de las normas de Derecho Internacional de Derechos Humanos” Universidad Nacional Autónoma de México, 2018, p. 26.

²⁷¹ MONROY, Cabra. “Tratado de derecho internacional privado”. Bogotá, Temis, 6ª.ed., 2006, p.271.

persigue alcanzar intereses superiores, como la protección de los derechos humanos, la preservación del orden internacional y la paz y seguridad internacionales.

Ahora bien, el uso del propósito público en el contexto del arbitraje de inversiones da un carácter legitimador a las decisiones del Estado, o puede operar a modo de excepción en la aplicación del Tratado, cuando se quebranten los principios fundamentales relativos a la justicia o la moralidad, o a los intereses políticos, sociales o económicos que el estado busca proteger²⁷², cuestión que ha sido objeto de conocimiento y de amplios debates por los tribunales arbitrales, al ser un elemento sobre el cual cada Estado está en la facultad de determinar lo que considera un interés esencial.

La referencia del interés público, la podemos encontrar dentro de los tratados de inversión, en los artículos sobre medidas no preclusivas, y en los artículos que contemplan los requisitos para llevar a cabo una expropiación, así como el de expropiación indirecta, en los cuales se exige su interpretación según el derecho internacional. Es así, como los tribunales arbitrales se han referido según el caso en concreto, a la existencia o no de este requisito para determinar la licitud de las medidas tomadas por el Estado, aunque, en muchas ocasiones no se llegue a una definición concreta.

Sin embargo, varios doctrinantes han construido diferentes definiciones alrededor del interés público, que contemplan aspectos básicos de moralidad y justicia del Estado, como:

“(...) estándares fundamentales de la comunidad internacional, incluyendo los principios del intercambio comercial y otros criterios de carácter humanitario, los cuales se desarrollan a partir de los estándares comunes de las políticas

²⁷² ZAPPALÁ, Francesco. “Auténtico orden público internacional desde la óptica del arbitraje internacional”. Revista de Derecho Público, 34. Universidad de los Andes, enero – junio 2015, p. 16.

nacionales y de los conceptos fundamentales contenidos en las convenciones internacionales y en otros instrumentos internacionales.”²⁷³

Así pues, el interés público en muchas ocasiones puede constituir una limitación a la autonomía contractual, y al mismo tiempo una prerrogativa para los Estados, a la hora de determinar las actuaciones del uno y del otro, así se determinó en el caso *Saluka* en el que la privación de la propiedad o las actuaciones del Estado pueden justificarse si resulta del ejercicio de acciones dirigidas a mantener el orden público: “*It is now established in international law that States are not liable to pay compensation to a foreign investor when, in the normal exercise of their regulatory powers, they adopt in a non-discriminatory manner bona fide regulations that are aimed at the general welfare.*”²⁷⁴

En los casos, *Enron* y *Sempra* sobre la crisis económica en Argentina, los tribunales arbitrales consideraron que la crisis fue grave, pero no lo suficientemente como para poner en riesgo la existencia misma del estado y su independencia, pues, Argentina no demostró la existencia de la gravedad de las circunstancias y, tampoco la existencia de un interés esencial a pesar de que el tratado no defina que es un interés de seguridad o el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales²⁷⁵.

Por el contrario, el tribunal *LG&E* determinó que se demostró la existencia de un riesgo severo e inminente para el interés esencial de Argentina, que se había vulnerado por la crisis económica, acotando que:

“El interés, sujeto a protección, también debe ser esencial para el Estado. Lo que se considera un interés “esencial”, no debe entenderse limitado a aquellos intereses referidos a la existencia del Estado. Tal como lo ha demostrado la práctica, intereses económicos, financieros o relacionados con la protección

²⁷³ ROLDÁN PARDO, Juan Felipe. “El estado del arte del concepto de orden público internacional en el ámbito del derecho internacional privado y el arbitraje internacional”. Revista de Derecho privado No. 44, Universidad de los Andes, julio – diciembre 2010.

²⁷⁴ *Saluka Investments c. República Checa* (CNUDMI) Laudo parcial (17 de marzo de 2006). Par 255.

²⁷⁵ *Enron Corporation y Ponderosa Assets c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/01/3) Laudo (22 de mayo de 2007) Par. 333.

del Estado frente a cualquier peligro que comprometa gravemente su situación interna o externa son también considerados intereses esenciales.”²⁷⁶

También, algunos tribunales se han referido a la importancia de la prueba de la protección de un interés público, para definir las consecuencias derivadas de este, así se definió en el caso *ADC c. Hungría*, rechazando el argumento del Estado:

“In the Tribunal’s opinion, a treaty requirement for “public interest” requires some genuine interest of the public. If mere reference to “public interest” can magically put such interest into existence and therefore satisfy this requirement, then this requirement would be rendered meaningless since the Tribunal can imagine no situation where this requirement would not have been met”.²⁷⁷

Del mismo modo, se pronunció el tribunal en el caso *Siemens c. Argentina*, analizando la expropiación por un interés público, recalando la exigencia de la evidencia del propósito público, y que no esconda detrás otros intereses del estado que no están legitimados y vulnerando los derechos del inversionista²⁷⁸.

Así, los tribunales internacionales reconocen que los gobiernos pueden necesitar hacer uso de sus facultades regulatorias con fin de proteger ciertos intereses, en el uso de la propiedad. Si bien es cierto que los tipos de restricciones de propiedad que podrían apoyarse sobre la base de un propósito público pueden diferir sustancialmente de un estado a otro, en muchas ocasiones las normas internacionales son de gran ayuda para determinar si la medida estatal es razonable a las circunstancias, aunque el límite es difícil de determinar.²⁷⁹

²⁷⁶ LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. c. República de Argentina, (caso CIADI No. ARB/02/01) Laudo (3 de octubre de 2006) Par. 251.

²⁷⁷ ADC c. República de Hungría (Caso CIADI No. ARB/03/16) Laudo (2 de octubre de 2006). Par. 432.

²⁷⁸ Siemens c. Argentina. (CASO CIADI No. ARB/02/8) Laudo (17 de junio de 2007) par. 273.

²⁷⁹ NEWCOMBE, Andrew & PARADELL Lluís. “Chapter 7 – Expropriation”. En: “Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment”. Kluwer Law International, 2009. P. 360.

The Harvard Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens, es uno de los instrumentos internacionales que legitiman la toma de propiedad extranjera o las medidas gubernamentales, respaldadas por un interés legítimo estatal:

“The actual necessity of maintaining public order, health, or morality in accordance with laws enacted for that purpose is a "sufficient justification" (...) except when the measures taken against the injured alien clearly depart from the law of the respondent State or unreasonably depart from the principles of justice or the principles governing the action of the authorities of the State in the maintenance of public order, health, or morality recognized by the principal legal systems of the world.

(...)

An uncompensated taking of an alien property or a deprivation of the use or enjoyment of property of an alien which results from the execution of tax laws; from a general change in the value of currency; from the action of the competent authorities of the State in the maintenance of public order, health or morality; or from the valid exercise of belligerent rights or otherwise incidental to the normal operation of the laws of the State shall not be considered wrongful.”²⁸⁰

Además, se enuncia de que tipos de propósito público pueden estar incluidos, como la salud, los impuestos, sin embargo, según James Crawford no puede establecerse una definición *a priori* de lo que constituye un interés esencial: “El carácter más o menos ‘esencial’ de un interés determinado está en función, naturalmente, del conjunto de las condiciones en que se encuentra un Estado en las diversas situaciones concretas; es preciso, pues, apreciarlo en relación con cada caso particular en que entre en consideración tal interés, y no determinarlo anticipadamente en abstracto”²⁸¹, pero, también menciona que este interés no debe estar únicamente relacionado con la existencia del Estado, incluyendo aspectos de la vida humana o del medio ambiente.

²⁸⁰ AGO, Roberto. “First report on State responsibility Document”. A/CN.4/217. Special Rapporteur Review of previous work on codification of the topic of the international responsibility of States.

²⁸¹ CRAWFORD, James. RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS. Documento A/CN.4/498 y Add.1 a 4 Segundo informe sobre la responsabilidad de los Estados.

La Corte Internacional de Justicia en el caso Gabcikovo-Nagymaros, examinó el estado de necesidad, que se deriva de una protección a un interés esencial que estaba amenazado por un peligro grave o inminente, y específico que el medio ambiente y el agua potable constituyen un interés esencial a los fines del Estado²⁸².

También, podemos encontrar el artículo XIV del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, el cual contempla que el orden público puede invocarse, cuando se plantea una amenaza genuina y suficientemente grave a uno de los intereses fundamentales de la sociedad. De tal manera se estableció en el caso Estados Unidos – Juegos de Azar, en el que se consideró que las nociones de moral u orden públicos se relacionan con los intereses de las personas dentro de una comunidad o una nación en su conjunto y que el orden público, en particular, se refiere a la preservación de los intereses fundamentales de una sociedad, tal como se refleja en las políticas y leyes públicas. Estos intereses fundamentales pueden relacionarse, entre otros, con las normas de derecho, seguridad y moralidad.

Y, los tribunales arbitrales de la misma manera han encontrado que, de acuerdo con la determinación del país anfitrión, las medidas relacionadas con las enmiendas en el sistema de devolución de impuestos, o con el propósito de proteger el patrimonio histórico del país anfitrión²⁸³, o restricciones en productos o instalaciones con riesgo ambiental potencial²⁸⁴, se consideró que todos cumplían el requisito de servir al interés público, por ejemplo en el caso Feldman, el tribunal arbitral estableció que:

“Governments must be free to act in the broader public interest through protection of the environment, new or modified tax regimes, the granting or withdrawal of government subsidies, reductions or increases in tariff levels, imposition of zoning restrictions and the like. Reasonable governmental regulation of this type cannot be achieved if any business that is adversely

²⁸² Hungría c. Eslovaquia. Corte Internacional de Justicia.

²⁸³ Southern Pacific Properties Limited c. República Árabe de Egipto, (Caso CIADI. No. ARB/84/3) Laudo (20 de mayo de 1992) par. 158.

²⁸⁴ Methanex Corporation c. Estado Unidos (CNUDMI) Laudo (3 de agosto de 2005). Par. 7. Santa Elena c. Costa Rica (Caso CIADI No. ARB/96/1) Laudo (17 de febrero de 2001) par.171.

affected may seek compensation, and it is safe to say that customary international law recognizes this”²⁸⁵

En conclusión, es importante tener en cuenta como el interés público, permean las actuaciones y decisiones del estado con respecto a las inversiones extranjeras en el territorio, y como es su aplicación en las diferentes protecciones que otorgan los tratados de protección a la inversión, pues muchas de estas acciones pueden tomar un impacto negativo en las inversiones.

Todo ello, implica que los estados no son totalmente libres al tomar decisiones regulatorias con el fin de promover y proteger los intereses públicos, pues en teoría las acciones reglamentarias deben estar acorde con las obligaciones de los tratados suscritos y así mismo, otorgan el consentimiento para someter todas las controversias a arbitraje, con el fin de revisar las medidas que promulgan. En el capítulo siguiente, se revisarán dichos impactos e instrumentos anteriormente expuestos en el caso de Colombia.

²⁸⁵ Marvin Roy Feldman c. Estados Unidos Mexicanos (Caso CIADI No. ARB (AF)/99/1) Laudo (16 de diciembre de 2002) p. 103.

CAPITULO V. CASO COLOMBIANO: ECO ORO MINERALS

1. LA CONTROVERSIA

a. Páramo De Santurbán

En primer lugar, nos referiremos al lugar en que el inversionista Eco Oro inicio sus trabajos, el cual es el Páramo de Santurbán, el cual corresponde a un ecosistema ubicado entre 15 municipios de los departamentos de Santander y Norte de Santander, abarca una superficie aproximada de 80.000 hectáreas. En este espacio la multinacional pretendía desarrollar el proyecto minero Angustura, concretamente en las áreas de Veta de Barro, Cristo Rey, Central, Los Laches y Silencio, en los cuales iban a extraer oro²⁸⁶.

Este Paramo, tiene una importancia significativa a nivel ambiental y social dado que de él se desprende el mantenimiento y regulación de la oferta hídrica de la que depende el desarrollo de los procesos productivos que se realizan en la región y el abastecimiento de 2.200.000 habitantes de las áreas metropolitanas de Bucaramanga y de Cúcuta²⁸⁷.

Otra de las funciones del Páramo de Santurbán, es que captura grandes cantidades de carbono, mitigando el cambio climático, y son refugio para cientos de especies amenazadas, incluyendo al icónico ojo de anteojos.

El páramo de Santurbán como es rico en agua también lo es en minerales, como el oro y plata, hierro, calcopiritas, cobre gris, galena, blenda. Debido a lo anterior esta zona es de gran interés para empresas de minería, además, las condiciones de la mina son favorables, dado estando la mina a flor de tierra no hay que perforar pozos, ni usar máquinas de extracción, ni instalar bombas, a esto se le suma que la mano de obra es suficiente y barata. Su extensión permite calcular la existencia de cantidades de

²⁸⁶ Cuidando el Páramo de Santurbán de los daños de la minería. Disponible en: <https://aida-americas.org/es/cuidando-al-p-ramo-de-santurb-n-de-los-da-os-de-la-mineria> (Consultado el 07 de abril de 2020)

²⁸⁷ BUITRAGO, Emerson. "Una historia y una vida alrededor del oro: territorialidad y minería en el municipio de Vetas, Santander, Colombia". Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. pág. 322

minerales suficientes para una explotación aún importante durante un período superior a 30 años.

b. Eco Oro Minerals

Eco Oro Minerales, anteriormente Greystar Resources, es una compañía canadiense que se dedica a la exploración y desarrollo de metales preciosos y posee una cartera de proyectos en Colombia.

Eco Oro Minerals tiene su sede en Vancouver, Canadá, y fue fundada en 1997 tras la fusión de Greystar Resources Ltd. y Churchill Resources Ltd, el 16 de agosto de 2011 adoptó su actual nombre.

La minera se ha focalizado en su proyecto subterráneo de oro-plata. Recientemente su proyecto más importante era Angostura, ubicado en el departamento colombiano de Santander.

c. Proyecto de Angostura: Eco Oro en Santurbán.

1. La multinacional Greystar Resources llegó al páramo de Santurbán en 1994.
2. En este mismo año adquirió el permiso de minería 3452 el cual le otorgo el derecho de explorar y explotar recursos minerales en un área de 250 hectáreas del Municipio de California, departamento de Santander, en aras de desarrollar el Proyecto Angostura.
3. El 13 de diciembre de 1996 la División Regional de Minas de Bucaramanga otorgó la Licencia de Exploración No. 0101-68 para la explotación de un yacimiento de ORO Y PLATA, para un área localizada en el municipio de California, por el término de diez años contados a partir del 19 de abril del año 2000, fecha de inscripción en el Registro Nacional Minero.
4. En el año de 1997 la Corporación Autónoma para la Defensa de la meseta de Bucaramanga, aprobó el plan de manejo ambiental de Eco Oro, en relación con las

actividades de explotación minera de oro y plata dentro del área del permiso 3452, otorgado anteriormente.

5. En 1999 la multinacional suspendió sus operaciones dado el secuestro de su gerente Norbert Reinhardt por quien pedían 2 millones de dólares.
6. En 2003 Greystar regreso a la región para adelantar sus proyectos en la zona
7. Tras la nueva legislación del Código de Minería, Eco Oro quiso convertir el permiso 3452 en un contrato de concesión, el cual fue otorgado el 8 de febrero de 2007.
8. El contrato de concesión fue registrado en el Registro Nacional de Minería el 9 de agosto de 2007, y se concedido por un periodo de 20 años.
9. Para desarrollar el proyecto minero Angostura, Eco Oro invirtió más de 250 millones de dólares, en las 30 mil hectáreas del proyecto.
10. El 23 de diciembre de 2009 presentó solicitud de licencia ambiental global para el proyecto de explotación de minerales auroargentíferos denominado “Angostura” correspondiente al contrato de concesión minera No. 3452, localizado en jurisdicción de los municipios de California y Vetas, allegando para el efecto el Formato Único Nacional de Solicitud de Licencia Ambiental junto con el Estudio de Impacto Ambiental.
11. La multinacional remitió a la autoridad ambiental (Dirección de Licencias Permisos y Tramites Ambientales) todos los documentos requeridos, como: la constancia de pago por el servicio de evaluación de la licencia ambiental; certificado sobre presencia de comunidades indígenas o negras en el área completa de influencia del proyecto y, certificado sobre la existencia de territorio legalmente constituido en el área de influencia del proyecto.
12. Mediante el Auto No. 1241 del 20 de abril de 2010, el Ministerio de medio ambiente ordenó la devolución del documento denominado —Estudio de Impacto Ambiental para el proyecto Angostura. Explotación a cielo abierto de minerales Auroargentíferos, presentado por la empresa Greystar Resources LTD, para el desarrollo del proyecto Angostura, y estableció que el nuevo estudio que presente la empresa para el desarrollo del proyecto deberá considerar a el “Páramo de Santurbán” como área

excluida de la actividad minera. Contra este auto se interpuso recurso de reposición, el cual fue decidido de manera favorable mediante auto 1859 del 27 de mayo de 2010, en el cual ordena evaluar de fondo el documento remitido por la multinacional.

- 13.** Los días 21 de noviembre de 2010 y 4 de marzo de 2011 se celebraron 2 audiencias públicas solicitadas por Asociación Defensora de los Animales y Naturaleza – ADAN, en el curso del proceso de licencia ambiental. En estas audiencias públicas, se evidenció el inconformismo de un amplio sector de la población de Bucaramanga, y de los municipios de California y Vetás, así como de los ambientalistas del país, por la extracción de oro del Páramo, dada la importancia hídrica para todos estos municipios²⁸⁸.
- 14.** Mediante escrito radicado No. 4120-E1-36116 del 23 de marzo de 2011, Omar David Ossma Gomez, en calidad de Representante Legal de la empresa Greystar Resources LTD, solicitó al Ministerio del Medio Ambiente dar por terminado el proceso de licenciamiento ambiental correspondiente al proyecto de explotación de minerales Auroargentíferos denominado “Angostura”, por desistimiento de la empresa, y no continuar con la solicitud de otorgamiento de la licencia ambiental efectuada el 22 de diciembre de 2009 y archivar el proceso.
- 15.** El 31 de mayo de 2011 la dirección de licencias, permisos y trámites ambientales, emitió resolución No. 1015, en la cual se acepta el desistimiento de la multinacional y se niega la licencia ambiental global, por tratarse de minería en cielo abierto²⁸⁹.
- 16.** En junio de 2011 se sanciona la ley 1450, la cual establece en su artículo 202 la prohibición expresa de las actividades mineras en los ecosistemas del páramo y disponía que el ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial determinaría

²⁸⁸ Colombia: Miles marchan en defensa del Páramo de Santurbán. 28 de febrero de 2011. Disponible en: <https://www.businesshumanrights.org/it/node/85770/?dateorder=datedesc&page=3&componenttype=all> (Consultado el 07 de abril de 2020)

²⁸⁹ Resolución número 1015, 31 de mayo de 2011 “Por la cual no se acepta un desistimiento por motivos de interés público, se niega una licencia ambiental global y se toman otras determinaciones” disponible en: https://redjusticiaambientalcolombia.files.wordpress.com/2011/08/res_1015_310511.pdf (Consultado el 07 de abril de 2020)

los límites de los sistemas de paramo sobre la base de criterios técnicos, sociales, ambientales y económicos.

- 17.** El 16 de agosto de 2011 la multinacional adopta su actual nombre²⁹⁰.
- 18.** En septiembre de 2011 Eco Oro anuncia que solicitaría de nuevo la licencia ambiental para comenzar a operar en 2013 en Santurbán luego de la reformulación interna del proyecto.
- 19.** El 8 de agosto de 2012 mediante resolución VSC 002 la agencia Nacional Minera concedió a Eco Oro una prórroga de 2 años para que continúe con la etapa de explotación del proyecto Angostura, hasta el 8 de agosto de 2014. Sin embargo, advirtió que solo podrá explorar en las áreas que no afecten el Páramo de Santurbán, es decir, solo el 46% del proyecto planteado, dado que el 54% del proyecto se encuentra en lo que se considera Paramo.
- 20.** La decisión anterior fue objeto de recurso de reposición por parte de Eco Oro, el cual fue resuelto en la resolución VSC 004 del 12 de septiembre de 2012, en la cual otorga una extensión de la fase de exploración sobre la totalidad del contrato de concesión, no obstante, la multinacional no podrá realizar ninguna actividad de exploración en las áreas constitutivas de paramo según el Páramo Atlas emitido por el instituto Alexander Von Humboldt.
- 21.** Cabe aclarar que para la multinacional Eco Oro el proyecto Angostura no se encuentra en las zonas que están excluidas²⁹¹.
- 22.** El 19 de junio de 2013 la Agencia Nacional de Minería, expide la resolución VSC 592 de 2013, por la cual se designan algunos proyectos mineros como de Interés Nacional, entre los cuales incluye al proyecto minero Angostura de Eco Oro Minerals²⁹².

²⁹⁰ Eco Oro: Una oportunidad para el crecimiento económico en la minería sustentable del oro. Disponible en: <http://www.eco-oro.com/sp/NewsReleases.asp?ReportID> (Consultado el 07 de abril de 2020)

²⁹¹ Eco Oro – Comunicados de prensa: Eco Oro recibe una decisión positiva sobre el título principal de minería. 14 de septiembre de 2012. Disponible en: <http://www.eco-oro.com/sp/NewsReleases.asp?ReportID=579001& Title=Eco-Oro-Receives-Positive-Decision-on-Principal-Mining-Title> (Consultado el 07 de abril de 2020)

- 23.**A Eco Oro se le prorrogó por 2 años adicionales la etapa de exploración del contrato de concesión No. 3452, extendiéndola hasta el 8 de agosto de 2016, y reiterando la advertencia que el inversionista no podrá adelantar actividades exploratorias en la zona de páramo.
- 24.**El 19 de diciembre de 2014 el ministerio de medio ambiente expidió la resolución No. 2090 en la cual fue delimitado el páramo de Santurbán, en la que se tuvo en cuenta la delimitación realizada por el instituto Alexander Von Humboldt²⁹³.
- 25.**En esta resolución se establecen las coordenadas de tres áreas: el área de preservación que debe estar protegida de la actividad humana, el área de restauración que ha sido alterada por la actividad humana y debe repararse, y el área de uso sostenible en los que se puede llevar actividades productivas.
- 26.**Aproximadamente el 50.7% del área de la Concesión 3452 se encontraba dentro del área de preservación mientras que otro 3.9% yacía dentro del área de restauración. El 49% de la superficie del depósito de Angostura se encontraba debajo del área de preservación, mientras que otro 16% se encontraba debajo del área de restauración.
- 27.**En junio de 2015, el Congreso de Colombia promulgó un nuevo plan de desarrollo nacional cuatrienal para 2014-2018 a través de la Ley 1753, en su artículo 173 de la Ley se reiteró la prohibición general de actividades mineras o de explotación dentro de áreas delimitadas como páramo, con la excepción de proyectos que tenían un contrato de concesión y una licencia ambiental emitido antes del 9 de febrero de 2010.
- 28.**En el mismo año 2015 se presentó demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 173 de la ley 1753, por considerar que es insuficiente la protección ambiental que se le otorga a los páramos pues desconoce el deber de proteger áreas de especial importancia ecológica, vulnerando el derecho fundamental al agua y con desconocimiento en su desarrollo de las opiniones de algunos grupos sociales

²⁹³ Multinacional Eco Oro se alista para reactivar su proyecto minero en Santurbán, por Isolda Vélez, 23 de diciembre de 2014. Disponible en: <http://www.elcolombiano.com/colombia/multinacional-eco-oro-se-alista-para-reactivar-su-proyecto-minero-en-santurban-AJ964460> (Consultado el 07 de abril de 2020)

- 29.** El 8 de febrero de 2016 la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 173, pero inexecutable el párrafo 1, 2, 3 del mismo artículo, por considerar que desconoce el deber constitucional de proteger áreas de especial importancia ecológica, con lo cual pone en riesgo el acceso de toda la población al derecho fundamental al agua en condiciones de calidad.
- 30.** Con la sentencia anterior la Corte eliminó la excepción a la prohibición de la minería en ecosistemas de páramo para proyectos protegidos, como de actividades mineras y concesiones anteriores a la promulgación de la ley 1753.
- 31.** El 7 de marzo de 2016, Eco Oro entregó su aviso de intención de iniciar un procedimiento arbitral en virtud del TLC Colombia-Canadá en referencia a las medidas descritas anteriormente y alegando un estado de incertidumbre a las cuales el Proyecto Angostura estaba siendo sometido.
- 32.** El 2 de agosto de 2016, la Agencia Nacional de Minería suspendió la licencia a Eco Oro Minerals.

2. LOS ARGUMENTOS DE LAS PARTES ECO ORO VS. COLOMBIA

a. La postura de Eco Oro (demandante)

Los argumentos de la multinacional Eco Oro deben girar en torno a la violación de las obligaciones establecidas en el Tratado de Libre Comercio Colombia-Canadá, sin embargo, también se esgrimirán argumentos sobre responsabilidad internacional en general.

Así pues, los puntos centrales de la controversia para Eco Oro son:

- El Estado Colombiano expropió de manera indirecta los bienes y activos del demandante de conformidad con el TLC Colombia-Canadá.
- El Estado colombiano incumplió su obligación de dar al demandante un nivel mínimo de trato como le correspondía según el artículo 805 TLC Colombia-Canadá.

- El Estado Colombiano violó el principio de buena fe integrado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

i. El Estado Colombiano expropió indirectamente al inversionista según el anexo 811 del TLC Colombia– Canadá.

En el caso en concreto existe una expropiación indirecta sin compensación²⁹⁴ alguna, puesto que todo inversionista extranjero busca que los Estados no interfieran en sus intereses y derechos de propiedad. En este mismo sentido reza el anexo 811 el cual señala que una expropiación indirecta “resulta de una medida o de una serie de medidas de una Parte que tienen un efecto equivalente a una expropiación directa sin que medie una transferencia formal del título o derecho de dominio”, de esta manera una expropiación indirecta constituye una vulneración a los intereses del inversionista extranjero.²⁹⁵

Así mismo, el anexo 811 establece que la expropiación indirecta se configura cuando (A) se genera un impacto económico al inversionista, (B) se afectan las expectativas legítimas inequívocas y razonables de la inversión y (C) el carácter de la acción es desproporcionada y excede el poder de policía del Estado.

De la misma manera podemos resaltar 2 casos en los que se ha tratado este estándar de protección. Por un lado, en el caso *Tecmed* se define la expropiación como “una apropiación forzosa por el Estado de la propiedad tangible e intangible de particulares a través de actos administrativos o acción legislativa a esos efectos”²⁹⁶.

²⁹⁴ MIN COMERCIO INDUSTRIA Y TURISMO. tratado de libre comercio entre Colombia y Canadá [en línea]. Disponible en internet: <http://www.tlc.gov.co/publicaciones.php?id=681>.

²⁹⁵ PAEZ, Marisol. “La expropiación indirecta frente al CIADI: consideraciones para la autorregulación de los actos administrativos del Estado. En: Revista de estudios Internacionales, p.23.

²⁹⁶ Técnicas Medioambientales c. Estados Unidos Mexicanos (Caso CIADI No. ARB 70072), Laudo (29 de mayo de 2003), Par.154

También, en el caso *Metalclad* incluye en el concepto de expropiación indirecta como cualquier interferencia en el ejercicio del derecho de propiedad que tenga como efecto, la privación de beneficios económicos que el inversionista esperaba obtener:

“Expropriation under NAFTA includes not only open, deliberate and acknowledged takings of property, such as outright seizure or formal or obligatory transfer of title in favor of the host State, but also covert or incidental interference with the use of property which has the effect of depriving the owner; in whole or in significant part, of the use or reasonably-to-be-expected economic benefit of property even if not necessarily to the obvious benefit of the host State”²⁹⁷

Así pues, el inversionista podría reclamar una expropiación indirecta, fundamentada en los efectos de las medidas llevadas a cabo por el Estado Colombiano y que limita sus derechos de propiedad, de tal manera que dichas medidas destruyen la inversión o privan sustancialmente al inversor, en todo o en parte, del uso o goce del Proyecto Angostura, viendo nacionalizada su inversión, pues se ha reducido su valor económico, las acciones tomadas se dieron por fuera del marco legal y contractual vigente, en el ejercicio del poder soberano del estado, caracterizadas por su falta de razonabilidad y proporcionalidad.

Concretamente, el inversionista puede alegar que la expropiación indirecta se ve consumada con la sentencia C-035 de 2016 de la Corte Constitucional Colombiana, en la cual determino que las disposiciones de la ley 1753 de 2015 que establecían excepciones a la prohibición general de explotación minera en paramos eran inconstitucionales, por lo tanto desde la fecha de expedición de la sentencia Eco Oro no puede desarrollar actividades mineras en las áreas de paramo que coinciden con su concesión, ello con independencia de que el inversionista adquirió su concesión minera y sus licencias de exploración con anterioridad al 9 de febrero de 2010 (excepción que establecía el artículo 173 de la ley 1753 de 2015).

²⁹⁷ Metalclad Corporation c. Estado Unidos Mexicanos (Caso CIADI No. ARB (AF)/97/1) Laudo (30 de agosto de 200).

De tal manera, que a partir de la sentencia C-035 de 2016 se le ha privado a Eco Oro de sus derechos contenidos en el contrato de concesión 3452, no permitiendo al inversionista disfrutar de su valor económico, sin disfrutar en su totalidad del el Proyecto Angostura, limitándolo en más de un 60%.

Además de lo mencionado anteriormente, el inversionista puede reclamar que su inversión estaba fundamentada en una expectativa legítima, tratada en el caso Thunderbird c. Mexico en el cual el tribunal concluyó que no es procedente una indemnización en caso de expropiaciones reglamentarias cuando se demuestre que la inversión nunca gozó de un derecho adquirido en la actividad económica, de esta manera el tribunal definió la expectativas legítimas como “una situación en que la conducta de la Parte Contratante crea expectativas razonables y justificables para que un inversionista (o una inversión) actúe basándose en esa conducta, por lo cual el hecho de que una Parte no cumpla esas expectativas puede causar perjuicios al inversionista (o a la inversión)”²⁹⁸

Así pues, el inversionista tenía una expectativa legítima en su inversión, ya que la política pública respecto a la explotación minera en paramos, al momento de realizar la inversión y de constituir el contrato de concesión, generó expectativas legítimas²⁹⁹, además se venían desarrollando actividades mineras en Colombia desde hace más de 10 años, con un plan de manejo ambiental, y unas licencias de exploración minera, que fueron prorrogadas en 3 oportunidades. De esta manera, el inversionista si contaba con la confianza de desarrollar su proyecto minero Angostura y al no honrar dichas expectativas se genera una vulneración en los derechos de propiedad al inversionista.

Por lo anterior, al inversionista le expropiaron indirectamente su propiedad, de manera ilícita, pues esta expropiación se dio sin el pago de una indemnización pronta, adecuada

²⁹⁸ International Thunderbird Gaming Corporation c. Estados Unidos Mexicanos, Caso UNCITRAL. Laudo arbitral del 26 de enero de 2006, pág. 208.

²⁹⁹ GONZALES DE COSSIO, Francisco. “Trato justo y equitativo en arbitraje de inversión: Un ejercicio interpretativo.” Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2009.

y efectiva, causándole múltiples perjuicios al inversionista. Las medidas expropiatorias tampoco se dieron siguiendo el debido proceso, de manera no discriminatoria, y sin justificación de utilidad pública que pueda ser alegada por el Estado Colombiano.

iii. Violación al principio de la buena fe - Artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

De acuerdo con el principio de Buena fe, los estados contratantes deben mantener el objeto y condiciones inicialmente pactadas en aras de garantizar la seguridad jurídica de la inversión, es decir, el estado tiene la obligación de determinar desde el inicio la zona objeto de exploración y procurar la protección de las actividades de los inversores en el desarrollo de esta.

Además, acorde con este principio los Estados contratantes deben mantener el objeto y condiciones inicialmente pactadas en aras de garantizar la seguridad jurídica.

Es de resaltar que el mismo ordenamiento colombiano atribuye una importancia considerable a la estabilidad jurídica de los contratos y protección a la inversión, por ejemplo, a través de la Ley 963 del 2005 por la cual se instaure la estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia, garantizando mediante los contratos de estabilidad jurídica que “el Estado asegura a los inversionistas que los suscriban, que si durante su vigencia se modifica en forma adversa a estos alguna de las normas que haya sido identificada en los contratos como determinante de la inversión, los inversionistas tendrán derecho a que se les continúen aplicando dichas normas por el término de duración del contrato respectivo.”

Por lo tanto, hay mala fe del Estado colombiano, al aprobar contratos de concesión que van en contra de su propia política pública, y al no existir congruencia entre la protección legal a la inversión extranjera y los actos ejecutados por sus órganos de control.

Así pues, por todo lo anteriormente mencionado, la inversión de Eco Oro en el páramo de Santurbán se ve totalmente frustrada, ha perdido valor económico por las actuaciones confusas, ambiguas, contradictorias, manteniendo su inversión en un estado de inseguridad jurídica y violatorias del TLC Colombia Canadá.

b. La postura de Colombia (demandado)

La defensa del Estado Colombiano debe girar en torno a las consideraciones que lo llevaron a negar los permisos de ejecución de un contrato minero en el territorio, en consideración a un propósito público legítimamente defendida, pues, la inversión propuesta por la multinacional no se ajustaba a las exigencias de sus autoridades ambientales.

En esencia, el Estado colombiano debe pretender:

- Que se niegue la responsabilidad del Estado colombiano en virtud de la cláusula de medidas no preclusivas establecida en el tratado por encontrarse en una necesidad ambiental.
- Que se niegue cualquier tipo de compensación como consecuencia de la suspensión de las actividades de explotación en torno al contrato de concesión entre Eco Oro Minerals y el Estado colombiano.

i. Actuación bajo la Cláusula de medidas no preclusivas establecida en el Tratado (Artículo 815)

No se configura la responsabilidad Internacional del Estado colombiano puesto que el Estado actuó bajo la Cláusula de Medidas no Preclusivas, establecida en el Tratado en su Artículo 815, que le permite ejecutar medidas que no disminuyan estándares o

medidas de interés fundamental para el Estado como en materia de salud, seguridad, y medioambiente:

“Las Partes reconocen que no es adecuado fomentar la inversión mediante la disminución de sus estándares en medidas nacionales de salud, seguridad o medioambientales. En consecuencia, una Parte no deberá dejar de aplicar o de otra manera dejar sin efecto, u ofrecer dejar de aplicar o de otra manera dejar sin efecto tales medidas como una forma de incentivar el establecimiento, adquisición, expansión o retención en su territorio de una inversión de un inversionista. (...)”

Del mismo modo, un reflejo o evidencia de dicha cláusula se encuentra en la causal de exclusión de la responsabilidad reconocida por la Comisión de Derecho Internacional y la Corte Internacional de Justicia siempre que se cumpla con el cumulo de elementos: a) que exista un interés esencial para el estado; b) que el acto represente un grave e inminente peligro; c) que el estado no tenga otros medios para salvaguardar dicho interés que incumplir con la obligación internacional, y d) que la medida no perjudique a los intereses de los estados que hacen partes y la comunidad internacional en general.³⁰⁰

Dicha exclusión a la aplicación del tratado también se encuentra en el artículo 2201 numeral 3 y 4 sobre las excepciones en materia de inversión, estableciendo los intereses públicos que pueden ser resguardados por los Estados, entre ellos: la protección de la salud humana, la conservación de recursos naturales o los intereses fundamentales de la sociedad.

Adicional a ello, el Acuerdo sobre Medio Ambiente entre Canadá y la República de Colombia, instrumento contenido en el TLC, dispone que “cada parte deberá observar y hacer cumplir su legislación ambiental a través de la acción gubernamental y sus leyes ambientales”³⁰¹, por lo cual, “ninguna parte promoverá el comercio o la inversión

³⁰⁰ Hungría c. Eslovaquia. Corte Internacional de justicia.

³⁰¹ Artículo 2.2 del Acuerdo sobre Medio Ambiente entre Canadá y la República de Colombia.

mediante el debilitamiento o la reducción de los niveles de protección contemplados en su legislación ambiental”.³⁰²

En el caso concreto:

- Si existe un interés esencial para el estado, dado que el Páramo Santurbán contiene recursos naturales no renovables esenciales para el mantenimiento de la calidad de vida de los habitantes pues, abastece 23 de los acueductos municipales y presta servicios ecosistémicos de especial importancia ecológica cuya conservación se deriva de los artículos 58, 79, 90 y 85 de la Constitución Política y de los diversos tratados y acuerdos anteriormente citados.
- El contrato de concesión minera atenta directamente contra estos recursos y contra todos los elementos en torno al proyecto Angostura, de manera que puede considerarse un grave e inminente peligro para los intereses estatales.
- Tal como señaló la Opinión Consultiva Número 23 solicitada por Colombia a la Comisión de Derechos Humanos y Medio Ambiente, a efectos de garantizar los derechos a la vida e integridad, los Estados tienen la obligación de prevenir daños ambientales significativos, dentro o fuera de su territorio. En el presente caso, se dio cumplimiento de estas disposiciones ya que por tratarse de una actividad que representaba riesgo ambiental significativo, el estudio de impacto ambiental fue concluido de manera previa a la realización de la actividad y antes del otorgamiento de los permisos necesarios para su realización³⁰³.
- La única medida para proteger los elementos esenciales para el Estado es dejar sin validez el contrato de concesión, pues las formas de explotación que ha expuesto la empresa en la fase de exploración no satisfacen los estándares o exigencias necesarias para asegurar la conservación de los recursos que aquí se protegen.

³⁰² Artículo 2.4. del Acuerdo sobre Medio Ambiente entre Canadá y la República de Colombia.

³⁰³ OC – 23/17. De la Comisión de Derechos Humanos y Medio Ambiente. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf (Consultada el 08 de abril de 2020)

- Al igual, con las medidas tomadas por el Estado Colombiano no se afectan los intereses ni de los demás Estados ni de la comunidad Internacional, ya que estas son decisiones de carácter interno que solo le competen a el Estado, y a sus asociados.

ii. No existe violación al Artículo 811 del TLC Colombia– Canadá que prohíbe la expropiación directa o indirecta sin previa indemnización

El CIADI el caso *Marvin Feldman c. México*³⁰⁴ sobre la anulación de licencias y permisos sostuvo la doctrina del poder de policía en la cual ha indicado la importancia de la finalidad de la medida regulatoria al momento de declarar una expropiación indirecta, sosteniendo que no es procedente la última en los casos en los cuales lo que se configura realmente es una medida regulatoria valida por parte del Estado dentro de su soberanía protegiendo un interés público como el medio ambiente³⁰⁵, excluyendo con lo anterior cualquier hipótesis de expropiación y a su vez cualquier tipo de responsabilidad por las pérdidas económicas para el inversionista, con lo cual no procede ningún tipo de compensación.

De acuerdo con lo anterior, el Estado Colombiano no incurrió en ningún tipo de expropiación ya que el fundamento de la prohibición por parte de la Corte Constitucional sobre la explotación minera en paramos protegía intereses legítimamente reconocidos tanto por la comunidad internacional, como por el mismo tratado en sus artículos:

- Artículo 815 del tratado de libre comercio entre Colombia y Canadá se reconoce en primer lugar que no es adecuado que ninguno de los países contratantes promueva la inversión mediante la disminución de las medidas medio ambientales nacionales e internacionales.

³⁰⁴ Marvin Roy Feldman c. Estados Unidos Mexicanos (Caso CIADI No. ARB (AF)/99/1) Laudo (16 de diciembre de 2002)

³⁰⁵ PAEZ, Marisol. “La expropiación indirecta frente al CIADI: consideraciones frente a la regulación de los actos administrativos de los Estados.” Revista de estudios internacionales, p.23.

- Además de acuerdo con el artículo 1701 del mismo tratado las partes reconocen que tienen derechos soberanos y responsabilidades en conservar su medio ambiente y afirman sus obligaciones ambientales de conformidad con su legislación nacional³⁰⁶, así como las obligaciones internacionales de acuerdo con los tratados multilaterales ambientales de los cuales sean parte³⁰⁷.
- También el artículo 1703 del tratado de libre comercio entre Colombia y Canadá esclarece las obligaciones mutuas en materia ambiental entre las partes signatarias de conformidad con el acuerdo de cooperación ambiental en su artículo 2³⁰⁸.

³⁰⁶ Sentencia C-035 del 2016 de la Corte Constitucional Colombiana, magistrada ponente Gloria Stella Ortiz Delgado, en la cual se prohíbe la explotación minera en paramos.

³⁰⁷ (1) Declaración de Río (2) Convención de Estocolmo aprobado en Colombia por la ley 1196 del 2008 que tiene como objetivo proteger la salud humana y el medio ambiente frente a los contaminantes orgánicos persistentes, en sus artículos 3,5,6 establece que los países parte se comprometen a tomar medidas para la disminución de dichos contaminantes, además que el derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras. (3) Protocolo de Kioto ratificado por todos los miembros de las Naciones Unidas que establece en su artículo 3 la obligación del Estado de disminuir la emisión de gases de efecto invernadero.

³⁰⁸ Artículo 2: Disposiciones Generales:

1. Reconociendo el derecho soberano de cada una de las Partes de establecer sus propios niveles de protección ambiental nacional y sus políticas y prioridades de desarrollo ambiental, al igual que de adoptar o modificar consiguientemente sus leyes y sus políticas ambientales, cada Parte se asegurará de que sus leyes y políticas ambientales establezcan altos niveles de protección ambiental y se esforzará por seguir desarrollando y mejorando esas leyes y políticas.
 2. En consecuencia y con el objeto de alcanzar altos niveles de protección ambiental, cada Parte deberá observar y hacer cumplir su legislación ambiental a través de la acción gubernamental y sus leyes ambientales.
 3. Para los fines de este acuerdo, una Parte no ha dejado de cumplir su legislación ambiental en un caso particular cuando la acción o inacción en cuestión por entidades o funcionarios de esa parte:
 - i. Refleje un razonable ejercicio de discrecionalidad respecto de asuntos indagatorios, de procesamiento o de regulación u observancia; o
 - ii. Sea el resultado de decisiones tomadas de buena fe con el fin de asignar recursos destinados a la fiscalización de otros asuntos ambientales a los que se les haya asignado una mayor prioridad.
 4. Ninguna Parte promoverá el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o la reducción de los niveles de protección contemplados en su legislación ambiental. Por lo tanto, ninguna de las partes dejara de aplicar ni derogara de algún modo su legislación ambiental de forma tal que debilite o reduzca las protecciones concedidas en dichas leyes de manera tal que promueva el comercio o la inversión entre las Partes.
 5. Nada en este acuerdo se interpretará en el sentido de afectar los derechos y obligaciones existentes de cada Parte en virtud de otros acuerdos ambientales internacionales de los cuales dicha Parte sea Parte.
- (...)

iii. No existen expectativas legítimas en el contrato de concesión ni derechos adquiridos en materia ambiental

La concesión otorgada a Eco Oro Minerals generaba sólo meras expectativas sobre la probabilidad de adquirir el derecho de explotación y no expectativas legítimas, las primeras pueden ser modificadas cuando se produce un cambio relevante en el ordenamiento jurídico. En virtud de ello, no es posible garantizar una estabilidad jurídica respecto de la inversión cuando ésta entra en conflicto con los intereses fundamentales del Estado.

Además, tampoco se configuran derechos adquiridos ya que en el ordenamiento colombiano como lo ha afirmado el Consejo de Estado en la sentencia del 12 de agosto de 1999 y la Corte Constitucional en la sentencia C-891 de 2002:

- “Los actos administrativos que confieren permisos, licencias, autorizaciones y similares, son actos provisionales, subordinados al interés público y, por lo tanto, a los cambios que se presenten en el ordenamiento jurídico respectivo. Quiere decir ello que los derechos o situaciones jurídicas particulares nacidos de la aplicación del derecho policivo, no son definitivos y mucho menos absolutos, de allí que como lo ha sostenido la Sala, no generen derechos adquiridos”³⁰⁹
- “El ejercicio de la minería, como el de cualquier otra actividad en el marco de un Estado social de derecho, no es absoluto, pues está limitado por otros derechos y principios constitucionales. Esto explica que el legislador pueda establecer, en desarrollo de la cláusula general de competencia, diversos requisitos para llevar a cabo tal actividad de manera restringida. Así pues, no sólo es constitucional que se condicione la ejecución de trabajos mineros al otorgamiento de autorizaciones y licencias por parte de las autoridades competentes, sino también a ciertos métodos de ejecución (vgr. la extracción de minerales sin afectar los aprovechamientos económicos de la superficie)”³¹⁰

³⁰⁹ Colombia, Sentencia 5500 de 12 de agosto de 1999, *del Consejo de Estado*. Consejero Ponente: Dr. Juan Alberto Polo Figueroa.

³¹⁰ Colombia, Sentencia C-891 de 2002, *Corte Constitucional Colombiana*. Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería.

CONCLUSIONES

Bajo el principio de soberanía reconocido por Naciones Unidas, los Estados cuentan con total facultad para regular los asuntos al interior de sus fronteras, teniendo el poder de autodeterminarse dentro de sus territorios sin interferencia de entes externos en los asuntos de su competencia.

No obstante, la aplicación de este principio no es de carácter ilimitado, pues los Estados deben tener a su consideración el respeto por las obligaciones adquiridas por los acuerdos internacionales que son fuente de obligaciones, entre ellos, los Acuerdos Internacionales de Inversión contenidos en Tratados Bilaterales de Inversión o en capítulos de inversiones en los Tratados de Libre Comercio.

Por tal motivo, la soberanía que ostenta el Estado no es absoluta, pues trae consigo el respeto por las obligaciones adquiridas, como la garantía de no expropiación sin previa indemnización o el trato justo y equitativo al inversionista de conformidad con los estándares internacionales.

Pero, de la misma manera, los acuerdos de inversiones contemplan, una cláusula bastante útil para los Estados, la cláusula de medias no preclusivas la cual le otorga legitimidad a aquellas actuaciones del estado que son desarrolladas en virtud de un propósito público, como el medio ambiente o la salud, dotando a las actuaciones estatales de total licitud por ser autorizados por el mismo tratado.

Es así, como la cláusula de medidas no preclusivas permea las obligaciones del Estado, según los estándares de tratamiento, los cuales se ven afectados por las facultades regulatorias o de poder de policía de la administración, con el objeto de actuar de conformidad con un interés público legítimo para el Estado.

El buen uso de la defensa de un propósito público para el Estado lleva a una exclusión de responsabilidad de sus actuaciones, pero, encuentra una dificultad por ser un concepto amplio, en la ausencia de su definición.

Algunos tratados, se han encargado de enumerar lo que se podría entender por propósito público, como el medio ambiente, la salud, la seguridad internacional, los impuestos o la moralidad, sin embargo, se acota que estos conceptos deben entenderse según el derecho internacional consuetudinario y están sujetos a las interpretaciones que se adopten en la solución de controversias.

En las decisiones judiciales o arbitrales, tampoco se encuentra claridad acerca de su significado en concreto, pero, se ha dado aplicación a la cláusula de medidas no preclusivas con base en la defensa de un propósito público, en los contextos de estabilidad económica y financiera.

La tendencia más usada por los tribunales arbitrales es la de darle mayor peso a la protección al inversionista, en vez de darle valor a las decisiones del Estado para la protección de sus intereses estatales. Ello se ve reflejo desde el momento mismo de la expresión del consentimiento sobre el arbitraje como método de solución de controversias, lo cual da una mayor ventaja a los inversionistas para tratar de restringir el poder regulatorio del Estado, pues, pueden amenazar con iniciar un arbitraje con respecto a las medidas que generan impacto negativo en las inversiones con el fin de llevar a los Estados a retirarse o abstenerse de regular dichos intereses públicos, para evitar un costoso procedimiento o el riesgo de compensar a los inversores.

Fundamentalmente, se ve evidenciado que en muchas ocasiones los Estados no son completamente libres de regular con el fin de proteger y promover los intereses públicos, pues están sujetos a cumplir con las obligaciones establecidas en el tratado y además deben sujetarse a llevar su controversia ante un tribunal arbitral, con toda potestad de revisar las medidas que promulgan

No obstante, las actuaciones que desarrolla el Estado haciendo buen uso de sus intereses esenciales, están eximidos de responsabilidad de conformidad con los tratados de inversión, según la cláusula de medidas no preclusivas.

Lo anterior, se puede ver evidenciado en las obligaciones tanto internacionales como nacionales, adquiridas de buena fe, para la protección del medio ambiente o de los derechos humanos, o la seguridad, demostrando así, un gran interés estatal por la defensa de dichos principios, y así fundamentar su actuación frente a inversionistas extranjeros.

Ahora bien, es importante establecer que la defensa del Estado Colombiano, en el caso de Eco Oro Minerals, puede tener gran fundamento en el respeto por los anteriores principios, pues, el Estado actuó en virtud de la cláusula de medidas no preclusivas, defendiendo un interés público como sus recursos hídricos y medio ambientales, con respecto al inversionista extranjero y en defensa de las demás obligaciones internacionales que respaldan la protección del medio ambiente. Queda entonces esperar que la defensa del Estado colombiano sea lo suficientemente fuerte para alcanzar un laudo favorable.

Es importante, tener en cuenta las dos partes, por un lado, los derechos otorgados al inversionista para desarrollar sus actividades en el territorio, y por el otro, los intereses de protección del estado respecto de aspectos fundamentales para la protección, que se ven reflejados en el uso de sus poderes regulatorios, que en muchas ocasiones pueden perjudicar a los inversionistas. La anterior dicotomía puede ser resuelta, con la coordinación de las autoridades nacionales al otorgar derechos a extranjeros.

BIBLIOGRAFIA

DOCTRINA

AGO, Roberto. "First report on State responsibility Document". A/CN.4/217. Special Rapporteur Review of previous work on codification of the topic of the international responsibility of States.

ÁLVAREZ ÁVILA, Gabriel. Anuario de Derecho Internacional. Revistas Jurídicas UNAM. Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/32/35>. (Consultado el 11 de abril de 2019).

AMADO, José & AMIEL, Bruno. "Expropiación indirecta y la protección a las inversiones extranjeras". Revista de Derecho, Themis.

APPLETON, Barry. "Regulatory Takings: The International Law Perspective". New York University Environmental Law Journal.

BOADA, Sebastián. "El concepto de expropiación según el arbitraje internacional de inversiones". En Ensayos arbitrales. Centro de Arbitraje y Conciliación de Bogotá, 2010.

BOHOSLAVSKY, Juan Pablo. "Tratados de protección a las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas (especial referencia a los servicios de agua potable y saneamiento)" CEPAL – Naciones Unidas. Chile, 2010.

BUITRAGO, Emerson. "Una historia y una vida alrededor del oro: territorialidad y minería en el municipio de Vetás, Santander, Colombia". Bogotá: Universidad Nacional de Colombia

BURGHETTO, María Beatriz & LORFING, Pascale Accaoui. "The Evolution and Current Status of the Concept of Indirect Expropriation in Investment Arbitration and Investment Treaties". En: Indian Journal of Arbitration Law. Centre for Advanced Research and Training in Arbitration Law, National Law University, 2017, Volume VI Issue 2.

BURGOS-DE LA OSSA, María Angélica; LOZADA-PIMIENTO, Nicolás. “La protección diplomática en el marco de las controversias internacionales de inversión” 15 *International Law*, Revista Colombiana de Derecho Internacional, 2009.

BURKE-WHITE, William “Part IV Chapter 17: The Argentine Financial Crisis: State Liability under BITs and the Legitimacy of the ICSID System” En “The Backlash against Investment Arbitration” © Kluwer Law International, 2010

CAMINITI, Franz. “El arbitraje, el Derecho Internacional de las Inversiones y la doctrina Calvo.” Disponible en: http://www.arbitrajecomercial.com/BancoConocimiento/E/el_arbitraje_el_derecho_internacional_de_las_inversiones_y_la_doctrina_calvo/el_arbitraje_el_derecho_internacional_de_las_inversiones_y_la_doctrina_calvo.asp?CodSeccion=1 (Consultado el 11 de abril de 2019).

CASTRO PEÑA, Natalia. “El Estado colombiano ante un arbitraje internacional de inversión.” *Derecho del Estado* n.º 38, Universidad Externado de Colombia, enero-junio de 2017, pp. 23-66.

CEPAL. “Inversión Extranjera directa en América Latina y el Caribe”. 2018. Disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43689/13/S1800684_es.pdf. (Consultado el 14 de abril de 2019).

CLAROS ALEGRÍA, Pedro, “El sistema arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)”. España: Revista del Club Español de Arbitraje, 2008.

CLAROS, Roberto. “La protección de los intereses de seguridad y orden público en los Acuerdos internacionales de los que son parte los Estados que integran la Alianza del Pacífico” En: ¿Hacia dónde va América Latina respecto del derecho internacional de las inversiones? Universidad Externado de Colombia, 2015

CLASMEIER, Maximilian. "Chapter 2: Characteristics of International Investment Law". En: *Arbitral Awards as Investments: Treaty Interpretation and the Dynamics of International Investment Law*. Volumen 39. International Arbitration Law Library, © Kluwer Law International, 2016.

CRAWFORD, James. RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS. Documento A/CN.4/498 y Add.1 a 4. Segundo informe sobre la responsabilidad de los Estados.

DE LA CERDA OLIVOS, Cristóbal & GOLDENBERG PEÑAFIEL Mónica. "Trato justo y equitativo en inversión extranjera". Universidad de Chile, 2007,

DOLZER, Rudolf y SCHREUER Christoph "Principles of international investment law". Oxford University Press, 2008.

FAYA, Alejandro. "¿Cómo se determina una expropiación indirecta bajo tratados internacionales en materia de inversión? Un análisis contemporáneo". Biblioteca jurídica virtual del instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, 2013, p. 222.

FRANCO VASCO, Andrés. "Mecanismos Multilaterales de Protección (MIGA, ICSID) y OPIC". En Lombaerde, Philippe. (Coord.), *La inversión extranjera en Colombia*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 1993.

FREEMAN, Alwyn. "The International Responsibility of States for Denial of Justice". London, New York Longmans, Green and Co, 1938.

GHOURI, Ahmad. "Chapter 2: The Evolution of Investment Treaties". En: *Interaction and Conflict of Treaties in Investment Arbitration*. Volumen 32. International Arbitration Law Library, © Kluwer Law International, 2015.

GONZALEZ DE COSSIO, Francisco. "Medidas equivalentes a expropiación en arbitrajes de inversión". En *Revista internacional de arbitraje*. Enero a junio de 2006.

GRIGERA NAON, Horacio. "Chapter 19: Arbitration and Latin America: Progress and Setbacks". En: Lew, Julian. & Mistelis, Loukas. (Eds.), *Arbitration Insights: Twenty Years*

of the Annual Lecture of the School of International Arbitration. Volume 16. International Arbitration Law Library, © Kluwer Law International, 2007.

GUTIÉRREZ POSSE, Hernan. “Acuerdos para promoción de inversiones extranjeras. Sistemas de solución de controversias”. Argentina, 1993, Los Convenios para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones.

JIMENEZ, Elba. “Orden Público Internacional (OPI) Fuentes de las normas de Derecho Internacional de Derechos Humanos” Universidad Nacional Autónoma de México

KLÄGER, Roland “Chapter 11: Fair and Equitable Treatment and Sustainable Development” En: “Sustainable Development in World Investment Law”. Global Trade Law Series, Volume 30, © Kluwer Law International, 2011,

KOVÁCS, Csaba. “Chapter 1: The State as an International Investment Law Subject”. En: Attribution in International Investment Law. Volumen 45. International Arbitration Law Library, © Kluwer Law International.

KRIEBAUM, Ursula. “Regulatory takings: Balancing the Interests of the Investor and the State”. The Journal of World Investment and Trade. 2007.

KUNOY, Bjorn. “Developments in Indirect Expropriation Case Law in ICSID Transnational Arbitration”. The Journal of World Investment & Trade. 2005.

LIEHR, Reinhard & TORRES BAUTISTA, Mariano. (1998) “Las Free-Standing Companies Británicas en el México del porfiriato, 1884-1911” Disponible en: <https://historiamexicana.colmex.mx/index.php/RHM/article/viewFile/2411/1935>

(Consultado: 21 de marzo de 2019).

MARTIN, Antoine “Investment Disputes after Argentina’s Economic Crisis: Interpreting BIT Non-precluded Measures and the Doctrine of Necessity under Customary International Law” Journal of International Arbitration, Kluwer Law International, 2012, Volume 29 Issue 1.

MARQUES ESCOBAR, Carlos Pablo. "Expropiación mediante regulación: inversión extranjera, tratados de promoción a las inversiones y el poder de policía de la administración". Int. Law: Rev. Colomb. Derecho Int. Bogotá: 2008.

MOLINUEVO, Martín. "Part III, Chapter 7 : Expropriation". En: "Protecting Investment in Services: Investor-State Arbitration versus WTO Dispute Settlement". Global Trade Law Series, Volume 38 © Kluwer Law International, 2011

MONROY, Cabra. "Tratado de derecho internacional privado". Bogotá, Temis, 6ª.ed., 2006

MORALES, Josefina. "Inversión extranjera directa y desarrollo en América Latina" Revista Problemas del Desarrollo, 163 (41), octubre – diciembre, 2010.

MOSTAFA, Ben. "The Sole Effects Doctrine, Police Powers and Indirect Expropriation under International Law". Australian International Law Journal, 2008.

MUSHLINSKI, Portino & SCHREUER, Christoph. "The Oxford Handbook of International Investment Law". Newgen Imgaing Systems (P) Ltd. Chennai, India. 2008.

NEWCOMBE, Andrew. & PARADELL, Lluís. "Chapter 1: Historical Development of Investment Treaty Law". En: "Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment". © Kluwer Law International, 2009

NEWCOMBE, Andrew & PARADELL Lluís. "Chapter 6 - Minimum Standards of Treatment". En: Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment, (© Kluwer Law International, 2009)

NEWCOMBE, Andrew & PARADELL Lluís. "Chapter 7 – Expropriation". En: "Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment". Kluwer Law International, 2009.

OCDE. Guidelines for Recipient Country Investment Policies Relating to National Security. 25 de mayo de 2009.

OCDE Working Papers on International Investment 2004/03. Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law

OLMOS GIUPPONI, Belen. "Chapter 2: Foreign Direct Investment in Latin America". En: Trade Agreements, Investment Protection and Dispute Settlement in Latin America. © Kluwer Law International, 2018.

OLMOS GIUPPONI, Belen. "Chapter 3: Foreign Direct Investment and Dispute Resolution in Latin America". En: Trade Agreements, Investment Protection and Dispute Settlement in Latin America. © Kluwer Law International, 2018.

OLMOS GIUPPONI, Belen. "The Protection of Foreign Direct Investment in Latin America: Where Do We Stand on International Arbitration?". Volumen 32. Journal of International Arbitration, © Kluwer Law International, 2015.

PAEZ, Marisol. "La expropiación indirecta frente al CIADI: consideraciones frente a la regulación de los actos administrativos de los Estados." Revista de estudios internacionales.

PARMA, Agustín. "La interpretación de las cláusulas de emergencia en el Derecho Internacional económico. Una aproximación a partir del caso argentino en el CIADI". En: ¿Hacia dónde va América Latina respecto del derecho internacional de las inversiones? Universidad Externado de Colombia, 2015

PELLET, Alain. "Chapter 32: Police Powers or the State's Right to Regulate". En: KINNEAR, Meg & FISCHER, Geraldine, et al. (eds). "Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID" © Kluwer Law International, 2015.

PEREZ ESCALONA, Susana. "Las operaciones de control societario ante el arbitraje internacional en materia de inversiones extranjeras: notas a propósito del caso Camuzzi International vs. República de Argentina". Disponible en: <https://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero8/perezescalona.pdf> (Consultado el 12 de abril de 2019).

PÉREZ, Jose. “La doctrina y cláusula Calvo en el Derecho Internacional, su evolución y práctica. En: Zapata, Adriana (Comp.). Derecho Internacional de los Negocios: alcances. 1ª. ed., Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

Pontificia Universidad Javeriana. “Expropiación indirecta: protección sustantiva en los acuerdos de promoción y protección recíproca de la inversión extranjera y sus efectos en Colombia”. Bogotá, 2018

PRIETO, Gustavo. “Evolución del Derecho Internacional de Inversiones: hacia un régimen global estable”. FORO: Revista de Derecho, No. 17. Ecuador: 2012.

RAJPUT, Aniruddha “Chapter 2: The Concept of 'Regulatory Measure' and 'Expropriatory Measure’”. En: Regulatory Freedom and Indirect Expropriation in Investment Arbitration. Kluwer Law International: 2018

REED, Lucy & PAULSSON, Jan & BLACKABY, Nigel. “Advantages of ICSID Arbitration”. En: *Freshfields Guide to ICSID Arbitration*. 2ª edición. © Kluwer Law International, 2011.

REISMAN, Michael & CRAWFORD, James (eds.). “Chapter 4: Forums for Resolving Foreign Investment Disputes”. En: Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary. 2ª edición. © Kluwer Law International, 2014.

RESTREPO URIBE, Esteban. “Mecanismos Multilaterales de Protección (MIGA, ICSID) y OPIC”. En Lombaerde, Philippe. (Coord.), La inversión extranjera en Colombia. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 1993.

RIJCKEGHEM VAN, Willy & QUEVEDO, Fernando. “Inversión extranjera directa en América Latina: una revisión de sus determinantes domésticos”. En Lombaerde, Philippe. (Coord.), La inversión extranjera en Colombia. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 1993.

ROLDÁN PARDO, Juan Felipe. “El estado del arte del concepto de orden público internacional en el ámbito del derecho internacional privado y el arbitraje internacional”. Revista de Derecho privado No. 44, julio – diciembre 2010

ROSELL, José. “The CMS Case: ¿A Lesson for the Future?”. En: “Journal of International Arbitration”. © Kluwer Law International, 2008, Volume 25, Issue 4

SCHREUER, Christoph. “Fair and equitable treatment in arbitral practice”. En: The Journal of Investment & Trade, 2005.

SNYDER, Jeffery. (2007) “Compañías británicas Free-standing y la fiebre del oro en Venezuela” Disponible en: https://www.estudioshistoricos.inah.gob.mx/revistaHistorias/wp-content/uploads/historias_70_85-98.pdf (Consultada: 21 de marzo de 2019).

The American Law Institute’s Restatement (Second) of Foreign Relations Law of the United States, 1965.

TOMKA, Peter “Chapter 34: Defenses Based on Necessity Under Customary International Law and on Emergency Clauses in Bilateral Investment Treaties”. En “Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID”. © Kluwer Law International, 2015.

TORTEROLA, Ignacio. “Los institutos de la emergencia en el derecho internacional y el Estado argentino”. Revista internacional de Arbitraje: Enero – junio 2010.

VARÓN MEJÍA, Antonio. “Orden público internacional y normas ius cogens: Una perspectiva desde la Comisión de Derecho Internacional y la Convención de Viena de 1969”. Universidad del Rosario, 2010

VILLEGAS CARRASQUILLA, Lorenzo. “Acuerdos de protección a las inversiones y la potestad regulatoria del Estado: Un análisis de la expropiación indirecta”. En Revista internacional de arbitraje. Enero a junio de 2010.

VILLEGAS CARRASQUILLA, Lorenzo. “Acuerdos de protección a las inversiones y la potestad regulatoria del Estado: un análisis de la expropiación indirecta y el trato justo y equitativo.” Revista Internacional de Arbitraje: enero – junio, 2010.

WILLS-VALDERRAMA, Santiago. “Protección a la inversión extranjera en infraestructura por medio de acuerdos internacionales de inversión: Un nuevo reto para Colombia”. Revista Colombiana de Derecho Internacional, Julio- diciembre de 2011

ZAPPALÁ, Francesco. “Auténtico orden público internacional desde la óptica del arbitraje internacional”. Revista de Derecho Público, 34. Universidad de los Andes, enero – junio 2015

LAUDOS ARBITRALES Y JURISPRUDENCIA

ADC c. República de Hungría (Caso CIADI No. ARB/03/16) Laudo (2 de octubre de 2006)

ADF Group INC c. Estados Unidos. (Caso CIADI No. ARB/(AF)/00/1) Laudo (09 de junio de 2003)

Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil Genin c. República de Estonia. (Caso CIADI No. ARB/99/2) Laudo (25 de junio de 2001).

American Manufacturing & Trading (AMT), INC. c. República de Zaire. (Caso CIADI No. ARB/93/1) Laudo (21 de febrero de 1997).

Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) c. República de Sri Lanka. (Caso CIADI No. ARB/87/3) Laudo (27 de junio de 1990).

Azinian c. Estado Unidos Mexicanos. (Caso CIADI No. ARB(AF)/97/2) Laudo (1 de noviembre de 1999)

Azurix Corp. c. República de Argentina. (Caso CIADI No. ARB/01/12) Laudo (14 de julio de 2006).

Chemtura Corporation c. Canadá. (CNUDMI) Laudo (2 de agosto de 2010).

CMS Gas Company c. República Argentina (Caso CIADI No. ARB/08/1) Laudo (12 de mayo de 2005).

Continental Casualty Company c. República Argentina (Caso CIADI No. ARB/03/9) Laudo (5 de septiembre de 2008)

Crystallex International Corporation c. República Bolivariana de Venezuela, (Caso CIADI n.º ARB (AF)/11/2).

Elettronica Sicala S.p.A. (ELSI) c. Estados Unidos. Fallo del 20 de julio de 1989. ICJ Reports. 84.

Encana Corporation c. República de Ecuador, (CNUDMI). Laudo (3 de febrero de 2006).

Enron Corporation y Ponderosa Assets c. República Argentina (Caso CIADI No. ARB/01/3) Laudo (22 de mayo de 2007).

Fireman's Fund c. México (Caso CIADI No. ARB(AF)/02/1) Laudo (17 de julio de 2006).

Gami Investments Inc. c. Mexico. Caso UNCITRAL. Laudo del 15 de noviembre de 2004

Generation Ukraine Inc c. Ucrania. (Caso CIADI No. ARB/00/9) Laudo (16 de septiembre de 2003

Iran c. Estados Unidos (Caso Tippetts) 1984.

Iran c. Estados Unidos. Decisión noviembre 06 de 2003, Corte Internacional de Justicia.

James y otros c. Reino Unido (TEDH No. 8793/79) Fallo (21 de febrero de 1986)

L.F.H Neer and Pauline Neer (U.S.A) c. Estados Unidos Mexicanos. Reports of International Arbitral Awards Volumen IV, 15 de octubre de 1926.

LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. c. República de Argentina, (caso CIADI No. ARB/02/01) Laudo (3 de octubre de 2006)

Loewen Group Inc. and Raymond L. Loewen c. Estados Unidos. (CASO CIADI No. ARB(AF)/98/3) Laudo (26 de junio de 2003)

Marvin Roy Feldman c. Estados Unidos Mexicanos (Caso CIADI No. ARB (AF)/99/1) Laudo (16 de diciembre de 2002)

Metalclad Corporation c. Estado Unidos Mexicanos (Caso CIADI No. ARB (AF)/97/1) Laudo (30 de agosto de 2000).

Methanex Corporation c. Estados Unidos (CNUDMI) Laudo (3 de agosto de 2005)

Mondev International Ltd c. Estados Unidos. (Caso CIADI No. ARB (AF)/99/02) Laudo (11 de octubre de 2002)

MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. c. República de Chile (Caso CIADI No. ARB/01/7) Laudo (25 de mayo de 2004)

Nicaragua c. Estados Unidos. 27 de junio de 1988, Corte Internacional de Justicia

Occidental Exploration and Production Company c. Ecuador (LCIA Administered Case No. UN 3467) Laudo (1 de julio de 2004).

Parkerings – Compagniet AS c. República de Lituania (Caso CIADI No. ARB/05/8) Laudo (11 de septiembre de 2007)

Pope and Talbot Inc. c. Canadá. (CNUDMI 1976) Laudo (31 de mayo de 2002).

Saluka Investments c. República Checa (CNUDMI) Laudo parcial (17 de marzo de 2006).

Sedco c. National Iranian Oil Co. (tribunal de reclamaciones Irán-EE. UU No. ITL 55-129-3) Laudo (28 de octubre de 1985)

Sempra Energy International c. República Argentina (Caso CIADI No. ARB/02/16) Laudo (28 de septiembre de 2007).

S.D Myers, Inc c. Canadá (CNUDMI 1976) Laudo (13 de noviembre de 2000)

Siemens c. Argentina. (CASO CIADI No. ARB/02/8) Laudo (17 de junio de 2007)

Southern Pacific Properties Limited c. República Árabe de Egipto, (Caso CIADI. No. ARB/84/3) Laudo (20 de mayo de 1992)

Técnicas Medioambientales c. Estados Unidos Mexicanos (Caso CIADI No. ARB 70072), Laudo (29 de mayo de 2003).

Tokios Tokelés c. Ucrania. (Caso CIADI No. ARB/02/18) Decisión sobre jurisdicción (29 de abril de 2004)

Wena Hotels c. República Árabe de Egipto, (Caso CIADI No. ARB/98/4) Laudo (8 de septiembre de 2000).

ARTÍCULOS DE REVISTA

Eco Oro – Comunicados de prensa: Eco Oro recibe una decisión positiva sobre el título principal de minería. 14 de septiembre de 2012. Disponible en: <http://www.eco-oro.com/sp/NewsReleases.asp?ReportID=579001& Title=Eco-Oro-Receives-Positive-Decision-on-Principal-Mining-Title> (Consultado el 07 de abril de 2020)

Eco Oro: Una oportunidad para el crecimiento económico en la minería sustentable del oro. Disponible en: <http://www.eco-oro.com/sp/NewsReleases.asp?ReportID> (Consultado el 07 de abril de 2020)

Colombia: Miles marchan en defensa del Páramo de Santurbán. 28 de febrero de 2011. Disponible en: <https://www.businesshumanrights.org/it/node/85770/?dateorder=datedesc&page=3&componenttype=all> (Consultado el 07 de abril de 2020)

Cuidando el Páramo de Santurbán de los daños de la minería. Disponible en: <https://aida-americas.org/es/cuidando-al-p-ramo-de-santurb-n-de-los-da-os-de-la-mineria> (Consultado el 07 de abril de 2020)

Multinacional Eco Oro se alista para reactivar su proyecto minero en Santurbán, por Isolda Vélez, 23 de diciembre de 2014. Disponible en: <http://www.elcolombiano.com/colombia/multinacional-eco-oro-se-alista-para-reactivar-su-proyecto-minero-en-santurban-AJ964460> (Consultado el 07 de abril de 2020)

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Acuerdo sobre medio ambiente entre Colombia y Canadá

COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. Responsabilidad del Estado por daños causados en su territorio a la persona o bienes de los extranjeros - Medidas que afectan derechos adquiridos. Disponible en: http://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a_cn4_119.pdf. (Consultado el 18 de junio de 2019)

Conferencia de las Naciones Unidas Sobre Comercio y Desarrollo. “International Investment Instruments: A Compendium”, UNCTAD, 1996.

Conferencia de las Naciones Unidas Sobre Comercio y Desarrollo. “La protección de la seguridad nacional en los AII”. UNCTAD, 2009.

Conferencia de las Naciones Unidas Sobre Comercio y Desarrollo. “Fair and Equitable Treatment” UNCTAD, Series on Issues in International Investment Agreements, 1999.

Convención de Estocolmo aprobado por Colombia en la ley 1196 del 2008

Declaración de Río

OC – 23/17. De la Comisión de Derechos Humanos y Medio Ambiente. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf (Consultada el 08 de abril de 2020)

Protocolo de Kyoto

TLC COLOMBIA - CANADA

WTO, Working Group on the Relationship between Trade and Investment, Transparency, Note by Secretariat, WT/WGTI/W/109, 27 March 2002.

INSTRUMENTOS NACIONALES

Código de Minas, Ley 685 de 2001.

Colombia, Sentencia C-035 del 2016, Corte Constitucional Colombiana. Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.

Colombia, Sentencia 5500 de 12 de agosto de 1999, *del Consejo de Estado*. Consejero Ponente: Dr. Juan Alberto Polo Figueroa.

Colombia, Sentencia C-891 de 2002, *Corte Constitucional Colombiana*. Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería.

Resolución número 1015, 31 de mayo de 2011 “Por la cual no se acepta un desistimiento por motivos de interés público, se niega una licencia ambiental global y se toman otras determinaciones”

Resolución 2090 del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, del 19 de diciembre de 2019.