



Universidad
Externado
de Colombia



Maestrante: José Felipe Rodríguez

**Las cláusulas excepcionales como solución al incumplimiento de las obligaciones
pactadas en el sector minero-extractivo respecto al capítulo de inversiones en los TLC
Colombia-USA y Colombia-Canadá.**

Tesis

Maestría en Tributación Internacional, Comercio Exterior y Aduanas

Santa Fe de Bogotá, Colombia

2019

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Facultad de Derecho

Maestría en Tributación internacional, comercio exterior y aduanas

Rector: Dr. Juan Carlos Henao

Secretaria general: Martha Hinestroza

Directora (E) Departamento de Derecho Fiscal: Dra. Olga Lucia González.

Director de tesis: José Julián Tole Martínez.

Presidente de tesis: Dra. Olga Lucia González.

Jurado de tesis # 1: Dr. César Sánchez.

Jurado de tesis # 2: Dra. Carolina Acosta.

Agradecimientos

Al Todopoderoso porque me ha concedido las bendiciones pedidas y hasta por pedir.

A mi hija Yessenia Andrea por su constante buena voluntad, comprensión y aliento que me ha brindado para seguir adelante con este proyecto.

A mi madre Luzmila, que por su edad, no me queda sino mi más sincera consideración por lo que estamos afrontando en familia.

A mi hermana Carmen Elena por su constante apoyo y por quien suplico a Dios por su salud.

A mi tutor, el PhD. José Julián Tole Martínez por su infinita paciencia, ayuda invaluable y por creer en mí proyecto.

A la Universidad Externado por hacerme parte de su formación académica.

A todos muchísimas gracias.

Tabla de Contenido

I. Principales cláusulas estandarizadas de protección en el capítulo de inversiones en los

TLC Colombia-USA & Colombia-Canadá.

- a) Estándar del Trato nacional
- b) Estándar del Trato justo y equitativo (de conformidad con el Derecho Internacional)
- c) Estándar del Trato de nación más favorecida
- d) Estándar del Derecho a realizar las transferencias de manera libre y sin demora
- e) Estándar de los Procedimientos sobre expropiación que garanticen el apego al debido proceso legal y el pago de la correspondiente indemnización
- f) Estándar de la Solución de Controversias
- g) Cláusula Paraguas

II. Algunos ejemplos de las tensiones jurídicas generadas por los inversionistas extranjeros

en el sector Minero-Extractivo, amparados por los TLC Colombia-USA &

Colombia-Canadá.

- 1) Caso Minera Red Eagle (Páramo de Santurbán)
- 2) Caso Minera Muriel Mining (Parque de Reserva Natural Mandé Norte)
- 3) Caso Minera Eco Oro Minerals Corp. (Parque Angostura)
- 4) Caso Minera Gran Colombia Gold (Proyecto Marmato-Caldas)
- 5) Caso Minera Anglo Gold Ashanti (Proyecto la Colosa)

6) Caso Minera Hupecol Operating Co. (Proyecto Caño Cristales)

7) Caso Minera Galway Gold Mining (Proyecto Reina de Oro)

III. Aplicación de las Cláusulas de Escape o de Excepción como solución a las tensiones jurídicas generadas por las obligaciones pactadas en los TLC Colombia-USA & Colombia-Canadá.

1) Alcance de la cláusula de excepciones generales en la jurisprudencia económica Internacional

2) Ejemplos de solicitud de arbitraje ante Tribunales internacionales contra Colombia: Cómo escapar de las obligaciones de protección al inversor extranjero

a) Caso Cosigo Resources Colombia, Tobie Mining And Energy, Inc. -Vs- La República de Colombia

b) Caso Eco Oro Minerals Corp. -Vs- La República de Colombia

IV. Conclusiones y Recomendaciones.

V. Bibliografía.

Introducción

Una de las más apreciables inquietudes que asume todo potencial inversionista extranjero, tiene que ver con la debida protección que a su capital le otorgaría el gobierno del país receptor, aunado a la importancia que tienen estas inversiones foráneas como referente para contribuir a un mejor desarrollo socio-económico para los países receptores de esos capitales.

Cuando un Inversionista extranjero y un Estado receptor, todavía no han estipulado un Tratado de Libre comercio, entonces se recomienda que logren pactar un acuerdo de promoción y protección recíproca de inversiones, puesto que con estos acuerdos se establecería una verdadera seguridad jurídica para las partes.

La protección de la inversión extranjera se estructura muchas veces como un anexo o en un capítulo del Tratado de Libre Comercio, pero de una forma muy puntual, esto es, que su regulación es de cierta manera independiente, al sentido meramente comercial del tratado. Así mismo, estos instrumentos internacionales usualmente contienen unas cláusulas que han sido estandarizadas a través del tiempo con el fin de asegurar los mínimos de protección del capital extranjero que ha sido establecido en el país receptor. Precisamente esta es la razón de existir tanto de los Tratados de Libre Comercio como de los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones que han evolucionado de una forma tal, que a partir del correcto manejo y desarrollo de estos, se han podido añadir más cláusulas en búsqueda del fortalecimiento de estos instrumentos que a día a día responden o se adecuan a los nuevos riesgos de la circulación de capitales en un mundo globalizado.

Estas nuevas disposiciones de los instrumentos internacionales de protección de la inversión extranjera de cierta forma han contribuido a que algunos Estados (principalmente los Estados en vías de desarrollo) hayan tenido que enfrentarse a un dilema generado por ciertas coyunturas

políticas, sociales o económicas difíciles, donde incurren en un incumplimiento grave, de cara al Derecho Internacional, pasando a ser percibidos como Estados inviables para atraer nuevas inversiones.

La Doctrina especializada no ha llegado a un consenso sobre cómo resolver el anterior dilema, así por ejemplo en Colombia a pesar de haber sufrido una dura etapa del conflicto interno ha logrado consolidar una buena imagen de país responsable respecto al manejo económico y jurídico de la protección a la inversión extranjera. Sin embargo, a raíz de la significativa llegada de inversores extranjeros particularmente en el sector minero-extractivo, y que Colombia ha mantenido una serie de políticas económicas neoliberales (como la denominada “locomotora minera incluida en el plan de desarrollo del gobierno Santos”, política que ha entregado contratos para exploración y explotación minera, en zonas geográficas con fauna y flora excepcionales, y de recursos hídricos relevantes, sin percatarse, a que se vieran comprometidos parques naturales, zonas de páramos, zonas de reserva y territorios ancestrales.

Ante este escenario que en la última década se ha vuelto insostenible, acabando en una fuerte exposición mediática, sobrellevando a unos cambios normativos internos que se reflejaron en una gran presión popular, realidades que simplemente constriñeron al gobierno a rescindir estas concesiones en contravía de los intereses de los inversionistas, cerrando prácticamente la puerta a cualquier disputa interna.

Razones por las cuales, estos inversionistas extranjeros siendo fiel a sus intereses han decidido demandar a Colombia buscando el resarcimiento de sus expectativas que claman legítimas, invocando ante los tribunales internacionales (CIADI o CNUDMI) el flagrante incumplimiento de los TLC entre Colombia-USA y Colombia-Canadá, de donde la gran mayoría de estas compañías transnacionales son originarias.

Al advertir sobre estas consecuencias y al analizar el texto de estos dos tratados, concretamente sus capítulos de inversiones, con sus características y sus cláusulas estandarizadas, es donde se centra este trabajo de tesis y se presenta como hipótesis que las cláusulas excepcionales o también conocidas como cláusulas de escape se pudieran interpretar como una posible solución jurídica al incumplimiento o violación de las obligaciones pactadas en los capítulos de inversiones en los TLC Colombia-USA y Colombia-Canadá.

Es aquí donde se establece el problema jurídico de esta investigación, es decir, si el capítulo XXII (excepciones generales) de los TLC Colombia-USA y Colombia-Canadá permiten al gobierno colombiano “escapar” a ciertos preceptos normativos, que protegen al inversionista extranjero cuando ocurren algunas unas eventualidades muy específicas cuyo objetivo sea garantizar el orden constitucional como proteger su biodiversidad, orden social, económico, ambiental, de seguridad y de cualquier otro derecho fundamental.

I. Principales cláusulas estandarizadas de protección en el capítulo de inversiones en los TLC Colombia-USA & Colombia-Canadá.

En un ambiente de postguerra, y de estar atravesando una durísima recesión mundial, en el año 1947 la regulación del comercio internacional se establecía mediante Tratados de Libre Comercio, de ahora en adelante (TLC), históricamente estos convenios se habían limitado básicamente en breves intercambios de mercancías, como un ejemplo de ello se encuentra en el artículo XXIV del (Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio), de ahora en adelante (GATT)¹.

Posteriormente, estos ámbitos de regulación se fueron ampliando al comercio de servicios (art. V del GATT), estos cambios estructurales se fueron desarrollando fruto de la globalización económica, asimismo en la actualidad cada día surgen nuevos parámetros incorporados en los TLC, entre ellos, como la propiedad intelectual, los servicios financieros, el comercio electrónico, las compras y licitaciones públicas, los derechos laborales, el medio ambiente, y muy especialmente, la inversión² extranjera.

¹El Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) abarca el comercio internacional de mercancías, y su funcionamiento es responsabilidad del Consejo del Comercio de Mercancías (CCM) que está integrado por representantes de todos los países Miembros de la Organización Mundial del Comercio.

El CCM tiene 10 comités que se ocupan de temas específicos (agricultura, acceso a los mercados, subvenciones, medidas antidumping, etc.). También en este caso están integrados por todos los países miembros, rindiendo informes al Consejo del Comercio de Mercancías el Grupo de Trabajo sobre las Empresas Comerciales del Estado y el Comité de Participantes sobre la Expansión del Comercio de Productos de Tecnología de la Información.

² Según el Texto final del TLC Colombia-USA & Colombia –Canadá, la expresión “inversión” significa todo activo de propiedad de un inversionista o controlado por el mismo, directa o indirectamente, que tenga las características de una inversión, incluyendo características tales como el compromiso de capitales u otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades, o la asunción de riesgo. Las formas que puede adoptar una inversión incluyen: (a) una empresa; (b) acciones, capital y otras formas de participación en el patrimonio de una empresa; (c) bonos, obligaciones, otros instrumentos de deuda y préstamos; (d) futuros, opciones y otros derivados; (e) contratos de llave en mano, de construcción, de gestión, de producción, de concesión, de participación en los ingresos y otros contratos similares; (f) derechos de propiedad intelectual; (g) licencias, autorizaciones, permisos y derechos similares otorgados de conformidad con la legislación interna; y (h) otros derechos de propiedad tangibles o intangibles, muebles o inmuebles; los derechos relacionados con la propiedad, tales como arrendamientos, hipotecas, gravámenes y garantías en prenda.

Los profesores Gonzáles y Rojo afirman que:

Hacia fines de la segunda guerra mundial se desarrolló una nueva arquitectura financiera y monetaria global. Muestra de ello, son los acuerdos de Bretton Woods (1944) que establecieron reglas, instituciones y procedimientos para los países aliados, permitiendo que los flujos de inversión y la circulación de dinero aumentaran dramáticamente haciendo necesario nuevos marcos de protección jurídica para inversionistas y Estados. (Muñoz, 1994, pág. 5)

Y por lo visto, este evento ayudó a que se extendiera a nivel internacional, estos acuerdos en materias de inversiones, conocidos también como Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (en adelante APPRI), en Tratados Bilaterales de Inversión (en adelante TBI), o en los TLC, que de forma más amplia, deberían de incluir Capítulos de Inversión en sus textos respectivos, además que:

“Los TBI tienen un alcance más limitado en comparación con los capítulos de inversión de los TLC, pues la protección a los inversionistas únicamente se extiende una vez la inversión se establece en el territorio del Estado receptor. Por el contrario, los capítulos de inversión de los TLC tienen un mayor nivel de amparo al permitir que ciertas garantías y derechos sean efectivos antes de constituir la inversión en el Estado receptor”. (Castro Peña, 2017, N° 38., pág. 26)

Aun así como lo anterior descrito, dentro de los temas tradicionales que regula un TLC, no solamente está el capítulo de las inversiones y de intercambio de mercancías sino que se tratan otros temas, como los contenidos en la propiedad intelectual, los servicios profesionales como

asesorías técnicas y científicas internacionales, compras en la red, así como temas de inmigración e intercambio cultural.

Ahora bien, algunos expertos como Vasco & Lombaerde (2000) opinan que desde el punto de vista económico:

La inversión extranjera se hace útil para el país anfitrión. Esto ha justificado la protección al inversionista extranjero que desea invertir en un Estado que no conoce, o del que tiene menos información que la que tendría en una inversión en su propio Estado. (pág. 38).

La decisión de invertir está mediada por múltiples factores, como la expectativa de crecimiento y rentabilidad del capital, pues dice Luque (2009) citando a Márquez que:

Éste incentiva al inversor con liquidez a colocar los recursos en un proyecto de inversión directa que presente mayores retornos en el mediano y largo plazo que aquellos en el país de origen, asociado a unas optimas gabelas fiscales provistas por los Estados destinatarios de estos capitales. (pág. 28).

Estándares mínimos que para la gran mayoría de los doctrinantes conciertan que todo capítulo de inversiones de un TLC, debería incluir como:

Trato Nacional, Trato de Nación Más Favorecida, Protección y Promoción de Inversiones, Nivel Mínimo de Trato, Expropiación, Solución de Controversias Estado-Estado o Inversionista-Estado, entre otros temas. Puesto que estos estándares tienen como condición asegurar a los inversionistas de la otra parte y a sus inversiones un trato no discriminatorio de parte del ordenamiento jurídico del Estado receptor de la inversión. (Cuzcano, 2010, pág. 13)

Dicho objetivo se materializa a través del otorgamiento de la más completa protección para los inversionistas de la otra parte y a sus inversiones, que hayan ingresado al territorio de su contraparte de conformidad con la legislación vigente de ésta última. La mencionada protección se expresa en términos de las obligaciones que se consagran en los TLC respecto a los Estados contratantes.

De acuerdo a los TLC Colombia-USA y Colombia-Canadá, bajo los capítulos 10 y 8 respectivamente, en donde se refiere a las inversiones, encontramos estándares de protección, siendo estos los principios más relevantes:

- a) Estándar del Trato nacional
- b) Estándar del Trato justo y equitativo (de conformidad con el Derecho Internacional)
- c) Estándar de Trato de nación más favorecida
- d) Estándar del Derecho a realizar las transferencias de manera libre y sin demora
- e) Estándar de los Procedimientos sobre expropiación que garanticen el apego al debido proceso legal y el pago de la correspondiente indemnización
- f) Estándar de la Solución de Controversias y
- g) Cláusula Paraguas.

Como parte fundamental de cualquier acuerdo comercial, los países establecieron que la única manera de alcanzar el fin deseado era prohibir la aplicación de medidas discriminatorias de un país entre productos provenientes de diferentes países, así como a los productos extranjeros respecto a los elaborados localmente.

A continuación, para una mejor comprensión de qué tratan estos estándares de protección y por qué razón se justifican, analizaremos los más importantes entre los estipulados en los TLC, Colombia-USA & Colombia-Canadá.

a) Estándar del Trato Nacional

El principio de Trato Nacional fue recogido por el GATT de 1994, porque para opinión de Cabrera (2018) este estándar debía “aplicarse de manera vertical en la medida en que los bienes o servicios extranjeros o los proveedores de servicios extranjeros no pudieran soportar un trato diferente al que reciben los productos, servicios o prestadores de servicios locales”. (pág. 4).

Este estándar se encuentra regulado en los Artículos 10.3.1. & 8.03.1., señalando que cada Parte concederá a los inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que conceda, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra disposición de las inversiones en su territorio.

Como dice Lopeandía (2001), que en esta clase de acuerdos el Estado se compromete a abrir todos los sectores de su economía en tópicos tan importantes como:

La inversión extranjera, adoptando un mecanismo de liberalización basado en listas negativas³, en donde todos los sectores se encuentran abiertos, salvo aquellos en los

³ Los alcances y las limitaciones de las metodologías empleadas en la medición de las barreras de servicios, se encuentran determinadas tanto por el formato de negociación de los acuerdos (listas positivas, listas negativas), como por el tratamiento de las medidas disconformes en cada uno. Por ejemplo, la modalidad de lista negativa, que en la práctica introduce una mayor transparencia en el proceso de negociación, no necesariamente se traduce en una mayor precisión, al calcular el nivel de liberalización efectiva de los países al momento de negociar el acuerdo. En parte, porque las excepciones de tipo general contenidas en las listas de medidas disconformes y en las reservas de medidas futuras, se contabilizan en la metodología de Hoekman, como restricciones que afectan a todos los sectores, “ocultando” los efectos de los compromisos específicos en cada sector. Por esta razón, en el documento, el cálculo de los índices sectoriales no tuvo en cuenta las restricciones que afectan a todos los sectores.

cuales se listan las medidas existentes disconformes con ciertas obligaciones del Capítulo sobre inversión (trato nacional trato de nación más favorecida; no imposición de requisitos de desempeño; y alta dirección), y que estime necesario reservar. (pág. 20).

Para la Doctrina, el origen de este principio se dio como parte de la imperiosa necesidad para lograr que los “productos foráneos pudieran competir sin desventajas” en su ingreso a cualquier mercado ajeno, a pesar de ello dice Cazali (2017) que “todos estos productos deben estar sujetos a iguales medidas legales y económicas que se apliquen a los locales”, de tal manera que estos últimos no posean ventajas competitivas artificialmente creadas.

La Corte, en varios de sus pronunciamientos, ha interpretado de forma muy clara las diferentes contingencias por las que el Estado colombiano deberá incluso respetar esos principios.

En Sentencia 379 de (1996), La Corte Constitucional de Colombia hace referencia de las distintas implicaciones que tiene la expresión “Trato Nacional” en donde señala que:

Se obligan las Partes a que en caso de que los inversionistas sufran pérdidas por efecto de guerra u otro conflicto armado, estado de emergencia nacional, "estado de sitio" hoy denominado de "conmoción interior", insurrección u otros eventos similares en el territorio de la otra Parte contratante, aquellos recibirán de esta última un trato no menos favorable que el que se otorga a sus propios nacionales o empresas, o a los de cualquier tercer Estado, en relación con restituciones, indemnizaciones u otros arreglos. (Párr.7)

Bajo estas premisas la Corte ha sido muy vehemente en señalar las circunstancias excepcionales en donde el Estado debería incluso de respetar estas obligaciones.

En Sentencia C-494/98, la Corte Constitucional (1998) en un pronunciamiento sobre el tema replica que:

El principio del trato nacional está dirigido a colocar en condiciones de igualdad jurídica a las inversiones de extranjeros y nacionales. El efecto básico de esta cláusula consiste en hacer desaparecer, dentro del ámbito de materias reguladas por la convención que la contiene, toda desigualdad jurídica presente o futura. En este orden de ideas, si una norma nacional establece diferencias entre categorías de inversiones, aquellas que estén cobijadas por el principio del trato nacional deberán sujetarse al mismo régimen que las inversiones nacionales. (Párr. 2.2.4.5)

El principio del trato nacional y de la cláusula de la nación más favorecida, son preceptos que usualmente son de aplicación conjunta; entonces al agruparlos como dice la Corte, deberían resguardar situaciones de perturbación del orden público de las que resulten pérdidas para los inversionistas extranjeros. Por este motivo, se han esgrimido como fundamento para declararlos ajustados a la Carta de Navegación Política de Colombia.

Ahora bien, debido a los múltiples acuerdos de inversión celebrados desde hace mucho tiempo, han incurrido como era de esperarse, eventualidades de diversa índole, que han comprometido de manera negativa la relación Inversionista Extranjero-Estado receptor, derivándose inexorablemente en cuantiosas demandas, ante las Tribunales Internacionales que tienen como jurisdicción los capítulos de inversión y sus anexos.

Por estos motivos se crearon unos organismos Internacionales muy técnicos para que arbitren las diferencias entre Inversionista extranjero-Estado receptor; siendo los más representativos El

Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, en adelante (CIADI)⁴, y la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, en adelante (CNUDMI)⁵, con su Ley modelo sobre arbitraje comercial internacional.

⁴El CIADI es la institución líder a nivel mundial dedicada al arreglo de diferencias relativas a inversiones internacionales. Posee amplia experiencia en este ámbito, dado que ha administrado la mayoría de los casos de inversión internacional. Los Estados han acordado que el CIADI sea el foro destinado al arreglo de diferencias entre inversionistas y Estados en la mayoría de los tratados internacionales de inversión, así como en numerosos contratos y legislación en materia de inversión

El CIADI fue establecido en el año 1966 por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (el Convenio del CIADI). El Convenio del CIADI es un tratado multilateral formulado por los Directores Ejecutivos del Banco Mundial en aras de cumplir el objetivo del Banco de promover la inversión internacional. El CIADI es una institución de arreglo de diferencias independiente, apolítica y eficaz. El hecho de que se encuentre a disposición de inversionistas y Estados ayuda a promover la inversión internacional fomentando la confianza en el proceso de resolución de controversias. También está disponible en el caso de controversias entre Estados en virtud de tratados de inversión y tratados de libre comercio, al igual que como registro administrativo.

El CIADI o ICSID en inglés, prevé el arreglo de diferencias mediante conciliación, arbitraje o comprobación de hechos. El proceso del CIADI está diseñado para tener en cuenta las características particulares tanto de las diferencias relativas a inversiones internacionales como de las partes involucradas y, de ese modo, mantener un cuidadoso equilibrio entre los intereses de inversionistas y Estados receptores. Cada caso es considerado por una Comisión de Conciliación o un Tribunal de Arbitraje independiente, luego de ponderar las pruebas y los argumentos jurídicos presentados por las partes. A cada caso se le asigna un equipo que brinda asistencia especializada a lo largo del proceso. Al día de la fecha, el CIADI ha administrado más de 600 casos de dicha naturaleza.

Asimismo, el CIADI promueve un mayor conocimiento del derecho internacional en materia de inversión extranjera, así como del proceso del CIADI. Cuenta con un extenso programa de publicaciones, incluida la reconocida revista ICSID Review-Foreign Investment Law Journal, y también publica información acerca de sus actividades y casos en forma periódica. El personal del CIADI organiza eventos, ofrece numerosas presentaciones y participa en conferencias en materia de arreglo de diferencias relativas a inversiones internacionales en todo el mundo. (Recuperado de: <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/about/default.aspx>)

⁵ El 21 de junio de 1985, al finalizar su 18 período anual de sesiones, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) o UNCITRAL en inglés, aprobó la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional. La Asamblea General, en su resolución 40/72 del 11 de diciembre de 1985, recomendó "que todos los Estados examinen debidamente la Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional, teniendo en cuenta la conveniencia de la uniformidad del derecho procesal arbitral y las necesidades específicas de la práctica del arbitraje comercial internacional".

2. La Ley Modelo constituye una base sólida y alentadora para la armonización y el perfeccionamiento deseados de las leyes nacionales. Regula todas las etapas del proceso arbitral, desde el acuerdo de arbitraje hasta el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral y refleja un consenso mundial sobre los principios y aspectos más importantes de la práctica del arbitraje internacional. Resulta aceptable para Estados de todas las regiones y para los diferentes ordenamientos jurídicos o sistemas económicos del mundo.

3. Se adoptó la forma de una Ley Modelo como instrumento de armonización y perfeccionamiento dado que consiente a los Estados proceder con flexibilidad a la preparación de nuevas leyes de arbitraje. Parece conveniente atenerse en la mayor medida posible al modelo, por cuanto ello constituiría la mejor contribución a la armonización a la que se aspira y redundaría en interés de quienes recurren al arbitraje internacional, que son fundamentalmente

Entre la múltiple y compleja variedad de litigios internacionales atendidos por el CIADI, tenemos el Caso No. ARB (AF) 04/05 de (2007) Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. Vs The United Mexican States; donde el Tribunal expresó que:

La obligación de trato nacional contemplada en el Artículo 1102 del acuerdo suscrito constituye la aplicación de la prohibición general de discriminación basada en la nacionalidad, incluida la discriminación tanto de jure como de facto. La primera se refiere a medidas que aparentemente traten a las entidades de manera diferente, en tanto que la última comprende medidas que aparentemente son neutras pero que conllevan un trato diferenciado. (pág. 64)

Por consiguiente la cláusula de trato nacional, debería de entrañar unas “medidas comparativas” para establecer las condiciones en las cuales se concertó el TLC, con el fin de identificar el comparador adecuado.

b) Estándar del Trato Justo y Equitativo

Las primeras manifestaciones de este principio la encontramos en la Carta de la Habana para un Acuerdo de comercio internacional suscrito en 1948, sostiene De la Cerda & Goldenberg (2007) que en su artículo 11 contemplaba que toda inversión extranjera de un Estado miembro que ingresaba a otro, se le debía asegurar este principio desde distintos niveles, fuera empresarial, entrada y salida de capitales, tecnología y cualquier otro requerimiento que el inversionista de alguno de estos estados solicitare. (pág. 11).

las partes extranjeras y sus abogados que fungen en representación jurídica. (Recuperado de: <http://www.sice.oas.org/dispute/comarb/uncitral/icomars3.asp>)

Según los Artículos 10.3.2. & 8.03.2., este estándar significa que cada Parte concederá a las inversiones cubiertas un trato no menos favorable que el que conceda, en circunstancias similares, a las inversiones en su territorio de sus propios inversionistas en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra disposición de las inversiones.

La docente e investigadora Chi (2011), en un documento de trabajo, recupera una definición de esta cláusula por parte del órgano consultivo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, en adelante (OCDE)⁶, en donde menciona que “el trato justo y equitativo, tipificado en los acuerdos relevantes sobre inversión, indica el estándar establecido por el derecho internacional para el debido tratamiento por cada Estado de la propiedad de extranjeros”. (pág. 7).

Reforzando esta teoría, Escarcena (2005), supone que el estándar de trato justo y equitativo requiere que la protección debería ser otorgada bajo estos convenios internacionales porque “Debe ser equivalente de la que generalmente le otorga el Estado Parte a sus propios nacionales, pero, dado que es establecido por el Derecho Internacional”, o sea que el estándar puede ser más exigente si las normas de derecho interno o las prácticas administrativas internas no suplen los requerimientos del Derecho Internacional. El estándar debe adecuarse al patrón mínimo que emana del Derecho Internacional consuetudinario.

⁶ Fundada en 1961, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) agrupa a 36 países miembros y su misión es promover políticas que mejoren el bienestar económico y social de las personas alrededor del mundo.

La OCDE ofrece un foro donde los gobiernos puedan trabajar conjuntamente para compartir experiencias y buscar soluciones a los problemas comunes. Trabajamos para entender que es lo que conduce al cambio económico, social y ambiental. “Medimos la productividad y los flujos globales del comercio e inversión. Analizamos y comparamos datos para realizar pronósticos de tendencias. Fijamos estándares internacionales dentro de un amplio rango de temas de políticas públicas”. (Recuperado de: <https://www.oecd.org>)

Por lo anterior, se deduce que esta definición no debería ser comprendida solamente por la forma de proceder interna de un Estado sino que debería regirse por la costumbre internacional.

En Laudo arbitral CIADI case No ARB (AF)/00/2 de (2003), TECMED S.A. Técnicas Medioambientales Vs. The United Mexican Status, el Tribunal Arbitral estableció que México violó la obligación de trato justo y equitativo conforme al derecho internacional establecida en el artículo 4 del Acuerdo sobre Protección y Promoción de Inversiones, al disponer que:

“El Tribunal Arbitral estima que la garantía de tratamiento justo y equitativo contemplada en el artículo 4 del Acuerdo es 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”, sino que debe juzgarse sobre los alcances de las obligaciones asumidas bajo el Acuerdo y las conductas relativas a su satisfacción y garantías plenas” (págs. 67-68).

Según Márquez & Villegas (2009) la doctrina hace referencia al “trato justo y equitativo”, pero relacionándolo con otros estándares. Así, la práctica de los Estados ha relacionado el estándar con expresiones y estándares como “protección completa y seguridad” o con “trato nacional” o con la cláusula de “nación más favorecida”.

Comentan los autores que este tipo de práctica busca entregar una mayor protección al inversionista, por parte del Estado receptor, para que tenga en cuenta la posible extensión de su significado hasta el extremo de resguardar esa inversión reivindicándola como propia, consolidando los 4 estándares mínimos ya considerados de forma muy coordinada y diligente.

La Corte Constitucional en Sentencia C-286 de (2015), sustentó que la norma aclara que el “trato justo y equitativo” incluye la obligación de las partes contratantes de garantizar el acceso a

las cortes de justicia y los tribunales administrativos y no denegar la justicia en procedimientos penales, civiles o administrativos, de acuerdo con el principio del debido proceso.

En otro Laudo Arbitral Case No. ARB (AF)/98 de (2003); The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen Vs. United States of América, el Tribunal sostuvo que:

Quando se plantea el nivel mínimo de trato propio del derecho internacional en un caso en particular en relación con una reclamación de acción judicial, es decir, denegación de justicia, lo que importa es el sistema de justicia y no una decisión particular tomada durante el transcurso de los procedimientos. El sistema debe ser puesto a prueba y fracasar y así, en este contexto, la noción de agotamiento de los recursos internos se incorpora a la norma de fondo y no es sólo un prerrequisito procesal para una reclamación internacional. Por esta razón, si bien el Tribunal del caso Loewen determinó que el juicio en primera instancia y su sentencia fueron “claramente inadecuados y desacreditables” y violatorios del nivel mínimo de trato justo y equitativo, aun así eso no desestimaba el caso. (pág. 71).

Otros autores como Higa & Saco (2013), indican que el principio de trato justo y equitativo “incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos criminales, civiles o contencioso-administrativos”, conforme con el universal principio del debido proceso, que realmente ha sido asociado en la mayoría de los ordenamientos jurídico-legales de los Estados.

El principio de trato justo y equitativo, para la Corte en Sentencia C-169 de (2012) responden entonces a la necesidad de:

Propiciar condiciones de seguridad jurídica para mejorar las relaciones comerciales entre las partes contratantes, en el sentido que la gestión, el mantenimiento, el uso

y la venta de tales inversiones no se vean obstaculizadas mediante medidas arbitrarias o discriminatorias. Así, se compromete a las partes contratantes en la promoción de las inversiones de la otra, en el deber de facilitar los permisos para la inversión del otro Estado, de otorgar las autorizaciones requeridas, y de no entorpecer el proceso de inversión de la otra Parte. (Párr.4.4.2.4).

El trato justo y equitativo estaría directamente relacionado con el principio de buena fe, puesto que para Montes de Oca (2011) “los Estados deben respetar este principio desde el momento de aceptar una inversión extranjera”, y advirtiendo desde la lógica que, este autor tendría la razón porque todo Estado debería proceder en todas sus actuaciones bajo el principio de la buena fe teniendo como referente el Derecho Internacional Público.

c) Estándar del Trato de Nación más Favorecida

Su origen data desde la Edad Media, donde los comerciantes procuraban hacerse al monopolio del comercio con otros Estados, hasta cuando según Martínez (1981) “el desarrollo del comercio se tornó insostenible por la sencilla razón que la mayoría de los grandes comerciantes abusaban y trataban de excluir a sus competidores”, por lo que al incluir esta norma se tuvieron que resignar por obtener las mismas oportunidades que sus rivales.

De acuerdo con los Artículos 10.3.3. & 8.03.3., este estándar es el trato concedido por una Parte de conformidad con los párrafos 1 y 2 significa, respecto a un gobierno de nivel regional, un trato no menos favorable que el trato más favorable que ese gobierno de nivel regional conceda, en circunstancias similares, a los inversionistas e inversiones de inversionistas de la Parte de la que forma parte.

En otras palabras, el principio de “nación más favorecida”, se rige por la no discriminación entre miembros asociados; y el tratamiento “nacional” que se rige por el principio de otorgar a inversionistas, proveedores y productos foráneos el mismo trato vigente para los propiamente nacionales.

Como lo especifica Gaillard en “Chronique du CIRDI” (Crónicas del CIADI); citado por Masiá (2007) este tipo de formalidades cumplen una doble función en estos acuerdos, porque por un lado; “constituyen un instrumento de gran importancia para luchar contra cualquier discriminación entre los distintos inversores en función de su origen”, y por el otro “son un mecanismo excelente para lograr la armonización del Derecho a la protección y promoción de las inversiones internacionales”. (pág. 3).

Sobre el caso CIADI N° ARB/97/7 de (2000); Emilio Agustín Maffezini Vs. El Reino De España, el tribunal resalta que:

Puede concluirse que si un tratado con un tercero contiene disposiciones para la solución de controversias que sean más favorables para la protección de los derechos e intereses del inversor que aquellos del tratado básico, tales disposiciones pueden extenderse al beneficiario de la cláusula de la nación más favorecida pues son plenamente compatibles con el principio ejusdem generis (de la misma naturaleza, clase o tipo jurídico). (pág. 22).

Ya que para el Tribunal sería muy evidentemente que el tratado con el tercero se tendría que articular con los mismos elementos del tratado básico, sean estos como la protección de inversiones extranjeras o la promoción del comercio, puesto que las disposiciones sobre solución de

controversias se aplicarán en el contexto de estas materias; de otro modo se incurriría en contravención de dicho principio.

Como también se hace necesario aclarar que la correcta aplicación de la cláusula de la nación más favorecida tiene, sin embargo, algunos límites derivados de consideraciones de políticas públicas.

El Tribunal del CIADI en el caso No. ARB/02/8 de (2004); Siemens A.G. Vs. República de Argentina, establece que pudiera ocurrir que las prerrogativas otorgadas a los nacionales de otro Estado resulten en un “trato más favorable” que las disfrutadas por los nacionales del Estado otorgante, puesto que:

En esa situación, la referencia al trato nacional no limita las ventajas que los inversores puedan tener por efecto de la Cláusula de Nación más Favorecida. Las obligaciones del Estado, en virtud del Artículo 3 (1) y (2), se refieren a un nivel mínimo de trato y no al máximo. Si las ventajas otorgadas a los nacionales de un tercer Estado no fuesen garantizadas en virtud de la Cláusula de Nación más Favorecida simplemente porque exceden el trato nacional, entonces el Estado incumpliría la obligación de garantizar un trato no menos favorable en virtud de esa cláusula. (pág. 41).

Dicho lo anterior, entonces lo más apreciado de esta disposición sería que los inversores no deberían ser discriminados por ser extranjeros, porque sostiene el Tribunal que si fuese así, entonces al mismo tiempo deberían recibir el mejor trato otorgado a cualquier otro inversor extranjero, inclinándose a ser un trato más independiente si la inversión ha sido hecha únicamente por inversores extranjeros o conjuntamente o en asociación con inversores locales.

Preceptos de esta índole, dice la Corte en Sentencia C-150 de (2009) que “no vulneran la Ley Suprema y, por el contrario, se dirigen a hacer efectivo en todo tiempo la igualdad fundamental sin discriminación entre todos los países interesados”, puesto que esta correspondencia de tratamiento otorgada por una cláusula de la nación más favorecida, hace desaparecer toda diferencia entre las inversiones extranjeras beneficiarias de este trato.

Adicionalmente, se debería acoger este precepto como regla general, desde el momento en el cual el país receptor de la inversión concede una ventaja a un tercer Estado, ya que para la Corte (2009) sobre el mismo fallo estimula a que:

El derecho de otros Estados a un tratamiento no menos favorable nace en forma inmediata y se extiende a los derechos y ventajas concedidos antes y después de la entrada en vigor del Tratado que consagra la aludida cláusula (...) El efecto básico de esta cláusula consiste en hacer desaparecer, dentro del ámbito de materias reguladas por la Convención que la contiene, toda desigualdad jurídica presente o futura. (Párr. 5.4.1).

d) Estándar del Derecho a realizar las transferencias de manera libre y sin demora

Este principio se conoce desde que se instituyó el Fondo Monetario Internacional, debido a que antes de este suceso los países acordaban en sus compromisos comerciales unos pactos “de pago” y de las conveniencias bajo las cuales se aplicarían algunas restricciones a estas divisas. Ya después comenta Enríquez (2007) que el Fondo Monetario Internacional hizo que los Estados miembros del mismo “se comprometieran a no aplicar esta clase de políticas cambiarias, debiendo informar al Fondo sobre sus condiciones financieras” para que de forma eventual pudieran

disponer de las reservas a las que los países miembros tienen acceso para sortear dificultades cambiarias.

Cómo se preceptúa en los Artículos 10.8:1 & 8.10:1, en que en cada Parte permitirá que todas las transferencias relacionadas con una inversión cubierta se hagan libremente y sin demora, hacia y desde de su territorio, transferencias entre otras que incluyen:

(a) Aportes de capital;

(b) Utilidades, dividendos, intereses, ganancias de capital, pagos por regalías, gastos por administración, asistencia técnica y otros cargos, utilidades en especie y otras cantidades derivadas de la inversión;

(c) El producto de la venta total o parcial de la inversión cubierta o de la liquidación total o parcial de la inversión cubierta;

(d) Pagos realizados conforme a un contrato que el inversionista haya suscrito, o la inversión cubierta, incluidos pagos efectuados conforme a un contrato de préstamo.

Granato & Oddone (2007), destacan que Los APPRI permiten que los inversores extranjeros cuenten con la posibilidad de transferir libremente y sin restricciones “todos los pagos relacionados con sus inversiones, incluida la ganancia del capital invertido y el producido de la liquidación total o parcial de la inversión”. (pág. 13).

De igual manera, aseguran que “la transferencia se pueda realizar sin demora, en moneda convertible y al cambio oficial del día de la transferencia”, puesto que con esto se promueve que la libre repatriación del capital invertido y demás sumas relacionadas con la inversión.

En una controversia impetrada ante el CIADI caso No. ARB/03/5 de (2006); las partes demandantes alegaron que:

En síntesis, el Decreto 1570/2001 emitido por el gobierno Argentino “violó abiertamente” el APPRI que garantiza la libertad de transferencias y que la Ley 25.561, llamada de “Pesificación”, que dispuso que las obligaciones pactadas en dólares de los Estados Unidos debían obligatoriamente convertirse a pesos argentinos y facultó al Poder Ejecutivo a establecer el sistema que determinaría la paridad cambiaria entre el peso argentino y las divisas extranjeras, también viola el APPRI, y que debido a esos cambios económicos intempestivos, sufrieron una devastadora disminución de su capital invertido. (pág. 12).

Si bien para el Tribunal, esos cambios económicos pudieron incidir de cierta forma, la parte demandante estaría obligada a demostrar que esas circunstancias fueron originadas por el gobierno argentino con el fin de perjudicarlos a ellos (Metalpar S.A. y Buen Aire S.A) directamente, y no por una coyuntura económica dificultosa que franqueó la República de Argentina en su momento.

Valga mencionar que la parte demandante no logró probar el efecto de causalidad directa como víctima, a partir de cómo se proporcionaron los incidentes, con el fin de que el Tribunal determinara la flagrante violación al APPRI Chileno-Argentino.

Para la experta en este tipo de Tratados Herz (2003), opina en otras palabras que bajo este punto “todos los APPRI guardan consonancia al prever la repatriación no sólo del capital sino de sus frutos así como las remuneraciones, regalías, honorarios de consultoría, etc.”

La autora dice también que con el libre acceso a estas transacciones, el Estado garantiza que estas transferencias:

Se hagan sin condicionamientos, que se puedan intercambiar en divisas convertibles libremente y aun cuando estas operaciones estén sujetas a la legislación nacional, el gobierno no les debería perturbar en su derecho sustancial (...) y si en algunos acuerdos se pudieran presentar algunos problemas excepcionales de la balanza de pagos, pues entonces sería a partir de estos eventos de donde se pudieran permitir esta clase de restricciones, siempre y cuando que estos impedimentos no sean discriminatorios. (Herz, 2003, págs. 12-14)

Así mismo La Corte Constitucional de Colombia en Sentencia C-286 de (2015), se pronunció en lo que concierne a la cláusula sobre transferencias, mediante la cual fijó un marco recíproco entre las partes para que las transferencias de inversiones se hagan libremente y sin demora. La Corte ha considerado que:

Las mismas se ajustan a la Constitución, pues, además de facilitar la actividad económica y de negocios de los inversionistas, permitiendo que los pagos para la realización de la inversión se haga en forma libre y sin demora, también hace posible que tales operaciones se efectúen de acuerdo con la legislación interna de cada país, que, en el caso de Colombia, son las normas que regulan el comercio exterior y el mercado cambiario”. (Párr. 6.3.3.1.10.)

Según lo manifestado por la Corporación, este tipo de medidas “pretende agilizar la realización de las transferencias de capital o pagos necesarios para la inversión, en moneda de libre convertibilidad, lo cual no contraría ningún mandato Superior.”

De la misma forma La Corte en Sentencia **C-157** de (2016), confirma que en los capítulos de inversiones también se regulan las transferencias, puesto que:

Incluyen un compromiso de las partes, quienes de conformidad con su legislación, permitirán a los inversionistas la realización de transferencias libres sin demora injustificada. Sin embargo, se autoriza a retrasar las transferencias como consecuencia de:

- (i) Leyes de quiebra, insolvencia o protección de los derechos de los acreedores;
- (ii) Leyes de emisión, comercio u operaciones de valores;
- (iii) Infracciones penales;
- (iv) Reportes financieros o mantenimiento de registros de transferencias para colaborar con el cumplimiento de la ley o con autoridades financieras regulatorias,
- (v) El cumplimiento de laudos y sentencias. (Párr. 92.11)

La Corte no solamente consideró estas situaciones fácticas, sino que las complementó con el fin de regular las transferencias en caso de algunas circunstancias muy puntuales que lo pudieran ameritar.

e) Estándar de los procedimientos sobre expropiación e indemnización.

Este principio fue incluido en 1959, entre los TBI's, suscritos, por Alemania-Paquistán y por la República Dominicana-Paquistán. Aunque estos tratados fueron duramente cuestionados por las ideologías dominantes de su época (Nacionalismo Puro & Neo-Marxismo), puesto que estas rechazaron el estándar de adecuada, pronta y efectiva compensación de la expropiación, puesto que según Biocca (2006) estas ideologías defendían dos variables que no podían excluirse; la primera era que ninguna compensación se debía per se, y la segunda, que no era necesaria la indemnización en tanto que la cláusula de trato nacional sería más que suficiente.

Según los Artículos 10.7.1 & 8.11.1, este estándar exige que ninguna Parte podrá expropiar o nacionalizar una inversión cubierta directa o indirectamente a través de medidas que tengan efectos equivalentes a la expropiación o nacionalización (en adelante “expropiación”) excepto:

- (a) Por razones de utilidad pública⁷;
- (b) De una manera no discriminatoria;
- (c) Mediante indemnización pronta, adecuada y efectiva de conformidad con los párrafos 2 a 4; y
- (d) De conformidad con el principio del debido proceso.

Arsen (2003) ratifica que, el término jurídico “expropiación”, arraigado en su contexto, significa la toma, por parte del Estado receptor de la inversión, de la propiedad cuya titularidad corresponde a un extranjero (sea persona física o jurídica), localizada en ese Estado, efectuada con un propósito público. (pág. 15).

En otras palabras, es el Estado que manifiesta la expropiación con la declaración mediante la cual se expresa que, el inversor, no reviste más el carácter de propietario de los bienes expropiados. Ahora bien, a partir de las diferentes querellas internacionales, comenzó a relacionarse el fenómeno de “expropiación”⁸, expresión que se terminó de complementar

⁷ El término “utilidad pública” es un concepto de derecho internacional público y será interpretado de conformidad con el derecho internacional. El derecho nacional puede expresar este concepto u otros conceptos similares usando diferentes términos, tales como “interés social”, “necesidad pública” o “fin público”.

⁸ En *Reveré Copper v. OPIC*⁷ la parte reclamante celebró, a través de su subsidiaria RJA, un contrato con el gobierno de Jamaica en el cual se estipuló una cláusula de estabilización con respecto a impuestos y cargas financieras. En 1974 el gobierno incrementó los impuestos y regalías. Dado que el demandante obtuvo una indemnización bajo un seguro, el asegurador (*Overseas Private Investment Corporation* —OPIC) argumentaba que no existía una merma de control. El Tribunal rechazó el argumento diciendo: En nuestra opinión, los efectos de los actos del gobierno de Jamaica consistentes en repudiar sus compromisos a largo plazo con RJA tienen sustancialmente el mismo impacto en el control efectivo sobre la utilización y operación que si las propiedades hubieran sido concedidas mediante un contrato de concesión que fue repudiado ... OPIC argumenta que RJA aún tiene los derechos titularidad con la que contaba antes de los eventos de 1974: está en posesión de la planta y demás instalaciones; cuenta con el Arrendamiento Minero; puede operar como lo hacía antes.

jurídicamente en dos locuciones a saber: “La expropiación directa” según la Corte Constitucional en Sentencia C-750 de (2008), se encamina “cuando una inversión es nacionalizada o de otra manera expropiada directamente mediante transferencia formal del título o del derecho de dominio”, mientras que la expropiación indirecta:

Alude a un acto o una serie de actos de una parte que tiene un efecto equivalente al de una expropiación directa sin la transferencia formal del título o del derecho de dominio al Estado, pues se trata de compensar una especie de lucro cesante de un inversionista, quien tenía expectativas de ganancia en un sector económico, las cuales se vieron frustradas por la nueva regulación. (Párr.34)

Dice también en otras palabras la Corporación que no debería olvidarse que salvo circunstancias excepcionales, “no constituyen expropiaciones indirectas los actos regulatorios no discriminatorios de una Parte que son diseñados” y que deberían ser correctamente “aplicados para la protección de objetivos legítimos de bienestar público como la salud pública, la seguridad y el medio ambiente”.

En un Laudo administrado por el CNUDMI, caso No. UN 3467 de (2004); Occidental Exploration and Production Company Vs. República del Ecuador; el Tribunal concuerda con el demandante, al exteriorizar que:

La expropiación no necesita involucrar la transferencia del título sobre una propiedad determinada, la cual era la característica distintiva de la expropiación

Esto puede ser cierto en lo formal, pero... no consideramos que el ‘control’ de RJA del uso y operación de sus bienes sea ‘efectivo’ dada la destrucción por las medidas gubernamentales de sus derechos contractuales y titularidad con la que contaba antes de los eventos de 1974: está en posesión de la planta y demás instalaciones; cuenta con el Arrendamiento Minero; puede operar como lo hacía antes.

según el Derecho Internacional. Por supuesto que ésta puede afectar el valor económico de una inversión. Los impuestos pueden dar como resultado la expropiación como lo pueden hacer otros tipos de medidas reglamentarias. No obstante la expropiación indirecta ha aumentado significativamente el número de casos planteados ante los tribunales arbitrales internacionales. También es notorio que los tratados de inversiones bilaterales incluyen definiciones amplias de las inversiones que pueden abarcar muchas clases de activos. (pág. 24)

Otro autor como Valderrama (2011) nos demuestra que en La Constitución de 1991, taxativamente en su “artículo 58 nos clarifica que el Estado se guarda la potestad de expropiar la propiedad privada”, siempre y cuando sea por motivos de utilidad pública o de interés social, mediante sentencia judicial y con indemnización previa.

Como se verá más adelante, este entendimiento de la expropiación es similar al concepto de “expropiación directa” en arbitrajes de inversión. Sin embargo, el arbitraje de inversión ha ido más lejos para entender también como expropiación lo que se ha identificado como “expropiación indirecta”.

Más concretamente sobre la expropiación indirecta, La Corte en Sentencia 446 de (2009); exalta que “se ajusta plenamente a lo preceptuado en el artículo 58 superior, ya que el Acuerdo que se examina establece que para que un inversionista pueda ser privado de su inversión en el territorio de la otra parte contratante, se requiere que:

- (i) El Estado se base en motivos de utilidad pública o de interés social, que por demás se encuentran consagrados expresamente para Colombia en el artículo 12.8.1 (d) del Convenio;

(ii) Que las medidas no sean discriminatorias y;

(iii) Que sea con arreglo a la ley y acompañada de una indemnización pronta, adecuada y efectiva. En este caso, si bien el Tratado no señala expresamente que la indemnización debe ser previa y que la decisión debe ser autorizada por sentencia judicial o por la vía administrativa como lo exige el artículo constitucional en mención, sí señala que debe hacerse “siguiendo el debido proceso legal.” (Párr. 5.6.13.2.5)

Por lo que así habrá de entenderse de acuerdo con la legalidad de la medida y del monto de la indemnización se podrá reclamar ante las autoridades judiciales de la parte que la adoptó.

En otro de los Laudos regulados por la CNUDMI caso CPA N° 2013 de (2015); South American Silver Limited Vs. El Estado Plurinacional de Bolivia, el Tribunal discurrió que:

Existe amplio consenso en los textos académicos sobre expropiación respecto a que la protección se refiere no sólo a la propiedad tangible o activos físicos, sino también a un amplio rango de derechos que sean significativos económicamente para el inversionista. Según lo ha señalado la Jueza Rosalyn Higgins: “[...] la noción de “propiedad” no está restringida a los bienes. Algunas veces derechos que podría parecer que pertenecen por naturaleza a la categoría de derechos contractuales son tratados como propiedad.” (pág. 60).

Asimismo, este órgano corporativo citó el caso (TECMED S.A. Técnicas Medioambientales Vs. The United Mexican Status, 2003), en donde el Tribunal de aquella época definió la expropiación directa como “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.”

Roffe & Santacruz (2010), aducen que la concepción de “expropiación indirecta” ha sido controversial, en cuanto ha sido una figura que nació como desarrollo jurisprudencial en el arbitraje de inversión. En un comienzo, el término “expropiación indirecta” no había sido definido, por tanto, era responsabilidad del Tribunal arbitral definir el alcance de lo que se entendía con este.

En otro de sus variados fallos al respecto, La Corte Constitucional en Sentencia C-031 de (2009), expresó que la denominada expropiación indirecta, consiste en “un acto o una serie de actos realizados por una Parte” que inevitablemente contienen secuelas similares al de una expropiación directa, pero sin transferencia formal del derecho de dominio.

Dicho de otra manera, la expropiación se implantaría como condición que deberá cumplir la medida de efecto equivalente a la expropiación directa, la realización de una investigación fáctica, caso por caso, que para la Corte son considerados los siguientes factores:

- (i) El impacto económico del acto gubernamental, aunque el hecho de que un acto o una serie de actos de una Parte tenga un efecto adverso sobre el valor económico de una inversión, por sí solo, no establece que una expropiación indirecta haya ocurrido;
- (ii) El grado en el cual la acción del gobierno interfiere con expectativas inequívocas y razonables de la inversión; y
- (iii) El carácter de la acción gubernamental. (Párr. 15).

En reclamación jurídica ante el CIADI caso No. ARB/04/4 de (2014) SAUR International S.A Vs. República de Argentina; el Tribunal también define una nacionalización como un concepto análogo a una expropiación, con el añadido en que es con el beneficio de un ente público.

Al analizar las medidas tomadas por Argentina, el Tribunal concluye que su efecto fue haber “apartado totalmente al inversor de la gestión y administración de su concesión⁹”, resultando:

En una desposesión de la inversión y no en actos que simplemente “interfieren significativamente en su goce y disfrute”, como sucedería con una expropiación indirecta. Adicionalmente, el Tribunal afirmó que la Concesión fue adjudicada a una empresa pública, o sea que se reintegró en el patrimonio de la Provincia, y en consiguiente, hubo una apropiación por el Estado de los bienes y derechos que fueron expropiados al inversor. Lo anterior llevó al Tribunal a concluir que se trataba de una “expropiación directa y más concretamente una nacionalización” y no una expropiación indirecta, según su interpretación del texto del Artículo 5.2 del TBI. (pág. 68)

Para Gómez (2015), hay una divergencia entre la definición de expropiación directa y el entendimiento tradicional de expropiación en nuestro país, por cuanto a que “la expropiación indirecta no hace referencia a la toma de la propiedad de un particular por parte del Estado”, sino que tiene que ver con ciertas medidas adoptadas por el Estado que de cierta manera

⁹ El contrato de concesión es aquel que celebran “entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario, la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad contratante, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valoración o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden”. “De esta definición se deducen los siguientes elementos del contrato de concesión: (i) son aquellos celebrados entre un grupo de personas o asociación y entidades estatales; (ii) tienen como fin actividades tales como la prestación, operación, funcionamiento, explotación, organización, gestión o construcción; (iii) estas actividades se refieren a un servicio público, a una obra o bien destinados al servicio público; (iv) la responsabilidad de estas actividades recae en el concesionario; (v) la vigilancia y control de estas actividades corresponde a la entidad pública contratante; (vi) la contraprestación en estos contratos consiste en derechos, tarifas, tasas, valoración, en un canon periódico, único y porcentual, en la participación que se le otorgue al concesionario en la explotación del bien, o en otra modalidad de contraprestación acordada”.

“pudieran influir a una reducción del valor de la inversión a tal grado que debe ser entendido como una expropiación.” Así mismo el autor sostiene que estas medidas pudieran variar, entre otras cosas, porque afectan las construcciones aledañas a la inversión hasta gravámenes fiscales imprevistos que afectan el desempeño, objetivo último de la inversión extranjera.

f) Estándar de la solución de controversias: “sometimiento de una reclamación a arbitraje”

Aunque el origen de esta cláusula data desde el Imperio Romano, pero en la actualidad ha sido encauzada bajo el marco del Derecho Internacional en los TBI's, como mecanismo aplicable a la protección jurídica de las inversiones extranjeras. Para opinión de Hernández (2016) “se pasó a un mecanismo arbitral de solución de controversias entre el inversor y el Estado”, y que para este fin se creó el CIADI, que entró en vigencia desde 1965.

En Latinoamérica por ser una región receptora de estas inversiones, hubo cierta resistencia a ese tipo de arbitraje internacional, porque en la región predominaba la doctrina “Calvo” que obligaba a los inversionistas solamente acudir a Estrados nacionales donde se localizaba estas inversiones.

Bajo los Artículos 10.15:1 & 8.21:1, este estándar dispone que las partes contendientes sostendrán consultas y negociaciones para intentar solucionar una reclamación amigablemente antes que un inversionista contendiente pueda someter una reclamación a arbitraje. Las consultas y negociaciones podrán incluir el uso de procedimientos no vinculantes con la ayuda de terceras partes.

Desde los años 80's, la continua red de tratados sobre inversión concluidos por los países latinoamericanos, los artículos que versan sobre la solución de controversias han demostrado ser

un medio efectivo para el fortalecimiento de la seguridad jurídica de la inversión extranjera en la región.

El investigador en Derecho Internacional Público Vives (2009), considera que tanto los modelos canadiense y estadounidense tienden a institucionalizar material y formalmente esta fase previa, pero:

En particular, pareciera que consideran las diferencias claramente entre el acto de la notificación a la otra parte de la intención de someter la controversia a arbitraje y el momento de la presentación de la solicitud de arbitraje. Entre ambos no sólo debe mediar un periodo temporal con el objeto de propiciar contactos y negociaciones entre las partes, sino que además se exige que la notificación de la intención de someter la controversia a arbitraje cumpla con unos requisitos formales bien tasados. (pág. 19)

La Corte en Sentencia C-184 de (2016) comenta que, el arbitraje internacional tiene su soporte en el artículo 116 de la Constitución y en las normas que internacionalizan las relaciones económicas del Estado, pero además especifican que:

De esta suerte, debe reconocerse la vigencia de principios de Derecho Internacional privado que regulan la actividad comercial, entre los que se encuentra la aceptación del arbitraje internacional para la solución pacífica de las controversias. Es inevitable que en desarrollo de relaciones económicas de carácter comercial e internacional, se vinculen dos o más ordenamientos jurídicos, razón por la cual, deben establecerse mecanismos de solución de controversias confiables, eficaces y flexibles, que sean de fácil adaptación al tráfico internacional. Estas soluciones no

tienen por qué afectar la soberanía de los Estados, por el contrario efectivizan la seguridad jurídica y fomentan la internacionalización de las relaciones comerciales.

(Párr. 133.2)

Simultáneamente, aducen que de estas obligaciones también se deberán complementar con la existencia de un mecanismo de solución de controversias, destinándose exclusivamente para tratar de dirimir las posibles diferencias que surjan entre el inversionista y el Estado receptor de la inversión, el cual permite que la controversia sea conocida y resuelta en el marco de un arbitraje internacional.

En otro pronunciamiento de la Corte, Sentencia C-358 de (1996), dedujo que una visión integral de la Constitución permite concluir lo que ésta busca, como uno de sus propósitos fundamentales, la resolución pacífica de los conflictos, concluyendo que:

Para el logro de este objetivo consagra una serie de mecanismos que tienden a desconcentrar la administración de justicia y a establecer mecanismos alternativos de solución de controversias tales como las jurisdicciones especiales, los jueces de paz, la conciliación o el arbitramento. En razón de la naturaleza de las diferencias que pueden suscitarse con ocasión de las inversiones de que trata el Tratado sub examine, puede llegar a ser mucho más conveniente y pacífico que sea un organismo internacional especializado o un tribunal de arbitraje quien las solucione.

(Párr.6).

De todas formas, dice la Corte que el Estado, al promover la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas de que trata el Art. 226 de la Constitución, no sería posible sin el apoyo de este recurso.

Mientras que para Mortimore & Stanley (2006), el arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado, debe estar:

Previsto en los acuerdos internacionales sobre inversiones dio nuevas opciones a los inversionistas extranjeros (en un principio, la posibilidad de buscar soluciones mediante el arbitraje internacional una vez agotados los medios locales), dio calidad de tratado a estos procedimientos (que finalmente recibieron el consentimiento general para el arbitraje internacional por parte de los Estados de los países receptores) y transformó las decisiones arbitrales internacionales en definitivas y ejecutables. (pág. 6)

En el Laudo CIADI No. ARB/03/17 de (2006); Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., e Interaguas Servicios Integrales del Agua S.A. Vs. República de Argentina, el Tribunal consideró que hay razones justificadas para concluir que actualmente los arreglos para resolver las controversias están inseparablemente relacionados con la protección de inversionistas extranjeros, como también se relacionan con el resguardo de los derechos de los comerciantes en los TLC., en este mismo laudo El Tribunal se remonta desde una intervención anterior, en donde consigna que:

El arbitraje internacional y otros mecanismos de solución de controversias han reemplazado las prácticas más antiguas y frecuentemente abusivas del pasado. Empero, estos modernos avances son esenciales para proteger los derechos previstos por los tratados pertinentes, y también están estrechamente vinculados a los aspectos materiales del tratamiento concedido. (pág. 32).

g) Cláusula Paraguas

Su origen data de (1953-1954) donde la Anglo Iranian Oil Company, en referencia con la transacción derivada de “la nacionalización iraní de las concesiones petroleras, esperaba que el contrato que acordaran las empresas petroleras con Irán fuera incorporado a un Tratado, con el objeto de que en caso de cualquier infracción al contrato lo fuera al mismo tiempo al Tratado”. (Lantan, 2019, pág. 3)

O sea que se pretendió que en cualquier evento de alguna controversia del acuerdo; ésta no fuera competencia de las cortes iraníes sino que se recurriera directamente a un mecanismo internacional de solución de controversias.

De acuerdo con los Artículos 10.05 & 8.05, esta disposición no se formula de forma directa en los textos de los TLCs, pero para muchos doctrinantes, inclusive para la gran mayoría de los árbitros internacionales, este precepto es casi de obligatorio uso en sus Laudos sobre inversiones, ya que para la mayoría de los especialistas en APPRI, esta cláusula se encuentra implícita en el principio de “protección y seguridad plenas”, puesto que no se requiere un trato adicional o ir más allá de aquel exigido por el nivel mínimo de trato de extranjeros del derecho internacional consuetudinario¹⁰.

En concordancia con lo anterior la Corte en Sentencia C-169 de (2012) infiere que, en este orden de ideas:

El objetivo principal buscado por los Estados al negociar un tratado de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI) es establecer un marco jurídico

¹⁰ Se entiende que el término “Derecho internacional consuetudinario” hace referencia a la costumbre internacional como evidencia de una práctica generalmente aceptada como ley, de conformidad con el Artículo 38 (1) (b) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

justo y transparente que promueva la inversión a través de la creación de un ambiente que proteja al inversionista, su inversión y los flujos relacionados, sin crear obstáculos a las inversiones provenientes de la otra Parte del tratado. (Párr. 4.3.3).

Aquí la Corte conmina al Estado para que avale unas reglas de juego claras, con el fin de crear confianza ante los inversionistas, ofreciendo una protección y seguridad mutua en el tratamiento de las inversiones con el ánimo de generar incentivos apropiados para este fin.

En otra jurisprudencia que tiene que ver con este principio, también emitida por esta corporación, es en Sentencia C-377 de (2010) en donde la Corte describe el TLC, sucintamente el artículo 4º (ii) Protección y seguridad plenas:

Teniendo como objetivo de garantizar el estándar mínimo de protección policial exigido por el derecho internacional consuetudinario, el cual es definido como la “práctica general y consistente de los Estados, seguida por ellos en el sentido de una obligación legal, siendo el trato mínimo otorgado a los extranjeros por el derecho internacional consuetudinario que se refiere a todos los principios del derecho internacional consuetudinario que protegen los derechos e intereses de los extranjeros.” (Párr.4.2.1.11).

En Laudo Arbitral reglamentado por la CNUDMI, caso CPA N° 2010-9 de (2012); ICS Inspection And Control Services Limited Vs. La República de Argentina, El Tribunal determinó que:

La “cláusula paraguas”, es una disposición general que tiene un amplio reconocimiento, y aún no esté contenida de forma textual en un amplio número de

TBIs, en realidad ha constituido un requerimiento implícito para el Estado receptor, de cumplir con todas las obligaciones asumidas con inversionistas extranjeros, incluidos aquéllos con los cuales el compromiso haya sido asumido por vía contractual. (pág. 47).

De este modo, concreta el Tribunal que las obligaciones de fuente contractual reciben una especie de protección extra, en virtud de su consideración por el tratado bilateral.

De la denominada cláusula paraguas o "Umbrella clause", comenta Dorín (2007) que es de suma importancia ya que se registra en la mayor parte de los tratados que contienen este tipo de cláusulas, que son:

Destinadas a proteger y procurar un tratamiento más favorable que pudiera haberse estipulado en otros acuerdos internacionales u obligaciones entre las partes en su legislación interna no sea dejada sin efecto por parte del Estado receptor para con los inversores nacionales. Sin embargo, se admite que los países partes dispongan excepciones a este estándar de tratamiento, a fin de proteger el desarrollo de la industria nacional. (pág. 5).

Otra excepción es la prevista en algunos tratados que otorgan al Estado receptor el derecho a adoptar las medidas necesarias para asegurar el mantenimiento del orden público y la seguridad interna o externa.

La doctrina arbitral también se pronuncia en este sentido, como en el caso de los autores Dolzer y Stevens (1995) que señalan como ámbito de la cláusula paraguas la protección de "investor's contractual rights" (y, por consiguiente, nacidos de un contrato).

Inclusive estos mismos autores reiteran que la cláusula paraguas no puede equipararse con una suerte de cláusula de estabilización o de "congelación" de la normativa vigente al tiempo de formalizar el contrato, ya que este tipo de precepto no puede prohibir que un Estado regule sobre materias que regulen el contrato.

Wálde (2005) quien la denomina "cláusula pacta sunt servanda", destacando así su naturaleza "contractual" nace para garantizar que se respeten los contratos formalizados por inversores extranjeros con un Estado, de modo que este no pueda escapar a sus obligaciones contractuales acudiendo a su potestad soberana.

Las "cláusulas paraguas" que estén comprendidas en un tratado de inversión, son para García-Martínez (2009) las que obligan al Estado a cumplir los compromisos jurídicos adquiridos frente al inversionista extranjero, han de interpretarse en conjunto con la definición que de inversión contenga el tratado, independientemente del alcance textual de su redacción.

El mismo autor deduce que una cláusula paraguas bien redactada, eleva las obligaciones contractuales al plano de las obligaciones internacionales, ante el conocimiento de los Tribunales Arbitrales.

En la Jurisprudencia Internacional, esta cláusula es originalmente la más invocada en un sinnúmero de los procesos arbitrales relacionados con inversiones, puesto que entre su naturaleza jurídica, surge un vínculo contractual entre un "sujeto" privado internacional y un Estado, resultándole muy conveniente a la parte demandante que habitualmente es el inversor, el de exhortar la violación del tratado, cuando el Estado transgrede el contrato que los vincula.

Entre los numerosos Laudos pronunciados por el CIADI, tenemos el caso No. ARB/02/1 de (2006); Lg & E Energy Corp., Lg & E Capital Corp., Lg & E International Inc. Vs. República

Argentina, donde el Tribunal certifica que en numerosos casos se ha considerado que la cláusula paraguas “se activa no a partir de obligaciones establecidas en las leyes municipales sino en contratos entre el Estado y el inversionista”.

En síntesis, para la gran mayoría de los Tribunales Internacionales dedicados a dirimir este tipo de conflictos, han concluido que el incumplimiento de obligaciones contractuales de un contrato entre un Estado y un inversionista genera un reclamo amparado por la cláusula paraguas.

El académico y consultor Sinclair (2004) relata que una “norma parecida” se quiso incluir en un acuerdo entre el Reino Unido y Perú respecto a la concesión minera La Brea y Parinas de 1921:

Como el primer ejemplo de un acuerdo destinado a proteger, por medio de un tratado internacional, los derechos adquiridos por un inversionista en un contrato celebrado de acuerdo a las normas internas del país receptor. En este acuerdo, se creaba un tribunal arbitral con competencia para conocer y resolver acerca de la aplicación de ciertos decretos y leyes mineras peruanas. Sin embargo, a diferencia de las actuales cláusulas paraguas, éste fue un acuerdo ad-hoc para el caso específico y ex post facto, es decir después de surgida la controversia. (pág. 7).

En el caso CIADI No. ARB/14/10 de (2014), Highbury International AVV Compañía Minera De Bajo Caroní AVV Ramstein Trading Inc. Vs. La República Bolivariana De Venezuela, donde la parte demandante alega que por otra parte, tal y como han señalado varios Tribunales y también la doctrina más calificada que:

La cláusula paraguas no se restringe a las obligaciones contenidas en los contratos celebrados por el Estado con los inversionistas, sino que también puede, en

principio, aplicarse a actos unilaterales relacionados con la inversión. Los Tribunales que han rechazado esta posibilidad lo han hecho cuando dichos actos unilaterales están relacionados con la inversión solo de una mera regla general. Ese sería el caso, por ejemplo, de una ley, la cual, por naturaleza es de efectos generales, es decir de aplicación general. (pág. 84).

Como dice Castello (2008) que “tomando en cuenta la ya tantas veces mencionada historia de las cláusulas paraguas”, vemos que desde sus orígenes esta cláusula estuvo pensada para evitar que los estados tomen acciones que perjudiquen a las inversiones extranjeras.

Remata el artículo el autor, al concluir que “estas cláusulas fueron ideadas específicamente para contratos o licencias de concesión”, que los Estados haciendo uso de sus atribuciones de soberano fácilmente podían dar por terminado bajo el Derecho Nacional.

En el Laudo CIADI N° ARB/04/19 de (2008); Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A Vs. República Del Ecuador, el Tribunal asume que el significado de las cláusulas paraguas ha sido objeto de un intenso debate desde la decisión del caso SGS Société Générale de Surveillance SA Vs. Pakistán y, hasta ahora, no ha surgido una posición consistente al respecto, por cuanto a que:

Una cláusula de ese tipo incluida en un TBI necesariamente haga que cualquier incumplimiento de un contrato por parte de un Estado se convierta en una inobservancia de un tratado, ha terminado en una exacerbada polémica. De hecho, algunos tribunales han incluido en el contexto de una cláusula paraguas obligaciones contractuales, como las de no pago (en dinero), mientras otros han

dado preferencia a obligaciones asumidas a través de leyes o reglamentos (cambios en la normativa). (pág. 96).

Para el Tribunal se hace necesario determinar el contexto y propósito de los APPRI, porque es comprensible que la intención sea la de proteger las inversiones de posibles abusos de poder del Estado haciendo uso de su soberanía.

En el caso CIADI No. ARB/01/13 de (2003) S.G.S. Société Générale de Surveillance S.A. Vs. Islamic Republic of Pakistan, el tribunal concluyó que una “cláusula paraguas” no convierte automáticamente un incumplimiento contractual en un incumplimiento del derecho internacional, y que sólo en “circunstancias excepcionales” serviría de soporte como para admitir la competencia del Tribunal, en el entendido que se debe a una reclamación basada en un contrato.

El Tribunal dio cuatro razones para adoptar una interpretación restrictiva de la cláusula paraguas:

- (1) Que ésta era demasiado amplia y que su texto se asemejaba al de una obligación jurídica de carácter general;
- (2) Que los principios generales de derecho internacional generaban una presunción contraria a la interpretación amplia de la cláusula;
- (3) Que debido a una preocupación de que esa interpretación de una cláusula paraguas prevalecería sobre cláusulas de resolución de diferencias negociadas en contratos; y
- (4) Que la cláusula paraguas habría aparecido anteriormente en el TBI si su finalidad hubiera sido imponer obligaciones internacionales sustanciales. (pág. 35).

En el caso CIADI N° ARB/08/5 de (2012) Burlington Resources Inc. Vs. República del Ecuador, El Tribunal señala:

En primer lugar, que la cláusula paraguas del Tratado impone un compromiso sobre los Estados Contratantes ("cumplirá"). Tal compromiso consiste en cumplir todos "los compromisos"; y estos términos se aclaran aún más gracias a las palabras "contraído" y "con respecto a las inversiones", invocando principalmente dos elementos que considera que determinan el sentido corriente de "compromiso". Primero, en virtud de su sentido corriente, el compromiso de una persona generalmente se refleja en el derecho de otra. O, en otras palabras, el incumplimiento de un compromiso acarrea la violación del derecho de otro. (pág. 84).

Un “compromiso” para este Tribunal involucra una parte obligada por éste y otra que se beneficia de éste, o sea que hay un obligado y un beneficiario, como otra comparación tenemos que un “compromiso” no existe en el vacío, sino que debe estar sometido a un derecho aplicable.

En el Caso CIADI No. ARB/07/17 de (2011) Impregilo S.p.A. Vs República de Argentina, 2011; el Tribunal acredita que en el Derecho Internacional “la cláusula paraguas” introduce una excepción a la separación general de obligaciones conforme a los derechos internos e internacional público. Porque dice el Tribunal que las partes “pudieran acordar apartarse de dicho principio básico del Derecho Internacional general”, pero dicha desviación constituye una cuestión central que debe considerarse específicamente negociada.

Otro de los laudos en donde el Tribunal juzga, es el CASO CIADI No. ARB/03/15 de (2011); EI Paso Energy International Company Vs. La Republica de Argentina, aseverando que la cuestión consiste en determinar si:

Mediante una cláusula paraguas, a veces también denominada "cláusula sobre el cumplimiento de los compromisos", contenida en un TBI, los reclamos contractuales de un inversionista que hubiera celebrado un contrato ya sea con el Estado o con una entidad autónoma "se transforman" automáticamente e ipso jure en reclamos basados en el Tratado que cuentan con el beneficio del mecanismo de solución de diferencias previsto en el TBI. Existe un debate en curso sobre la cuestión, ya que distintos tribunales del CIADI han adoptado diferentes posiciones. (pág. 216).

Al parecer este Tribunal no está convencido que las clausulas paraguas no siempre se redactan de la misma manera, y en algunas decisiones se ha insistido en las distintas redacciones para explicar los diferentes análisis en sus contextos e interpretaciones.

En consonancia con el razonamiento del anterior tribunal, tenemos que en el Caso CIADI No. ARB/01/3 de (2010), Enron Creditors Recovery Corp. & Ponderosa Assets, L.P. Vs. República Argentina, el Tribunal expone que:

Cualquier medida futura que fuese adoptada por la Argentina a fin de dismantelar esas garantías en las circunstancias en que las demandantes han razonablemente confiado en ellas al momento de hacer su inversión (medidas que no sean aquellas adoptadas de conformidad con los mecanismos establecidos en el marco regulatorio y en la licencia misma) implicaría una violación de la cláusula paraguas, incluso si

esas medidas hubiesen sido legítimas en virtud del derecho interno argentino y aun cuando dichas medidas no condujesen a imputarle responsabilidad a la Argentina en virtud del Derecho interno argentino. Nuevamente, bajo esas circunstancias, las medidas, aunque fueran legítimas en virtud del derecho argentino, bajo el Derecho Internacional serían contrarias a las protecciones ofrecidas mediante el TBI. (pág. 107).

En términos generales, las cláusulas paraguas fueron concebidas para permitir que las disputas sobre incumplimientos contractuales pudieran ser resueltas por un tribunal de arbitraje.

No obstante, para De Lucas (2016) “a medida que la jurisprudencia sobre este asunto haya evolucionado”, los inversores no pueden estar seguros de que las demandas sustentadas sobre ese presupuesto prosperarán, porque para este mismo autor señala que “la seguridad jurídica es esencial para el Derecho de inversiones”, por ello resulta indispensable que se alcance una jurisprudencia constante, a los efectos de que los inversores tengan seguridad de si podrán sujetarse a ellas o no.

Es por lo anterior que los Estados tendrán que decidir si dichas cláusulas deberán incluirse en los diferentes acuerdos o, por el contrario, deberían ser eliminadas, en casos que su interpretación o su identidad no se obtenga.

Haciendo una retrospectiva de lo investigado alrededor de estas cláusulas, pudiéramos manifestar que estas normas parecieran que se hubieran establecido para amenazar la “soberanía” de los países receptores de estas inversiones, porque la soberanía como capacidad de autodeterminación ejercida por los Estados-Nación es una ilusión, tal y como asegura (Favela,

2007) que “la soberanía choca contra la competencia internacional por los capitales, un límite que convierte al Estado de soberano... en ofertante de condiciones favorables a la inversión.”

Pero también debemos ser conscientes que estos preceptos se han desarrollado por la imperiosa necesidad de las partes; tanto de los países receptores en su diligente búsqueda de conseguir recursos para su desarrollo que en ciertos casos es muy relativo.

De igual forma estas cláusulas se convierten en una “oportunidad” para los inversionistas internacionales que buscan una seguridad jurídica para sus capitales, porque como aseguró Guevara (1979) en una de sus brillantes intervenciones:

“El capital extranjero no se mueve por generosidad, no se mueve por un acto de noble caridad, no se mueve, ni se moviliza por el deseo de llegar a los pueblos. El capital extranjero se moviliza por el deseo de ayudarse a sí mismo. El capital privado extranjero es el capital que sobra en un país y se traslada a otro país, donde los salarios sean más bajos, las condiciones de vida, las materias primas sean más baratas para obtener mayores ganancias. Lo que mueve el capital de inversión privado extranjero, no es la generosidad sino la ganancia”. (pág. 13).

II. Algunos ejemplos de las tensiones jurídicas generadas por inversionistas extranjeros en el sector Minero-Extractivo, amparados por los TLC Colombia-USA & Colombia-Canadá.

Campodónico, como consultor para el “Proyecto crecimiento, empleo y equidad: América Latina en los 90’s” cree que la inversión minera en América Latina en su conjunto depende, como es sabido, en gran medida de la inversión extranjera realizada por las grandes empresas transnacionales del sector, y por lo tanto:

La estabilidad política y la seguridad jurídica son factores muy apreciados por los inversionistas; La estabilidad política implica la existencia de pautas de convivencia que no pongan en riesgo el pacto implícito en las normas constitucionales y que supongan la existencia de mecanismos para garantizar los derechos de los inversionistas. Se trata en última instancia, que las reglas de juego correspondan a un estado de derecho, ajeno a la arbitrariedad de las autoridades. (Campodónico Sánchez, 2009, pág. 49)

Estos escenarios han servido como base para garantizar la estabilidad jurídica de los contratos otorgados en concesión, como también ha servido la gran influencia de regímenes democráticos en la región, forjando mejores condiciones de estabilidad política para las inversiones junto con la igualdad de tratamiento entre inversionistas nacionales y extranjeros.

Aunque para Colombia, antes de comprometerse con los TLC actuales, ya ha tenido acuerdos de inversión extranjera en varios frentes de la economía nacional, pero uno de los más representativos ha sido el tema minero-extractivo, por cuanto que nuestro país ha sido catalogado

como uno de los Estados más confiables por su solidez jurídica, excelente manejo económico y su estabilidad democrática regional.

Los mayores índices de crecimiento de inversión extranjera directa han sido apalancados por los atractivos precios de las materias primas a nivel internacional, aunados por mayores gabelas tributarias otorgadas por el Estado que recibe estas inversiones.

Los expertos en economía Garavito, Iregui & Ramírez (2012) argumentan que en la década 2001-2010, se fortalecieron algunos APPRIs, ya celebrados en años anteriores, presentándose cambios importantes en los flujos de la Inversión extranjera directa (en adelante IED) a nivel mundial, para concluir en que “las variaciones más significativas estuvieron relacionadas con el comportamiento cíclico de la IED, la intensificación de las inversiones en la explotación de recursos naturales, dados los altos precios de las materias primas”. (pág. 16).

Debido a la coyuntura de los altos precios de los commodities¹¹, sostienen Velásquez y Martínez (2016) que:

El gobierno en su afán de conseguir más recursos para beneficio de sus políticas públicas, decidió en los últimos 15 años otorgar licencias de exploración y de explotación de forma indiscriminada, asignándolas en unas zonas geográficas

¹¹ Se denomina commodities a aquellas materias primas o bienes de consumo que cuentan con un valor y utilidad. Suelen ser productos genéricos y que se caracterizan además por su uniformidad y por no contar con una clara diferenciación entre sí. Los commodities pueden considerarse materias primas de bienes de consumo o un tipo de producto de inversión.

Los commodities como materias primas se pueden clasificar en varios tipos, sin embargo para el caso de esta investigación en específico nombraremos los siguientes:

Commodities de energía: Estos commodities son los combustibles como petróleo, carbón o el gas, o el diésel entre otros.

Commodities de metal: Estos commodities son los metales utilizados como materias primas en los procesos industriales. Como el oro, la plata el cobre o el platino. Recuperado de: <https://www.economiasimple.net/que-son-los-commodities.html>

donde se fundan altas expectativas de extracción de estos productos minerales, sin considerar los líos que se le iban a presentar. (pág. 57).

Puesto que muchas de estas áreas, aunque ya tenían una especial protección a nivel constitucional como los parques naturales y zonas de páramos, por ser áreas ricas en biodiversidad y de reservas acuíferas excepcionales, pero que en la realidad no se tenía ningún registro cartográfico organizado, que las pudiera señalar o delimitar.

Si bien, que aún distinguimos algunos casos en donde estas multinacionales mineras usan de forma sostenible, una variada tecnología de vanguardia con el fin de mitigar los impactos negativos al medio ambiente, porque una de las consignas que más se acepta en la opinión pública es, que una minería ‘bien hecha’ seguiría siendo un jugador clave para el crecimiento de la economía y la sostenibilidad de las operaciones.

Con la entrada en vigor de la nueva Constitución Política de 1991, la realidad político-económica del país ha evolucionado de forma tal que sus implicaciones han contribuido a generar unos cambios sustanciales en la forma como el ciudadano legítimamente reclama la negativa acción u omisión por parte del estamento.

Una de las nuevas herramientas proporcionadas por esta carta de navegación política, ha sido la de dotar a sus ciudadanos de unos mecanismos de participación ciudadana¹², figuras jurídicas de orden supremo legal, que según Merino (1995) las define como:

¹² La Constitución Política de Colombia consagra en el artículo 1 y 2 que "Colombia es un Estado social de derecho (...) democrática, participativa y pluralista", que "son fines esenciales del Estado: facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación" y en el artículo 40 apunta que "todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político"; para dar cumplimiento a ello se cuenta con una serie de mecanismos de participación ciudadana los cuales son las herramientas que permiten ejercer el derecho a participar en las decisiones colectivas, generando unos cambios dentro de los sistemas judicial, ejecutivo y legislativo; La Ley 1757 de 2015 enuncia que los mecanismos de

Los mecanismos de participación ciudadana implican la oportuna intervención de la ciudadanía en los centros de gobiernos de una colectividad, participar en sus decisiones en la vida colectiva, de la administración de sus recursos, del modo como se distribuye sus costos y beneficios. Así los ciudadanos poco a poco tomarán parte de las decisiones que tomen sus gobernantes, ya que su propósito es lograr que la población influya sobre las políticas y decisiones públicas, para ello se hace necesario institucionalizar mecanismos, procesos y organismos a través de una normatividad legal. (pág. 4)

Por lo tanto, las poblaciones vecinas a estos proyectos mineros (tribus ancestrales y etnias) han apelado a su pleno derecho de impetrar una “consulta popular”¹³, como garantía democrática incluyente y participativa, para que el Estado les garantice sus derechos a la no intervención y destrucción de su hábitat nativo.

participación ciudadana son: “la iniciativa popular y normativa ante las corporaciones públicas, el referendo, la consulta popular, la revocatoria del mandato, el plebiscito y el cabildo abierto”. Ahora bien, los mecanismos de participación ciudadana tienen dos orígenes: popular o de autoridad pública. Entre los mecanismos de origen popular encontramos: la iniciativa popular legislativa y normativa ante las corporaciones públicas, el cabildo abierto y la revocatoria del mandato; por otro lado, de origen en autoridad pública encontramos: el plebiscito; y pueden tener origen en autoridad pública o popular el referendo y la consulta popular. (Ley 134 de 1994 y la Ley 1757 de 2015)

¹³ La consulta popular es un mecanismo de participación ciudadana mediante el cual se convoca al pueblo para que decida acerca de algún aspecto de vital importancia. La consulta popular puede ser tanto nacional como departamental, municipal, distrital o local.

Consulta nacional: En el caso de una consulta de carácter nacional, el presidente de la República, con el previo aval del Congreso y respaldado por las firmas de todos los Ministros, es el encargado de consultar al pueblo cuando crea que una decisión próxima a ser tomada es de trascendencia nacional; es decir, que afecta a todos los departamentos del país.

Consulta regional: En el caso de las consultas populares a nivel distrital, departamental, municipal o local, la decisión de convocarlas no es tomada por el presidente sino por los gobernadores y alcaldes, según sea el caso, para lo cual no se debe acudir al Congreso para que éste la respalde, sino que los gobernadores o alcaldes deben cumplir ciertos requisitos que están claramente definidos en el estatuto general de la organización territorial.

Dos o más municipios pueden adelantar una consulta popular en conjunto, cuando tienen relaciones económicas, sociales y físicas, que le dan al conjunto características de un área metropolitana. Así, podrán organizarse como entidad administrativa (Art. 319 de la Constitución Colombiana).

La investigadora Colombo-Alemana Dietz (2018) comenta que en Colombia “las consultas populares están consagradas en la Constitución de 1991” y su uso está regulado por los artículos 50 a 57 de la Ley Nacional de Participación (Ley 134 de 1994).

Además que, el artículo 33 de la Ley Municipal (Ley 136 de 1994), concede a los gobiernos locales el derecho de realizar consultas populares sobre asuntos de vital importancia para el futuro de un municipio o del bienestar de la población local, por ejemplo, sobre temas relacionados con el ordenamiento del territorio, usos del suelo u otras actividades económicas.

La Carta Magna Colombiana en sus artículos 334¹⁴ y 336¹⁵, establecen a grosso modo que el Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes.

Por lo tanto, para opinión de innumerables expertos constitucionalistas, el principal inconveniente de estas consultas populares reside en que éste tema en particular no se encuentra reglamentado contra el uso del “subsuelo”, porque los entes territoriales no son dueños de éste.

¹⁴ Constitución Política Colombiana. Artículo 334. <Artículo modificado por el artículo 1o. del Acto Legislativo 3 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano.

Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario.

¹⁵ Constitución Política Colombiana Artículo 360. La ley determinará las condiciones para la explotación de los recursos naturales no renovables así como los derechos de las entidades territoriales sobre los mismos.

La explotación de un recurso natural no renovable causará a favor del Estado, una contraprestación económica a título de regalía, sin perjuicio de cualquier otro derecho o compensación que se pacte.

Los departamentos y municipios en cuyo territorio se adelanten explotaciones de recursos naturales no renovables, así como los puertos marítimos y fluviales por donde se transporten dichos recursos o productos derivados de los mismos, tendrán derecho a participar en las regalías y compensaciones.

Asociado a los problemas de orden social que los investigadores Eckhardt, et al. (2009), han denunciado que:

Cuando los altos precios de los minerales han favorecido el crecimiento del sector y el desenvolvimiento de la actividad minera en escenarios caracterizados por la presencia de empresas que desconocen los entornos en los que operan, o comunidades desinformadas respecto de las operaciones de las empresas y sus impactos, con ideas preconcebidas sobre la minería heredadas de antiguos proyectos y conflictos. (pág. 15)

Escenarios que desencadenan en unas nefastas expectativas respecto de la actividad por parte de las comunidades, ante la debilidad del Estado como regulador, fiscalizador y mediador, en donde estas compañías internacionales cargan con muchas presiones y demandas sociales que terminan afectando la gestión social y su imagen corporativa.

La intensificación de estas inversiones ha conllevado a una gran variedad de conflictos, debido a la indiscriminada concesión de títulos mineros, derivándose en una amplia gama de reclamaciones y demandas contra el Estado.

La Corte Constitucional Colombiana en Sentencia C-339 de (2002) aclaró por primera vez que “las zonas de exclusión de la actividad minera no se limitaban a las áreas que integran los parques nacionales naturales, los de carácter regional y a las zonas de reserva forestal” sino que les indicó que pueden existir otras zonas declaradas que se declaren en el futuro por la autoridad ambiental.

Sin embargo, estas directrices no fueron suficientes para que el alto gobierno le concediera una especial protección a los ecosistemas claves para la vida en todas sus acepciones como los

páramos así no estén comprendidos en parques nacionales o regionales o en zonas de reserva forestal.

De nuevo, la Corte en Sentencia C-443 de (2009) fue oportuna, al determinar que, en razón a que las autoridades ambientales no han ejercido las competencias otorgadas por distintas disposiciones legales para la protección del medio ambiente y que:

Entre ellas la declaración y delimitación de las zonas excluidas de la minería, prevista por el artículo 34 de la Ley 685 de 2001, como tampoco se ha avanzado en la definición de un marco normativo y en el diseño e implementación de políticas públicas para la protección de ecosistemas de especial importancia medio ambiental como son los páramos, la Corte considera necesario exhortar al Ministerio de ambiente, vivienda y desarrollo territorial, al igual que a las corporaciones autónomas regionales y a las autoridades ambientales competentes, para que cumplan con los distintos deberes ambientales a su cargo y, por una parte, avancen en la declaración y delimitación de las zonas excluidas de la minería y por otra parte adopten medidas eficaces para la protección del medio ambiente en general y de las áreas de especial importancia ecológica tales como los páramos. (Párr. 7).

Ya por último la Corte en Sentencia C-035 de (2016) anunció que “las zonas de páramo deberán contar con una protección especial por parte del Estado, ante la vulnerabilidad, fragilidad y lenta capacidad de recuperación del ecosistema de páramo”, ya que para la Corte el Estado tiene a su cargo “la obligación de brindar una protección más amplia y especial, dirigida específicamente a preservar este tipo de ecosistema.”

Lo anterior no sólo porque es un tipo de “bioma” que no es común en el mundo, sino también en razón de los importantes servicios ambientales que presta, sumado al hecho que en la actualidad es un ecosistema sometido a intervenciones negativas o disturbios que afectan supervivencia. Cabe anotar que la mitad de los páramos que se encuentran en Colombia, proveen el 70 por ciento del agua potable del país, además de ser ecosistemas esenciales para la mitigación del cambio climático.

Como producto de varias campañas de activismo, demandas, y presión por parte del pueblo colombiano para que se preserve uno de los ecosistemas más delicados del planeta, y luego de varios años para materializarse, nace la Ley 1930 de 2018¹⁶ que prohíbe la minería en los páramos colombianos.

Dado lo anterior, la especialista en prevención y transformación de conflictos mineros Emma Moreno (s.f.) se pregunta:

¿Qué sucede si el inversionista considera que la medida ambiental no es “apropiada” o no es “compatible con el capítulo de inversión”? Los hechos demuestran que han existido casos en los que inversionistas han considerado que algunas disposiciones de carácter ambiental afectaban su inversión y que por lo tanto, dichas medidas no eran “apropiadas” En esos casos, los inversionistas presentaron reclamaciones que se sometieron a arbitraje internacional a fin de obtener una indemnización por parte del Estado que adoptó la medida. (pág. 6).

¹⁶ ARTÍCULO 1o. OBJETO DE LA LEY. El objeto de la presente ley es establecer como ecosistemas estratégicos los páramos, así como fijar directrices que propendan por su integralidad, preservación, restauración, uso sostenible y generación de conocimiento.

En efecto, el capítulo de inversión permite a las partes privadas iniciar directamente un proceso de arbitraje con los Estados receptores, en lo que se conoce como un mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado.

La misma autora amplía que, tanto “el CIADI como sus mecanismos complementarios nacen para brindar seguridad para las inversiones extranjeras”, es por ello que los criterios que se emplean están orientados hacia la protección de la inversión. A pesar de que la medida que “afecta” la inversión responda a objetivos de carácter ambiental, no se analiza si la misma cumple con los objetivos o si es razonable, lo único que es sujeto a una revisión es el grado de afectación de la inversión, el impacto económico que tiene la disposición sobre los intereses del inversionista.

El experto en Arbitraje Internacional Medina (2008), confirma que las partes contendientes pueden someter a arbitraje:

Una reclamación de conformidad con cualquiera de los mecanismos preestablecidos: como el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), con sus reglas y mecanismos complementarios, y la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) y ello constituye un mecanismo muy poderoso, pues se otorga a un particular la potestad de reclamar directamente a un Estado y exigir el pago de una indemnización. (pág. 17)

Entre reclamaciones y demandas que enfrenta el Estado colombiano contra compañías inversionistas internacionales¹⁷, sobre todo las que involucran el sector minero-extractivo, hasta

¹⁷ En tribunales internacionales de arbitramento hay 21 demandas contra el Estado colombiano; y 86 en tribunales nacionales, donde muchas provienen del sector minero-extractivo. Hasta el momento se conocen entre 2 y 3 querellas que se encuentran un poco más avanzadas de la etapa de solicitud de arbitraje internacional, y se sabría

abril de 2019, tenemos que serían alrededor de (27), aunque en realidad son muy pocas que se ventilan a la exposición de los medios de comunicación, debido muchas veces al carácter impopular que componen estas desavenencias ante la opinión pública, puesto que estas generan un clima de incertidumbre y desconfianza popular ante la posibilidad que el Estado colombiano pudiera ser “condenado” a pagar millonarias indemnizaciones a estas compañías con tanto poder internacional.

Por lo tanto, para estas empresas y aun para el Estado colombiano, no es muy “conveniente” reportar con insistencia estas situaciones, puesto que varias de estas compañías tienen intereses en otras concesiones que pudieran ya estar produciendo y una inesperada campaña de desprestigio no les caería bien en detrimento de lograr una mínima aceptación popular, sobre todo en sus áreas de influencia.

Ahora bien, ya entrando en detalle sobre las contingencias jurídicas más mediáticas generadas entre las multinacionales mineras contra el Estado colombiano tenemos:

1) Caso Minera Red Eagle (Páramo de Santurbán)

Desde el portal noticioso de origen colombiano la FM (2018), La multinacional minera canadiense Red Eagle decidió elevar una solicitud de arbitraje ante tribunales internacionales

de otras 10 que ya estarían fraguando su solicitud de arbitraje ante el CIADI y la CNUDMI, como de otras 12 disputas que ya estarían agotando el orden interno del procedimiento de solución de controversias contra el gobierno colombiano, y que sus pretensiones se estiman que superan la colosal suma de más de los \$46,28 billones, o sea como una quinta parte del presupuesto nacional aprobado para este año.

Empresas de todo el mundo que han hecho cuantiosas inversiones en el país, así como compañías nacionales y uniones temporales que han participado en concesiones y licitaciones locales, optaron por dar el último paso que podían para resolver sus fallidos negocios con el Estado colombiano: demandarlo.

Si Colombia los perdiera todos, se encontraría en un escenario caótico y poco probable, ya que perdería \$46,28 billones, 11 veces la cantidad asignada este año para atender a víctimas del conflicto interno. Recuperado de: <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/los-recursos-de-colombia-que-estan-en-juego-en-tribunales-de-arbitramento-articulo-849060>

contra Colombia, como parte de una demanda internacional que instauró tras la delimitación del Páramo de Santurbán, en Santander.

Así lo informó la empresa en un comunicado en el que señala que "ha presentado una solicitud de arbitraje en virtud del Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y Colombia ("TLC") para preservar los derechos de la empresa, permitiendo que las discusiones actuales entre el gobierno y la compañía lleguen a buen término". La demanda es por 40 millones de dólares canadienses, algo más de 32 millones de dólares americanos (cerca de \$100.000 millones), según se señala en la comunicación.

Según la minera, "se ha estado en discusiones amistosas durante el último año con el Ministerio de Comercio y la Agencia de Defensa del Estado para llegar a un acuerdo sobre reembolso de hasta 40 millones (de dólares canadienses) en costos incurridos en la porción delimitada dentro del Páramo".

La empresa recordó que durante 2014, el Ministerio de Medio Ambiente estableció los límites de la Páramo, un humedal de gran altitud donde la minería está prohibida. Esta delimitación incluía una parte del Vetas Gold Project dentro del Páramo, que es uno de los proyectos mineros que lidera la firma canadiense.

Red Eagle recordó además que posee el 100% de los proyectos mineros en Santander, de Vetas Gold, California Gold y Santa Ana Silver Projects, "que consisten en numerosas minas históricas y existentes y donde la exploración está en marcha para delimitar los recursos de vetas de alta ley explotable por la minería subterránea moderna".

2) Caso Minera Muriel Mining (Parque de Reserva Natural Mandé Norte)

El Colectivo de abogados “José Alvear Restrepo” (2016), publicó en su sitio “web” un informe en donde el Gobierno en el año 2005 había otorgado:

Nueve títulos mineros a la empresa estadounidense Muriel Mining Corporation (adquiridos por la empresa canadiense Sunward Resources Ltd. en abril de 2011) por un periodo de 30 años para la explotación de oro, cobre y molibdeno en el denominado proyecto Mandé Norte. Esos títulos representan 16.000 hectáreas ubicadas en la región del bajo y medio Atrato (noroeste de Colombia) zona en la que se ubican territorios ancestrales de comunidades afrodescendientes e indígenas Embera. (Párr.12).

Ante esta situación, las comunidades decidieron llevar a cabo una consulta popular, aun a sabiendas que no era procedente porque este mecanismo no parecía ser válido con respecto al tema puntual, sin embargo, estas disposiciones no les importó a estas comunidades y prosiguieron con el proyecto, formulando la siguiente pregunta “¿Quieren o no la exploración y explotación minera del proyecto Mandé Norte en nuestro territorio?”.

Entre el 24 y el 28 de febrero de 2009, 12 comunidades indígenas de los resguardos de Urabá, Río Jiguamiandó, de Río Chageradó - Turriquitadó y del Río Murindó, así como afrodescendientes de la Zona Humanitaria de Pueblo Nuevo, Río Jiguamiandó, realizaron el ejercicio. La respuesta fue contundente y se rechazó de forma unánime el proyecto.

En respuesta a la tutela presentada por las comunidades, en octubre de 2009, la Corte Constitucional emitió la sentencia T-769 de (2009), en la que ordenaba “la suspensión de la fase de exploración hasta que se efectuaran los estudios sobre el impacto social, ambiental y cultural”.

De acuerdo con los fundamentos de la reclamación, los accionantes buscan una indemnización por 16.500 millones de dólares, que corresponde al valor ponderado del oro que hubiera podido extraerse, más 11 millones de dólares por los gastos asumidos para la preparación del sitio y la obtención de la concesión minera.

La compañía fundamenta su pleito en las actuaciones y omisiones del Gobierno Nacional en la delimitación del Páramo Santurbán, al coincidir con la exploración de la mina Angostura en Santander, debido a que la Corte Constitucional amplió la prohibición de actividades mineras en las zonas de páramo.

3) Caso Minera Eco Oro Minerals Corp. (Parque Angostura)

En una publicación académica, Peña (2017) denunció que “la multinacional Eco Oro Minerals Corp.”, empresa de origen canadiense que se ha dedicado a la prospección, explotación y desarrollo de variados metales preciosos había presentado en marzo de 2016:

Una reclamación formal en el marco del capítulo de inversión del TLC con Canadá, debido a un fallo de la Corte Constitucional, el cual provocó un nuevo cambio en la situación al declarar inexecutable un artículo del Plan Nacional de Desarrollo que permitía la explotación de Eco Oro en esa área y prohibió definitivamente la explotación de minerales en cualquier páramo del país. Además, ordenó al Ministerio de Ambiente realizar una re-delimitación del área concesionada que a su criterio fue demasiado arbitraria al extraer una porción exageradamente esencial de terreno (casi 3000 hectáreas) sobre el área de concesión. (pág. 29).

Esta multinacional exige más de 700 millones de dólares por los daños que habría sufrido como consecuencia de la "expropiación indirecta e ilegal, y el trato injusto y no equitativo" de

parte del Estado colombiano, según sus palabras, en el contrato de concesión del proyecto llamado Angostura, un yacimiento de oro y plata ubicado en el departamento de Santander. El 29 de diciembre de 2016, sin llegar a un arreglo directo entre las partes, la compañía presentó solicitud de arbitraje ante el CIADI.

4) Caso Minera Gran Colombia Gold (Proyecto Marmato-Caldas)

Según redacción de “Oro Información” (2017); magazín español especializado en minería Internacional, la compañía minera canadiense Gran Colombia Gold ha presentado una “demanda por 700 millones de dólares contra Colombia por una presunta vulneración del Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y Colombia”.

La cesión del título minero en la parte alta del cerro El Burro, dominio por el que las familias del municipio colombiano de Marmato luchan desde hace una década con la minera canadiense Gran Colombia Gold, terminó con la decisión de la Corte Constitucional de “suspender la actividad de la multinacional en la zona en tanto no se realice consulta previa”, según información publicada en Semana “Mineros artesanales ganan pleito a multinacional Gran Colombia Gold”.

Alega la compañía que el Tribunal se apoya en el riesgo de subsistencia económica de las comunidades locales de la zona y, a través de esta decisión, da vía libre a los pobladores de Marmato para que exploten el cerro El Burro a través de minas a cielo abierto, actividad que supone el 80% de su economía.

Aducen también que la controversia surge por la demora de las autoridades competentes (Agencia Nacional de Minería, ANM, y alcaldías de los municipios de Segovia y Marmato) para resolver los amparos administrativos que ha solicitado la compañía con el fin de que sean desalojados los mineros ilegales que ocupan las áreas correspondientes a sus títulos mineros, y la

negativa por parte de los alcaldes de los municipios de Segovia y Marmato de ejecutar los amparos administrativos que ya han sido concedidos a las compañías; y por la inacción de las autoridades competentes frente a los paros, huelgas y violencia armada que han generado daños a las compañías, así como frente a los atentados que sufrieron en febrero de 2016 por parte del grupo guerrillero Ejército de Liberación Nacional, ELN.

El Proyecto Marmato fue adquirido por la minera canadiense a través de Medoro Resources en 2011, está ubicado en el Departamento de Caldas y contiene un estimado total de recursos de 14 millones de onzas de oro y aproximadamente 90 millones de onzas de plata”, indica la empresa minera.

Por último la multinacional canadiense quiere compensación, porque alega que el gobierno colombiano los obligó a suspender las operaciones en el proyecto de Marmato (Caldas) hasta solucionar el tema de una consulta popular enervada por la población local.

5) Caso Minera Anglo Gold Ashanti (Proyecto la Colosa)

El corresponsal de PanAmpost, medio de información virtual e independiente de origen estadounidense Felipe Fernández (2017); registra que en una entrevista realizada a Felipe Márquez, presidente de la minera Anglo Gold Ashanti en Colombia, en donde certifica que se estaría contemplando una demanda contra el Estado colombiano por inseguridad jurídica frente a inversiones mineras, porque asegura que Colombia ha retrocedido en materia de la seguridad jurídica, sobre todo en el tema de la extracción minera y que esto sin duda afectaría considerablemente la inversión extranjera en el país.

Esta querrela, estaría motivada porque a finales de marzo de 2017 se conoció la decisión de la consulta popular llevada a cabo en la ciudad de Cajamarca, Tolima, sobre la imposibilidad de realizar actos explotación en la mina de oro “La Colosa”.

El presidente de la Multinacional, también dice temer a que se repita esta misma controversia en otras regiones del país en donde tienen proyectos de prospección sísmica como lo que ocurrió en Cajamarca, ya que denuncia que estas mismas personas se encuentran promoviendo consultas populares en los municipios de Jericó y Támesis (Antioquia), destacando con vehemencia que estarían utilizando argumentos acomodados y sin un fondo técnico.

Las actividades de Anglo Gold Ashanti en Colombia no han estado ajenas a conflictos con la comunidad, además del caso de “La Colosa” en el departamento del Tolima dónde se ha criticado que la empresa haga exploraciones en zona de reserva forestal, sino que igualmente estarían originando un nocivo impacto ambiental en los límites del departamento del Tolima contra sus departamentos vecinos, donde las autoridades indígenas, a través del Consejo Regional Indígena de Risaralda, señalan el daño sobre sus territorios desde que Anglogold empezó a hacer exploración en territorio Emberá, aunque también algunos grupos ecológicos han denunciado que Anglogold ha intentado evadir impuestos al cambiar sus razones sociales.

Sin embargo los conflictos generados por esta multinacional en los departamentos de Risaralda y Tolima son apenas la punta del Iceberg, ya que contra esta empresa minera también han surgido críticas en los departamentos del Cauca, en el Sur de Bolívar, en el Huila y en Antioquia, sitios donde poseen concesiones para exploración y explotación mineras.

6) Caso Minera Hupecol Operating Co. (Proyecto Caño Cristales)

El portal web de noticias estadounidense “Mundo Hispánico” (2017); sostiene que Colombia empezará un pleito que podría costarle millones por el hecho de defender una de sus más protegidas reservas naturales.

En Octubre de 2016, la compañía estadounidense Hupecol Operating Co., radicó una demanda exigiendo a la nación una indemnización por alrededor de 27,000 millones de dólares, en donde acusa al gobierno de Colombia por los detrimentos ocasionados debido a la cancelación inoportuna de su licencia minera, cuyo objetivo principal era explorar alrededor de 150 pozos petroleros de la Sierra de La Macarena, en cercanías a Caño Cristales comúnmente conocido como el “el río de los cinco colores” que ha sido catalogado como una de las nuevas maravillas del mundo.

Esta multinacional sostiene, en su demanda de más de 60 páginas, que hicieron todo el debido proceso para obtener la licencia de exploración en un área entre La Macarena y La Uribe (Meta); y que el concepto que presentó la Corporación del manejo sostenible de la sierra del Macarena (CORMACARENA), en el que declaró no viable el proyecto exploratorio, llegó por fuera del tiempo establecido por la ley, y que la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA) revocó la licencia con base en dos solicitudes de revocatoria que no tenían sustentos científicos.

Hupecol fundamenta su decisión de demandar al Estado Colombiano, puesto que afirma que la superficie licenciada contaba con un potencial de hallazgos de hidrocarburos en el bloque Serranía del orden de 36 millones de barriles recuperables en un caso intermedio, y 150 millones de barriles en el mejor de los casos, lo cual significa un proyecto con ganancias antes de impuestos

de entre US\$152 millones y US\$859 millones. En su escrito de más de 60 páginas Hupecol Operating Inc., alega que debido a la inseguridad jurídica y falta de garantías a sus inversiones, no le quedaría otra salida que buscar un resarcimiento a sus perjuicios causados.

7) Caso Minera Galway Gold Mining (Proyecto Reina de Oro)

La Revista de reportes de arbitraje de la comunidad Iberoamericana “CEAR GLOBAL” (2018); reportó que el pasado 27 de marzo de 2018, la compañía minera de origen canadiense “Galway Gold Mining” emitió un comunicado en el anunciaba la situación relacionada con la recuperación de las pérdidas sufridas en relación al proyecto minero “Reina de Oro” en Colombia, y la presentación del arbitraje para preservar sus derechos.

Esta multinacional en su reclamación comenta que la concesión aurífera “Reina de Oro” está ubicada en el Distrito Minero de Vetas, en inmediaciones del departamento de Santander, donde cuenta con una opción de participación del 100% en la explotación de este proyecto.

En la nota de prensa, la minera explicaba que: “En 2016, el Tribunal Constitucional de Colombia dictaminó que todas las operaciones mineras y petroleras en los páramos de los ecosistemas de gran altitud, como el proyecto “Reina de Oro”, eran ilegales y que los permisos de propiedad no eran válidos.” Debido a ello, la canadiense busca la recuperación de su inversión en el proyecto minero y otras posibles compensaciones por parte del gobierno colombiano.

Dice un portavoz autorizado por esta compañía que para el año 2017 la Corte Constitucional específicamente ordenó al Ministerio de Ambiente a delimitar el páramo de Santurbán en el término de un año, con el instituto Alexander von Humboldt como organización encargada de los estudios de la delimitación, estos estudios estaban previstos a ser revisados con fecha límite 16 de noviembre de 2018, sin embargo el Tribunal Administrativo de Santander otorgó una prórroga de

8 meses más para ser efectuada la delimitación, con el fin de incluir criterios como tener en cuenta los grupos afectados.

En abril de 2018, La minera canadiense Galway Gold anunció que presentó una solicitud de arbitraje contra Colombia invocando el Tratado de Libre Comercio Canadá-Colombia en relación al proyecto minero Reina de Oro, solicitud que se ha presentado ante el CIADI.

Independientemente de todas las posibles reclamaciones que se irían presentando ante los Tribunales internacionales contra el Estado colombiano, se hace muy necesario considerar que el origen de todos estos inconvenientes judiciales se habría condicionado por una incesante falta de planeación estatal conjunta y organizada por parte de un Estado inexperto en estas lides.

Estado integrado a su vez por unos gobiernos “perniciosos e indolentes”, ya sea que por su corta visión y liderazgo, no hubieran escatimado esfuerzos para entrelazar toda la información pertinente de forma oportuna y eficaz a todas las instituciones medio ambientales involucradas.

Procesos que desafortunadamente apenas se estarían concretando sobre el camino y así habernos evitado todos estos conflictos que para opinión de muchos críticos se habrían podido minimizar si se hubiera mirado desde la experiencia de nuestros países vecinos que ya ostentaban este tipo de acuerdos internacionales antes que nosotros.

III. Aplicación de las Cláusulas de Escape o de Excepción como solución a las tensiones jurídicas generadas por las obligaciones establecidas en los TLC Colombia-USA & Colombia-Canadá.

Las cláusulas de escape o de excepción se han tenido en cuenta en los diferentes TBI's con el fin de proteger la propiedad de inversiones de extranjeros en otros estados, estas disposiciones son relativamente nuevas, pudiendo trazarse desde mediados de la década de los 50 y únicamente se ha generalizado con el auge de los tratados bilaterales de inversión en la década de los 90.

Un ejemplo de lo anterior se encuentra en el **Capítulo XXII (Excepciones Generales)**, el cual señala en su **Artículo 22.3.**, que para efectos del Capítulo Diez (TLC Colombia-USA) y Ocho (TLC Colombia-Canadá), estos acuerdos sobre Inversión; estarán sujetos al requisito de que tales medidas no sean aplicadas de una manera que constituya discriminación arbitraria o injustificada entre inversiones o entre inversionistas, o sea una restricción encubierta al comercio internacional o la inversión, nada en este Acuerdo se interpretará de manera que impida a una Parte adoptar o aplicar medidas:

- (a) Para proteger la vida o salud humana, animal o vegetal;
- (b) Para asegurar el cumplimiento de leyes y reglamentos que no sean incompatibles con este Acuerdo; o
- (c) para la conservación de recursos naturales agotables vivo o no vivos.

Igualmente en el Artículo 22.4., se establece que nada en este acuerdo se interpretará de manera que impida a una Parte adoptar o mantener medidas necesarias respecto de los nacionales de la otra Parte encaminadas a preservar el orden público, sujeto al requerimiento de que tales medidas no sean aplicadas de manera que constituya una discriminación arbitraria o injustificable.

Sin perjuicio de lo anterior, las Partes entienden que los derechos y las obligaciones en virtud de este Acuerdo, en particular los derechos de los inversionistas de conformidad con el Capítulo Ocho (Inversión), continúan siendo aplicables a tales medidas tradicionales y es claro que se reconoce su importancia y su aporte al desarrollo cultural, económico y social.

Algunas cláusulas específicas en TLCs y en muchos APPRIIs perfilados en los 90's, afectaban la manera en que los Estados receptores podían influir en las operaciones de la inversión extranjera en su territorio, porque:

Incluían cláusulas sobre prescripciones en materia de resultados, adquisiciones gubernamentales, transparencia, liberalización de los servicios financieros y otros servicios (concesiones e infraestructura), nuevas áreas de protección de la propiedad intelectual, la facilitación de visas para altos ejecutivos y el requisito de suministro de más información para inversionistas extranjeros, entre otros elementos. (Mortimore M. , 2009, pág. 23).

A finales del siglo XX previamente al origen y propagación de los TBIs, los inversores extranjeros se encontraban sujetos a las leyes y jurisdicción del país en el que estos realizaban su inversión, puesto que:

La única protección de carácter internacional que se podía optar en ese entonces correspondía a la protección diplomática de los países de los cuales eran originarios. Mediante este recurso, los inversionistas extranjeros podían acudir a los agentes diplomáticos de su país para que los representen en sus reclamos ante las autoridades locales. (Sepúlveda, 1991, pág. 7).

1) Alcance de la cláusula de excepciones generales en la jurisprudencia económica Internacional

En el CIADI, Caso No. ARB/03/02 de (2005); *Sempra Energy International & Camuzzi International S.A. Vs. La República Argentina*, el tribunal fundamenta que:

Una interpretación mucho más natural del Artículo XI es que era intención de las partes contar con una “cláusula de escape” de las obligaciones del tratado en aquellos casos en que consideraran que sus intereses esenciales de seguridad se encontraban en peligro. Esta interpretación es totalmente coherente con el significado literal del texto, que se refiere a las “medidas necesarias para mantener el orden público... o a la protección de sus propios intereses esenciales de seguridad”. (pág. 36).

De todas formas lo que seguía indicando el Tribunal era que si “el verdadero propósito de esta medida, era solamente de garantizar protecciones adicionales a las partes”, entonces no se pudiera ignorar el contenido y las circunstancias en la forma como se estipuló, más aun, “cuando cualquier infracción jurídica que no detectada en su negociación, pudiera viciar el valor del tratado” por las partes firmantes y para cualquier otro Estado que esté considerando negociar un TBI.

Sabanogullari (2015), considera que hay razones duales para incluir cláusulas de excepción en los Acuerdos Internacionales de Inversión, ya que:

Por un lado, las cláusulas están destinadas a aumentar la flexibilidad regulatoria, permitiendo que los Estados anfitriones regulen la inversión extranjera sin incurrir en responsabilidad internacional por sus acciones. Si bien el grado de flexibilidad

dependerá de la manera en que los tribunales de inversión interpreten la cláusula, hasta la fecha no hay arbitrajes de inversión públicamente conocidos que involucren excepciones generales. (pág. 3).

Por otro lado, este mismo autor opina que “las excepciones están destinadas a aumentar la seguridad jurídica en la adjudicación de las inversiones”, porque éstas al proponer puntos de referencia expresos a los cuales se pueden adjuntar consideraciones de interés público, se ayuda a los Estados receptores, para “garantizar que los tribunales consideren los fundamentos relacionados con el interés público de una medida recusada”.

En contravía a lo estipulado, estas “excepciones” permitirían que los inversionistas extranjeros “arriesguen” por un precio al compromiso de una acción estatal “adversa” en las áreas de políticas cubiertas por dichas excepciones, al calcular los costos de la inversión antes de realizarla.

Un experto en Gestión Gubernamental y Derecho corporativo concluye en señalar que, “como parte de la flexibilidad de los TLC, se han establecido algunas excepciones a fin que los Estados parte adopten medidas necesarias para proteger la moral, la seguridad o el orden público, la salud o la vida humana, animal y vegetal incluyéndose aquellas medidas medioambientales”. (Córdova, 2007, pág. 4).

En un Informe realizado por la OMC (2009); denominado “Compromisos de política comercial y medidas de contingencia” dejan ver que:

Los argumentos presentados en las anteriores secciones han revelado que las medidas de contingencia son esenciales en un acuerdo comercial porque permiten a las partes asumir compromisos a largo plazo preservando al mismo tiempo su

capacidad de adaptarse a un entorno cambiante. Estas medidas funcionan como una “cláusula de escape” que un gobierno puede utilizar para hacer frente a dificultades económicas imprevistas. (pág. 41).

Teniendo en cuenta lo anterior que para este organismo Internacional estos capítulos excepcionales redactados en los TLCs, deberían reservar la credibilidad del acuerdo, reduciendo los costos económicos y políticos de su firma, en un contexto más amplio las medidas de contingencia incluyen todas las medidas que un país puede adoptar para redefinir o retirar un compromiso, incluidas las que pueden, a su vez, provocar una respuesta. En ese sentido, las medidas de contingencia pueden adoptar varias formas.

Ya que pueden comprender desde medidas que permitan una suspensión de los compromisos gubernamentales en determinadas condiciones especificadas para debilitar compromisos vinculantes hasta la ausencia de disciplina, en que el uso de instrumentos de política es completamente discrecional.

En alegato denominado “Comunidades europeas - medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto” enervada por la República de Canadá ante la “OMC” caso WT/DS135/3 de (2001); solicitó la conformación de un grupo especial que se pudiera encargar de “investigar” la medida francesa relativa a la prohibición del amianto y de los productos que lo contienen, fundamentando que:

La prohibición por Francia de, entre otras cosas, la fabricación, la transformación, la importación, la puesta en el mercado nacional, la posesión para la venta, la oferta, la venta y la cesión en cualquier concepto de amianto y de productos que contienen amianto lesiona gravemente los intereses económicos del Canadá y en particular los

beneficios que para él resultan del comercio internacional de amianto blanco. (pág. 11).

El objetivo de esta consulta era para conocer las razones por las cuales Francia prohibió de manera general el amianto y tratar de convencer a las Comunidades Europeas de que la prohibición francesa era injustificable. Al mismo tiempo, Canadá trataba de recuperar las ventajas resultantes por la OMC, que de manera flagrante fueron anuladas o menoscabadas por efecto de la prohibición francesa.

Francia por su parte alegó que el veto al Amianto y sus derivados estaba sustentado en nuevas pruebas científicas internacionales que daban como resultado que su uso prolongado “pudiera afectar la salud humana y afectar el medio ambiente”, porque estos compuestos de Amianto con el tiempo desprendían partículas cancerígenas muy peligrosas y que por tales razones se amparaban ante el artículo XX “Excepciones generales” de la OMC, en donde en uno de sus apartes se establece que:

Ninguna disposición del presente Acuerdo será interpretada en el sentido de impedir que toda parte contratante adopte o aplique las medidas: (b) Necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales. (pág. 55).

Luego de un proceso largo de deliberación del “grupo consultivo” encargado de esta investigación, y que su “reporte” fuera impugnado por parte de la Comunidad Europea, el órgano de apelación determinó que de acuerdo a sus constataciones Canadá no había logrado demostrar que las medidas en que soportaban su alegación fueran incompatibles con las obligaciones que dimanaban por las Comunidades Europeas de los acuerdos abarcados.

En un memorable Laudo proferido por la CNUDMI (2009), Glamis Gold, Ltd. Vs. Estados Unidos de América; el caso fue presentado contra el gobierno de los EEUU por Glamis Gold, una minera canadiense dedicada a la minería de metales preciosos y el área del proyecto se encontraba dentro de la Reserva del Desierto de California y de áreas designadas de especial importancia cultural, y cercana (pero no dentro) de las tierras de la reserva de la tribu “Quechan”, sostuvo el Tribunal que:

La legislación de California había prohibido a los organismos estatales y actores del sector privado que operaban en propiedades públicas, usar la tierra de una manera que pueda causar daños severos o irreparables a cualquier cementerio sagrado, lugar de adoración, sitios religiosos o de culto, o santuarios sagrados de los indígenas americanos. (pág. 45).

Tal como lo había soportado el Tribunal, ya en ese entonces California había decretado nuevas regulaciones que incluían requerir el rellenado y nivelado a operaciones de minería cercanas a los sitios sagrados de las tribus indígenas. Glamis cuestionó dichas medidas, argumentando que eran arbitrarias y discriminatorias, y que estaban destinadas a bloquear su proyecto en lugar de abordar genuinamente las preocupaciones ambientales y culturales asociadas a la actividad minera en general.

Esta compañía minera también argumentó que el costo de cumplir con las medidas reducía el proyecto a un valor negativo y, por ello, constituía una expropiación en violación del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA).

El Tribunal por supuesto rechazó el reclamo de Glamis en su totalidad y le ordenó pagar dos tercios de los costos de arbitraje.

La tribu “Quechan” continúa hasta hoy día oponiéndose decididamente a la minería que daña los sitios sagrados de los indígenas de América del Norte y amenaza el medio ambiente o la salud y sanidad públicas.

Conjuntamente, la Corte Constitucional Colombiana en Sentencia C-608 de (2010) ha reiterado que en el derecho internacional económico:

Es usual que los tratados internacionales mediante los cuales se establecen programas de liberalización de bienes y servicios, incluyan cláusulas de salvaguardia, es decir, determinadas disposiciones mediante las cuales, bajo situaciones excepcionales, se puedan incumplir temporalmente, algunos de los compromisos asumidos por las Partes contratantes. (Párr. 5.7.5).

En tal sentido, la misma corporación reconoce que la cláusula de salvaguardia o “escape clause” tiene como fundamento el clásico principio “rebus sic stantibus”¹⁸, soporte de la teoría de la imprevisión.

Sykes (2006b) citado por un informe de la OMC (2009); prevé que estas cláusulas de escape permiten que los dirigentes políticos revoquen concesiones que resultan indebidamente onerosas desde un punto de vista político una vez que se disipa la incertidumbre.

Puesto que para el mismo autor este tipo de “incumplimiento eficiente” del acuerdo comercial se da cada vez que el costo que, desde el punto de vista de la economía política, entraña

¹⁸ Rebus sic stantibus: Cláusula que permite la revisión de los contratos cuando, debido a la concurrencia de circunstancias nuevas respecto a las existentes en el momento de celebración del contrato y que son imprevisibles, las prestaciones de alguna de las partes han devenido excesivamente gravosas, rompiendo el equilibrio económico del contrato. Recuperado de: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/rebus-sic-stantibus/rebus-sic-stantibus.htm>

para una de las partes el cumplimiento del acuerdo es mayor que los beneficios para su interlocutor comercial.

En estas circunstancias, “el bienestar agregado es mayor si existe el mecanismo de escape”, razón por la cual los signatarios de un acuerdo comercial se conceden expresa y recíprocamente el derecho de utilizar medidas de contingencia.

Sin embargo la OMC, cree que el gobierno de los Estados Unidos, en sus últimos acuerdos internacionales de inversión requería un anexo formal en el que se detallaran las medidas no conformes del país receptor.

No obstante, estas cláusulas tan específicas incluidas en los TLCs, APPRI y TBIs, deberían estar orientadas a lograr una mayor apertura de los mercados de los países en desarrollo, poniendo límites a la interferencia del país receptor con las operaciones y activos locales de los inversionistas extranjeros, aumentando de forma exponencial su responsabilidad jurídica internacional.

El consultor y especialista en derechos humanos y tratados de Inversión Peterson (2009) cree que a pesar que dichas “cláusulas de excepción no figuran en todos los tratados, pero cuando existen, pueden aplicarse solamente a ciertas disposiciones y no a todo el tratado.” Entonces, la excepción puede aplicarse, por ejemplo, a la cláusula de trato nacional de un tratado pero no a otras disposiciones que prometan “trato justo y equitativo” u otras protecciones al inversor extranjero.

Como lo indica Muñoz (2012) que en toda “cláusula de escape” presente en los acuerdos comerciales como la Organización Mundial del Comercio, en adelante (OMC), deberían permitir:

La suspensión parcial y temporal de ciertas obligaciones ante circunstancias extremas, que fueron los estados de necesidad por crisis financieras en Argentina e

Indonesia hace algunos años y que motivaron una serie de disputas con inversores. Finalmente, cualquier reforma que se pretenda sobre el actual régimen emergente debe considerar la inversión como algo integral en que el fin del derecho sea regularla y no solo protegerla, sin considerar el comportamiento del inversionista. (pág. 24).

Barbosa & Godoy (2007), sustentan que en casi todos los “Capítulos de Excepciones” por lo general tienen como propósito evitar alguna afectación en materias o sectores que pudieran resultar de alta sensibilidad para el Estado.

Porque ellos creen que los asuntos tan fundamentales para los Estados como los derechos humanos, la salud, la protección al medio ambiente, la seguridad o la soberanía tributaria, que pudieran limitar la potestad de dicho Estado, como consecuencia de los compromisos adquiridos para desarrollar el libre comercio.

Dice Ruiz-Caro (2005) que todos los TBI’s, también deberían incluir unas “cláusulas o excepciones que hoy día ya están contenidas en los Acuerdos de Libre Comercio”, porque tanto es un deber para el inversionista extranjero reconocer la importancia de actuar como nación soberana que reviste su contraparte, como también el Estado estaría obligado legítimamente a promover los propósitos del tratado en ciernes, aun cuando dicha acción pudiera entrar en conflicto con varias obligaciones relativas al comercio internacional, sin menoscabar su potestad e integridad.

Del mismo modo que, el más plausible propósito que encierra todo capítulo de excepciones de un TLC, APPRI o TBI, sería la de garantizar el normal desarrollo del libre comercio ya implícito en el respectivo Tratado, y que para opinión de muchos especialistas “su aplicación debería ser transversal a todo su contenido y alcance”.

Se piensa que sobre este punto es importante mencionar que el TLC establece expresamente que salvo circunstancias excepcionales, puesto que:

No constituyen expropiaciones indirectas los actos regulatorios no discriminatorios que son diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de orden público, tales como la salud pública, la seguridad y el medio ambiente, en cuyo caso el estado no estaría obligado a indemnizar al inversionista. (Valenzuela, 2007, pág. 10).

La determinación de si estamos frente a un acto regulatorio permitido o no, dependerá de un análisis caso por caso. A diferencia de las otras dos excepciones que se examinan, la expresión "orden público" tiene un historial muy concreto, que resulta útil para definir su significado y su aplicación.

En un Informe publicado por la Oficina del alto Comisionado de Las Naciones Unidas (2005) ratificaba que el concepto de:

"Orden público" deriva del de "ordre public" que en el derecho francés se utilizaba como razón para invalidar contratos o transacciones de carácter privado cuando se consideraba que entraban en conflicto con disposiciones fundamentales del derecho interno o, dicho de otra manera, "ofendían el orden público". El orden público es actualmente un concepto bien arraigado en numerosos ordenamientos civiles y en el derecho de la UE y está presente en muchos tratados internacionales. En esos contextos, se ha interpretado que el "orden público" se refiere a los valores básicos fundamentales de un ordenamiento interno, valores éstos que son de carácter moral, económico o político. (pág. 22).

Al mismo tiempo haciendo una corta reseña del origen de estas formalidades y remontándose a partir de las últimas rondas del GATT, sucintamente en el capítulo 22 sobre:

Excepciones generales en donde realmente se desarrollan las “cláusulas de escape”, Artículo 22.1: “Excepciones Generales 1. Para efectos de los Capítulos Segundo al Séptimo, el Artículo XX del GATT de 1994 y sus notas interpretativas se incorporan a este Tratado y forman parte del mismo, Las Partes entienden que las medidas a que hace referencia el Artículo XX (b) del GATT de 1994 incluyen las medidas en materia ambiental necesarias para proteger la vida o la salud humana, animal o vegetal, y que el Artículo XX (g) del GATT de 1994 se aplica a las medidas relativas a la conservación de los recursos naturales vivos o no vivos agotables”. (García-Martínez, 2009, pág. 7).

En conclusión, para Molinuevo (2008); el hecho de que los acuerdos de inversiones normalmente no incluyan “excepciones a sus disposiciones exacerba las posibilidades de inconsistencias entre los derechos y obligaciones que surgen de la superposición de normas entre acuerdos de inversiones y el GATT.”

El mismo autor deriva que el artículo XIV del GATT permite que “los miembros tomen o mantengan medidas que supongan un incumplimiento de sus obligaciones comerciales en el marco del acuerdo”, incluidos la prescripción de la nación más favorecida o los compromisos específicos, puesto que la norma conjuntamente admitiría las medidas necesarias para “proteger la moral pública y el orden público; proteger la salud de las personas, del medio ambiente”; además que permite asegurar la conformidad con leyes y reglamentos.

Concluye Bas Vilizzio (2015) que “a diferencia de los preceptos del GATT con los de los TBIs”, serían que generalmente no presentan una norma como ésta, “que permita a los firmantes apartarse de sus obligaciones para proteger otros fines legítimos de política”.

De todas formas dice el mismo autor que cualquier medida que se tome para “proteger el medio ambiente pudiera contener efectos discriminatorios por ser más onerosa para inversores extranjeros que para los nacionales”, ya que estaría conforme a derecho bajo las regulaciones del GATT, pero podría ser contraria a las obligaciones establecidas en los acuerdo de inversiones.

En el Caso CIADI N° ARB/07/26 (2016); Urbaser S.A. Y Consorcio De Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergo Vs La República Argentina, el Tribunal Arbitral acogió la teoría que:

Si el Estado receptor de la inversión sufre la amenaza de una epidemia que puede afectar la salud de un gran número de personas, debe adoptar todas las medidas que exige la situación, independientemente de que ello suponga afectar los intereses de los inversores, en el entendido de que las autoridades deberán proceder con deferencia frente a sus intereses y con miras a restaurar la preservación eficiente de dichos intereses, en tanto y en cuanto así lo permitan las circunstancias. (pág. 185).

Es bastante conocido que el CIADI no es un centro de arbitraje que favorece de manera transversal los derechos humanos, puesto que para Echaide (2018); en “la mayoría de sus procesos desconoce al menos de una forma vinculante la jurisprudencia que resulte aplicable” cuando los derechos humanos son violentados por empresas extranjeras inversionistas en el territorio del Estado huésped de esta inversión.

Lo anterior en el entendido que cualquier Estado pudiera escudarse ante los inversionistas internacionales bajo las cláusulas excepcionales en su búsqueda soberana de preservar la salud pública, la vida y el bienestar general de sus ciudadanos.

En otro de los escenarios en donde se consolida la teoría que estos tribunales internacionales no están muy dados para ir en contra de los inversionistas, sería el procedimiento de arbitraje administrado por la CNUDMI, Caso No. UNCT/15/3 de (2016); David Aven & Otros Vs. La República de Costa Rica, donde la parte demandante acusó al Estado de Costa Rica de violar el capítulo X “Relativo a las Inversiones” concretamente el artículo 10.7 “expropiación” bajo el DR. CAFTA¹⁹, ya que afirmaron que habían adquirido unos lotes ubicados alrededor de ciertas áreas de reserva natural como humedales y que contaban con todos los permisos tanto ambientales como de construcción para desarrollar unos proyectos de Resorts vacacionales.

Pero Costa Rica en su demanda de reconvención alegó que se vio obligada a hacerlo en virtud de proteger su medio ambiente conforme a lo que ordena su Carta Magna, ya que sus autoridades ambientales verificaron sobre el terreno que David Aven & sus socios, estaban transgrediendo las normas ambientales de forma flagrante, debido a que esas construcciones estaban afectando de manera culposa e irreversible sus humedales aledaños.

¹⁹ El Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y los Estados Unidos (CAFTA) fue negociado entre enero de 2003 y enero de 2004, al cual se incorporó la República Dominicana en julio de 2004 adoptando en ese momento la sigla DR-CAFTA. Salvo Costa Rica, todos los países firmantes lo han ratificado. Para El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua ya está en vigor. Este documento se divide en tres secciones centradas en el contenido del tratado y las reformas legales exigidas por su entrada en vigor. (Pacheco, A., & Valerio, F. (2007). DR-CAFTA: aspectos relevantes seleccionados del tratado y reformas legales que deben realizar a su entrada en vigor los países de Centroamérica y la República Dominicana. CEPAL)

Aunque el Tribunal estuvo de acuerdo con lo alegado por Costa Rica, pero indicó que esas pruebas como fueron aportadas durante el proceso pero de forma extemporánea no las iban a admitir así tuvieran toda la razón, ya que en definitiva acordó:

Considerar que el primer conjunto de circunstancias deriva del hecho de que una parte haya resultado vencedora en el fondo del caso, en tanto que la otra haya resultado vencedora con respecto a cuestiones específicas dirimidas en ese caso. En el caso que nos ocupa, ambas partes han sido vencidas en alguna medida, de modo que puede argüirse que no queda completamente claro el sentido de los términos “parte vencida”. (David Aven & Otros Vs. La República de Costa Rica, 2016)

En el laudo CIADI Caso No. ARB/03/02 de (2005); *Sempra Energy International & Camuzzi International, S.A. Vs. La República Argentina*, los árbitros emitieron una interpretación mucho más natural del Artículo XI del TBI entre USA & Argentina, en donde aseguran que:

La verdadera intención de las partes, era de contar con una cláusula de escape de las obligaciones del tratado en aquellos casos en que consideraran que sus intereses esenciales de seguridad se encontraban en peligro. Esta interpretación es totalmente coherente con el significado literal del texto, que se refiere a las “medidas necesarias para mantener el orden público...o a la protección de sus propios intereses esenciales de seguridad”. (pág. 36).

Pero también alegan que si la esencia de esta cláusula pudiera garantizar dichas protecciones especiales, entonces el Tribunal debería de ignorar el texto y la historia de la negociación de esta cláusula en favor de una doctrina preexistente de derecho internacional consuetudinario, ya que sería contrario a la norma más básica de interpretación de los tratados de la Convención de Viena,

viciando el valor del tratado para las partes firmantes y para cualquier otro estado que esté considerando negociar un TBI.

En un memorando del Centro Para el Derecho Internacional Ambiental “CIEL” (2014), organismo patrocinado por la OCDE y experto en temas minero-ambientales, actuando a petición de una las partes en cuestión, del caso CIADI ARB09/12; Pac Rim Cayman LLC Vs. La República del Salvador; expuso en su escrito, que los Amici²⁰ argumentan que;

Las medidas adoptadas por El Salvador en relación con el proyecto minero propuesto por Pac Rim Cayman LLC encuentran apoyo en las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos y ambiente. En particular, las obligaciones de derechos humanos en materia ambiental le exigen a El Salvador diseñar y aplicar un marco normativo que permita asegurar el pleno goce de los derechos fundamentales amenazados por actividades riesgosas de terceros. (pág. 1).

Ya sobre el contexto específico de las circunstancias hídricas y ambientales de El Salvador, los Amici reiteran que la minería imponía riesgos inaceptables para la población y el ambiente. Por consiguiente, la aplicación por parte de El Salvador de un marco jurídico interno que proporcione protección efectiva a los derechos de las personas amenazados por la actividad riesgosa de terceros no constituye un hecho ilícito, sino todo lo contrario.

²⁰ Los eventuales amici son organizaciones miembros de la Mesa Nacional Frente a la Minería Metálica de El Salvador ("La Mesa"), una coalición de organizaciones comunitarias, centros de investigación, y organizaciones ambientales, de derechos humanos y religiosas sin ánimo de lucro en pro de los derechos ambientales, humanos, y religiosas, que en conjunto tienen como objetivo mejorar el diálogo sobre políticas públicas relativas a la extracción de metales en El Salvador.

De igual forma, dentro de esta oportuna intervención de los amici, también el CIEL²¹ actuando como se citó previamente a petición de una de las partes, y experto en temas minero-ambientales, consideró que:

La cabal implementación de los derechos de acceso a la información, participación y justicia en materia ambiental, recogidos en el Principio 10 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, exige la adopción de medidas que reflejen el contenido del diálogo social relativo a la utilización de recursos naturales en el país. Por tanto, estarían de acuerdo con los Amici al argumentar que las reclamaciones de la demandante no tienen asidero y deben ser desestimadas. (pág. 2).

Cabe resaltar que de este proceso arbitral aún no se ha proferido un Laudo definitivo, siendo uno de los litigios internacionales arbitrales más largos (desde el año 2006) y costosos de la historia hasta el momento, ya que para tener como simple referencia la República del Salvador ha invertido más de 12 millones de dólares estadounidenses en gastos y costas judiciales, sin mencionar las expensas asumidas por su contraparte.

²¹ Desde 1989, el CIEL (Centro Para el Derecho Internacional Ambiental, organismo patrocinado por la OCDE) con oficinas en Washington y Ginebra, ha utilizado el poder de la ley para proteger el medio ambiente, promover los derechos humanos y garantizar una sociedad justa y sostenible. Aunque son abogados, expertos en política y en medio-ambiente, que trabajan para proporcionar asesoría legal, defensa, investigación y capacitación a través de ciertas áreas muy específicas tales como: clima, energía, salud ambiental, población, tierras y recursos naturales. El CIEL favorece continuamente el desarrollo de una sólida ley ambiental internacional, otorgando un reconocido premio anual a favor del derecho ambiental internacional, además de conceder premios semestrales internacionales en la lucha contra el cambio climático.

También cuentan con un programa educacional, que selecciona estudiantes y becarios, para formar abogados que se proyecten como la próxima generación de ambientalistas internacionales. En sus 25 años, ha entrenado a más de 425 juristas entre pasantes y becarios en 54 países. (Recuperado de: <https://www.ciel.org/about-us/>)

Ya que para Orellana, Baños & Berger (2015) solamente cuando se llegue a un verdadero Laudo definitivo sobre este proceso de arbitraje en particular, se:

Podría tener repercusiones importantes para las actividades mineras de otras compañías, que actualmente se hallan suspendidas en El Salvador. Las OSC²² consideraron que si la compañía ganaba el arbitraje, la perspectiva de costosas demandas de arbitraje adicionales podría hacer más difícil que El Salvador adoptara una ley prohibiendo la minería metálica o incluso que garantizara el cumplimiento de todos los requisitos establecidos en su legislación ambiental relativa a la minería. En otras palabras, en opinión de las OSC, el arbitraje podría tener no solamente implicaciones económicas significativas para El Salvador con relación al caso específico ante el tribunal de arbitraje, sino también repercusiones de mayor alcance en cuanto a políticas públicas relativas al sector minero, protección ambiental y salud pública. (pág. 3).

2. Ejemplos de reclamaciones contra Colombia: Cómo escapar de las obligaciones de protección al inversor extranjero

Tal y como debería de esperarse, que este tipo de disputas no iban a ser “casuales” a partir de las nuevas regulaciones ambientales impuestas por el Estado colombiano, no obstante hasta el mes de junio de 2019, no se conocen sino estas dos solicitudes de arbitraje internacional.

²² La Organización de los Estados Americanos “OEA” desde el año 1999 ha llevado minuciosamente el registro de las “OSC” Organizaciones de la Sociedad Civil; inscripción que les permite formar parte de una red de organizaciones que trabajan en las diferentes áreas temáticas de interés para los Estados Miembros de la Organización. Este registro facilita el intercambio de información y de experiencias que enriquecen el diseño de políticas gubernamentales por medio de la participación organizada y el diálogo entre las “OSC”, los gobiernos y los organismos interamericanos e internacionales. Hasta la fecha, se cuenta con 465 organizaciones inscritas en el registro de OSC en la OEA.

a) Solicitud de Reclamación de arbitraje, Caso Cosigo Resources Colombia & Tobie Mining And Energy, Inc. Vs La República de Colombia

Ahora bien, el 19 de marzo de 2016, el gobierno de Colombia dio respuesta a la solicitud de arbitraje bajo el reglamento de la CNUDMI (2016); diligencia que había sido impetrada por las compañías Cosigo Resources Colombia & Tobie Mining And Energy, Inc. Vs La República de Colombia, en donde el componente jurídico colombiano advirtió que:

Colombia rechaza las alegaciones que las Demandantes han plasmado en su notificación de la demanda, según la cual la creación del Parque de reserva natural Yaigojé-Apaporis y cualquier otra acción que Colombia haya adelantado como resultado de la creación de dicho Parque, sea una medida de carácter expropiatorio para efectos del artículo 10.7 del TLC. (pág. 16).

La representación jurídica de Colombia alega también que “estas acciones no pueden ser consideradas como una expropiación de facto”, ya que al contrastar esta supuesta acción...en la realidad no se ajusta contra el estándar fijado por el Anexo 10-B del TLC, invocado por Cosigo Resources. Además, conviene recordar lo previsto en art. 10.11 del TLC que establece que:

“Nada en este Capítulo se interpretará en el sentido de impedir que una Parte adopte, mantenga o haga cumplir cualquier medida por lo demás compatible con este Capítulo, que se considere apropiada para asegurar que las inversiones en su territorio se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental” (pág. 16).

**b) Solicitud de arbitraje entablada ante el CIADI (2016); Eco Oro Minerals Corp.
Vs The Republic Of Colombia**

El 8 de Diciembre de 2016, en otra solicitud de arbitraje entablada ante el CIADI (2016); Eco Oro Minerals Corp. Vs The Republic Of Colombia, la compañía de origen canadiense, ha alegado que:

En particular pero sin limitación, Colombia ha incumplido sus obligaciones en virtud de esta disposición del Tratado actuando de manera arbitraria, incongruente, no transparente, desproporcionada y frustrantes expectativas legítimas de Eco Oro como resultado de persistente incertidumbre, un marco jurídico inestable e impredecible y la privación de los derechos y compromisos específicos proporcionados a Eco Oro por Colombia, a partir de la promulgación de la resolución 2090 de diciembre de 2014²³ que restringieron el derecho de Eco Oro de ampliar la concesión 3452²⁴(2007) y culminando en la privación de los derechos de Eco Oro bajo la concesión 3452/2007. (pág. 34).

Permaneciendo ante la expectativa, qué recursos utilizarían los asesores legales del gobierno de Colombia, para obtener una defensa jurídica viable en su contestación de esta demanda... y de las otras potenciales disputas que están en progreso, por su incumplimiento de los TLC

²³ Resolución 2090 de diciembre de 2014; Por medio de la cual se delimita el páramo jurisdicciones Santurbán Berlín, y se adoptan otras determinaciones. Recuperado de:
https://redjusticiaambientalcolombia.files.wordpress.com/.../res_2090_2014-santurban...

²⁴ El 18 de febrero de 2007, el INGEOMINAS y la Sociedad GREYSTAR RESOURCES LTD., fruto de la integración de áreas en desarrollo del proyecto angosturas, suscribieron el contrato de concesión no. 3452 para la exploración y explotación técnica de un yacimiento de oro, plata, cromo, zinc, cobre, estaño, plomo, manganeso, metales preciosos, minerales asociados y demás concesibles. Dicho contrato fue inscrito en el Registro Minero Nacional el día 9 de agosto de 2007 bajo el código EJVE-02, con vigencia hasta el 8 de agosto de 2027. Recuperado de:
<https://prensarural.org/spip/spip.php?article5531>

respectivos, al haber cancelado unilateralmente unos contratos de concesión mineros ubicados en zonas de páramos y parques naturales, para desconcierto de los inversionistas internacionales que las ostentaban. Teniendo que invocar como amparo y orden constitucional, el deber de haber aplicado el texto de los TLC, específicamente el Capítulo XXII “las cláusulas de escape o de excepciones generales” como medidas para asegurar el cumplimiento de leyes y reglamentos que fueron incompatibles con el tratado, en su búsqueda de asegurar la protección y conservación de su biodiversidad situados en zonas de reserva natural.

Aunque la doctrina entiende que mientras concurren tratados o acuerdos entre los Estados; para Sommer (2013) “estas disputas serán inevitables tanto en el ámbito interno como en el internacional, por las inmensas bondades que contienen estos TLC”, por cuanto a que se debería proteger a los inversionistas, sin que pudieran existir, por un lado, políticas claras por parte del Estado en las cuales se fijen las prioridades de admisión de la inversión extranjera, los sectores limitados a ésta y las salvaguardas en términos de protección de la capacidad regulatoria de los Estados; y, de otra parte, un análisis concienzudo de los riesgos jurídicos, económicos y políticos de permitir que los inversionistas acudan a instancias internacionales como el CIADI o la CNUDMI, cuya legitimidad al parecer no los favorece.

Es de suponerse también como anoté previamente que, así tengamos a nuestra disposición el mejor equipo jurídico internacional como recurso y talento humano, este no sería “infalible” para que salgamos favorecidos en todos los procesos arbitrales por disputarse, con las cuantiosas consecuencias económicas que inexorablemente se obtendrán como resultado de que se pierdan algunos por no decir muchos Laudos en contra de Colombia con respecto al sector minero-extractivo.

Prevedemos que alguno de los Tribunales internacionales de arbitraje que pudiéramos enfrentar, tuviera la solidez, independencia y certeza jurídica para considerar que los capítulos de excepciones constituidos en un tratado o acuerdo que promueva el libre comercio y las inversiones internacionales, son mandatos que las partes tanto inversionista como estado receptor deberían respetar.

Si bien que todo “contrato celebrado legalmente es ley para las partes”, pero también quedamos con la esperanza de que el equipo que integra la defensa jurídica de Colombia invoque con vehemencia en sus alegatos de defensa “las cláusulas excepcionales”, establecidas en el capítulo XXII de los TLCs Colombia-USA & Colombia-Canadá, como las “medidas necesarias” que ha tenido que contraponer el Estado colombiano para proteger la moral pública, de proteger el orden público, proteger la salud de las personas o como último recurso proteger su medio ambiente; además que le ha permitido asegurar la conformidad con leyes y reglamentos de orden superior.

IV. Conclusiones y Recomendaciones

Una vez adelantado el contenido de esta investigación, adjunto las siguientes reflexiones que nos deja la resolución del problema jurídico propuesto en esta tesis.

1. Hay que reconocer que las cláusulas estandarizadas usadas comúnmente en los capítulos sobre inversiones internacionales colisionan directamente contra la soberanía de los Estados y que su ejecución implica su velado sometimiento en contravía de sus competencias regulatorias, situaciones que conllevarían en numerosos litigios frente a los diversos mecanismos para la solución de las controversias relativas a inversiones.

2. Analizando en profundidad los efectos que se traducen sobre estos estándares, podríamos concluir que su propósito sería la de amenazar la “soberanía” de los países receptores, porque la soberanía como capacidad de autodeterminación ejercida por los Estados-Nación en estos casos, es una ilusión que se percibe muy trivial.

3. En la mayoría de los casos hasta ahora en proceso de demanda, en donde existe un contrato de concesión minera, que tiene por objeto el obligatorio cumplimiento por las partes, no podemos dejar a un lado la preocupación que en virtud de todo este enclausulado, cualquier infracción del mismo genera “responsabilidad contractual y no convencional” por parte del Estado receptor.

4. Entiendo que los capítulos de excepciones generales comprendidos en los TLCs Colombia-USA & Colombia-Canadá, no solamente se establecieron para proteger al inversionista extranjero sino que también se han transcrito como cláusulas de escape para cuando el Estado se vea obligado a velar por sus intereses.

5. Tengo plena confianza en que el Buffet jurídico internacional que representa a nuestro país en estas lides, haga uso de las “plenas garantías” que le otorgan los capítulos XXII de los TLCs

respectivos, además que los Tribunales Internacionales deberán hacer respetar los textos de estos acuerdos fallando objetivamente en Derecho.

Recomendaciones

1. Si este gobierno o el que le pueda suceder, sigue con la idea de pretender que la minería sea una de sus locomotoras principales de la economía y el desarrollo del país, debería preocuparse por articular que el sector minero y el ambiental, trabajen de forma unificada y no presenten problemas de gestión, así de esta manera tratar de conjurar futuras demandas que lamentar, lo que supone un dilema para la sociedad civil que se debe evitar la actividad minera a toda costa, y a los inversionistas que no existen garantías y es mejor no apostarle a Colombia.

2. Antes de auspiciar más TLCs o APPRI, el alto gobierno debería favorecer espacios públicos de reflexión y de debate que realmente conduzcan a una comprensión amplia y crítica sobre las principales implicaciones que trae los estándares de protección a la Inversión extranjera y los diversos aspectos del desarrollo minero energético y su relación con los problemas del desarrollo económico, social y ambiental del país.

3. Estos análisis deben relacionarse con la compleja realidad política minera-social del país, en donde nuestros gobernantes deben tener la visión de país como estadistas incuestionables, que tengan un alto valor moral para liderar formulas y propuestas para constituir salidas viables, realistas e incluyentes, con todo lo relacionado al interés general.

4. Aunque se reconoce que una de las apuestas para un prometedor desarrollo, pudiera recaer sobre el sector minero-energético, y que esta opción pudiera conllevar a un multidisciplinar debate público al respecto. Pero sería de gran importancia trabajar de forma mancomunada sobre el

análisis de varios temas anexos, entre ellos, como el de regalías en relación con una distribución equitativa de la renta minera.

5. El alto gobierno, debería de exigir a sus negociadores, definir sobre los nuevos textos de los TLCs o APPRI, que en sus cláusulas de excepciones quede plasmada y muy bien definida las zonas de áreas protegidas con fuero Constitucional como los “parques naturales” y las “líneas de páramo” con delimitación exclusiva geográfica y topográfica de los ecosistemas, con el fin de evitar futuros conflictos en el otorgamiento de concesiones mineras en áreas de protección y/o exclusión ambiental.

6. Además que todos los gobiernos sin excepción, deberían apoyar alianzas estratégicas en su valiosa búsqueda por medir los impactos globales de las nuevas tendencias de las industrias extractivas y su relación con el desarrollo.

7. Quedamos entonces a la expectativa, ya que Los Tribunales deberán balancear entre el “valor” que le deberían dar a las cláusulas excepciones que indudablemente deberán ser exhortadas por el equipo jurídico colombiano versus las garantías de promoción y protección de la inversión, impetradas por los Inversionistas internacionales.

8. Por tal motivo, uno de los grandes retos que debería de acoger todo arbitraje de inversiones, sería de tomar en consideración que dentro de sus decisiones el papel del Estado no solamente funge como “comerciante” sino que también tiene un “rol” que deberá ejercer como soberano, con obligaciones de respeto y garantías con relación a: los derechos humanos, la protección del medio ambiente, la protección y promoción de la identidad cultural de sus pueblos entre otros.

BIBLIOGRAFÍA

Bibliografía Doctrinal

- Arsen, P. (2003). Tratados bilaterales de inversión su significado y efectos. *Editorial Astrea*, 1-43.
- Biocca, S. M. (2006). *Tratados bilaterales de inversión. Su significado y efectos*. Bahía Blanca: Editorial Astrea.
- Cabrera, O. S. (2018). Análisis de la cláusula de Nación Más Favorecida en los convenios para evitar la doble imposición: aspectos generales e implicaciones para el caso colombiano (The Most Favored Nation Principle in Double Taxation Conventions: Gener. *Revista Derecho Fiscal*,.
- Campodónico Sánchez, H. (2009). Las reformas estructurales en el sector minero peruano y las características de la inversión, 1992-2008. *Repositorio de CEPAL*, 1-59.
- Castelo Guerrero, D. E. (2008). Tesis. *El alcance de la cláusula paraguas en los Tratados Bilaterales de Inversión*. UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO, Quito.
- Castro Peña, M. (2017, N° 38.). El Estado Colombiano Ante Un Arbitraje Internacional De Inversión (Colombia before an International Investment Arbitration). *Revista Derecho del Estado*,, 104.
- Castro Peña, N. M. (2017). El Estado Colombiano Ante Un Arbitraje Internacional De Inversión (Colombia before an International Investment Arbitration). *Revista Derecho del Estado*, 23-66.
- Cazali, L. P. (2017). El principio de trato nacional en las compras de gobierno centroamericanas. *Revista Auctoritas Prudentium 17* .
- Cerda Olivos, C. d. (2007). Tesis. *Trato justo y equitativo en materia de inversión extranjera: relación con los tratados de libre comercio y convenios sobre protección y promoción de inversiones suscritos por Chile: análisis jurisprudencial*. Universidad de Chile, Santiago de Chile.
- Chi, L. R. (2011). Tesis. *GENERALIDADES DEL ESTÁNDAR DE TRATO JUSTO Y EQUITATIVO. UNA APROXIMACIÓN A SU CONCEPTUALIZACIÓN Y CONTENIDO OBLIGACIONAL*. *Contribuciones a las Ciencias Sociales, 2011*. Universidad de Guantánamo, Guantánamo, Cuba.
- Córdova, J. (20 Córdova, J. (2007). La contratación pública en el Tratado de Libre Comercio–TLC. *Revista Informativa Caballero Bustamante*, 1-11.07). La contratación pública en el Tratado de Libre Comercio–TLC. *Revista Informativa Caballero Bustamante*, 1-11.
- Cuzcano, V. T. (2010). "El TLC Perú-China: posibles implicancias para el Perú." . *Pensamiento crítico*, 13.

- David Aven & Otros Vs. La República de Costa Rica, UNCT/15/3 (CNUDMI 1 de Julio de 2016). Obtenido de <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7884.pdf>
- de Lucas, J. B. (2016). CLÁUSULAS PARAGUAS: PROTECCIÓN INCIERTA BAJO LOS ACUERDOS INTERNACIONALES DE INVERSIÓN. *Globalización, Competitividad y Gobernabilidad de Georgetown/Universia*, 101-114.
- de Oca Milán, K. M. (2011). *LA FIGURA DEL TRATO JUSTO Y EQUITATIVO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. APROXIMACIONES TEÓRICAS*. La Habana: Instituto de Relaciones Internacionales “Raúl Roa García”.
- Dolzer, R. &. (1995). *Bilateral investment treaties*. Miami: Martinus Nijhoff Publishers.
- Dorín, N. G. (2007). *Derecho Internacional Público: Inversiones extranjeras en el marco de los tratados bilaterales de promoción y protección de inversiones. El CIADI como arbitraje institucional internacional*. Buenos Aires: Derecho Internacional Público. Obtenido de www.derecho.uba.ar/institucional/.../derecho-internacional-publico-noelia-dorin.pdf
- Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A Vs. República Del Ecuador, Caso N.o ARB/04/19 (CIADI 18 de Agosto de 2008). Obtenido de <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0257.pdf>
- Echaide, J. I. (2018). El derecho humano al agua y las inversiones extranjeras: reflexiones en torno a responsabilidades concurrentes en el derecho internaciona. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 325-330.
- Eckhardt, K. e. (2009). Empresas mineras y población: estrategias de comunicación y relacionamiento. *Gerencia para el desarrollo*, 1-172.
- Enríquez, D. (2007). Batallas en el sistema financiero internacional: Críticas y réplicas contemporáneas en torno al Fondo Monetario Internacional y al Banco Mundial. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 467-530.
- Escarcena, S. L. (2005). Aplicacion de la Clausula de la Nacion Mas Favorecida y del Trato Justo y Equitativo en la Jurisprudencia Internacional en Materia de Inversion Extranjera- El Caso MTD. *Revista Chilena de Derecho*.
- Favela, A. (2007). La soberanía en los Estados contemporáneos. *Estudios Políticos* (7), 9.
- Fernández, A. F. (6 de Junio de 2017). *Panam Post.com*. Obtenido de Panam Post "Noticias y análisis de las Américas": <https://es.panampost.com/felipe-fernandez/2017/06/06/minera-anglogold-demanda-estado/>
- Garavito, A. A. (2012). Inversión extranjera directa en Colombia: evolución reciente y marco normativo. Borradores de economía. *Borradores de Economía*, 1-64.
- García-Martínez, M. J. (2009). RELACIONES ENTRE EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE COLOMBIA CON ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA Y LOS ACUERDOS

MULTILATERALES AMBIENTALES*. *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 133-161.

García-Martínez, M. J. (2009). RELATIONS BETWEEN THE FREE TRADE AGREEMENT OF COLOMBIA WITH THE UNITED STATES OF AMERICA AND THE MULTILATERAL ENVIRONMENTAL AGREEMENTS. *International Law*, 133-161.

Gómez Toro, C. (2015). La Relación Virtuosa De La Seguridad Y La Inversión Extranjera Directa En Colombia (1994-2013)(The Virtuous Relationship of Security and Foreign Direct Investment in Colombia (1994-2013)). *Center for Research in Economics and Finance (CIEF), Working Papers, 2015*.

Granato, L. a. (2007). Derecho internacional. *Revista Universidad EAFIT*, 25-41.

Guevara, E. C. (1979). Soberanía política e independencia económica. *Soberanía política e independencia económica*. (pág. 14). La Habana: Ocean sur.

Hernández, J. I. (2016). EL DERECHO ADMINISTRATIVO FRENTE AL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES. *Revista Derecho Público*.

Herz, M. (2003). Régimen argentino de promoción y protección de inversiones en los albores del nuevo milenio: de los tratados bilaterales, Mercosur mediante, al Alca y la OMC. *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, 3-20.

Higa, C. a. (2013). Higa, C., & Saco, V. (2013). Constitucionalización del derecho internacional de las inversiones: los casos de la expropiación indirecta y el trato justo y equitativo. *Revista Facultad de Derecho PUCP*, 231-256.

Lantan, H. C. (2019). Introducción al arbitraje de inversión. *Revista de la Facultad de Derecho • Universidad Tecnológica de El Salvador*, 68-78.

Lopeandía, W. F. (2001). *Informe marco jurídico nacional e internacional sobre inversión extranjera directa en Chile*. Santiago de Chile: Cepal.

Luque, S. (2009). Bachelor tesis. *Reflexiones sobre la Relación entre la función crediticia y asesora del Fondo Monetario Internacional y los principios orientadores de la Inversión Extranjera Directa en la Ley 9 de 1991*. Universidad Javeriana, Bogotá.

Márquez-Escobar, C. P.-C. (2009). Regulación e inversión extranjera: los tratados de promoción recíproca de inversiones y el estándar de trato justo y equitativo." *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 155-179.

Martinez Mareno, A. (1981). "La Clausula de la Nacion Mas Favorecida a la Luz del Derecho Contemporaneo.". HeinOnline. Obtenido de <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/redi33&div=17&id=&page=&t=1561766864>

- Masiá, E. F. (2007). Atribución de competencia a través de la cláusula de nación más favorecida: lecciones extraídas de la reciente práctica arbitral en materia de inversiones extranjeras. *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, .
- Medina, J. M. (2008). Hacia un Sistema de Control Efectivo de la Legalidad Internacional en Materia de Inversiones-El Arbitraje Internacional de Inversiones: Su Tratamiento Singular Reciente a Partir del Derecho Convencional y de la Jurisprudencia Arbitral. *Rev. Der. PR*, , 247.
- Mortimore, M. (2009). Arbitraje internacional basado en cláusulas de solución de controversias entre los inversionistas y el Estado en acuerdos internacionales de inversión: desafíos para América Latina y el Caribe. *CEPAL*, 1-89.
- Mortimore, M. a. (2006). La Argentina y los tratados bilaterales de inversión: el costo de los compromisos internacionales. *Desarrollo económico (2006): 189-214*, 186-214.
- Roffe, P. a. (2010). Roffe, P., & Santa Cruz, M. (2010). Aspectos controversiales de los capítulos sobre propiedad intelectual de los acuerdos de libre comercio celebrados principalmente por los Estados Unidos. En: Temas controversiales en negociaciones comerciales Norte-Su. Santiago, Chile. Obtenido de <https://repositorio.cepal.org/handle/11362/2615>
- Sabanogullari, L. (2015). *General Exception Clauses in International Investment Law*. Geneva, Switzerland: International Environment House.
- Sepúlveda, C. (1991). *Derecho internacional*. México D.F.: Porrúa.
- Sinclair, A. C. (2004). SINCLAIR, Anthony C. The origins of the umbrella clause in the international law of investment protection. *Arbitration international,- academic.oup.com*, 411-434.
- Vasco, A. F., & De Lombaerde, P. (2000). *Las empresas multinacionales latinoamericanas: El caso de la inversión colombiana directa en Ecuador, México, Perú y Venezuela*. Bogotá: Tercer Mundo Editores.
- Velásquez, F. E. (2016). La Agenda de la Sociedad Civil frente a las Industrias Extractivas en Colombia. *Fundación Foro Nacional por Colombia*, 1-80.

Bibliografía Jurisprudencial Nacional e Internacional.

- Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. Vs The United Mexican States, ICSID CASE No. ARB(AF)/04/05 (CTADI 21 de Noviembre de 2007). Obtenido de https://www.italaw.com/sites/default/files/case.../ita0037_0.pdf
- Burlington Resources Inc. Vs. República del Ecuador, Caso N.º ARB/08/5 (CIADI 14 de Diciembre de 2012). Obtenido de <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7825.pdf>
- Centro Para el Derecho Internacional Ambiental, Caso Noº ARB/09/12 (CIADI 25 de Julio de 2014). Obtenido de <https://www.ciel.org/reports/pac-rim-cayman-llcontra-la-republica->

de-el-salvador-caso-ciadi-no-arb0912-presentacion-escrito-amicus-curiae-relativo-al-fondo-de-la-diferencia-ciel-july-2014-2/

CIAR GLOBAL. COM. (20 de Abril de 2018). *CIAR GLOBAL:COM*. Obtenido de Revista de reportes de arbitraje de la comunidad Iberoamericana : <https://ciarglobal.com/nueva-demanda-contra-colombia-la-minera-canadiense-galway-gold-presenta-arbitraje/>

COMUNIDADES EUROPEAS - MEDIDAS QUE AFECTAN AL AMIANTO Y A LOS PRODUCTOS QUE CONTIENEN AMIANTO, WT/DS135/AB/R (OMC 12 de Marzo de 2001). Obtenido de https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/135abr_s.doc

CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES INDIGENAS-Instrumento básico para preservar su integridad étnica, social, económica y cultural, Sentencia T-769/09 (Corte Constitucional 29 de Octubre de 2009). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/t-769-09.htm>

CONTROL CONSTITUCIONAL DE ACUERDO INTERNACIONAL Y LEY APROBATORIA-Reglas y subreglas jurisprudenciales, Sentencia C-184/16 (Corte Constitucional 14 de Abril de 2016). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-184-16.htm>

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE TRATADO INTERNACIONAL Y LEY APROBATORIA-Características, SENTENCIA C-446/09 (Corte Constitucional 8 de Julio de 2009).

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE TRATADO INTERNACIONAL Y LEY APROBATORIA-Control integral, Sentencia C-150/09 (Corte Constitucional 11 de Marzo de 2009). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-150-09.htm>

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE TRATADO Y LEY APROBATORIA DE TRATADO INTERNACIONAL-Características, Sentencia C-031/09 (Corte Constitucional 28 de Enero de 2009). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-031-09.htm>

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Procedencia de pronunciamiento de fondo sobre norma declarada exequible, Sentencia C-443/09 (Corte Constitucional 8 de Julio de 2009). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-443-09.htm>

Cosigo Resources Colombia, Tobie Mining And Energy, Inc. Vs La República de Colombia, RESPUESTA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA A LA SOLICITUD DE ARBITRAJE DE LAS DEMANDANTES (CIADI 19 de Marzo de 2016). Obtenido de <https://www.italaw.com/cases/documents/4323>

DERECHO AL AMBIENTE SANO-Construcción conjunta del Estado y de los ciudadanos, Sentencia C-339/02 (Corte Constitucional 7 de Mayo de 2002). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-339-02.htm>

Eco Oro Minerals Corp. Vs The Republic Of Colombia, Solicitud de Arbitraje (CIADI 8 de Diciembre de 2016). Obtenido de <https://www.italaw.com/sites/default/files/case.../italaw9443.pdf>

EI Paso Energy International Company Vs. La Republica de Argentina, CASO No. ARB/03/15 (CIADI 31 de Octubre de 2011). Obtenido de https://www.italaw.com/documents/El_Paso_v._Argentina_Award_SPA.pdf

Emilio Agustín Maffezini Vs. El Reino De España, CASO NO. ARB/97/7 (CIADI 13 de Noviembre de 2000). Obtenido de <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0480.pdf>

Enron Creditors Recovery Corp. & Ponderosa Assets, L.P. Vs. República Argentina, Caso ARB/01/3 (CIADI 30 de julio de 2010). Obtenido de <https://www.italaw.com/cases/401>

Glamis Gold, Ltd. Vs. Estados Unidos de América (CNUDMI 8 de Junio de 2009). Obtenido de <https://www.italaw.com/cases/documents/505>

Highbury International AVV Compañía Minera De Bajo Caroní AVV Ramstein Trading Inc. Vs. La República Bolivariana De Venezuela, Caso ARB 14/10 (CIADI 10 de Marzo de 2014). Obtenido de <https://www.italaw.com/cases/2558>

ICS Inspection And Control Services Limited Vs. La República de Argentina, CPA N° 2010-9 (CNUDMI 10 de Febrero de 2012). Obtenido de <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0417.pdf>

Impregilo S.p.A. Vs República de Argentina, Caso No. ARB/07/17 (CIADI 21 de Junio de 2011). Obtenido de <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7993.pdf>

Inversión Extranjera-Desarrollo Económico, Sentencia C-379/96 (Corte Constitucional 22 de Agosto de 1996). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-379-96.htm>

LEY APROBATORIA DE ACUERDO DE PROMOCION COMERCIAL ENTRE LA REPUBLICA DE COLOMBIA Y LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA-Control de constitucionalidad, Sentencia C-750/08 (Corte Constitucional 24 de Julio de 2008). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2008/C-750-08.htm>

Lg & E Energy Corp., Lg & E Capital Corp., Lg & E International Inc. Vs. República Argentina, CASO No. ARB/02/1 (CIADI 3 de Octubre de 2006). Obtenido de <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0461.pdf>

Metalpar S.A. y Buen Aire S.A Vs. República de Argentina, Caso No. ARB/03/5 (CIADI 27 de Abril de 2006). Obtenido de <https://www.italaw.com/search/site/realizar%20las%20transferencias%20de%20manera%20libre%20y%20sin%20demora?page=9>

NORMAS SOBRE CREACION Y AMPLIACION DE AREAS DE RESERVAS

ESTRATEGICAS MINERAS-Contenido, Sentencia C-035/16 (Corte Constitucional 8 de Febrero de 2016). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/c-035-16.htm>

Occidental Exploration and Production Company Vs. República del Ecuador, No. UN 3467 (CNUDMI 1 de Julio de 2004). Obtenido de <https://www.italaw.com/search/site/expropiaci%C3%B3n%20directa?page=2>

S.G.S. Société Générale de Surveillance S.A. Vs. Islamic Republic of Pakistan, CASE No. ARB/01/13 (CIADI 6 de Agosto de 2003). Obtenido de <https://www.italaw.com/cases/1009>

SAUR International S.A Vs. República de Argentina, Caso N° ARB/04/4 (CIADI 22 de Mayo de 2014). Obtenido de <https://www.italaw.com/cases/1456>

Sempra Energy International & Camuzzi International S.A. Vs. La República Argentina, Caso No. ARB/03/02 (CIADI 19 de Julio de 2005). Obtenido de <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0955.pdf>

Sempra Energy International & Camuzzi International, S.A. Vs. La República Argentina, Caso No. ARB/03/02 (CIADI 19 de Julio de 2005). Obtenido de <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0955.pdf>

Siemens A.G. v. The Argentine Republic, (Caso No. ARB/02/8) (CIADI 3 de Agosto de 2004). Obtenido de <https://www.italaw.com/cases/1026>

Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., e Interaguas Servicios Integrales del Agua S.A. Vs. República de Argentina, Caso No. ARB/03/17 (CIADI 16 de Mayo de 2006). Obtenido de <https://www.italaw.com/cases/1048>

South American Silver Limited Vs. El Estado Plurinacional De Bolivia, CPA Caso N.º 2013-15 (CNUDMI 22 de 11 de 2015). Obtenido de <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10365.pdf>

TECMED S.A. Técnicas Medioambientales Vs. The United Mexican States, CASO No. ARB (AF)/00/2 (CIADI 29 de Mayo de 2003).

The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen Vs. United States of América, Case No. ARB(AF)/98/3 (CIADI 26 de Junio de 2003).

TRATADO DE LIBRE COMERCIO CELEBRADO ENTRE COLOMBIA Y COSTA RICA- Resulta constitucional, Sentencia C-157/16 (Corte Constitucional 06 de Abril de 2016). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-157-16.htm>

TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE CANADA Y LA REPUBLICA DE COLOMBIA- Se ajusta a los mandatos constitucionales de internacionalización de las relaciones económicas del país, Sentencia C-608/10 (Corte Constitucional 3 de Agosto de 2010). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-608-10.htm>

TRATADO INTERNACIONAL/INVERSION EXTRANJERA-Objetivos, Sentencia C-358/96 (Corte Constitucional 14 de Agosto de 1996). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-358-96.htm>

Urbaser S.A. Y Consorcio De Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergo Vs La República Argentina, Caso N.º ARB/07/26 (CIADI 8 de Diciembre de 2016).

Webgrafía Documental e Indexada

Barbosa, J. D. (2007). La Cláusula de Excepción de Tributación en los Tratados de Libre Comercio: El Artículo 22.3 del TLC con EE.UU. *Instituto Colombiano de Derecho Tributario*. Obtenido de Hosted, cloud-based solutions to increase (& track) the impact of your institution's research, scholarship & expertise: https://works.bepress.com/juan_david_barbosa/8/

Dietz, K. (2018). Consultas populares mineras en Colombia: Condiciones de su realización y significados políticos. El caso de La Colosa. *Colombia Internacional*, 2018, no 93, p. 93-117, 93-117.

HUMANOS, O. D. (2005). *LOS DERECHOS HUMANOS Y LOS ACUERDOS COMERCIALES MUNDIALES-Las cláusulas de excepción general como medio para proteger los derechos humanos*. New York: ORGANIZACION PARA LAS NACIONES UNIDAS.

La FM. (26 de Marzo de 2018). Minera canadiense Red Eagle pide a tribunal internacional definir demanda contra Colombia. *La FM noticias*, pág. 1. Obtenido de <https://www.lafm.com.co/economia/minera-canadiense-red-eagle-pide-tribunal-internacional-definir-demanda-contra-colombia>

Martínez, G. J. (11 de Abril de 2017). *oroinformacion.com*. Obtenido de <https://oroinformacion.com/Una-minera-canadiense-demanda-a-Colombia/>

Merino, M. L. (1995). La participación ciudadana en la democracia. *Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática*, 1-32.

Molinuevo, M. (2008). "Normas internacionales sobre inversiones:¿ qué seguridad jurídica?". *Puente@ Europa 6.1* (, 80).

Moreno, E. (s.f.). *OCMAL.ORG*. Obtenido de El Observatorio de Conflictos Mineros de América Latina: https://www.ocmal.org/wp-content/uploads/.../capitulo_ambiente_en__los_tlc_1.pdf

Mundo Hispánico. (14 de Julio de 2017). *Mundo Hispánico.com*. Obtenido de Mundo Hispano Digital Network's MundoHispanico.com: <https://mundohispanico.com/empresa-estadounidense-demanda-a-colombia-por-protger-una-de-las-maravillas-del-mundo/>

Muñoz, J. G. (2012). Evolución del Derecho internacional de inversiones: hacia un régimen global estable. *Foro Revista de Derecho UASB-Ecuador / CEN*, 5-30.

- Muñoz, R. G. (1994). Acuerdos internacionales en materia de inversión: las implicancias para la soberanía nacional. *Revista de Derechos Fundamentales*, 107-120.
- OMC. (2009). FLExIBILIDAD EN LOS ACUERDOS COMERCIALES. *INformE sobrE El ComErCio muNDIal 2009*, 1-28. Obtenido de https://www.wto.org/spanish/res_s/booksp_s/anrep_s/wtr09-2b_s.pdf
- Orellana Marcos A., B. S. (2015). *Llevar las perspectivas de la comunidad al arbitraje entre inversionistas y Estados: El caso Pac Rim*. Reino Unido: el Instituto Internacional de Medio Ambiente y Desarrollo. Obtenido de <https://www.ciel.org/reports/llevar-las-perspectivas-de-la-comunidad-al-arbitraje-entre-inversionistas-y-estados-el-caso-pac-rim-cieliiiedfespad-june-2015/>
- Organización Mundial del Comercio. (2009). *Informe sobre el Comercio Mundial 2009 "Compromisos de política comercial y medidas de contingencia"*. Ginebra, Suiza: Librería en línea: <http://onlinebookshop.wto.org>.
- Peterson, L. E. (2009). *Derechos humanos y tratados bilaterales de inversión: panorama del papel de la legislación de derechos humanos en el arbitraje entre inversores y Estados. Derecho y Democracia*. (D. y. Democrático), Ed.) Obtenido de International Center for Human Rights and Democratic Development: <https://www.business-humanrights.org/.../derechos-humanos-tratados-bilaterales-de-in...>
- Ruiz-Caro, A. (2005). Los recursos naturales en los tratados de libre comercio con Estados Unidos. En CEPAL, *RFecursos Naturales e Infraestructura* (pág. 177). Santiago de Chile: United Nations Publications.
- Sommer, C. G. (2013). La aplicación de estándares de protección de inversiones extranjeras. Una mirada desde los casos argentinos. *ACDI-Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, 2013, no 6, p. 95-130., 95-130.
- Valderrama, S. W. (2011). Protección a la inversión extranjera en infraestructura por medio de Acuerdos Internacionales de Inversión: un nuevo reto para Colombia. *Revista Colombiana de Derecho Internacional*,, 19-38.
- Valenzuela, C. A. (2007). Regulación del arbitraje entre inversionistas extranjeros y Estados receptores de inversión en los tratados de libre comercio e inversión en América Latina: el caso del TLC entre Perú y Estados Unidos de Norteamérica. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo* , 525-542.
- Vilizzio, M. B. (2015). Solución de controversias en los tratados bilaterales de inversión: mapa de situación en América del Sur. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*,, 233-253.
- Vives, F. J. (2009). El arbitraje de inversiones en los recientes APPRI españoles. *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*.

Wälde, T. W. (2005). *The " Umbrella" Clause in Investment Arbitration: A Comment on Original Intentions and Recent Cases*. Heinonline. The Journal of World Investment & Trade.
Obtenido de
<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/jworldit6&div=18&id=&page=&t=1562021732>